



# **LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LE SECRET : DE L'ATTÉNUATION DE LA CONFIDENTIALITÉ AU NOM DE L'IMPÉRATIF D'EFFECTIVITÉ**

**Thèse**

**Alain-Guy Tachou Sipowo**

**Doctorat en droit**  
Docteur en droit (LL.D.)

Québec, Canada

© Alain-Guy Tachou Sipowo, 2014



## Résumé

L'article 21-3 du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (CPI) fait expressément obligation à la Cour de veiller à la compatibilité de son interprétation et de son application du droit aux droits de l'homme internationalement reconnus. Au nombre de ceux-ci figure en bonne place le secret qui, en plus d'être un droit individuel, apparaît également, dans certaines circonstances, pouvoir être opposé à la Cour par des personnes morales, dont des organisations et les États. À partir de sa définition comme prérogative juridiquement protégée autorisant une personne à restreindre la circulation des informations qu'elle produit ou qu'elle peut recevoir confidentiellement, la présente recherche vise à savoir comment la Cour concilie l'obligation qu'elle a de respecter le droit à la confidentialité des tiers avec l'exercice de sa fonction de répression des crimes internationaux, qui repose sur sa capacité de demander et de se voir communiquer les informations nécessaires.

Au cours de sa jeune pratique, la Cour a été plus d'une fois confrontée à cette problématique sans toutefois réussir à formuler une solution pleinement satisfaisante. Dans *Lubanga* par exemple, invoquant le principe de proportionnalité de la confidentialité, elle n'a pourtant pu poursuivre le procès de son premier accusé que grâce à la bonne volonté des détenteurs de secrets qui s'opposaient, ainsi que le droit applicable le leur permettait, à leur divulgation en justice. Aussi, l'articulation du régime juridique du secret, sans nécessairement conduire au refus de communication des informations, donne lieu à la restriction surabondante du principe de transparence au détriment des droits de la personne accusée, des victimes et de la communauté internationale dans son ensemble.

Au regard des incertitudes qui caractérisent la conciliation du secret des tiers et la poursuite des finalités de la justice internationale pénale, la recherche poursuit quatre objectifs principaux. Premièrement, dresser un état des lieux de la prise en compte du secret par le cadre juridique de la CPI. Deuxièmement, cerner plus clairement les justifications de cette prise en compte. Troisièmement, analyser comment cette prise en compte s'harmonise avec la répression des crimes. Quatrièmement, tirer les leçons nécessaires de la pratique de la Cour afin de formuler des propositions sur une possible approche satisfaisante de la garantie du secret dans la poursuite de l'effectivité du jugement des crimes internationaux.

À partir de la théorie de la justice substantielle, qui concilie le droit de l'accusé à un procès équitable avec les aspirations des victimes de voir les crimes réparés et châtiés, la recherche conclut que les finalités de châtement et de réparation de la Cour sont également une exigence de l'article 21-3 du *Statut de Rome*. À ce titre, elle postule que l'application du principe de proportionnalité pour régler le conflit entre le respect du secret des tiers et la lutte contre l'impunité ne peut, en l'état actuel de la codification des règles de confidentialité, n'avoir qu'une portée procédurale ne prenant qu'insuffisamment en compte la réalisation de la seconde valeur.

Les résultats de la recherche suggèrent en outre que les conditions de succès de l'harmonisation équitable du secret et de l'effectivité de la répression des crimes reposent principalement sur l'adhésion des promoteurs de la Cour à une idée de justice pénale internationale forte et vigoureuse qui aurait nécessité en amont une restriction plus importante du secret. Les juges et le Procureur n'ont pas moins la possibilité d'apporter leur pierre à l'édifice s'ils s'efforcent de rationaliser les procédures dans l'intérêt d'une plus grande transparence.



# Abstract

Article 21-3 of the Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC) expressly requires the Court to ensure the consistency of its interpretation and application of applicable law with internationally recognized human rights. Among these, is prominently the right to confidentiality, which, in addition to being an individual right, also appears, in certain circumstances, likely to be opposed to the Court by legal entities including organizations and States. From its definition as a legally protected prerogative authorizing a person to restrict the flow of information he or she produces or receives on a confidential basis, this research intends to investigate how the Court balances its obligation to respect the right to confidentiality of third parties with the exercise of its function of prosecuting international crimes, which is based on its ability to request and obtain the necessary information.

Up to now, the Court has been more than once confronted with this problem but failed to articulate a fully satisfactory solution to it. In *Lubanga* for instance, despite invoking the principle of proportionality of confidentiality, it was able to proceed with the trial of the first defendant only thanks to the willingness of the holders of secrets, who as the applicable law entitled them to do, were opposed to their disclosure in court. Furthermore, the articulation of the right to privacy, while not necessarily constituting a cause of denial of access to information, resulted in the overflowing restriction of the principle of transparency to the detriment of the rights of the accused, victims and the international community as a whole.

In view of the uncertainties in reconciling the right to confidentiality of third parties and the pursuit of the goals of international criminal justice, this research has four main objectives: first, to make an inventory of the consideration of the right to confidentiality by the legal framework of the ICC; secondly, to clearly identify the rationale for this consideration; thirdly, to analyze how the consistency of this consideration with the punishment of the crimes is ensured, and fourthly, to draw the necessary lessons from the practice of the Court in order to make proposals on a possible satisfactory approach to guarantee the right to confidentiality in the pursuit of the effectiveness of the prosecution of international crimes.

Thanks to the theory of substantial justice, which balances the right of the accused to a fair trial with the aspirations of the victims to see their crimes repaired and punished, the research concludes that the Court's objectives of punishment and reparation are also a requirement of Article 21-3 of the Rome Statute. As such, it argues that the application of the principle of proportionality to the conflict between the respect for the right to confidentiality of third parties and the fight against impunity can only, as the state of the codification of the rules of confidentiality currently stands, have a procedural scope that insufficiently takes into account the pursuit of accountability.

The results of the research also suggest that the conditions for success of an equitable harmonization of the right to confidentiality and the effectiveness of the prosecution of the crimes, should primarily be based on the adherence of the promoters of the Court to an idea of a strong and vigorous international criminal justice that would have required, upstream, a more important restriction of the right to confidentiality. Judges and the Prosecutor have nonetheless the opportunity to make their contribution to the realisation of this aim if they strive to streamline the proceedings in the interest of greater transparency.



# Table des matières

Résumé .....	iii
Abstract .....	v
Table des matières.....	vii
Table des acronymes et abréviations .....	xiii
Remerciements .....	xix
Avant-Propos.....	xxi
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
1. – Une ambivalence de la confidentialité.....	5
2. – Un enjeu de crédibilité .....	9
3. – Une notion polymorphe.....	11
4. – Une perspective finaliste de l'effectivité .....	18
5. – Une confidentialité antagoniste .....	20
6. – Une approche critique et constructive.....	24
7. – Une démarche dogmatique fondée sur l'analyse documentaire .....	28
8. – Une démonstration dialectique.....	29
<b>PREMIÈRE PARTIE. – UNE PROTECTION FOISSONNANTE DU SECRET .....</b>	<b>31</b>
<b>Introduction à la première partie .....</b>	<b>33</b>
<b>TITRE I. – LA PORTÉE DÉROGATOIRE DE LA CONFIDENTIALITÉ .....</b>	<b>35</b>
<b>Chapitre I. – La dérogation aux règles de production de la preuve .....</b>	<b>37</b>
1.1. – Le respect du secret: une exception à l'obligation de coopération .....	38
1.1.1. – Une exception régaliennne en faveur des titulaires des secrets.....	39
1.1.1.1. – Une exception présumée d'office de bonne foi .....	40
1.1.1.2. – Une exception contrôlée à la divulgation négociée.....	43
1.1.2. – Une efficacité aléatoire des voies de recours.....	48
1.1.2.1. – Une inefficacité tenant aux pouvoirs limités de la Cour .....	48
1.1.2.2. – Une inefficacité tenant à l'incertitude de la réponse .....	52
1.2. – La consécration du secret: une exception à l'obligation de témoigner .....	54
1.2.1. – Une générosité quant à la diversité des dispenses accordées .....	55
1.2.1.1 – Le droit de garder le silence .....	56
1.2.1.1.1. – Le droit de l'accusé de garder le silence .....	56
1.2.1.1.2. – Le droit des témoins de garder le silence .....	61

1.2.1.2. – Le droit au secret professionnel.....	65
1.2.1.3. – Le droit au secret de l'informateur.....	70
1.2.1.4. – Le secret de l'État ou d'une organisation.....	75
1.2.2. – Une générosité dans le contrôle de l'exercice des dispenses .....	81
1.2.2.1. – L'examen du bien-fondé des dispenses reconnu à la Cour.....	81
1.2.2.2. – La divulgation discrétionnaire au détenteur des secrets .....	87
<b>Chapitre II. – La dérogation aux règles d'administration de la preuve .....</b>	<b>95</b>
2.1. – <i>La dérogation à l'obligation de communication .....</i>	<i>95</i>
2.1.1. – La nature de l'obligation de divulgation .....	95
2.1.1.1. – Le poids exigeant de l'obligation pour le Procureur.....	96
2.1.1.2. – Le poids allégé pour la défense et d'autres parties .....	103
2.1.2. – Les modalités variées de dérogation .....	108
2.1.2.1. – L'anonymat des documents .....	108
2.1.2.1.1. – À la phase de l'audience de confirmation des charges .....	109
2.1.2.1.2. – À la phase du procès.....	111
2.1.2.2. – Les résumés ou les versions expurgées de documents .....	114
2.2. – <i>La dérogation au principe de publicité des débats .....</i>	<i>118</i>
2.2.1. – La publicité comme garantie de la transparence.....	118
2.2.1.1. – La valeur démocratique de la publicité de la justice .....	119
2.2.1.2. – La valeur pédagogique de la publicité de la justice .....	126
2.2.2. – Les mesures de dérogation à la publicité .....	128
2.2.2.1. – La tenue des débats dans des lieux inaccessibles au public .....	129
2.2.2.2. – La restriction de la publicité des débats hors audience .....	132
<b>TITRE II. – LA LÉGITIMITÉ DE LA CONFIDENTIALITÉ .....</b>	<b>141</b>
<b>Chapitre I. – La confidentialité: une exigence des droits de l'homme .....</b>	<b>143</b>
1.1. – <i>Les droits de l'homme: une obligation constitutionnelle .....</i>	<i>143</i>
1.1.1. – Une obligation aux fondements juridiques multiples .....	144
1.1.1.1. – Les textes fondamentaux à titre principal .....	145
1.1.1.2. – Le droit international général à titre subsidiaire .....	149
1.1.2. – Une obligation gage de légitimité de la Cour .....	154
1.1.2.1. – La primauté des droits de l'homme.....	154
1.1.2.2. – La garantie de la primauté des droits de l'homme .....	158
1.2. – <i>La diversité des droits protégés par la confidentialité.....</i>	<i>161</i>



1.2.1. – Une humanisation des personnes poursuivies .....	161
1.2.1.1. – Le droit à la vie privée de l’auteur présumé de crimes .....	162
1.2.1.2. – Le droit à une défense efficace .....	166
1.2.3. – L’accommodation des personnes à risque du fait de la Cour.....	169
1.2.3.1. – Les droits des victimes et témoins de crimes internationaux.....	169
1.2.3.2. – Les droits des personnes exposées par le travail de la Cour .....	177
<b>Chapitre II. – Le respect du secret: un enjeu d’intérêt public .....</b>	<b>183</b>
2.1. – <i>Les intérêts consubstantiels à la justice internationale pénale</i> .....	184
2.1.1. – Les intérêts inhérents à la justice internationale pénale .....	184
2.1.1.1. – L’intégrité et l’indépendance de la justice .....	184
2.1.1.2. – L’efficacité de la justice .....	189
2.1.2. – Les intérêts auxiliaires à la justice internationale pénale .....	195
2.1.2.1. – L’exigence d’utilité de nouveaux secrets pour la Cour.....	195
2.1.2.2. – Le détournement d’autres missions d’intérêt général .....	198
2.2. – <i>Les intérêts relatifs à la stabilité des relations internationales</i> .....	208
2.2.1. – La protection de la sécurité nationale des États .....	208
2.2.1.1. – Une préoccupation reconnue .....	210
2.2.1.2. – Une absence de définition de la sécurité nationale .....	215
2.2.2. – La protection des missions d’organisations internationales .....	219
2.2.2.1. – Un intérêt pour l’accomplissement des fonctions .....	219
2.2.2.2. – Un enjeu d’indépendance de l’organisation .....	226
<b>Conclusion à la première partie .....</b>	<b>231</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE. – UN FOISONNEMENT À CONCILIER AVEC L’EFFECTIVITÉ DE LA COUR.....</b>	<b>233</b>
<b>Introduction à la deuxième partie.....</b>	<b>235</b>
<b>TITRE I. – UNE CONCILIATION NÉCESSAIRE.....</b>	<b>237</b>
<b>Chapitre I. – Le risque pour la bonne administration de la justice.....</b>	<b>239</b>
1.1. – <i>L’atteinte aux droits de la personne poursuivie</i> .....	241
1.1.1. – La rupture de l’égalité des parties à l’instance .....	242
1.1.1.1. – La compression du temps et des facilités .....	242
1.1.1.2. – La restriction du principe du contradictoire .....	249
1.1.2. – L’obstacle à la rapidité de la procédure .....	257
1.1.2.1. – La lenteur imputable à l’organe de poursuite.....	259

1.1.2.2. – Le contrôle peu exigeant du juge .....	264
1.2. – <i>L'atteinte à l'apparence de justice</i> .....	268
1.2.1. – L'atteinte à la sérénité de l'administration de la justice .....	269
1.2.1.1. – Le déchaînement des passions sur la Cour .....	269
1.2.1.2. – L'institution des pressions sur la Cour .....	274
1.2.2. – L'effritement de la transparence des procédures .....	282
1.2.2.1. – L'abondance de la confidentialité .....	283
1.2.2.2. – Le risque de déresponsabilisation des acteurs du procès .....	287
<b>Chapitre II. – Le risque pour la répression des crimes</b> .....	293
2.1. – <i>La frustration de l'établissement des faits</i> .....	294
2.1.1. – L'exclusion des éléments de preuve confidentiels .....	294
2.1.1.1. – L'obligation impérative d'exclusion .....	294
2.1.1.2. – Le recours aux moyens de preuve analogues .....	298
2.1.2. – Le retrait des charges affectées par la confidentialité .....	304
2.1.2.1. – La discrétion limitée du Procureur .....	304
2.1.2.2. – Le contrôle de la chambre compétente .....	308
2.2. – <i>La frustration de la conduite des poursuites</i> .....	309
2.2.1. – Le rôle catalyseur de la confidentialité .....	310
2.2.1.1. – L'affaiblissement de la valeur probante des preuves .....	311
2.2.1.2. – La cause d'abus de procédure .....	316
2.2.2. – La cessation modulée des poursuites .....	322
2.2.2.1. – L'ajournement de l'audience de confirmation des charges .....	323
2.2.2.2. – L'arrêt conditionnel des poursuites .....	329
<b>TITRE II. – UNE CONCILIATION À PARFAIRE</b> .....	337
<b>Chapitre I. – Les limites de la proportionnalité formelle</b> .....	341
1.1. – <i>Une approche rigoureuse de la confidentialité</i> .....	343
1.1.1. – L'exigence du bien-fondé de la confidentialité .....	343
1.1.1.1. – L'existence d'un risque en cas de divulgation .....	343
1.1.1.2. – L'objectivation du risque d'atteinte à un intérêt légitime .....	346
1.1.2. – L'exigence de nécessité de la confidentialité .....	348
1.1.2.1. – La nécessité de la confidentialité au sens strict .....	348
1.1.2.2. – La proportionnalité de la confidentialité .....	352
1.1.2.2.1. – La proportionnalité comme juste milieu .....	352

1.1.2.2.2. – La proportionnalité comme compensation .....	357
<b>1.2. – Une efficacité relative.....</b>	<b>360</b>
1.2.1. – L'inhérence des facteurs de confidentialité .....	361
1.2.1.1. – Les facteurs inhérents aux crimes internationaux .....	361
1.2.1.2. – Les facteurs inhérents aux lacunes de la Cour .....	364
1.2.2. – La portée procédurale de la restriction .....	371
1.2.2.1 – La déférence de la Cour au formalisme.....	371
1.2.2.2 – L'indifférence à l'égard des finalités de la Cour.....	378
<b>Chapitre II. – Pour une proportionnalité substantielle .....</b>	<b>387</b>
2.1. – Un double fondement de la proportionnalité substantielle .....	387
2.1.1. – L'effectivité: un souci de la justice internationale pénale .....	387
2.1.1.1. – Un catalyseur de la justice internationale pénale .....	387
2.1.1.2. – Une finalité affirmée de la Cour pénale internationale .....	393
2.1.1.2.1. – Rendre justice à la communauté internationale .....	393
2.1.1.2.2. – Rendre justice aux personnes poursuivies .....	398
2.1.1.2.2. – Répondre aux préoccupations des victimes.....	400
2.1.2. — L'effectivité : une compatibilité avec les droits de l'homme.....	404
2.1.2.1. – Le mouvement en faveur des droits des victimes .....	405
2.1.2.2. – La dimension substantielle du droit à un recours effectif .....	410
2.2. – Une dialectique de la proportionnalité substantielle .....	415
2.2.1. – L'optimisation nécessaire des procédures de la Cour .....	417
2.2.1.1. – Dépolitiser les poursuites .....	417
2.2.1.2. – Dépouiller la « preuve clé » de la confidentialité .....	422
2.2.2. – Les adaptations aux exigences de l'effectivité .....	427
2.2.2.1. – Pour une obligation de coopérer ou de poursuivre .....	428
2.2.2.2. – Pour un partage des charges en matière de protection .....	432
<b>Conclusion à la deuxième partie .....</b>	<b>439</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>443</b>
<b>ANNEXES.....</b>	<b>449</b>
I. – Extraits du Statut de Rome de la Cour pénale internationale .....	451
II. – Extraits du Règlement de procédure et de preuve.....	467
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>479</b>



## Table des acronymes et abréviations

AEP	Assemblée des États parties
AFDI	Annuaire français de droit international
AFRI	Annuaire français de relations internationales
AG	Assemblée générale
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
ALC	Annotated Leading cases of International Criminal Tribunals
ALENA	Accord de libre échange nord-américain
AIER	All England Law Reports
Ann CDI	Annuaire de la Commission du droit international
Ann Conv EDH	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme
APC	Archives de politique criminelle
APD	Archive de philosophie du droit
Art	Article
ATNUTO	Administration provisoire des Nations Unies au Timor Oriental
Aus Rev Int'l & Eur L	Australian Review of International and European Law
Brit YB Int'l L	British Yearbook of International Law
BYUL Rev	Brigham Young University Law Review
C	Contre
C de D	Cahiers de droit de la faculté de droit de l'Université Laval
CADH	Convention américaine des droits de l'homme
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
Cal L Rev	California Law Rev
Cambridge LJ	Cambridge Law Journal
CDH	Comité des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international
CETC	Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens
CIJ	Cour internationale de Justice
CIPA	Classified Information Procedure Act
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le développement du droit commercial international
Colum J Transnat'l L	Columbia Journal of Transnational Law
Cour ADHP	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cour IADH	Cour Interaméricaine des droits de l'homme

CPA	Cour Permanente d'arbitrage
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CS	Conseil de sécurité des Nations Unies
CSC	Cour suprême du Canada
CSCE	Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe
CUDIH	Centre Universitaire de droit international humanitaire
CUP	Cambridge University Press
DIH	Droit international humanitaire
Dir	Sous la direction
ECOMOG	Economic Community of West African States Cease-fire Monitoring Group
ECOSOC	Conseil économique et social (des Nations Unies)
EJIL	European Journal of International Law
FORPRONU	Force de protection des Nations Unies
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GC	Grande Chambre de la Cour Eur DH
Geo Wash L Rev	George Washington Law Review
ICLQ	International and Comparative Law Quaterly
ICMP	Commission internationale pour les personnes disparues
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
IFOR	Implementation Force
Int'l Crim L Rev	International Criminal Law Review
Int'l Rev Red Cross	International Revue of the Red Cross
IT	International Tribunal (for former Yugoslavia)
J Envtl L	Journal of Environmental Law
J Int'l Econ L	Journal of International Economic Law
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JWT	Journal of World Trade
Leiden J Int'l L	Leiden Journal of International Law
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mich Crim L Rev	Michigan Criminal Law Review
New Crim L Rev	New Criminal Law Review
n°	Numéro
Non-State Act. & Int'l L.	Non-State Actors & International Law
Nordic J Int'l L	Nordic Journal of International Law
Nw J Int'l Hum Rts	Northwestern Journal of International Human Rights
NY U L Rev	New York University Law Review
NZLR	New Zealand Law Reports

OEA	Organisation des États Américains
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides
Ohio St J Disp Resol	Ohio State Journal on Dispute Resolution
OI	Organisation internationale
OIG	Organisation intergouvernementale
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
OUP	Oxford University Press
p	Page
Para	Paragraphe
PUF	Presses universitaires de France
PULM	Presses universitaires de Limoges
QBD	Law Reports, Quenn's Bench Division
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDP	Revue canadienne de droit pénal
RCS	Recueil de la Cour suprême du Canada
RDC	République Démocratique du Congo
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
rec	Recueil des arrêts et ordonnances de la CIJ
Rev DP & Crim	Revue de droit pénal et criminologie
Rev IDP	Revue internationale de droit pénal
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICR	Revue internationale de la Croix-Rouge
RIDP	Revue internationale de droit public
RQDI	Revue québécoise de droit international
RPP	Règlement de procédure et de preuve
RTC	Recueil des Traités du Canada
RTNU	Recueil des traités des Nations Unies
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
Sér	Série
Sess	Session
SFOR	Stabilization Force
SSRN	Social Science Research Network
Sup	Supplement
Sup Ct L Rev	Supreme Court Law Review
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TSL	Tribunal spécial pour le Liban
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
U Cin L Rev	University of Cincinnati Law Review
U Pa LR	University of Pennsylvania Law Review
U Toronto LJ	University of Toronto Law Journal
UJIEL	Utrecht Journal of International and European Law
ULB	Université Libre de Bruxelles
v	Versus
V U W L R	Victoria University of Wellington Law Review
Vict U Well L Rev	Victoria University of Wellington Law Review
vol	Volume
Wm & Mary L Rev	William and Mary Law Review
Yale J Int'l L	Yale Journal of International Law



*Que règne la liberté. Car jamais le soleil ne s'est couché sur  
réalisation humaine plus glorieuse. Nelson Mandela (Un long chemin  
vers la liberté, 1995)*



# Remerciements

Écrire une thèse c'est comme enfanter. Tout part d'une idée. Parfois, elle se dessine à l'esprit avec clarté. Souvent elle nous prend par surprise. Sa gestation est longue pour certains, brève pour d'autres. Son cycle peut avorter, tout comme il peut aboutir précocement. Au bout des hauts et des bas, la lumière de la délivrance finit par poindre, et avec elle les heureuses réjouissances. Au moment de marquer cet instant, je voudrais dire mes plus vifs remerciements aux personnes qui ont contribué au succès de cette thèse.

D'abord mes directeurs, les professeurs Fannie Lafontaine et Pierre Rainville. Comme marraine et parrain, vous avez bien voulu assumer la difficile charge de préparer le terrain à cet enfantement. Sans l'appui que vous m'avez apporté, je n'aurais pu surmonter les défis de l'entreprise périlleuse qu'est la thèse de doctorat. Je vous suis infiniment redevable pour votre encadrement appliqué et formateur. Plus que votre expérience de l'enseignement et de la recherche, je me réjouis d'avoir trouvé auprès de vous une écoute attentive et un regard critique sur mes travaux. Votre enthousiasme et votre passion, associés à votre rigueur scientifique et votre souci de l'excellence m'ont constamment poussé à dépasser mes limites. Je vous remercie d'avoir été des personnes inspirantes. Trouvez ici le témoignage de ma profonde reconnaissance.

À la faculté de droit ensuite, je renouvelle mon entière gratitude pour les fonds de bourse dont j'ai eu le privilège d'être récipiendaire durant mon cursus. Ces remerciements vont également au Conseil canadien de droit international, qui m'a décerné en 2009 et en 2010 la prestigieuse bourse de recherche John Peters Humphrey en droits de l'homme et organisations internationales.

À mes amis William, Audrey, Marie Albertine, Laurette, Sandrine, Wilson et Christiane. Je vous dis mille mercis pour toutes ces choses qui en dehors de la thèse n'ont pas moins contribué à son aboutissement. Par votre présence et les questions incessantes sur l'avancement de mes travaux, vous avez su combler le vide que la thèse a par moment créé autour de moi.

Enfin, à Odette, la mère de seconde naissance, à mes sœurs Alphonsine et Clarisse, mes cousines et nièces Anicha, Écladore, Joselyne, Viviane, Mervine, Letitia et Hilary. Sans votre amour inconditionnel et votre tendresse, je ne serais jamais allé au bout de ce pèlerinage lorsque les sentiments de lassitude et de solitude me poussaient devant le précipice de l'abandon.



## Avant-Propos

Le choix du sujet de cette thèse est anecdotique. Il est contemporain à la brève expérience que j'ai eue entre 2007 et 2008 au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et à la Cour pénale internationale (CPI). Elle était elle-même consécutive à des études supérieures au cours desquelles mon intérêt pour la justice internationale pénale s'est aiguisé. L'opportunité de venir à l'Université Laval s'est présentée à l'automne 2008. Je l'ai saisie sans hésiter.

J'eus d'abord en idée d'étudier la répression de l'agression dans le cadre de la CPI. Mais comme les conditions de cette répression étaient encore en discussion au sein d'un groupe de travail de l'Assemblée des États parties (AEP), je me ravisais pour échapper à la critique d'une étude spéculative. Les sujets ne manquaient cependant pas. La Cour venait d'appréhender son premier « gros poisson », Jean-Pierre Bemba Gombo. Cependant, les sauts et soubresauts dans son premier procès faisaient l'objet de toutes les attentions. Sous fond de scandale en effet, les juges avaient décidé en juin 2008 de suspendre les procédures contre l'accusé et d'ordonner sa mise en liberté. Ils se fondaient sur le recours, disaient-ils, abusif par le Procureur à des accords de confidentialité avec des sources de renseignements dans la conduite de ses enquêtes. En raison de son refus acharné de consentir à l'usage des informations ainsi obtenues au cours du procès, les juges estimaient qu'un procès équitable à l'égard de la défense n'était plus possible, ce d'autant qu'une bonne partie des éléments de preuve en cause était de nature à disculper l'accusé. Ils ont certes regretté que la décision porte atteinte aux intérêts des victimes et de la communauté internationale à voir, pour les unes, les crimes réparés, et pour l'autre, l'auteur présumé puni, mais n'ont pas été en mesure d'élaborer une solution qui garantisse un véritable équilibre des valeurs en jeu.

Cette thèse se saisit de cette épineuse question, car si Lubanga a été finalement condamné en première instance en mars 2012, son procès n'a pu reprendre au début de l'année 2009 qu'après que les sources du Bureau du Procureur (BdP) aient bien voulu consentir à la divulgation des éléments de preuve pertinents pour la détermination de la cause. Il nous a donc semblé qu'il était contradictoire qu'une entreprise telle que la CPI, si chèrement construite, voie sa finalité d'assurer la répression des crimes les plus graves aussi facilement frustrée par l'érection du secret.

La conduite de cette recherche est jalonnée de quelques difficultés qu'il convient de souligner afin que le lecteur prenne la pleine mesure de ses manquements. D'abord, la difficulté de

construire un cadre théorique de l'objet d'étude en raison d'une littérature, qui si elle n'est pas lacunaire, est disparate et foisonnante. J'ai fait le choix, peut-être arbitraire, mais d'après moi opportun, d'inscrire mon analyse dans la perspective de l'effectivité de la justice pénale internationale pour laquelle le secret, dont je ne conteste pas, mais souligne la légitimité, peut à la fois être un atout et un frein, en fonction de la construction de son usage.

Ensuite, il y a la riche production normative et jurisprudentielle de la CPI. Par souci de rationalisation, de cohérence et de souplesse, il a fallu opérer certains choix. La recherche que j'ai entreprise se donne modestement pour ambition de participer au débat qui pourrait contribuer à consolider le droit appliqué par la Cour dans le souci d'une effectivité réelle et d'une justice internationale pénale régie par la prééminence du droit et non par l'opportunisme politique.

Enfin, et non des moindres, lorsqu'ils ne sont pas totalement confidentiels, les documents et décisions produits dans le cadre de la procédure devant la CPI sont souvent expurgés. Leur lisibilité ainsi que la connaissance de l'état du droit s'en trouvent considérablement affectés. Je me suis efforcé de consulter le maximum de décisions sur un point de droit donné. Toutefois, la pratique de la Cour cherche encore sa voie sur bien des points abordés. Il convient en conséquence de lire les pages qui suivent en portant une attention particulière sur son actualité jurisprudentielle. À ce propos, j'ai souvent fait recours, sans aucune prétention à la systématité cependant, à la pratique des tribunaux nationaux, régionaux ainsi qu'à celle d'autres tribunaux de l'ordre international, en particulier les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.

Dans leur grande majorité, les décisions jurisprudentielles, sauf indications contraires, peuvent être trouvées sur Internet. Les décisions de la CPI citées dans la présente thèse sont disponibles sur son site Internet qui est régulièrement mis à jour. Pour alléger le texte, compte tenu de la longueur de leurs titres, je me limite au nom de l'affaire et à son numéro d'enregistrement après une première citation intégrale des décisions des tribunaux pénaux internationaux.

Finalement, si l'expression « droits de l'homme » apparaît plus fréquemment dans une thèse réalisée au Québec où les termes moins connotés « droits de la personne » et « droits humains » ont été adoptés, c'est principalement pour coller à la formulation des textes internationaux officiels. Les puristes de l'égalité des genres voudront bien me pardonner cet impair !

# INTRODUCTION

Justice et secret forment un couple qui ne peut assurément faire ménage sans remous. L'une est l'expression d'une valeur sociale fondamentale. La publicité est une condition presque *sine qua non* de sa réalisation. L'autre traduit la part d'ombre que les sociétés permettent à leurs constituants d'entretenir. Assurée au moyen de la confidentialité, cette ombre, qui n'existe pas sans esclandres, compte tenu de la sociabilité naturelle des membres du corps social, est source de tensions en matière d'administration de la justice qui, elle, se fonde sur le principe de publicité.

Les rapports antinomiques entre justice et secret, que connaissent les systèmes de droit de tous les temps et de toutes les sociétés, méritent, nous a-t-il semblé, d'être revisités à la lumière de la renaissance de la justice pénale internationale. Symbolisée par la création en 1998 à Rome en Italie d'une juridiction à vocation permanente, la Cour pénale internationale (CPI)<sup>1</sup>, cette justice fait face, alors que son édification demeure inachevée, à des défis toujours plus relevés les uns que les autres. La Cour n'était pas déjà en vigueur que les paris étaient ouverts sur son échec.

La CPI appartient à cette catégorie de révolutions pour lesquelles on n'a jamais qu'un triomphe mesuré<sup>2</sup>. Robert Badinter faisait remarquer à ce propos que, si au plan institutionnel elle marque un aboutissement, « elle ne constitue en revanche qu'un commencement en termes de justice, cette dernière ne pouvant être mesurée à l'avenir qu'à l'aune de la mise en œuvre effective des règles qui régissent le fonctionnement de la Cour contenue dans le Traité de Rome »<sup>3</sup>.

Un peu plus de huit ans plus tard, les propos de l'éminent juriste français n'ont pas vieilli d'une ride. Le bilan de la Cour semble lui donner raison<sup>4</sup>. Qu'elle existe est un fait. Qu'elle fonctionne comme il convient est une gageure<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU I-38544 (amendé par les procès-verbaux des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002) [« *Statut de Rome* »].

<sup>2</sup> Le caractère révolutionnaire tient selon Antonio Cassese de ce que la Cour « *intrudes into state sovereignty by subjecting states' nationals to an international criminal jurisdiction* » : Antonio Cassese, « The Statute of the International Criminal Court : Some preliminary Reflections » (1999) 10 EJIL 144 à la p 145 [Cassese, « The Statute »]. Les superlatifs abondent en doctrine pour saluer cette révolution institutionnelle dans l'ordre juridique international : « *the institutionalization of international criminal law reached its peak* » : Christoph Safferling, *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012 à la p 1 [Safferling, *Int'l Crim Procedure*].

<sup>3</sup> Robert Badinter, « De Nuremberg à La Haye » (2004) 75:3 RIDP 699 à la p 702.

<sup>4</sup> La première décision en instance a été rendue en 2012 à l'encontre du premier accusé Thomas Lubanga Dyilo dont la comparution initiale a eu lieu en mars 2006 : *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (14 mars 2012) (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2901, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut (10 juillet 2012) (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2901]. Le deuxième jugement est

La CPI constitue la matérialisation de la détermination profonde de la communauté internationale de ne plus laisser les crimes qui heurtent la conscience de l'humanité impunis<sup>6</sup>. Elle est aussi la consécration ultime d'une quête de justice qui a traversé plusieurs générations de tribunaux à caractère éphémère<sup>7</sup>. La Cour est le résultat d'un processus long et difficile<sup>8</sup>. Ce parcours était nécessaire pour lui conférer une légitimité qui, bien qu'elle ne soit pas définitivement acquise, est de loin mieux assise que celle des tribunaux qui l'ont précédée<sup>9</sup>.

Au-delà toutefois, elle partage avec ses devanciers l'une des difficultés qui fait obstacle à la justice pénale internationale d'âge en âge, à savoir qu'elle se heurte toujours « à l'ombre portée sourcilleuse et menaçante des États »<sup>10</sup>. Le *Statut de Rome* est parsemé de faiblesses juridiques qui traduisent le plus souvent « la volonté de protéger les souverainetés étatiques »<sup>11</sup>. Or la Cour juge

---

intervenu à la fin de l'année dans l'affaire *Le Procureur c Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-3, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (18 décembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II) [*Chui*, ICC-01/04-02/12-3]. Plus récemment, la CPI a rendu son troisième jugement dans l'affaire *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (7 mars 2014) (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>5</sup> Safferling, *Int'l Crim Procedure supra* note 2 à la p 1: « *The normative structure is in place. Now it must prove its worth in application* ». Et Hervé Ascensio de dire « la création n'est pas tout; encore faut-il que ces institutions disposent ensuite d'un soutien politique continu » : Hervé Ascensio, « La justice pénale internationale de Nuremberg à la Haye » dans Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, dir, *La justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2001, 29 à la p 37 [Ascensio, « De Nuremberg à La Haye »].

<sup>6</sup> *Statut de Rome*, 4<sup>ème</sup> paragraphe du préambule.

<sup>7</sup> Renaud de la Brosse, « Les trois générations de la Justice pénale internationale. Tribunaux pénaux internationaux, Cour pénale internationale et tribunaux mixtes » (2006) 6 AFRI 154. On fait ici référence aux Tribunaux militaires internationaux de l'après-seconde guerre mondiale (*Accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire et Statut du Tribunal Militaire International*, 8 août 1945, 82 RTNU 279; *Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient*, approuvée par le Commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient, 19 janvier 1946 dans Éric David, *Code de droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2004 aux pp 1004-1009; aux juridictions *ad hoc* des Nations Unies (Doc off CS, 3217<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/827 (1993) *Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie* [Statut du TPIY]; Doc off CS, 3453<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/955 (1994) *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda* [Statut du TPIR] et à diverses juridictions dites mixtes, instituées avec l'appui des Nations Unies : *Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique*, 6 juin 2003, 2329 RTNU I-41723; *Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité en date du 14 août 2000*, 16 janvier 2002 dans David, Tulkens et Vandermeersch, *supra* aux pp 857-871; Doc off CS, 4057<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/1272 (1999) *Établissement d'une administration provisoire des Nations Unies au Timor oriental*; *Règlement n° 2000/11 établissant les Chambres spéciales au sein du Tribunal de District de Dili pour les crimes graves commis en 1999 au Timor oriental*, Administration Transitoire des Nations Unies au Timor Oriental (ATNUTO), 6 mars 2000 et Doc off CS, 5685<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/1757 (2007) portant entrée en vigueur de l'*Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un tribunal spécial pour le Liban annexé*, 30 mai 2007.

<sup>8</sup> Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux » dans Laurent Moreillon et consorts, dir, *Droit pénal humanitaire*, Genève-Bâle-Munich, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2006, 39 à la p 39 [Petry, « Les tribunaux »].

<sup>9</sup> *Ibid* à la p 54.

<sup>10</sup> Marie Luce Pavia, « La place de la victime devant les tribunaux pénaux internationaux » (2002) 24 :1 APC 61 à la p 63 [Pavia, « La place de la victime »].

<sup>11</sup> *Ibid* à la p 77. La souveraineté est considérée comme l'obstacle majeur à l'effectivité du droit international pénal: Gregory S. Gordon, « Toward an International Criminal Procedure: Due Process Aspirations and Limitations » (2007) 45 Colum J Transnat'l L à la p 639 [Gordon, « Toward »]; Jacob Katz Cogan, « International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects » (2002) 27 Yale J Int'l L 111 à la p 114 [Cogan, « Fair Trials »]. Pour d'autres types de difficultés de nature juridique, dont les



des crimes qui mettent en jeu la responsabilité des gouvernants politiques<sup>12</sup>. La protection de la souveraineté peut ainsi signifier que ce sont les coupables qui échappent à la justice internationale, un affront à la finalité initiale de lutte contre l'impunité.

Cette faiblesse de la CPI a abondamment été étudiée en doctrine, relativement à ses aspects institutionnels et normatifs<sup>13</sup>. Talon d'Achille de la justice pénale internationale, le droit procédural n'a suscité que tardivement l'intérêt des chercheurs<sup>14</sup>. Or son importance est une évidence, puisqu'il influence l'interprétation du droit matériel<sup>15</sup>. L'interrogation sur sa construction en rapport avec l'effectivité de la justice pénale internationale n'a pas souvent été clairement posée. La doctrine s'est principalement vouée à savoir si ce droit procédural garantissait les droits fondamentaux de l'accusé et à quel modèle culturel il pouvait se rattacher<sup>16</sup>. Les deux préoccupations sont en réalité liées. L'opposition traditionnelle entre le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire repose sur le niveau de prise en compte par l'un et l'autre des droits de l'accusé.

Cette focalisation sur l'équilibre bipartite du procès paraissait au demeurant se justifier pleinement. Historiquement, Nuremberg n'était pas sur ce point un exemple à suivre et il a fallu en tirer toutes les conséquences<sup>17</sup>. De même, les droits de l'accusé ont connu un développement sans

---

amnesties, le pardon, la prescription, les immunités, le principe *ne bis in idem* et l'abus de procédure, voir Yasmin Q. Naqvi, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010.

<sup>12</sup> En vertu de l'article 5 du *Statut de Rome*, la compétence de la CPI s'étend au crime de génocide (art. 6), aux crimes contre l'humanité (art. 7), aux crimes de guerre (art. 8) et au crime d'agression (art. 8 bis). La dimension politique des crimes de droit international pénal se déduit des éléments dits «juridictionnels» de définition de ces crimes. Par exemple, en matière de génocide, on estime que «l'intention de détruire, en tout ou en partie» l'un des groupes protégés suppose au moins la mobilisation d'une organisation étatique ou politique. En matière de crimes contre l'humanité, il est plus clair aux termes de l'art. 7-2 du *Statut de Rome* qu'ils doivent être commis «en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation». De même, les crimes de guerre doivent s'inscrire d'après l'art. 8-1 «dans le cadre d'un plan ou d'une politique». La répression du crime d'agression ne vise, selon l'art. 8 bis-1 que les personnes «effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État».

<sup>13</sup> Claus Kreß, «The Procedural Law of International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise» (2003) 1 JICJ 603 à la p 605 [Kreß, «The Procedural Law»].

<sup>14</sup> Göran Sluiter, «Karadžić on Trial – Two Procedural Problems» (2008) 6 JICJ 617. Paul Mathonnet parle cependant de la procédure pénale comme «cheville ouvrière» et «trait d'union entre l'incrimination et la peine»: «Le procès équitable dans l'espace normative pénal français» dans Fabri Hélène Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 119 à la p 119 [Mathonnet, «Le procès équitable»]. La procédure est l'ensemble des règles qui assurent l'administration de la justice. Voir Pacifique Manirakiza, «Les défis de la défense devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda» (2008) 38 RGD 47 à la p 51 [Manirakiza, «Les défis de la défense»].

<sup>15</sup> Safferling, *Int'l Crim Procedure supra* note 2 à la p 2.

<sup>16</sup> En ce sens, voir William A. Schabas, «Common law, «Civil law» et droit pénal international : tango (le dernier?) à La Haye» (2003) 13:1 RQDI 287 [Schabas, «Tango»].

<sup>17</sup> Christoph Safferling a identifié trois critiques majeures du caractère équitable des procès de Nuremberg : l'impartialité et l'indépendance douteuse des juges, l'inégalité entre l'accusation et les accusés (ressources humaines, accès aux documents), la nouveauté du modèle procédural pour les avocats allemands : Safferling, *Int'l Crim Procedure supra* note 2 aux pp 16-18. Pour une opinion nuancée, voir : Gordon, «Toward», *supra* note 11 à la p 642. Dans la confirmation des principes découlant de Nuremberg, figure en effet en bonne place le principe du droit au procès équitable : *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*, 2<sup>e</sup> session de la Commission du droit international de 1950 dans «Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa deuxième session», *Annuaire de la*

précédent depuis 1948, atténuant la rigueur de la répression pénale<sup>18</sup>. L'internationalisation de la justice pénale ne devrait pas être un motif de remise en cause de cette évolution. Au contraire, en faveur d'une convergence entre droit international et droit interne, on a considéré en l'espèce que les difficultés particulières des procédures pénales des tribunaux internationaux et la gravité singulière des crimes devaient justifier non un infléchissement, mais un renforcement des droits de l'accusé<sup>19</sup>. En ce sens, le Secrétaire général des Nations Unies dira au moment de mettre sur pied le TPIY, qu'« [i]l va sans dire que le Tribunal international doit respecter pleinement les normes internationalement reconnues touchant les droits de l'accusé à toutes les phases de l'instance »<sup>20</sup>.

Ces normes comprennent le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>21</sup>. Il est destiné à encadrer la pratique judiciaire des tribunaux nationaux<sup>22</sup>. Cependant, il a largement contribué à humaniser la justice internationale qui s'est maintenant fortement institutionnalisée<sup>23</sup>. En se désétatisant, comme dans le cas des tribunaux administratifs internationaux, les organes de

---

*Commission du droit international 1950*, vol. 2, New York; AG, *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, Rés. AG 95 (I), Doc. off. AG NU, du 11 décembre 1946. D'après le Principe 5, « Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit ».

<sup>18</sup> Göran Sluiter, « The Law of International Criminal Procedure and Domestic War Crimes Trials » (2006) 6 Int'l Crim L Rev 605 à la p 609.

<sup>19</sup> L'idée est loin d'être neuve. Au lendemain de la seconde guerre, il était déjà entendu qu'une dérogation aux règles du procès équitable fondée sur le fait qu'une personne est accusée de crimes de guerre irait à l'encontre même de la philosophie des droits de l'homme : Justice Murphy, Cour suprême des États-Unis, *In re Yamashita*, 327 US. 1 (1946). Voir également Safferling, *Int'l Crim Procedure supra* note 2 à la p 26. Certains auteurs ne partagent pas le point de vue qu'il existe une spécificité des procédures pénales internationales justifiant l'application de principes différents. Ils considèrent que bien que la structure du droit international demeure décentralisée, les différences entre systèmes juridiques interne et international ont sensiblement diminué de sorte qu'il est devenu facile d'appliquer les principes généraux au droit international. Cette transposition serait d'autant plus acceptable que le droit international pénal emprunte aux droits internes ses fondements et ses institutions. Voir Fabián O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoffs, 2008 à la p 69 [Raimondo, *General Principles*].

<sup>20</sup> Secrétaire général des NU, *Rapport sur la mise en œuvre du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie conformément au par. 2 de la Résolution 827(1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Doc NU S/25704 et Add.1, 3 mai 1993 au para 106.

<sup>21</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art. 14 [PIDCP].

<sup>22</sup> Le TPIY s'inspire largement de la pratique des juridictions nationales et régionales dans l'interprétation des garanties du procès équitable proclamées au niveau international. Voir Cogan, « Fair Trials », *supra* note 11 à la p 117.

<sup>23</sup> Diverses formes d'arbitrage coexistent dans l'ordre international avec une justice institutionnelle décentralisée en raison de la nature de la compétence matérielle. Voir sur l'arbitrage international : *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, Washington, 18 mars 1965, 575 RTNU 159; *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 29 juillet 1899, art. 15; *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 18 octobre 1907, art. 37; *Acte général d'arbitrage pour le règlement pacifique des différends internationaux*, 9<sup>e</sup> session de l'Assemblée de la Société des Nations, 26 septembre 1928, art. 21. Quant à la justice institutionnelle, voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RTC. 1945 n°7, 557 RTNU 143, 638 RTNU 306 [Charte des Nations Unies], article 1-1 et article 92; *Statut de la Cour internationale de Justice* annexé à la *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945, 557 RTNU 143 [Statut de la CIJ]. D'autres institutions judiciaires ont soit une compétence régionale, soit une compétence matérielle limitée : *Traité sur l'Union européenne – Protocole (n°3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne* 9 mai 2008, J.O. C115/210; *Protocole portant Statut de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'Union Africaine, Sharm El-Sheikh (Égypte), 1<sup>er</sup> juillet 2008 [Protocole Cour Africaine]; *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982, 1834 RTNU, Annexe VI : *Statut du Tribunal international du droit de la mer*.

protection des droits de l'homme et donc les juridictions pénales internationales, elle contribue à renforcer un sens commun de la justice partagé à travers le monde<sup>24</sup>.

La création de la CPI marque une étape ultime dans ce processus. Le *Statut de Rome* accorde une place importante aux victimes tant physiques (victimes des crimes) qu'abstraites (communauté internationale/humanité). La préoccupation toujours bien fondée visant à préserver l'accusé des abus qui peuvent résulter de la primauté de la souveraineté ou de l'exercice du pouvoir de répression n'apparaît plus comme le seul objet du procès pénal. L'équilibre de la procédure se structure entre l'accusation, la défense et les victimes<sup>25</sup>. À partir de là, il nous a semblé opportun de poser un nouveau regard sur les faiblesses juridiques de la CPI dans sa dimension procédurale. Ainsi nous interrogeons-nous à propos de son effectivité, donc de l'équilibre triangulaire sus-évoqué, à la lumière de la consécration fort problématique du secret dans ses textes.

**1. – Une ambivalence de la confidentialité.** On doit légitimement craindre que la confidentialité, tout en servant un intérêt public dont on admet l'importance, ne se retourne contre un autre, à savoir la répression des crimes graves. Le risque se pose dans des proportions différentes en fonction de la nature de la confidentialité en cause. Mais qu'elle se normalise de sorte à devenir le principe plutôt que l'exception constitue le nœud du problème.

En effet, bien que le secret rende souvent de grands services à la justice, son apport ne se fait presque jamais sans écueil. Utilisé pour faciliter la détection et la répression des crimes, il soulève plus fréquemment des préoccupations quant à sa compatibilité avec les droits de la personne poursuivie ou encore avec le principe de transparence censé gouverner l'administration d'une institution sociale et démocratique telle que la justice. Pointant essentiellement le risque d'arbitraire, d'abus et d'erreur, l'aversion pour le secret a fait dire à Bentham que la publicité est

---

<sup>24</sup> Au sujet des tribunaux administratifs internationaux, voir notamment Doc off AG NU, 4<sup>e</sup> sess., Doc. NU 351 A (IV), 24 novembre 1949, *Création du Tribunal administratif des Nations Unies*; *Statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*, Conférence internationale du Travail le, 9 octobre 1946, modifié par la Conférence le 29 juin 1949, le 17 juin 1986, le 19 juin 1992, le 16 juin 1998 et le 11 juin 2008. Pour les organes de protection des droits de l'homme, voir au niveau régional, voir : *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [CEDH], art. 19; *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, Nairobi, 27 juin 1981, 1520 RTNU I-26363 [CADHP], art. 30 et *Protocole Cour africaine*, supra note 23; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Conférence interaméricaine de San José, Costa Rica, 22 novembre 1969 [CADH], art. 34 (établissant la Commission interaméricaine des droits de l'homme) et art. 52 (relatif à la Cour interaméricaine des droits de l'homme). Au niveau international: *Charte des Nations Unies*, art. 68 (institution par le Conseil économique et social (« ECOSOC ») de commissions pour « le progrès des droits de l'homme »); Doc off AG NU, 60<sup>e</sup> sess. Doc. NU A/RES/60/251, 3 avril 2006, *Création du Conseil des droits de l'homme*; *PIDCP*, supra note 21, art. 16 (Procédure des rapports périodiques), *Protocole facultatif se rapportant au PIDCP*, New York, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (établissant le Comité des droits de l'homme « CDH »).

<sup>25</sup> *Prosecutor v Dusko Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses (10 août 1995) au para 55 (TPIY, Chambre de première instance) [*Tadić*, mesures de protection]: « A fair trial means not only fair treatment to the defendant but also to the prosecution and to the witnesses ».

l'âme véritable de la justice<sup>26</sup>. Dans un jugement anglais resté célèbre, Lord Hewart formulait pour sa part la maxime bien connue selon laquelle il n'est pas seulement d'une certaine importance, mais d'une importance capitale que la justice soit non seulement rendue, mais qu'elle soit manifestement et indubitablement vue en train d'être rendue<sup>27</sup>.

Il est aisé de constater aujourd'hui que le secret occupe de nouveau une place importante dans le système justice pénale. Au droit ordinaire de la procédure pénale, qui, sous l'influence des normes internationales, n'a consacré que minimalement le principe du secret de l'instruction et une obligation générale pour les témoins de comparaître publiquement, les États ont parallèlement mis en place un droit d'exception élargissant le secret des enquêtes et restreignant la publicité des procès. Parmi les « méthodes particulières de recherche », le succès de deux d'entre elles repose singulièrement sur la confidentialité. Il s'agit de l'infiltration et du recours aux indicateurs<sup>28</sup>.

La justice pénale internationale ne codifie pas exactement ces techniques d'investigation en raison de son caractère réactif. Dans son cas, pour contourner l'absence d'une force de police en mesure d'assurer la coopération de toutes les personnes susceptibles de contribuer à l'établissement des faits, les procureurs garantissent la confidentialité à leurs sources afin d'obtenir leur participation aux enquêtes et à la procédure<sup>29</sup>. Le secret se manifeste le mieux au moment de la déposition en justice à travers des mesures telles l'anonymat et la vidéo ou téléconférence<sup>30</sup>.

L'inquiétude relative à la généralisation du secret dans la mise en œuvre de la justice pénale s'est focalisée sur les dangers qu'elle peut représenter pour les droits de l'accusé. De fait, les mesures prises par les États pour renforcer la lutte contre la grande criminalité ont davantage favorisé l'essor de la justice effective en ébranlant la justice-bouclier et la garantie de la séparation

---

<sup>26</sup> Jeremy Bentham, *Draught of a New Plan for the organisation of the Judicial Establishment in France: proposed as a Succedaneum to the Draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21<sup>st</sup>, 1789*, Londres, 1790 aux pp 25–6, Bowring, iv. 285–406 aux pp 316–17. Cité par Gerald J Postema, « The Soul of Justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law » dans Xiaobo Zhai et Michael Quinn, dir, *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge, CUP, 2014, 40 à la p 40.

<sup>27</sup> *R v Sussex Justices; Ex parte Macarthy* [1924] 1 KB 256, 259 [Sussex] (« *It is not merely of some importance but is of fundamental importance, that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* »).

<sup>28</sup> Maria Luisa Cesoni, « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale » dans Maria Luisa Cesoni, dir, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2007, 1 à la p 24 [Cesoni, « Nouvelles méthodes »].

<sup>29</sup> Il pourrait également s'agir de s'assurer que la preuve recueillie est de meilleure qualité : Wolfgang Kaleck, Carolijn Terwindt, « Non-Governmental Organisation Fact-Work: Not Only a Technical Problem » dans Morten Bergsmo, dir, *Quality Control in Fact-Finding*, Florence, Torkhal Opshal Academic EPublisher, 2013, 403 à la p 419.

<sup>30</sup> Cesoni, « Nouvelles méthodes », *supra* note 28 aux pp 27-29.

des pouvoirs<sup>31</sup>. Mais les dérives des systèmes nationaux peuvent être contenues par leurs cours constitutionnelles ainsi que les cours supranationales de droits de l'homme<sup>32</sup>. L'absence de telles garanties contre les juridictions pénales internationales a pu justifier un intérêt accru de la doctrine pour les droits de la défense lorsque, tentant de privilégier la justice-glaive, le TPIY a assené que : « [t]he International Tribunal is, in certain respects, comparable to a military tribunal, which often has limited rights of due process and more lenient rules of evidence »<sup>33</sup>.

Suivant cette logique, le tribunal international avait consacré sans hésiter le pouvoir du Procureur d'entreprendre des enquêtes confidentielles et admis le témoignage anonyme contre l'accusé *Tadić*. En raison de la gravité des crimes et de leurs déficiences structurelles, les juridictions *ad hoc* n'ont pas cru devoir codifier des règles et des principes qui les empêcheraient d'exercer effectivement leur mandat. De fait, la confidentialité a joué un rôle central dans leur fonctionnement. La CPI opère sur cette question un revirement qui, ménageant les intérêts de la défense, suscite des interrogations quant à la prise en compte de ses autres finalités que sont la réparation des victimes et la rétribution de la communauté internationale.

Le pouvoir du Procureur de conduire des enquêtes confidentielles demeure. Le secret apparaît toujours comme un renfort certain pour la répression. Lorsqu'on observe plus attentivement le cadre juridique de la Cour et sa pratique, on constate cependant que cet appui est susceptible de trahir les finalités de départ. Le pouvoir d'enquêter confidentiellement signifie que le Procureur peut promettre à des sources potentielles, en contrepartie de leur coopération, qu'il ne révélera pas leur identité et qu'il ne les appellera pas à témoigner<sup>34</sup>.

Cette dernière promesse est problématique quand on sait que l'instinct en présence d'une grave injustice est de la dénoncer et non de garder le silence<sup>35</sup>. Il est pourtant remarquable qu'aussitôt un accord de confidentialité formé, le juge du procès ne puisse le défaire. Il est soumis au

---

<sup>31</sup> John Vervaele, « Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme. Rapport général » (2009) 80:1 RIDP 19 à la p 28 [Vervaele, « Mesures de procédure »] (« Le système de justice pénale et la procédure pénale reflètent l'équilibre entre la justice effective dans les affaires criminelles (le *glaive* de la justice), la protection du procès équitable et de la justice loyale en tant que règle de droit (le *bouclier* de la Justicia), et la garantie de la séparation des pouvoirs (la *dimension constitutionnelle*) »).

<sup>32</sup> *Ibid* à la p 32.

<sup>33</sup> *Tadić*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 28.

<sup>34</sup> *Statut de Rome*, art. 54-3-e et *Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale* dans *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3 – 10 septembre 2002*, ICC-ASP/1/3 et Corr.1, deuxième partie. A [RPP de la CPI], règle 82.

<sup>35</sup> Sven Molleklev, « Do the Principles and Practice of Red Cross Neutrality Meet the Necessities of Today's Humanitarian Action? » dans Chile Eboe-Osuji, dir, *Protecting Humanity: Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 77 aux pp. 78-79 [Mollekleiv, « The Principles and Practice »] (« *When grave injustice is witnessed, the natural response is to cry out, not to keep silent* »).

principe général du respect des règles de confidentialité<sup>36</sup>. Ces dernières englobent un éventail de privilèges testimoniaux, y compris la possibilité qu'un État lui oppose son refus de communiquer des informations qu'il juge susceptibles de porter atteinte à ses intérêts de sécurité nationale<sup>37</sup>. En plus de codifier ainsi le secret de manière extensive, le régime juridique de la Cour consacre l'approche de *common law* d'après laquelle le bénéficiaire d'un privilège testimonial retient la discrétion de le lever. Le constat est clair : la justice se trouve à la merci des témoins<sup>38</sup>.

En outre, tandis que le système probatoire bascule dans l'impasse, la procédure à son tour est susceptible d'être envahie par la lourde pénombre du secret. Les facteurs qui ont pu expliquer l'autorisation des témoignages secrets en droit interne sont ici décuplés. Le caractère particulièrement avilissant des crimes et le souci d'éviter une nouvelle victimisation impose un traitement particulier des victimes et témoins qui prennent part à la procédure. Le développement prodigieux des droits procéduraux de ces derniers s'appuie ainsi de manière abondante sur la confidentialité<sup>39</sup>. Il en résulte des inquiétudes à la fois pour les droits de la défense et la participation publique à la justice pénale internationale<sup>40</sup>. William Schabas soulignait en 2010 qu'aucune victime

<sup>36</sup> *Statut de Rome*, art. 69-5; *RPP de la CPI*, règle 73; *Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, TPIR, 14 mars 2008. En ligne TPIR < <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Evidence/English/080314.pdf> > [*RPP du TPIR*], art. 70-C.

<sup>37</sup> Le *Statut de Rome* consacre le privilège de la personne visée par une enquête de ne pas témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable (art 55-1-a), le privilège des informateurs et des collaborateurs de la justice (art 54-3-e), le privilège testimonial de détenteurs de secrets d'état (art 72-2). La règle 73 du *RPP de la CPI* codifie le secret professionnel de l'avocat-client, le secret des informations médicales (médecin, psychiatre, psychologue, conseiller), le secret religieux, le secret professionnel du CICR et tout autre secret professionnel d'autres relations de travail lorsque la Cour détermine que « [l]a reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement ». La règle 74 codifie le privilège contre l'auto-incrimination du témoin tandis que la règle 75 élargit le privilège des relations conjugales aux membres de la famille de l'accusé.

<sup>38</sup> Göran Sluiter, « "I Beg You, Please Come Testify" - The Problematic Absence of Subpoena Powers at the ICC » (2009) 12:4 New Crim L Rev 590 [Sluiter, « I Beg »]. Pour ce qui est des secrets d'État, voir: Cassese, « The Statute », *supra* note 2 à la p 144; Herwig Roggemann, « National Security and Protection of the State in National and International Criminal Procedure: Systematic and Comparative Aspects » dans Herwig Roggemann et Petar Šarčević, dir., *National Security and International Criminal Justice*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 1 à la p 24 [Roggemann, « National Security »]; Helen Duffy et Rodney Dixon, « Article 72: Protection of National Security Information » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* – 2<sup>ème</sup> éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1361 à la p 1363 [Duffy et Dixon, « Article 72 »]; Muriel Ubéda, « L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales » dans Emmanuel Décaux, Hervé Ascensio, Alain Pellet, dir., *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, 951 à la p 951 [Ubéda, « L'obligation de coopérer »].

<sup>39</sup> Dans l'affaire *Ngudjolo*, par exemple, 85% des témoins de la poursuite et des représentants légaux des victimes ont comparu confidentiellement. À l'inverse, 76% des témoins à décharge ont comparu publiquement. Voir *Le Procureur c Mathieu Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12-3-AnxC, Jugement rendu en application de l'article 74, Annexe C, 18 décembre 2012. En ligne <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1529540.pdf>>. Sur les droits procéduraux des victimes et témoins: Luc Walley, « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole » (2002) 845 RICR aux pp 51-78 [Walley, « Victimes et témoins »].

<sup>40</sup> Salvatore Zappalà, « The Rights of Victims vs. The Rights of the Accused » (2010) 8 J Int'l Crim J137 [Zappalà, « Victims vs the Accused »].

devant la CPI n'a été identifiée autrement que par un pseudonyme<sup>41</sup>. La poursuite et la défense peuvent elles aussi, pour préserver la confidentialité de leurs sources et de leurs enquêtes, requérir diverses mesures restreignant la circulation des informations<sup>42</sup>.

L'atteinte à l'effectivité de la justice repose dans ce cas sur le paradoxe qu'il y a à constater que la publicité sur laquelle la justice pénale internationale doit se fonder pour diffuser des valeurs propres à la restauration de la mémoire des victimes de crimes graves est supplantée par le secret dans lequel les souffrances les plus inhumaines ont pu leur être infligées. Or, loin de porter essentiellement une action vindicative contre leurs bourreaux, ces victimes recherchent peut-être, avant tout, un lieu, une enceinte, à savoir un tribunal, un prétoire où elles pourront publiquement exprimer le processus de leur déshumanisation<sup>43</sup>. Dérogeant aux principes de transparence et de liberté de la preuve, le secret, qui devrait recevoir une application restrictive, en devenant le principe plutôt que l'exception, pose le problème de sa compatibilité avec les finalités de la Cour<sup>44</sup>.

**2. – Un enjeu de crédibilité.** Comme le remarque à juste titre Patrick Wachsmann, « [l]a notion de secret semble dotée de connotations péjoratives [...] en matière de droits de l'homme comme en d'autres »<sup>45</sup>. Ce sentiment n'est assurément jamais aussi fort qu'en matière d'administration de la justice. Dans ce domaine plus que dans tout autre, la transparence et l'accès aux éléments de preuve sont une nécessité. La justice internationale n'apparaît pas devoir échapper à la règle compte tenu à la fois des valeurs qu'elle est supposée incarner et des attentes qu'elle doit combler dans la société internationale. Elle remplit une fonction si fondamentale qu'il ne serait pas

---

<sup>41</sup> William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010 à la p 825 [Schabas, *The International Criminal Court*].

<sup>42</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 81-2. Les mesures confidentielles possibles comprennent les audiences *ex parte* ou à huis clos, l'expurgation et les résumés de document ou encore l'émission de mandats secrets. Au mois d'octobre 2013, la CPI était saisie de 20 affaires provenant de 8 situations. Les mandats d'arrêt de la Cour ont été délivrés confidentiellement dans 16 cas.

<sup>43</sup> Pavia, « La place de la victime », *supra* note 10 à la p 76.

<sup>44</sup> Sur le caractère de règle d'exception de la confidentialité : *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, 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 (13 juin 2008) au para. 63 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA] (Affirmant que 50% de la preuve de l'Accusation à l'égard de la défense était confidentielle); *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-621, 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) au para 46 (CPI, Chambre préliminaire II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621]; Karim Khan et Rodney Dixon, *Archbold International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence*, Londres, Sweet and Maxwell, 2009 à la p 477 [Khan et Dixon, *Archbold*].

<sup>45</sup> Wachsmann, « Le droit au secret », *supra* note 59 à la p 120.

inapproprié d'appeler à ce qu'elle fonctionne selon le principe de transparence qui a présidé à l'institution de la Société des Nations au lendemain de la Première Guerre mondiale<sup>46</sup>.

Aujourd'hui en effet, les institutions internationales édifient leur légitimité et leur succès sur l'implication et la participation de la société civile internationale. Les engager constamment, en dépit de toute considération critique, est perçue comme contributive à l'accroissement de la justice et du consensus dans les affaires internationales<sup>47</sup>. Les moyens par lesquels cette implication peut être réalisée varient, de la possibilité de produire des « rapports parallèles » à ceux des gouvernements dans la surveillance des traités de droits de la personne à un véritable *locus standi*, en passant par la généralisation du recours aux *amici curiae*<sup>48</sup>.

Pour la justice internationale pénale en particulier, le besoin de légitimité est encore plus grand. D'une part, la nature de l'institution appelle à une transparence tant comme principe de justice fondamentale qu'en tant que mécanisme de gouvernance. Cette justice repose sur un pouvoir politique diffus qui, par défaut de cohésion, ne peut jouer efficacement les contre-pouvoirs. De plus, sur le plan de l'organisation judiciaire, les juridictions pénales internationales ne comportent guère des voies de recours similaires aux garanties des droits de l'homme qui sont le prolongement des tribunaux nationaux<sup>49</sup>. Le besoin de légitimité dérive aussi de l'institutionnalisation de la CPI. En dépit de la fonction judiciaire qu'elle exerce, elle s'insère dans un ordre politique qui influence sa marge de manœuvre. Il lui manque ainsi certaines capacités essentielles aux tribunaux répressifs pour

---

<sup>46</sup> Discours du président des États-Unis Woodrow Wilson le 8 janvier 1918 devant le Congrès américain, point 1 des « Quatorze points de Wilson »; *Pacte de la société des Nations*, 28 juin 1919, préambule, par. 3 : « entretenir au grand jour les relations internationales fondées sur la justice et l'honneur ».

<sup>47</sup> Elizabeth Burleson, Diana Pei Wu, « Non-State Actor Access and Influence in International Legal and Policy Negotiations » (2010) 104 *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* 325-328. Sur la critique de l'implication de la société civile: Mutua, Makau Y. « Human Rights International NGOs: A Critical Evaluation » dans Claude E. Welch Jr, dir, *NGOs and Human Rights: Promise and Performance*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2001, 151 aux pp 151-163.

<sup>48</sup> On retrouve la pratique des rapports parallèles dans la surveillance de la mise en œuvre des traités de droits de l'homme: Bureau du Haut-Commissaire aux Droits de l'homme, *Droits civils et politiques : le Comité des droits de l'homme. Fiche d'information n°15 (Rev. 1)* au pp 18-19. Sur les *amici curiae*, voir Charles-Émanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles – Cowansville, Bruylant – Yvon Blais, 2007 aux pp 405-419; Albert T. Marseille, Jan H. Jans, « The Role of NGO's in Environmental Litigation against Public Authorities. Some Observations on Judicial Review and Access to Court in the Netherlands » (2010) 22:3 *J Envtl L* 373-390; Séverine Ménétrey, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural?* Paris, Dalloz, 2010; Jona Razzaque, « Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals » (2002) 1:3 *Non-State Act & Int'l L* aux pp 169. Plus généralement, voir Cullen Holly et Karen Morrow, « International Civil Society in International Law: The Growth of NGO Participation » (2001) 1:1 *Non-State Act & Int'l L* 7.

<sup>49</sup> Zappalà, « Victims vs the Accused », *supra* note 40 à la p 140. Mais voir l'analyse de Roland Adjovi et Gabriele De La Morte, « Le procès équitable devant les tribunaux pénaux internationaux » dans Fabri Hélène Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 209 aux pp 214-218 [Adjovi et De La Morte, « Le procès équitable »].



accomplir leurs fonctions<sup>50</sup>. L'absence de cohésion entre les États qui participent à son fonctionnement peut laisser subodorer qu'elle poursuit des buts étrangers à la justice réduite à un rôle d'instrument. Ceci conforte l'importance de la transparence qui peut seule permettre de lever l'équivoque sur les accusations de « justice impérialiste » dont la Cour peut être taxée<sup>51</sup>.

Outre donc une tentative d'explication de l'articulation du régime juridique du secret dans la procédure qu'elle administre, cette recherche s'interroge à savoir si la CPI peut être considérée comme une institution transparente, à la différence de certaines de ses devancières dont le caractère inéquitable des procédures serait également attribuable à l'invocation et à la reconnaissance abusive du secret<sup>52</sup>.

Finalement, dans la réponse qu'elle peut apporter au problème de l'abondance de la confidentialité, se joue également celle de son autorité et de son pouvoir vis-à-vis des titulaires des secrets. La Cour a-t-elle le dernier mot? Se trouve-t-elle au contraire à la merci de ceux à l'égard de qui elle est censée imposer la règle de droit international? À partir de la réponse à ces questions, il sera possible de jauger s'il est fondé de placer l'espoir de la fin de l'impunité des crimes graves entre les mains de la Cour. Il ne faut pas en douter : la consécration du secret est un enjeu de pouvoir. Car « l'information c'est du pouvoir »<sup>53</sup>. La tendance dans les systèmes nationaux d'en limiter les applications dans l'administration de la justice l'illustre pertinemment. Une situation inverse devant la Cour serait le reflet d'une atténuation de sa capacité à accomplir efficacement ce pour quoi elle a été instituée. Il nous semble en conséquence pertinent de dresser un état des lieux de la question afin de tirer toute conclusion sur la crédibilité, voire la viabilité de l'institution appelée à mettre l'ordre dans le chaos du système international.

**3. – Une notion polymorphe.** En raison des formes qu'elle peut prendre, la confidentialité est une notion qu'il n'est pas aisé de définir. Ce caractère protéiforme, telle une hydre de mer, justifie

---

<sup>50</sup> Cogan, «Fair Trials», *supra* note 11 à la page 115.

<sup>51</sup> Fannie Lafontaine, Jayne Stoyles, *Union africaine vs Cour pénale internationale : l'état de droit menacé*, Blogue de la Clinique de droit international pénal et humanitaire de la faculté de droit de l'Université Laval, 12 octobre 2013. Plus généralement sur l'Afrique et la justice internationale pénale, voir Pacifique Manirakiza, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale » (2009) 3 Afr J Legal Stud 21.

<sup>52</sup> R John Pritchard, *The Tokyo Major War Crimes Trial : The Transcripts of the Court Proceedings of the International Military Tribunal for the far East*, vol 2, New York et Queenston, Edwin Mellen Press, 1998 à la p xliv (évoquant le refus des alliés de laisser témoigner leurs agents en faveur de la défense et de laisser celle-ci avoir accès à leurs documents officiels); Jean-Marc Varaut, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Perrin, 1992 aux pp 111-146 (évoquant un pacte secret entre l'Union soviétique et l'Allemagne dont le Tribunal de Nuremberg découragea la défense d'en faire la production au cours du procès).

<sup>53</sup> Py, *Le secret professionnel*, *supra* note 88 à la p 7.

le flou et le vague qui entourent ce concept et force cependant, dans la perspective d'un travail de la nature de celui que nous effectuons, de devoir le « préciser et approfondir »<sup>54</sup>.

Au plan littéral, le Larousse français lui donne une double signification, l'une générale, d'après laquelle la confidentialité est le « caractère d'une information confidentielle », l'autre spécifique à un domaine d'application, notamment en informatique, où elle désigne la sécurité visant à interdire l'accès à un système informatique. En nous limitant au premier sens, on remarque que le Larousse associe au caractère confidentiel de l'information l'adjectif secret qui qualifierait « [ce] qui n'est connu que d'un très petit nombre de personnes et ne doit pas être divulgué aux autres ». Or le substantif, c'est-à-dire le secret, renvoie à « ce qui doit être tenu caché ».

Ainsi, une chose constitue un secret non pas de sa propre nature, mais uniquement si elle ne doit pas être divulguée. À partir du moment où cette non-divulgaration s'y attache, elle est secrète ou confidentielle. La confidentialité peut donc littéralement se définir comme le fait de restreindre la circulation de certaines informations<sup>55</sup>. Cette restriction peut intervenir avant la production de l'information. La confidentialité découle dans ce cas de la production d'une information, d'un document ou de la tenue d'une procédure ou d'une activité dans le secret<sup>56</sup>.

À l'inverse cependant, il peut arriver que le besoin de confidentialité, c'est-à-dire de restriction de la circulation de l'information, apparaisse au cours de son existence. De ce fait, un élément jusque-là dans le domaine public peut être classifié secret. En effet, le secret s'entend d'un fait connu uniquement d'un cercle restreint de personnes<sup>57</sup>. Il s'oppose aux faits notoires qui sont généralement accessibles ou rendus publics<sup>58</sup>. Il s'ensuit ainsi que « c'est l'exclusion d'au moins une

---

<sup>54</sup> Jean Rivero, « La nécessité de la thèse au regard de la science juridique » dans Association pour une Fondation nationale des études de droit, *La thèse de doctorat et la recherche juridique*, Paris, LGDJ, 1993 à la p 41.

<sup>55</sup> Garner, Bryan A. & Henry Campbell Black, *Black's law dictionary*, 3<sup>e</sup> éd, St. Paul, MN: Thomson/West, 2006 à la p 318.

<sup>56</sup> Donald K Piragoff, « Protection of National Security Information » dans Roy S Lee, dir, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999, 270 à la p 270.

<sup>57</sup> Dario Zanni, « Enquête pénale en milieu bancaire : obstacles et pratiques liés au secret bancaire » dans Isabelle Augsburger-Bucheli, Bertrand Perrin, dir, *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, 105 à la p 107 [Zanni, « Enquête pénale »].

<sup>58</sup> Voir par exemple Steven H Gifis, *Law Dictionary*, 5<sup>ème</sup> éd., New York, Barron's Educational Series Inc, 2003; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011 à la p 228 [Cornu, *Vocabulaire*]; Garner, Bryan et Henry C. Black, *Black's law dictionary*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2006 à la p 318 et Zanni, « Enquête pénale », *supra* note 57 à la p 108.

personne de l'accès à une information qui la constitue comme secrète »<sup>59</sup>. Ainsi, au sens littéral, la confidentialité est l'exclusion du public de la connaissance d'une information.

L'appréhension de la notion de confidentialité ne nous semble cependant pas satisfaisante si certains de ses termes au sens littéral ne sont pas précisés. En effet, se pose la question de son rapport au droit et à l'ordre juridique et donc, à la justice. On subsume à cet égard la place du droit dans les termes « exclusion », « restriction » ou encore « doit être tenu caché ». La question se pose quant à savoir qui possède l'autorité d'exclure ou de restreindre, et à qui s'impose l'obligation de non-divulgaration et surtout dans l'intérêt de qui et pour quelle finalité. De même, quelles informations seraient visées par la confidentialité ? Constitue-t-elle le principe juridique qui gouverne le rapport aux informations ou faut-il envisager par les notions d'exclusion et de restriction qu'elle fait partie de l'exception d'une règle générale de publicité et de transparence ?

En réalité, bien que les secrets soient produits dans une variété de circonstances, ne semblent bénéficier d'une protection juridique que ceux qui sont reconnus par le droit<sup>60</sup>. Il en est ainsi en droit pénal, droit administratif et en droit disciplinaire<sup>61</sup>. Et là encore, les systèmes juridiques présentent des points de divergence. Il est intéressant de mentionner le cas du droit anglais, selon lequel l'obligation de confidentialité s'impose dès qu'une personne est récipiendaire d'une information qu'elle sait ou qu'elle devrait savoir raisonnablement qu'elle est considérée comme confidentielle<sup>62</sup>. Plusieurs secrets auraient ainsi droit à la protection juridique, de sorte qu'en cas de non-respect, on peut faire constater un « *breach of confidentiality* »<sup>63</sup>. Cette protection totale et totalisante du secret émerge principalement dans le domaine de la garantie du droit à la vie privée. La notion de confidentialité est en effet souvent utilisée de manière interchangeable avec celle de *privacy*, expression de l'anglais qui se traduit par « intimité » ou « secret ».

De fait, *privacy* et *confidentiality* seraient des équivalents. Il est en conséquence courant de parler, en matière de secret de l'avocat-client, de « *client's secret or confidential communication* » ou

---

<sup>59</sup> Patrick Wachsmann, « Le droit au secret de la vie privée » dans Frédéric Sudre, dir, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 119 à la p 125 [Wachsmann, « Le droit au secret »].

<sup>60</sup> Elizabeth A. Martin, Jonathan Law, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, OUP, 2006 à la p 116.

<sup>61</sup> Cette diversité de l'encadrement juridique du secret fait dire que chaque faute à son égard, notamment en matière de secret professionnel, relève « en principe d'un type de juridiction et de contentieux déterminé » : Maïalen Contis, « La nature du secret médical » (2000) n°42 Médecine et droit 22 à la p 24.

<sup>62</sup> *Ibid* à la p 61.

<sup>63</sup> Abdelrahman Afifi, « On the Scope of Professional Secret and Confidentiality : The International Criminal Court Code of Professional Conduct for Counsel and the Lawyer's Dilemma » (2007) 20 LJIL 467 à la p 469.

encore de « *privacy of communication* »<sup>64</sup>. On désigne ainsi le caractère secret, intime et confidentiel des échanges. La confidentialité devient elle-même une obligation consistant « *to protect information that is not generally known, and to use or disclose it only to approved persons, for agreed purposes* »<sup>65</sup>. En tant que tel, s'attache à l'obligation un droit corrélatif<sup>66</sup>. Il s'agit d'un droit pour le titulaire de l'information. Par contre, c'est une obligation pour celui qui en devient dépositaire. L'obligation contribuerait ainsi à renforcer la protection du droit. En effet, si la confidentialité devait être un droit pour le titulaire du secret sans qu'il existe une obligation corrélatrice pour celui qui en devient dépositaire, sa protection serait galvaudée.

Parler de la confidentialité ou du secret en tant que droit de l'homme, c'est-à-dire « des prérogatives subjectives »<sup>67</sup>, reconnaît donc sa prise en compte par le droit objectif : l'ensemble des règles destinées à régir la conduite des individus dans une communauté déterminée. Il s'ensuit que le droit, ou plus exactement le système juridique reconnaît, et à travers l'obligation de confidentialité, garantit, à chacun de ses membres la possibilité de dissimuler et même de s'opposer ensuite à la divulgation ou si elle a déjà eu lieu, de faire sanctionner, les communications non consenties de certaines données ou informations le concernant. Il n'est cependant pas certain que le droit protège toutes les informations que les personnes sont en mesure de produire. Par ce fait même, la portée du secret ou de la confidentialité est circonscrite à un type plus ou moins déterminé d'informations. Historiquement, semblent avoir bénéficié de la protection juridique, dans l'ordre, le secret médical, le secret de la confession et le secret de l'avocat-client, protégeant les confidences échangées dans le cadre de relations professionnelles reconnues d'intérêt social<sup>68</sup>.

Aujourd'hui, les informations tombant sous le coup du secret, plus nombreuses, participent de l'espace de « vie privée » des individus en dehors de tout rapport professionnel. Cette vie privée n'équivaut pas elle-même à la confidentialité. Elle s'oppose simplement à une publicité intrusive dans un espace de vie délimité et n'intègre l'intimité, entendue comme l'espace limité à certains éléments

---

<sup>64</sup> *Ibid* à la p 470.

<sup>65</sup> *Ibid*.

<sup>66</sup> *Ibid*. Voir également Rosemary Pattenden, *The Law of Professional-Client Confidentiality*, Oxford, OUP, 2003 à la p 12.

<sup>67</sup> Alexandre Viala, « Droits et libertés (distinction) » dans Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 327 à la p 328.

<sup>68</sup> Laurent Delpart, « Du secret médical au secret d'État... ou la justification d'une violation du secret médical par la protection de la liberté d'expression » (2006) *Médecine & Droit* 1 à la p 1. Voir aussi Michael R Cassidy, « Sharing Sacred Secrets: Is It (Past) Time for a Dangerous Person Exception to the Clergy-Penitent Privilege? » (2003) 44:4 *Wm & Mary L Rev* 1627 à la p 1636 [Cassidy, « Sacred Secrets »].

de la personnalité, qu'en tant que l'une de ses composantes. Ainsi parle-t-on de « l'intimité de la vie privée » ou encore de « secret de la vie privée »<sup>69</sup>.

Le besoin d'intimité n'existe pas moins pour les administrations et d'autres acteurs sociaux. Le droit individuel à la confidentialité se soucie de l'autonomie de la personne. Celle-ci prend la forme d'une volonté d'indépendance pour les personnes morales qui trouvent derrière le voile du secret un moyen efficace de se « soustraire aux pressions extérieures » et de créer « une séparation avec les usagers »<sup>70</sup>. À ce propos, Olivia Bui-Xuan dit de l'administration française que

l'opacité dont elle s'entourait participait directement de ce mouvement : à l'image d'une grande forteresse impénétrable, l'administration n'indiquait aux administrés que le résultat des décisions qui les concernaient personnellement, cachant le déroulement du processus ayant permis d'y aboutir, masquant le nom des agents qui en étaient les auteurs<sup>71</sup>.

Cette dimension du droit au secret des administrations a principalement conduit à ce que la loi impose une double obligation aux agents publics : d'une part l'obligation de discrétion, postulant la protection des secrets propres à l'administration dont la divulgation pourrait nuire à l'accomplissement de leurs tâches<sup>72</sup>. D'autre part, l'obligation de secret professionnel, selon laquelle les secrets des usagers, dont les agents deviennent dépositaires en raison de leurs fonctions, ne doivent être divulgués sans leur consentement<sup>73</sup>. Lorsque ces secrets apparaissent dans des documents administratifs, l'administration en tant que telle est dispensée de les communiquer. La première catégorie forme alors ce qu'on appelle les secrets d'intérêt public<sup>74</sup>. La seconde catégorie

---

<sup>69</sup> Emmanuel Putman, « Vie privée » dans Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 984 à la p 985 et 986.

<sup>70</sup> Olivia Bui-Xuan, « Les secrets de l'administration » (2012) n° Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger 1119 à la p 1119 [Bui-Xuan, « Les secrets de l'administration »].

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, tome II, 10<sup>e</sup> éd, Montchrestien, 1997 à la p 280. Le Conseil d'État français adopte une conception extensive de cette forme de secret. Ainsi, est protégé « tout ce qui concerne les faits et informations dont l'agent a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, [...] tous les documents connus par le fonctionnaire dans le service, que cette connaissance soit liée ou non à l'exercice de ses fonctions » : CE, 6 mars 1953, Delle Fauchaux, RDP 1953, 1030, note M Waline.

<sup>73</sup> Voir l'article 226-13 du nouveau code pénal français. Le Conseil d'État estime qu'il s'agit des informations « qui se rapportent à des faits confidentiels par leur nature ou confiés sous le sceau du secret et que les agents des services publics ont connus en raison de leurs fonctions » : Avis du 6 février 1951, *Grands avis du Conseil d'État*, 2<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2002 à la p 183. Mais sous le nouveau code pénal, l'obligation de secret professionnel « ne porte pas seulement sur les secrets confiés, mais sur tout ce qui peut être appris dans le cadre de l'exercice d'une profession, que l'information ait été recueillie auprès de l'intéressé ou après de tiers » : Bui-Xuan, « Les secrets de l'administration », *supra* note 70 aux pp 122-123.

<sup>74</sup> Selon une loi française du 17 juillet 1978, ne sont pas communicables les documents administratifs « dont la consultation ou la communication porterait atteinte : au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif; au secret de la défense nationale; à la conduite de la politique extérieure de la France; à la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes; à la monnaie et au crédit public; au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures [...]; à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières; ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du Code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi. »

constitue des secrets privés<sup>75</sup>. Une suspicion existe toujours à l'égard des premiers. Ainsi, ils ne demeureraient légitimes selon Warusfel « qu'à condition de justifier de leur nécessité »<sup>76</sup>. Confrontés à ce type de secrets, les juges n'hésitent pas à les interpréter plus restrictivement afin de garantir le droit des citoyens d'accéder aux documents administratifs<sup>77</sup>.

Bien que mal connu, un besoin similaire de protéger les secrets existe dans l'ordre international comme le soulignait Paul Reuter dans un article de 1956<sup>78</sup>. Il est apparu de manière plus marquée, sous forme de secrets de l'administration, avec le développement des organisations internationales. Pour fonder leur protection, Reuter disait ceci :

Comme toutes les administrations soit publiques, soit privées, les organisations internationales doivent observer une certaine vigilance pour qu'aucune des informations qu'elles peuvent recueillir ne soit l'objet d'une divulgation qui nuirait à des intérêts légitimes. Mais ce ne sont pas seulement les secrets extérieurs confiés à l'administration qui ne doivent pas être divulgués, c'est la vie intérieure de l'administration elle-même qui doit être protégée<sup>79</sup>.

La protection des secrets produits et des secrets reçus, dont nous avons évoqué l'encadrement en droit interne, est évidemment reconnaissable dans ces propos. C'est en effet plus qu'un truisme que les administrations internationales ont également besoin d'indépendance. D'après Reuter en effet, « chaque institution en tant que foyer d'activité, en tant qu'organisme doué d'une vie propre, doit recevoir une certaine protection contre la curiosité et l'inquisition extérieures »<sup>80</sup>. Le droit interne des organisations internationales reprend ainsi à son compte les mécanismes de protection du secret connus en droit interne, à savoir le devoir de discrétion de l'agent, l'obligation de secret professionnel et le secret des documents que ces organisations peuvent produire ou recevoir des États et d'autres personnes physiques.

---

<sup>75</sup> Il s'agit de deux catégories de secret: les secrets de la vie privée et les dossiers personnels et le secret des affaires. Relève du secret de la vie privée et des dossiers personnels « les informations relatives à l'identité d'une personne (date de naissance, adresse et numéro de téléphone personnels, nationalité) et à la situation familiale et matérielle (formation professionnelle, identification des comptes bancaires, rémunération). Le secret des origines en relève directement. » Le secret des affaires protège trois catégories de données : « le secret des procédés (notamment les techniques de fabrication), le secret des informations économiques et financières (information concernant la situation économique d'une entreprise, documents comptables, etc.) et le secret des stratégies commerciales (comme la liste des fournisseurs ou le montant des remises consenties) » : Bui-Xuan, « Les secrets de l'administration », *supra* note 70 aux pp 127-128. Pour une énumération plus exhaustive des secrets de la vie privée, voir le site Internet de la Commission d'accès aux documents administratifs : <<http://www.cada.fr/les-secrets-des-personnes-physiques,6234.html>>.

<sup>76</sup> Bertrand Warusfel, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence » (2003) n°1 Revue générale nucléaire 62 à la p 63.

<sup>77</sup> Pour le juge français, ce droit fait partie des garanties fondamentales qui permettent aux citoyens le plein exercice de leurs libertés fondamentales : CE, Sect, 29 avril 2002, Ullmann, RFDA 2003, p 135, concl. D. Piveteau.

<sup>78</sup> Paul Reuter, « Le droit au secret et les institutions internationales » (1956) 2 AFDI 46 [Reuter, « Le droit au secret »].

<sup>79</sup> *Ibid* à la p 51.

<sup>80</sup> *Ibid*.

Cela étant, c'est bien dans le contexte de l'administration de la justice internationale que Reuter situe l'apparition du droit au secret dans l'ordre international. Il semble ainsi que nombre d'organismes dédiés à cette fonction aient fait reposer l'efficacité de leurs actions sur le recours assidu à la notion de secret<sup>81</sup>. Reuter faisait ainsi valoir que les institutions chargées d'assurer le règlement pacifique des conflits (arbitrage, conciliation et justice) devaient accorder une certaine place au secret « pour mieux assurer [leur] indépendance et pour donner aux États les garanties de discrétion qu'ils désirent »<sup>82</sup>. Le secret visait tant leurs procédures que leurs délibérations et leurs décisions, qui ne pouvaient être rendues publiques sans le consentement des parties. Forgés par les États, notamment à travers les traités et divers arrangements organisant le système de règlement des différends, ces secrets, que pouvaient opposer les organismes juridictionnels, n'apparaissaient au fond que comme une obligation de confidentialité corollaire d'un droit étatique au secret.

En effet, si ces tribunaux pouvaient tenir leurs procédures à *huis clos* et ne pas rendre leurs décisions en public, il était également possible qu'un État leur oppose un secret pour refuser de leur prêter concours dans la résolution d'une affaire. Cette situation existe encore aujourd'hui. À cet égard, les tribunaux arbitraux, pour lesquels la confidentialité est considérée comme une condition de succès, ne se distinguent guère des tribunaux institutionnalisés.

Devant la CIJ, l'obligation de coopérer à la production de la preuve peut être neutralisée par la revendication d'un État de ne pas communiquer ses secrets politiques ou militaires<sup>83</sup>. Dans l'affaire du détroit de Corfou, il s'agissait du secret militaire, une catégorie bien connue en droit interne<sup>84</sup>. Il n'apparaît cependant pas que la consécration du secret de l'État en droit international s'y limite. L'État tiers au règlement judiciaire est en droit de refuser de produire des informations et des preuves dont la communication serait « de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité »<sup>85</sup>.

Devant la CPI, la protection du secret des tiers est prise en compte sous le régime des « règles de confidentialité ». Elle apparaît pour la première fois à l'article 69-5 du Statut de Rome qui dispose que « La Cour respecte les règles de confidentialité telles qu'elles sont énoncées dans le

---

<sup>81</sup> Mamoud Zani, « La notion de secret à la lumière de la procédure 1503 du Conseil économique et social de l'ONU » (2010) 29 :2 *L'Observateur des Nations Unies* 107 à la p 108.

<sup>82</sup> Reuter, « Le droit au secret », *supra* note 78 à la p 47.

<sup>83</sup> *Ibid* à la p 48.

<sup>84</sup> *Ibid* à la p 50.

<sup>85</sup> *Ibid* à la p 48.

Règlement de procédure et de preuve »<sup>86</sup>. L'utilisation du pluriel rend bien compte de leur diversité. Comme nous l'avons vu, les règles de confidentialité abondent dans les textes de la Cour et saisissent une pluralité d'objets dont les secrets d'État, des témoins, des procédures, des enquêtes ou encore de certaines relations professionnelles. Les expressions « règles de confidentialité » ou « normes de confidentialité » apparaissent ainsi comme des techniques juridiques de protection de la confidentialité. Gérard Cornu en offre une systématisation intéressante dont nous retiendrons deux des acceptions les plus pertinentes aux fins de cette recherche.

D'une part, la confidentialité signifie que les personnes qui sont légalement dans le secret ne doivent pas le dévoiler. Cette acception s'applique aux personnes qui sont dépositaires des secrets. Elles en ont eu connaissance à raison de leur profession, de leur statut ou de leur relation avec le titulaire du secret. D'autre part, la confidentialité s'entend également de ce que les personnes qui ne sont pas légalement dans le secret ne peuvent en prendre connaissance<sup>87</sup>. Le titulaire est ainsi en droit de s'opposer à toute volonté d'intrusion dans son secret. Si l'accès à un tel secret était forcé, son usage pourrait être sanctionné, par exemple par la nullité, l'exclusion de l'élément de preuve, ou encore des poursuites en justice, autant en responsabilité civile qu'en responsabilité pénale selon les circonstances et les cas<sup>88</sup>.

Comme on peut le voir, cette systématisation de la confidentialité, propre à la technique du droit, dissimule mal le problème de sa diversité, tant du point de vue de ses fondements que de son objet et de son énonciation dans des dispositions éparses dont on peine à capter la philosophie générale au premier abord. Toujours est-il que, définie comme la prérogative qu'une personne, physique ou morale, peut avoir sur la circulation des informations qu'elle produit ou peut recevoir, la confidentialité pose le problème de sa conciliation avec l'effectivité de la justice qui, on s'en doute, se fonde, elle, sur la fluidité de l'information.

**4. – Une perspective finaliste de l'effectivité.** La notion d'effectivité est surtout présente en sociologie du droit<sup>89</sup>. Elle est d'autant difficile à définir qu'elle ne constitue pas un concept juridique<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> La notion de « règles de confidentialité » apparaît une seconde fois dans le RPP de la CPI. Aux termes de la Règle 16-2-b, le Greffe doit s'assurer que les victimes et les témoins « sont informés en temps utile des décisions de la Cour qui peuvent affecter leurs intérêts, sans préjudice des règles de confidentialité ».

<sup>87</sup> Cornu, *Vocabulaire*, *supra* note 58 aux pp 938-939.

<sup>88</sup> Sur le délit de violation du secret professionnel en France, voir Bruno Py, *Le secret professionnel*, Paris, L'Harmattan, 2005 aux pp 29-66 [Py, *Le secret professionnel*].

<sup>89</sup> Pierre Lascombes et Evelyne Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit » (1986) 2 *Droit et Société* 127 à la p 129 [Lascombes et Serverin, « Théories et pratiques »].



Elle apparaît en effet chez les philosophes et sociologues comme un outil permettant « de mesurer, sous différents aspects, l'état de la séparation droit/société »<sup>91</sup>. Sous cette acception, l'effectivité consiste à établir les écarts entre la norme positive ou négative et son acceptation sociale, notamment les procédés de sa réalisation.

Sous cet angle, on identifie trois perspectives à la question de l'écart droit/société. Premièrement, le rapport droit/société en termes de lacune de la loi. Deuxièmement, l'écart droit/société interrogeant les comportements des individus vis-à-vis du droit. Enfin, l'écart droit/société dans le sens de l'efficacité du système juridique, à savoir s'il atteint son but social<sup>92</sup>.

En nous fondant sur cette dernière conception, qui du moins est celle que préfèrent les juristes<sup>93</sup>, nous entendrons l'effectivité comme renvoyant aux « effets qui sont en adéquation avec la finalité de la règle de droit qui les produit, qu'il s'agisse d'effets voulus ou d'effets non désirés, mais désirables, ou même d'effets non prévus tant qu'ils ne sont pas contradictoires avec ladite finalité »<sup>94</sup>. L'effectivité, dit Rangeon, « traduit une application correcte du droit, conforme à sa lettre, ou du moins à son esprit, c'est-à-dire à l'intention de son auteur [...] »<sup>95</sup>. Cette conception finaliste ou objectiviste de la notion d'effectivité est largement acceptée par la théorie et la pratique des droits de l'homme. Elle brille en particulier sous la doctrine des obligations positives qui permettent « la réalisation effective du droit garanti »<sup>96</sup> ou « correspondent à une logique d'effectivité des droits reconnus »<sup>97</sup>. La justice internationale pénale doit elle-même son essor récent aux efforts soutenus de la communauté internationale de lever les obstacles susceptibles de contredire la lutte contre l'impunité des crimes les plus graves. Il en est ainsi du rejet des immunités des gouvernants en exercice et des amnisties, de l'imprescriptibilité des crimes internationaux et de la flexibilité avec laquelle certains de ses mécanismes ont été créés, les règles de procédure et de preuve élaborées

---

<sup>90</sup> François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans Danièle Lochak, dir, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, 126 à la p 126 [Rangeon, « Réflexions »].

<sup>91</sup> Lascombes et Serverin, « Théories et pratiques », *supra* note 89 à la p 129.

<sup>92</sup> *Ibid* à la p 30.

<sup>93</sup> Dans cette logique, l'effectivité s'inscrit dans les rapports droit/application du droit tandis que selon la perspective qui prédomine en sociologie, l'effectivité consiste en l'analyse du rapport droit/société. Voir Rangeon, « Réflexions », *supra* note 90 à la p 126.

<sup>94</sup> Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit » (2011) 3 :79 *Droit et société* 715 à la p 730.

<sup>95</sup> Rangeon, « Réflexions », *supra* note 90 à la p 126.

<sup>96</sup> Frédéric Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011 à la p 24.

<sup>97</sup> Wachsmann, « Le droit au secret », *supra* note 59 à la p 145.

et appliquées, et les crimes et modes de responsabilité interprétés. Nous laisserons donc de côté l'effectivité comme déviation possible des buts définis à l'avance<sup>98</sup>.

Cette construction notionnelle de l'effectivité en tant que réalisation des objectifs ne dit pas nécessairement en quoi consistent ceux de la justice internationale pénale. Il n'y a probablement pas sur ce point une particularité du droit international, car comme en droit interne, « l'objectif qu'est censé atteindre le droit pénal ne fait pas l'objet d'un consensus »<sup>99</sup>. Notre intention n'est pas de forcer ce consensus aujourd'hui. De toute évidence, les objectifs de la justice internationale pénale ont évolué à travers le temps. On évoque « le devoir de mémoire à l'égard des victimes, la lutte contre l'impunité à l'égard des coupables et le devoir de justice dont la société interne et internationale [a besoin] pour la reconstruction »<sup>100</sup>. On parle avec la CPI de lutte contre l'impunité des auteurs des crimes et de réparation des victimes<sup>101</sup>.

En suivant une approche positiviste, il serait prudent de limiter l'analyse aux objectifs déclarés de la justice internationale pénale, à savoir ceux qui sont proclamés dans les textes fondamentaux et la jurisprudence ou la pratique de la Cour. Ces objectifs pourraient toutefois être théorisés selon la conception tridimensionnelle proposée par John Vervaele. D'après cet auteur, le système de justice pénale doit réaliser un équilibre entre ce qu'il appelle justice-glaive (sanction), justice-bouclier (respect de la règle de droit) et garantie de la séparation des pouvoirs<sup>102</sup>. Aucune des trois dimensions ne saurait être négligée. Ainsi, un strict respect de la règle de droit qui ne prend pas en compte les intérêts des victimes est contestable. Comme le dit une auteure, l'accusé forme avec la victime un couple indissociable rendant nécessaire la recherche de l'équité pour la victime, sans quoi « la justice internationale pénale n'aurait pas de sens »<sup>103</sup>. C'est parce que le régime de la confidentialité de la CPI ne répond qu'imparfaitement à cette exigence d'équilibre que nous considérons son interaction avec l'effectivité de la répression problématique.

**5. – Une confidentialité antagoniste.** La solution qu'aménagent les textes et que confirme la pratique jurisprudentielle de la CPI veut que l'application de la confidentialité ne doive être ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.

---

<sup>98</sup> Laura Palazzani, *A Philosophical Introduction to Law*, Rome, Aracne, 2010 à la p 42.

<sup>99</sup> Sacha Raoult, « Étiologie d'une dépossession. L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle » (2011) *Jurisprudence – Revue critique* 317 à la p 323.

<sup>100</sup> Pavia, « La place de la victime », *supra* note 10 à la p 64.

<sup>101</sup> *Ibid* aux pp 65-66.

<sup>102</sup> Vervaele, « Mesures de procédure », *supra* note 31 à la p 28.

<sup>103</sup> Pavia, « La place de la victime », *supra* note 10 à la p 65.

Cette condition s'applique tout particulièrement à la confidentialité procédurale aux termes de l'article 68 du *Statut de Rome*<sup>104</sup>. Elle consacre la primauté des droits de la défense et l'effectivité de la répression qui est considérée au titre du « procès équitable et impartial ». Les premiers, à savoir les droits de la défense sont assez bien garantis. Par exemple, au sujet de la confidentialité des preuves, il est dit qu'il peut se révéler « nécessaire de ne pas communiquer certains éléments à la défense afin de préserver un intérêt général important »<sup>105</sup>. Pour autant, la personne accusée ne doit jamais être privée de la possibilité de prouver son innocence<sup>106</sup>.

C'est quant à l'effectivité de la répression que le bât blesse<sup>107</sup>. La solution de la CPI, en l'espèce, tracée par les juridictions *ad hoc* des Nations Unies est de considérer que parce qu'elles constituent des exceptions à des principes généraux, la confidentialité doit recevoir une interprétation restrictive<sup>108</sup>. L'interprétation restrictive reconnaît que les intérêts sous-jacents à la confidentialité peuvent être mis en balance avec les objectifs de la justice internationale pénale, mais à la seule condition qu'ils n'en affectent pas la substance. Ainsi y a-t-il l'exigence d'une justification rigoureuse de la confidentialité, les juges refusant de banaliser l'application d'une règle d'exception<sup>109</sup>. Ils

---

<sup>104</sup> *Statut de Rome*, art. 68-1. Voir aussi *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, TPIR, 31 janvier 2010, art. 19-1 [*Statut du TPIR*]; *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, TPIY, septembre 2009, art. 20-1 [*Statut du TPIY*] : les mesures de protection des victimes et témoins, y compris par la confidentialité, doivent pleinement respecter les droits de l'accusé.

<sup>105</sup> *Le Procureur c Brdanin et Talić*, IT-99-36-T, Décision confidentielle relative à l'illégalité présumée de l'article 70 du Règlement du 6 mai 2002 (Version publique) (23 mai 2002) au para 19 (TPIY, Chambre de première instance) [*Brdanin et Talić*, illégalité présumée de l'article 70]; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para. 80.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> La codification des immunités testimoniales fait obstacle à la poursuite des crimes graves: Emily Ann Berman, « In Pursuit of Accountability: the Red Cross, War Correspondents, and Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals » (2005) 80:1 NYUL Rev 241 [Berman, « In Pursuit of Accountability »]. Ubéda parle du risque d'un défaut de preuves: Ubéda, « L'obligation de coopérer », *supra* note 38 à la p. 951. Voir aussi : Michel Cosnard, « Les immunités de témoignage devant les tribunaux pénaux internationaux » dans Céline Renaut et Paul Tavernier, dir., *Actualité de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en œuvre de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 137 [Cosnard, « Les immunités »]; Louis Belleau, « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.P.: des secrets bien gardés » (2008) 13 RCDP 19 à la p 19 [Belleau, « L'immunité de divulgation »]; Martin Vauclair et Pierre Béliveau, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis et Yvon Blais, 2013 à la p 317 [Vauclair et Béliveau, *Traité général*].

<sup>108</sup> *Brdanin et Talić*, IT-99-36-T, *supra* note 105 au para. 19; Voir aussi Cour EDH, *Jasper c Royaume-Uni*, n° 27052/95 (16 février 2000) au para. 52 [*Jasper*]; *Fitt c Royaume-Uni*, n° 29777/96 (16 février 2000) au para. 45 [*Fitt*] : « seules sont légitimes au regard de l'article 6-1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires ».

<sup>109</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire 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 » (13 octobre 2006) aux paras 36 et 39 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, 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 le 13 juin 2008 (21 octobre 2008) au para. 55 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA]; *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire intitulée « Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins » (13 mai 2008) au para. 70 (CPI, Chambre

s'arrogent à cette fin l'autorité d'en déterminer les conditions d'application<sup>110</sup>. Or en dépit de cette approche, la confidentialité s'est normalisée et la Cour n'est pas en mesure de l'écarter pour s'assurer de la disponibilité des preuves et garantir un niveau de transparence suffisant.

Dans la littérature, la question a peu préoccupé les auteurs de droit international pénal en tant que telle<sup>111</sup>. Paul Reuter appelait déjà en 1956 à ce que l'étude sur le secret en droit international soit approfondie<sup>112</sup>. Des auteurs ont tenté en 2010 d'y répondre dans un numéro de *L'Observateur des Nations Unies*<sup>113</sup>. Parce qu'elle imprègne de nombreuses règles de procédure devant les tribunaux pénaux internationaux, la confidentialité a été abordée par la doctrine par le truchement d'autres sujets<sup>114</sup>. La jurisprudence de la Cour et celle d'autres tribunaux pénaux internationaux n'abordent cette notion qu'au travers des catégories juridiques qui la diffusent<sup>115</sup>. Il

---

d'appel) [Katanga, ICC-01/04-01/07-475-tFRA]; *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-476-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga 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) au para 64 (CPI, Chambre d'appel) [Katanga, ICC-01/04-01/07-476-tFRA]; Khan et Dixon, *Archbold*, *supra* note 44 à la p 477.

<sup>110</sup> Duffy et Dixon, «Article 72», *supra* note 38 à la p 1372. Cette fonction de déterminer l'application de la confidentialité ou non suppose en tout état de cause que le législateur n'ait pas auparavant marqué sa préférence pour une valeur au détriment d'une autre, autrement le juge accomplirait une fonction législative qui dans une société démocratique ne lui appartient pas : Bertrand Mathieu, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général » (2007) 50 APD aux pp 41-48.

<sup>111</sup> L'étude qui s'en rapproche la plus est de Bernhard Kuschnik, «International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC» (2009) 9 Int'l Crim L Rev 157 [Kuschnik, «The Law of Non-Disclosure»].

<sup>112</sup> Reuter, « Le droit au secret », *supra* note 78.

<sup>113</sup> Voir (2010) 29:2 *L'Observateur des Nations Unies*.

<sup>114</sup> Au sujet de la protection des victimes et témoins: Monroe Leigh, «The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses against Accused» (1996) 90:2 AJIL 235 [Leigh, «The Yugoslav Tribunal»]; Monroe Leigh, «Witness anonymity is Inconsistent with Due Process» (1997) 91:1 AJIL 80 [Leigh, «Witness Anonymity»]; Christine M Chinkin, «Due Process and Witness Anonymity» (1997) 91:1 AJIL 75 [Chinkin, «Due Process»]. Au sujet des immunités testimoniales: Anne-Marie La Rosa, « Organisations humanitaires et juridictions pénales internationales: la quadrature de cercle?» (2006) 87:861 RICR 169 [La Rosa, «Organisations humanitaires»]; K Mackintosh, « Note for Humanitarian Organisations on Co-operation with International Tribunals » (2004) 86:853 Int'l Rev Red Cross 131; Gabor Rona, « The ICRC Privilege not to Testify: Confidentiality in Action » (2002) 85:845 Int'l Rev Red Cross 207; Joshua McDowell, «The International Committee of the Red Cross as a Witness before International Criminal Tribunals» (2002) 1:1 Chinese J Int'l L 158 [McDowell, «ICRC as Witness»]; S Jeannot, «Testimony of ICRC Delegates Before the International Criminal Court» (2000) 82:840 Int'l Rev Red Cross à la p 993; S Jeannot, «Recognition of the ICRC's Long-standing Rule of Confidentiality» (2000) 82:838 Int'l Rev Red Cross à la p 403; Kelly Buchanan, «Freedom of Expression and International Criminal Law: An Analysis of the Decision to Create a Testimonial Privilege for Journalists» (2004) 35 Vict U Well L Rev 609 [Buchanan, «Freedom of Expression»]; Berman, «In Pursuit of Accountability», *supra* note 107. Ou encore de la protection de la sécurité nationale des États: Otto Triffterer, «Security Interests of the Community of States, Basis and Justification of an International Criminal Jurisdiction versus 'Protection of National Security Information', Article 72 Rome Statute» dans Roggemann et Šarčević, *National Security*, *supra* note 38, 53 à la p 54 [Triffterer, «Security Interests »]; Roggemann, « National Security », *supra* note 38 à la p 24; Duffy et Dixon, «Article 72», *supra* note 38; William A. Schabas, «National Security Interests and the Rights of the Accused» dans Roggemann et Šarčević, *National Security*, *supra* note 38, 105 [Schabas, «National Security»].

<sup>115</sup> *Le Procureur c Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Arrêt relatif à la requête de la Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997) (TPIY, Chambre d'appel) [Blaškić, arrêt sur les secrets d'État]; *Le Procureur c Blagoje Simić et consorts*, IT-95-9, Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a ruling concerning the testimony of a Witness (ex parte confidential) (27 juillet 1999) aux paras. 47 et 72 (TPIY, Chambre de première instance) [Simić, Confidentialité du CICR]; *Le Procureur c Brđjanin*, IT-99-36, décision relative à l'appel interlocutoire (11 décembre 2002) (TPIY, Chambre d'appel)[Brđjanin, immunités d'un correspondant de guerre]; *The Prosecutor v Brima*, SCSL-04016, Decision on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any

manque ainsi une véritable théorie permettant de mieux appréhender la question de la compatibilité de la confidentialité avec les finalités de la justice internationale pénale.

Dans son étude sur la compatibilité du droit à la confidentialité de l'individu avec la justice, Stavros Tsakyrakis avance le principe de la proportionnalité du secret<sup>116</sup>. Pour lui, ne rien partager peut être destructif pour la société<sup>117</sup>. L'approche proposée concilie l'intérêt de l'individu à la confidentialité avec l'intérêt public de se saisir de ces secrets. Elle s'appuie sur la sociabilité de l'individu qui, insiste John Rawls, ne s'entend pas seulement de ce que la société est nécessaire pour la vie humaine<sup>118</sup>. Pour cet auteur, l'individu partage avec ses concitoyens une finalité commune : la réalisation de la justice<sup>119</sup>.

Dans le même ordre d'idées, Dario Zanni a parlé du droit au secret bancaire comme d'une institution « révélatrice de la nature des rapports que l'individu noue avec la collectivité publique »<sup>120</sup>. Aussi, le secret peut refléter le niveau de démocratisation d'une communauté politique. Montesquieu était ainsi d'avis que « les accusations publiques conviennent mieux aux états républicains, où l'amour du bien général doit être la première passion des citoyens [...] »<sup>121</sup>.

Toujours est-il que le principe de proportionnalité de la confidentialité est assidûment appliqué par la CPI sans résultats probants. Qu'elle soit invoquée par un individu ou une organisation, la confidentialité repose toujours sur une considération d'intérêt public. Le fait dissimulé doit être d'un certain intérêt<sup>122</sup>. Cet intérêt peut être privé ou public<sup>123</sup>. De fait, les libertés individuelles, dont le droit à la vie privée, sont autant d'intérêt public que la protection des secrets d'État<sup>124</sup>. Il s'ensuit que le régime juridique de la CPI est exposé à l'occurrence beaucoup plus

---

questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to Rule 70 (B) and (D) of the Rules (16 septembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance) [*Brima*, immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme].

<sup>116</sup> Stavros Tsakyrakis, « Is there a general right of non-disclosure? » dans *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 653 à la p 654 [Tsakyrakis, «General Right»].

<sup>117</sup> *Ibid* à la p 656.

<sup>118</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1999 à la p 458.

<sup>119</sup> Tsakyrakis, «General Right», *supra* note 116 à la p 657.

<sup>120</sup> Zanni, « Enquête pénale », *supra* note 57 à la p 105.

<sup>121</sup> Cesaria Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Palais Royal, 1821 à la p 35 [Beccaria, *Des délits et des peines*].

<sup>122</sup> Zanni, « Enquête pénale », *supra* note 57 à la p 109.

<sup>123</sup> Henri D Bosly, Damien Vandermeersch et Marie Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd, Brugge, La Charte, 2010 à la p 356 [Bosly, Vandermeersch et Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*]. Voir également McDowell, «ICRC as Witness», *supra* note 114 à la p 162; Vaclair et Béliveau, *Traité général*, *supra* note 107 à la p 317.

<sup>124</sup> Pour la protection du droit à la vie privée, voir *Déclaration Universelle des Droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3<sup>e</sup> sess., supp. n°13, Doc NU A/810, 10 décembre 1948, art. 12 [DUDH]; *CEDH*, *supra* note 24, art. 8; *CADH*, *supra* note 24, art. 11-2; *PIDCP*, *supra* note 21, art. 17-1. À noter que la protection des secrets d'État peut fonder à son tour la restriction aux libertés

fréquente de conflits de valeurs d'égal niveau de protection. Leur résolution, même à partir du principe de proportionnalité, pourrait ainsi se conclure à l'avantage constant du secret à moins d'une approche différente.

**6. – Une approche critique et constructive.** La présente thèse conteste l'efficacité de l'approche restrictive de la confidentialité appliquée par la CPI. Elle propose de rouvrir le débat sur l'insuffisance de la solution en vigueur. À ce titre, l'approche théorique est critique et constructive.

Il peut être tentant de ranger, sur la base de l'idée de critique et de construction, la présente thèse dans le domaine de la philosophie du droit. Olivier Corten définit cette science juridique comme une « étude des conditions de validité de normes juridiques ou d'un système juridique par rapport à des normes situées en dehors du droit positif »<sup>125</sup>. L'évaluation de ces conditions de validité imposerait d'opérer une falsification de la norme posée et appliquée avec un idéal déterminé. En l'espèce, on pourrait prétendre que l'approche restrictive de la confidentialité au regard de la finalité de la justice internationale pénale doit être rejetée.

Cette classification serait justifiée si l'idéal philosophique poursuivi se situait en dehors de l'ordre juridique étudié. L'approche objectiviste ou jusnaturaliste serait alors préférée pour répondre aux nécessités sociales de la communauté internationale<sup>126</sup>. Or l'effectivité de CPI au sens où nous l'avons définie, n'a pas une existence éthérée si l'on considère ses textes. L'idée d'effectivité comme réalisation de ses objectifs est reflétée dans le *Statut de Rome*. Le préambule évoque la volonté des États de ne pas laisser les crimes graves impunis. Dès lors, il faut nuancer la philosophie comme « aspiration à autre chose » et l'envisager au sens de Christian Atias comme cette science juridique qui « se préoccupe des failles du droit »<sup>127</sup>. Entre un souci déclaré d'effectivité et un droit susceptible d'y faire obstacle, le régime de confidentialité de la CPI nous met en présence d'une faille.

---

individuelles : *CEDH*, art. 8-2 (droit à la vie privée et familiale), art. 9-2 (liberté de pensée, de conscience et de religion), art. 10-2 (liberté d'expression), art. 11-2 (liberté de réunion et d'association), *Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg 22 novembre 1984, STCE n°117, art 1-2 (garanties procédurales en cas d'expulsion des étrangers), *Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Strasbourg 16 septembre 1963, STCE n°46, art. 2-3 (liberté de circulation).

<sup>125</sup> Olivier Corten, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2009 à la p 30.

<sup>126</sup> *Affaire de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, CIJ rec 1996, Déclaration du juge Mohammed Bedjaoui, aux paras 270-271 : « À l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle (...) s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des États organisés en communauté ».

<sup>127</sup> Christian Atias, *Philosophie du droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2012 à la p 3.

Partant de là, l'étude reste campée dans le volontarisme objectiviste. Volontariste parce qu'il s'agit d'une analyse des sources formelles du droit applicable devant la CPI. Objectiviste ensuite parce que la recherche interroge la concordance entre le régime juridique de la confidentialité et l'objectif fondamental qui sous-tend la mise en place de la justice internationale pénale. Le critère de falsification n'est ainsi pas situé en dehors du cadre juridique qui le prend dûment en compte. Le régime de la confidentialité procédurale semble en effet l'exprimer puisqu'aux termes de l'article 68-1 du *Statut de Rome*, les mesures de protection des victimes et témoins, incluant des mesures de confidentialité, ne doivent ni être préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Il en est de même de la confidentialité des preuves qui doit recevoir une interprétation restrictive.

Cette approche « volontariste objectiviste » qu'embrasse déjà la Cour échoue cependant à apporter une solution convaincante. C'est donc de son insuffisance qu'il convient de traiter. L'interprétation restrictive pure et simple de la confidentialité n'est en effet pas en mesure de préserver l'effectivité de la justice internationale pénale. Nous entendons souligner les contradictions qui ont jalonné l'adoption des règles qui forment le régime de la confidentialité et qui frappent la solution énoncée d'imperfection. Elle correspond à une approche qui n'aurait aucune difficulté à trouver application dans un ordre juridique national. Or le cadre normatif de la CPI est caractérisé par des carences fondamentales. La présente thèse se veut sur ce point critique.

La théorie critique a « le souci de dépasser le formalisme juridique au profit d'une mise en relation du phénomène juridique avec la réalité sociale et, en particulier, avec les contradictions qui la caractérisent »<sup>128</sup>. Il existe deux formes de contradictions : celles qui préexistent et déterminent l'élaboration de la règle de droit, appelées « contradictions primitives », et celles qui concernent son interprétation et son application, appelées « contradictions consécutives »<sup>129</sup>. L'approche critique

---

<sup>128</sup> Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international Public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 290 [Salmon, *Dictionnaire*], Anne Lagerwall, « "Kennedy et Moi": Qu'est-ce qu'une internationaliste francophone peut apprendre des NAIL qu'elle n'aurait pas déjà appris de l'école de Reims à propos de la Guerre en Libye? » dans Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 11 à la p 13. Sur l'histoire du mouvement critique du droit, voir Martine Kaluszynski, « Sous les pavés, le droit/Le mouvement critique du droit : ou quand le droit retrouve la politique » (2010) 76 *Droit et Société* 523 [Kaluszynski, « Sous les pavés »]. Il résulte de cette étude que l'approche critique a pour objectifs de « dévoiler les zones d'ombre du droit », « dégager ce qui se cache derrière la façade juridique » et « expliquer les fonctionnalités économique et sociale » du droit : à la p 530. Pour une perspective plus large sur les théories critiques en droit international, voir Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013 notamment Rémi Bachand, « Pour une théorie critique en droit international » à la p115 et Monique Chemillier-Gendreau, « Contribution of the Reims School to the Debate on the Critical Analysis of International Law: Assessment and Limits » (2011) 22:3 *EJIL* 649.

<sup>129</sup> *Ibid* aux pp 290-291; Jean Salmon, « Changements et droit international public » dans *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993 aux pp 427-428.

s'inscrit dans la rupture du formalisme contemplatif « du réel tel qu'il se donne à voir », écrivait Michel Miaille<sup>130</sup>. Si elle appelle à voir au-delà de la règle telle qu'elle est posée, elle ne se limite cependant pas selon Charles Chaumont « à fournir la caution » aux réalités sociales qui déterminent l'effectivité de la règle de droit<sup>131</sup>. Elle se distingue de l'objectivisme, car au contraire de cette dernière qui aborde « la solidarité comme facteur historique et sociologique déterminant »<sup>132</sup> de la règle de droit, l'approche critique met l'accent sur le conflit qui préside à l'adoption et à sa mise en œuvre. Elle ne voue pas une déférence absolue au volontarisme.

Dans la présente étude, tout en nous situant dans le cadre formel de la CPI, notre démarche postule que l'approche restrictive de la confidentialité par la CPI échoue à garantir l'effectivité des poursuites parce qu'elle ne résout pas les contradictions primitives et consécutives qui caractérisent son élaboration. En effet, en amont, la confidentialité des preuves, en raison de son caractère absolu, perpétue la tension avec l'objectif de la répression des crimes graves. L'interprétation restrictive n'est dès lors plus suffisante, puisqu'en tout état de cause le juge ne peut écarter la confidentialité sans abdiquer de poursuivre les crimes. En aval, il ne dispose pas des moyens juridiques nécessaires pour imposer ses décisions, ce qui explique le recours abondant à la confidentialité procédurale sur laquelle il exerce un plus grand contrôle. La solution retenue par la Cour se trouve donc en inadéquation avec les déficiences structurelles de son cadre normatif dont par exemple l'absence d'un pouvoir de sanction efficace si caractéristique de la matière répressive.

La critique implique nécessairement une reconstruction : « critiquer certes, mais aussi proposer une nouvelle manière de lire, comprendre et analyser le droit », affirmait Miaille<sup>133</sup>. Cette construction ne résulte pas d'une conception objectiviste qui voudrait considérer que le *Statut de Rome* en étant un cadre constitutionnel, justifie une interprétation différente<sup>134</sup>. Cette différence consisterait, tenant compte de son importance de garantir les valeurs les plus importantes, à prétendre qu'il doit recevoir une interprétation favorisant son effectivité<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Michel Miaille, « La critique du droit » (1992) *Droit et société* à la p 73.

<sup>131</sup> Charles Chaumont, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1970-I, t 129 à la p 345.

<sup>132</sup> Salmon, *Dictionnaire*, *supra* note 128 à la p 291.

<sup>133</sup> Voir Kaluszynski, « Sous les pavés », *supra* note 128 à la p 530.

<sup>134</sup> *Hunter c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145 à la p 155: « L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi ».

<sup>135</sup> Les droits et libertés requerraient une « protection constante » d'après le Juge Dickson dans l'affaire précitée. Considérant qu'une constitution incorporant une Déclaration ou une Charte des droits est rédigée en prévision de l'avenir, à la différence d'une loi qui définit des droits et des obligations actuels, l'éminent Juge a justifié son interprétation téléologique par le fait qu'« [e]lle doit [...] être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées ». D'après un autre auteur de doctrine canadien, l'approche téléologique prospère



Nous partageons avec Stéphane Beaulac l'idée que comme tout langage social, la communication de la norme juridique « doit obéir, et obéit de fait, à des conventions méthodologiques réelles et incontournables »<sup>136</sup>. Il faut dès lors se rabattre sur les canons consacrés en l'espèce sans aucun *a priori* vouant une partialité particulière au cadre normatif du *Statut de Rome*. La méthode d'interprétation téléologique, qui nourrit par excellence le courant objectiviste, est privilégiée uniquement dans la mesure où elle correspond au principe d'interprétation admis par les textes et non en raison de sa coïncidence avec l'idéal d'effectivité. Notre préoccupation ne se rapporte pas à l'interprétation définissant la finalité générale du droit de la Cour. Il est question de savoir si les règles spécifiques qui devraient permettre d'atteindre cette finalité déjà déclarée s'en accordent réellement. Il s'agit d'apprécier la cohérence normative du système de Rome formant un tout. En d'autres termes, « la disposition spécifique invoquée ne s'interprète pas isolément; elle s'interprète plutôt dans le contexte immédiat [...] »<sup>137</sup>. C'est ce que Beaulac appelle « [...] la méthode d'interprétation systématique et logique ou les arguments de cohérence »<sup>138</sup>.

Mais il faut admettre que ce souci de cohérence peut conduire à une certaine plasticité du droit. Dans le système européen des droits de l'homme, l'interprétation constructive signifie que le juge, « partant du texte de la Convention, en tire une conception élargie des droits proclamés, voire de l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie »<sup>139</sup>. Ainsi le juge donne aux concepts de la Convention des interprétations généreuses à partir desquelles il enracine son effectivité. La construction peut ainsi aboutir à un élargissement de la portée normative, voire à la création de nouveaux droits. Cela ne s'accepte d'un point de vue de la légalité qu'au regard de l'objet plus large de la convention. De fait, le juge européen, en vertu du préambule de la CEDH,

---

mieux en matière de droits fondamentaux parce que « [e]n tant que normes des normes, [ils] ne peuvent s'exprimer qu'en termes très généraux » : Henri Brun, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social » dans C. Beckton, A.W. Mackay, dir., *Les tribunaux et la Charte*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 1 à la p. 4. Voir Stéphane Beaulac, « L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international » (2005) 27 Sup Ct L Rev 1 aux pp. 17-19 [Beaulac, « L'interprétation de la Charte »], pour d'autres références à ce sujet. À l'opposé du caractère particulier du texte constitutionnel comme déterminant le choix de la méthode d'interprétation, ce dernier auteur estime à la p. 20 que c'est « fondamentalement la rédaction du texte – moyen par lequel l'autorité créatrice (législateur ou autre) communique la norme juridique – qui est l'élément déterminant dans le choix de la méthode d'interprétation ». De fait, il se peut par exemple que certains textes de loi soient aussi vagues que les textes constitutionnels pour justifier une approche téléologique. Il sera soutenu plus loin dans nos développements que la rédaction employée par les rédacteurs du *Statut de Rome* ferme la porte à une marge d'interprétation étendue des juges en ce qui concerne la confidentialité.

<sup>136</sup> Beaulac, « L'interprétation de la Charte », *supra* note 135 à la p. 3.

<sup>137</sup> *Ibid* aux pp. 23-24.

<sup>138</sup> *Ibid* à la p. 24.

<sup>139</sup> Patrick Rolland, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme » dans D. Rousseau et Frédéric Sudre, dir., *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990 à la p. 70.

peut contribuer au « développement des droits »<sup>140</sup>. Ce constructivisme n'est pas moins critiquable. Il est « largement discrétionnaire » et pose des problèmes de prévisibilité et même de légitimité puisque triomphe ici la raison du juge<sup>141</sup>. Cette possibilité de créativité judiciaire ne s'exprime pourtant pas dans le contexte de la CPI de manière générale.

En effet, la doctrine qualifie le droit procédural développé par le cadre normatif de la CPI d'ambiguïté constructive (*constructive ambiguity*)<sup>142</sup> ou d'ambiguïté créative (*creative ambiguity*)<sup>143</sup>. Il en découle également trois conséquences, à savoir : i) la nécessité d'avoir une interprétation dynamique et créative des textes, ii) la nécessité de parvenir à la clarté et enfin iii) le rôle important ainsi reconnu au juge<sup>144</sup>. Cette ambiguïté constructive est cependant absente dans la manière dont les règles de confidentialité ont été inscrites dans les textes fondamentaux de la CPI. Les termes directifs et parfois impératifs de ce régime laissent souvent peu de manœuvre au juge de sorte que l'approche constructive de type judiciaire ne résoudrait pas le problème.

Dans une opinion séparée, le juge Sir Gerald Fitzmaurice de la Cour EDH appelait à faire une différence entre « développement naturel, corollaire inévitable du processus d'interprétation légitime qui est l'apanage de la fonction judiciaire » et « développement délibérément recherché comme objectif et qui s'apparente [...] à une opération législative outrepassant le rôle normal du juge »<sup>145</sup>. Notre idée de reconstruire le régime de confidentialité relève précisément de cette deuxième conception. Car si l'interprétation restrictive du juge échoue sur les déficiences structurelles de la Cour, il ne lui appartient pas d'y remédier au nom de la séparation des pouvoirs. L'approche restrictive substantielle que nous mettons de l'avant appelle en conséquence les États à doter la Cour des moyens d'une véritable instance juridictionnelle répressive.

**7. – Une démarche dogmatique fondée sur l'analyse documentaire.** Sur le plan méthodologique, le choix du cadre théorique que nous venons d'exposer rend indispensable le

---

<sup>140</sup> Aux termes du préambule, le but de la *CEDH* est d'assurer le « développement des droits de l'homme ». Et un auteur de dire : « [l]a Cour ne saurait oublier que, en vertu du préambule de la *CEDH*, sa vraie et première mission et [sic] de 'sauvegarder et de développer les droits de l'homme' » : à la p 216. Frédéric Sudre, « Rapport introductif : La 'Construction' par le juge européen d'un droit au respect de la vie familiale » dans Frédéric Sudre, dir, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 11 à la p 26 [Sudre, « Rapport introductif »].

<sup>141</sup> Sudre, « Rapport introductif », *supra* note 140 à la p 54; Jean Callewaert, « La *CEDH*, entre effectivité et prévisibilité » dans *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

<sup>142</sup> Kreß, « The Procedural Law », *supra* note 13 à la p 605.

<sup>143</sup> D. Hunt, « The International Criminal Court » (2004) 2 JICJ 56 à la p 58.

<sup>144</sup> Safferling, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 2 à la p 51.

<sup>145</sup> Cour EDH, *Irlande c Royaume-Uni* [Plén], n°5310/71 (18 janvier 1978), opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice au para 7.

recours à la dogmatique juridique. Celle-ci s'appuiera cependant de manière abondante sur les documents d'ordre doctrinal, législatif et jurisprudentiel. Nous avons observé les procédures pénales internationales des juridictions *ad hoc*, des tribunaux mixtes et de la CPI. La documentation étudiée a été produite entre 1993 et 2013. Les textes fondamentaux de base de ces instances, ainsi que leur jurisprudence, sont les sources primaires examinées. Comme les pratiques étatiques et celles d'autres instances internationales, ils éclairent le traitement de la question à plus d'un titre. À noter cependant l'utilisation sans aucune rigueur méthodologique du droit national de certains États. Nous avons retenu les droits qui reflétaient une grande tradition juridique. Mais il s'agit avant tout d'exemples et non d'une tentative de déterminer une règle de droit opposable à la Cour.

L'approche adoptée par la CPI en matière de confidentialité est largement appliquée en droit interne. La pesée des intérêts ou principe de proportionnalité est une pratique qui s'universalise en cas de conflits d'intérêts juridiquement protégés. Devant les autres instances internationales également, la confidentialité est abordée selon une approche de « subsidiarité-proportionnalité »<sup>146</sup>. Elle s'impose seulement à titre exceptionnelle et doit être mise en balance avec d'autres intérêts. La comparaison s'arrête cependant là. Si l'approche de la CPI constitue une solution conforme aux droits de l'homme, elle se trouve dans les faits n'avoir qu'un caractère pratique limité. Elle se greffe mal à un système où les moyens d'assurer le respect de la règle de droit font défaut. Un dépassement du droit positif s'impose donc. La thèse soutenue est que la CPI opère une codification fort foisonnante de la confidentialité, ce qui, compte tenu de ses lacunes structurelles, rend inefficace toute proportionnalité formelle. Nous suggérerons qu'il y a lieu d'y substituer une proportionnalité substantielle afin d'harmoniser secret et effectivité de la Cour.

## **8. – Une démonstration dialectique.** La thèse se subdivise en deux parties.

Dans la première partie, nous dressons les contours de la prédominance de la confidentialité dans les textes et la pratique de la CPI. Le but est de saisir de près la réalité que nous traitons. Que faut-il en effet entendre par confidentialité? Ce concept ne renvoie pas à une réalité uniforme, quand bien même ses manifestations et ses conséquences sont les mêmes. La notion de prédominance de la confidentialité à laquelle nous faisons allusion sera captée par celle de générosité. Elle peut

---

<sup>146</sup> Voir Cesoni, «Nouvelles méthodes», *supra* note 28. Voir également Manfred Nowak, « Right to Privacy and Family Life », dans Manfred Nowak, Karolina M. Januszewski, Tina Hofstätter, dir, *All Human Rights for All. Vienna Manual on Human Rights*, Antwerp, Intersentsia, 2012, 371; Christof Tsochoul, « Data Protection », dans Manfred Nowak, Karolina M. Januszewski, Tina Hofstätter, dir, *All Human Rights for All. Vienna Manual on Human Rights*, Antwerp, Intersentsia, 2012, 376.

traduire une sorte d'imprévisibilité et un manque d'anticipation quant à la survenance d'un phénomène. Mais cela ne correspond guère à la réalité de la confidentialité en l'occurrence.

Dans cette première partie, nous soutiendrons que la prédominance de la confidentialité est une réalité textuelle (première partie), ceci au regard de la codification foisonnante dont nous ferons la démonstration. Dans un premier titre à cette partie, nous décrirons le foisonnement comme étant diversifié, ceci pour mettre en lumière les formes variées sous lesquelles elle se manifeste dans le procès. Dans un deuxième titre, nous tentons de sérier les explications qui accompagnent en général le respect du secret dans le contexte de la Cour. Nous verrons à cet égard que ces explications, par leur force, contribuent à accroître les occasions d'application de la confidentialité. À raison que les justifications du respect du secret sont contraignantes, les possibilités de reconnaissance de la confidentialité se multiplient.

Dans une deuxième partie, nous nous intéresserons à la réaction de la CPI face à la codification extensive du secret. Nous étudierons le principe de proportionnalité, donc de restriction, qu'elle transpose en droit international comme réponse à la profusion de la confidentialité. Nous ferons à cet égard valoir qu'à raison des dangers de la profusion de la confidentialité pour le fonctionnement effectif de la Cour, la restriction est une mesure nécessaire. Nous concluons cependant que la règle de la restriction/proportionnalité, telle qu'elle est formulée et appliquée, est d'une efficacité relative en dépit de ses critères rigoureux et qu'il convient d'aller au-delà de la forme pour rechercher une conciliation effective de la garantie du secret et la répression des crimes.

**PREMIÈRE PARTIE. – UNE PROTECTION  
FOISONNANTE DU SECRET**



## Introduction à la première partie

Le secret, que nous désignerons également par « confidentialité », n'apparaît pas dans le *Statut de Rome* comme un simple épiphénomène. Il est largement codifié et imposé à la Cour, et même aux parties et participants à la procédure, par les rédacteurs du Statut. Dans cette première partie, nous décrirons les manifestations tentaculaires de la confidentialité dans le régime juridique de la CPI. Il s'agit d'un passage inéluctable qui devra permettre de poser les jalons de la discussion que nous engageons plus loin sur les conséquences de la garantie du secret sur le fonctionnement de la justice. L'exercice nous donnera la mesure nécessaire pour engager une réflexion plus approfondie sur le traitement que la Cour se doit de réserver à la confidentialité. Deux considérations cruciales méritent notre attention. Il s'agit de savoir ce qu'est la confidentialité; c'est la question de sa nature et, d'autre part ce à quoi elle sert; c'est la question de sa justification.

Dans un premier titre, sur la question de la nature de la confidentialité, nous examinerons son apparition à travers le prisme de sa portée juridique. Nous verrons que la protection du secret est généreuse par sa portée dérogatoire à deux principes de procédure pénale. L'invocation de la confidentialité vient écarter tantôt les règles de production de la preuve, tantôt les règles d'administration de cette dernière. Nous verrons au titre de chacune de ces dérogations les formes de confidentialité applicables. À cette étape, nous n'interrogeons pas les conséquences que ces dérogations peuvent avoir sur les règles de procédure spécifiques. Nous en ferons l'analyse plus loin dans la deuxième partie au moment d'aborder la question de la restriction de la confidentialité. À ce niveau, nous étudions les interactions entre la protection du secret et l'application des principes de production et d'administration de la preuve. Il s'agit donc plus des effets que des méfaits.

Le point abordé initialement dans la première partie se rapporte au régime de coopération. Ce mécanisme juridique est instrumental au succès de la CPI. La manière dont les textes codifient la confidentialité alourdit cependant, voire anéantit sa mise en œuvre. Nous verrons ainsi qu'alors que les caractéristiques intrinsèques de ce régime de coopération représentent en elles-mêmes un défi de taille pour la Cour, la confidentialité vient exacerber les obstacles à l'obligation de coopération. De la même manière, nous verrons que sous des formes diverses, cette confidentialité neutralise également l'obligation de témoigner. Nous verrons toutefois qu'il est commun aux deux types de dérogations que tandis que les titulaires des secrets gardent la mainmise sur les preuves, la Cour manque à leur égard de véritables moyens de contrôle, excepté le pouvoir de constater des abus qu'elle ne saura souvent sanctionner efficacement.

Dans un second point, nous verrons que la confidentialité comme dérogation aux règles d'administration de la preuve tombe dans le giron de la Cour. Après avoir présenté les règles auxquelles elle fait exception, à savoir la règle de la communication *inter partes* et celle de la publicité des débats, nous verrons que cette dernière est restreinte par une diversité des formes de confidentialité. Il nous a donc semblé opportun d'interroger la raison d'être du respect du secret.

Dans un deuxième titre en effet nous examinons les considérations politico-sociétales qui sous-tendent la règle de confidentialité. Il apparaissait indispensable d'aborder le sujet. Considérant les fondements philosophiques de la garantie du secret dans les ordres juridiques nationaux, il est intéressant de voir sur quoi prend appui la confidentialité dans un contexte international. Nous pensons que la justification de la consécration du secret, et donc sa fonction, peut catalyser sa protection généreuse. La pratique de la Cour le démontre à suffisance comme on le verra. Le secret est un outil indispensable dans son fonctionnement. On peut dire à cet égard que la reconnaissance et la protection du secret des tiers contribuent à légitimer la Cour. C'est le cas lorsqu'est en jeu une considération de droits de l'homme ou toute autre considération d'intérêt public, y compris donc l'efficacité de la justice qu'elle administre, l'indépendance des organisations internationales et la paix et la sécurité internationale.

Sur les considérations d'ordre privé, nous verrons que la confidentialité est dictée par la protection des droits de l'homme. Dans un premier temps, nous recherchons les fondements de la soumission de la CPI à ces normes. Nous nous intéressons par la suite plus spécifiquement aux droits de l'homme protégés par le biais de la confidentialité. La protection généreuse se manifeste une fois de plus en raison de bases juridiques foisonnantes sur lesquelles la Cour s'appuie et qui peuvent ainsi être autant de fondements à l'exigence de confidentialité.

Enfin, comme considération d'ordre public, la confidentialité revêt une fonction utilitariste évidente pour un ensemble d'enjeux de caractère collectif que nous résumons d'une part comme étant rattachés à l'efficacité de la justice internationale pénale et d'autre part comme étant rattachés à l'accomplissement de certaines missions ou fonctions propres à la communauté internationale dans le domaine de la stabilité des rapports entre sujets de droit. Il en va donc de nos développements en deux temps où nous évoquerons la protection généreuse de la confidentialité quant à sa portée dérogatoire à certaines règles fondamentales de justice (Titre I) et quant à sa justification qui s'appuie sur des considérations d'ordre privé, mais également d'ordre public, et donc d'intérêt général (Titre II).



## TITRE I. – LA PORTÉE DÉROGATOIRE DE LA CONFIDENTIALITÉ

Le secret implique une mise à l'écart. Et même au rancart. Une séparation entre la sphère de la vie publique et la vie privée en est la composante indissociable. Il en résulte alors une dispense ou une dérogation de la sphère privée de toute intrusion, ingérence ou limitation de la part des pouvoirs publics. Dans le procès en général et le procès pénal en particulier, cette dispense agit principalement sur le système probatoire. Il existe un cas extrême, lorsque la dispense implique le droit de ne pas contribuer à l'établissement de la preuve<sup>147</sup> et un cas moins péremptoire, lorsque la dispense consiste en des arrangements formels des modalités d'administration de la preuve.

Les propos qui suivent présentent le régime de la confidentialité devant la CPI. Au terme de cette analyse, il sera possible de comprendre comment le secret est articulé. La générosité découle en effet des multiples formes qu'il peut prendre au cours des procédures. Nous abordons la question sous l'angle des effets que peut produire l'érection ou l'imposition du secret. Nous analyserons dans un premier temps l'articulation du régime juridique du secret dans le contexte de l'établissement de la preuve et, dans un deuxième temps, au regard de la transparence de l'administration de la justice.

D'une part en effet, dans certains cas, la confidentialité est opposée à la Cour lorsqu'elle lui préexiste. Sa reconnaissance traduit la contribution du juge pénal à la protection de la valeur sous-jacente. Dans ce cas, la confidentialité est une dérogation exemptant les titulaires de secrets de certaines obligations qu'ils doivent à la justice. Une telle confidentialité touche essentiellement la preuve. La production de celle-ci est donc concernée en premier lieu. Nous verrons ainsi dans un premier temps que la confidentialité peut agir comme une immunité (Chapitre I).

Ainsi que l'affirme le professeur Cosnard, une immunité peut être considérée comme une dérogation<sup>148</sup>. Dans la mesure où la dérogation a pour fonction d'écarter l'application d'une règle à une situation donnée, l'articulation de la confidentialité correspond à la définition de l'immunité, à savoir « une règle qui, coexistant avec une règle plus générale, adopte une solution qui s'en écarte pour des cas abstraitement définis »<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Béatrice Pastre-Belda, « Valorisation des relations officialisées en matière de dispense d'obligation de témoigner » (2012) n° 17 Semaine Juridique Édition Générale 525.

<sup>148</sup> Cosnard, « Les immunités », *supra* note 107 à la p 140.

<sup>149</sup> Philippe Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance » dans Denis Alland, Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003 à la p 366 [Théry, « Dérogation »].

D'autre part, dans certains cas, la confidentialité est imposée par la Cour. Elle peut préexister à une telle décision. Toutefois, le fait qu'il n'existe pas une immunité n'exclut pas que le juge fasse jouer d'autres moyens pour protéger les intérêts en jeu. Dans ce cas, la confidentialité est définie de manière discrétionnaire par le juge. Elle fait entorse à une règle procédurale, soit celle de la divulgation entre les parties de leurs moyens de preuve, soit celle de la publicité des débats de manière générale. Cette forme de dérogation s'envisage comme une dispense, à savoir « une décision prise par un tiers au profit d'une personne qui se trouve soustraite à une règle de droit applicable »<sup>150</sup>. Nous évoquerons en ce sens, dans un deuxième temps, la confidentialité comme dérogation à des règles d'administration de la preuve (Chapitre II).

Pour des considérations de clarté, chaque chapitre relatif à un cas de dérogation est précédé d'un examen des normes auxquelles la confidentialité déroge. Le détour rallonge le propos certes, mais permet une mise en contexte ou une mise au point indispensable à la compréhension de la profondeur de la dérogation induite de la reconnaissance ou de l'application d'une règle de confidentialité. C'est également un exercice que nous croyons justifié par les caractéristiques spécifiques des normes écartées qui, dans le contexte de la CPI, ont souvent été construites de manière à accroître les dérogations étudiées. En examinant ces normes, principalement sous le prisme de leur portée juridique, il est question de mettre en évidence les principales déficiences qui rendent la Cour facilement permeable à la consécration du secret. Il en est ainsi autant du régime de coopération avec les États et les organisations internationales que de l'obligation de divulgation des éléments de preuve par les parties au procès.

---

<sup>150</sup> *Ibid*; Cosnard, « Les immunités », *supra* note 107 à la p 140.

## Chapitre I. – La dérogation aux règles de production de la preuve

La recherche de la vérité est au cœur de tout processus de droit pénal. Le jugement des crimes de droit international pénal ne déroge pas à la règle. Le *Statut de Rome* le reconnaît à plusieurs égards. Il prévoit que le Procureur enquête à charge et à décharge<sup>151</sup>, qu'un simple aveu de culpabilité n'est pas suffisant pour qu'une chambre prononce une décision de culpabilité<sup>152</sup> et que la Cour « a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité »<sup>153</sup>. Ce souci pour la vérité est cependant susceptible d'être contrecaré par la confidentialité. C'est l'objectif du présent chapitre de mettre en évidence les défis que l'opposition du secret à la CPI représentent pour la saine détermination de la vérité.

La vérité est une question de preuve. Il s'agit, selon un commentateur, de la « reconstitution juridique de la réalité, gouvernée précisément par les règles relatives à la preuve »<sup>154</sup>. Ces règles sont de deux types : celles qui permettent la production des éléments de preuve et celles qui se rapportent à leur appréciation<sup>155</sup>. L'exigence de vérité en droit pénal est telle que les preuves susceptibles de tronquer celle-ci, parce qu'elles causent un plus grand préjudice qu'elles n'établissent les faits doivent être exclues<sup>156</sup>. Avec les règles de confidentialité, ce n'est plus seulement l'élément sans valeur probante qui peut être exclu. L'articulation du régime juridique du secret induit un élargissement des critères d'exclusion de la preuve. Le tribunal ne peut en conséquence appliquer à son titulaire les règles relatives à la production de la preuve.

Dans le présent chapitre, nous nous intéressons aux effets de la protection du secret sur la production de la preuve devant la CPI. Nous verrons que quelle que soit la nature des moyens de

---

<sup>151</sup> *Statut de Rome* art 54-1-a. Le projet de statut de 1994 ne contenait pas cette disposition qui a été introduite par l'Allemagne en 1996 pour compenser les difficultés qu'éprouverait la défense de mener des enquêtes : *Proposal Submitted by Germany for Article 26, Preparatory to Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Doc NU A/A.249/WP.1 (15 août 1996).

<sup>152</sup> Voir *Statut de Rome*, art. 65-4. Dans le même sens, les tribunaux pénaux internationaux se sont montrés réticents sur la pratique des accords sur le plaidoyer de culpabilité propre à la tradition de *common law*. En 1994, se prononçant sur le RPP, le président du TPIY évoque au titre des écarts avec la procédure accusatoire que « troisièmement, l'octroi de l'immunité et la pratique de la transaction en vue de la réduction des charges ne trouvent aucune place dans le règlement ». Voir 1<sup>er</sup> rapport annuel, Doc NU A/49/342, au para 74. Sur la réforme, voir Michael Scharf, « Trading Justice for Efficiency » (2004) 4 JICJ 1075; Mirjan Damaska, « Negotiated Justice in the International Criminal Courts » (2004) 4 JICJ 1035. La pratique s'est finalement imposée, mais les intérêts des victimes et du public ont souvent été compensés par l'imposition des peines particulièrement lourdes. Voir *Le Procureur c Momir Nikolić*, Jugement (2 décembre 2003) aux paras 61-62, 180 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>153</sup> *Statut de Rome*, art. 69-3

<sup>154</sup> Raphaële River, « La preuve devant les juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) » dans Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel, dir, *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, 9 à la p 10 [River, « La preuve »].

<sup>155</sup> *Ibid* aux pp 10-11.

<sup>156</sup> Akhil Reed Amar, « Against Exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations) » (1997) 20 Harv J L & Pub Pol'y 457 à la p 457 [Amar, « Against Exclusion »].

preuve<sup>157</sup>, leur production par l'application des règles imposant l'obligation de coopération ou l'obligation de témoigner peut être contrariée par l'invocation du secret. De fait, tantôt le secret constitue une exception à l'obligation de coopération (1.1.) tantôt il dispense les témoins de leur obligation de témoigner (1.2.).

### 1.1. – *Le respect du secret: une exception à l'obligation de coopération*

Si la coopération avec les tribunaux pénaux internationaux est essentielle en tous points, elle l'est encore autant, sinon probablement plus, en matière de collecte des éléments de preuve et autres renseignements<sup>158</sup>. La coopération est indispensable à leur fonctionnement effectif<sup>159</sup>. La CPI en est plus tributaire que ses devanciers de Nuremberg et Tokyo<sup>160</sup>. Elle est dépourvue d'un pouvoir d'exécution direct<sup>161</sup>. Cela rend indispensable la médiation de l'État territorialement souverain ou de l'entité exerçant le contrôle sur le territoire et sur un élément de preuve. Pour rendre cette médiation efficace et ainsi parer à ce que certains auteurs appellent « *uncooperative states* »<sup>162</sup>, il est imposé au sujet de droit international une obligation de coopération dont la portée est déterminée par les modalités de création de la juridiction pénale internationale étudiée<sup>163</sup>.

En effet, les juridictions *ad hoc*, en raison de leur création par acte autoritaire du Conseil de sécurité des Nations Unies, imposent aux États une obligation de coopération dite verticale. Elles peuvent émettre des ordonnances contraignantes requérant les États de coopérer. Il n'existe aucune

---

<sup>157</sup> Sur la typologie des moyens de preuve devant les juridictions pénales internationales, voir Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003 aux pp 261-293 [La Rosa, *La procédure et la preuve*].

<sup>158</sup> Les autres aspects de la coopération incluent l'arrestation et le transfert des suspects, les privilèges et immunités du personnel de la Cour, la protection des témoins, l'exécution des décisions et jugements de la Cour, amende, ordonnance de confiscation et les infractions à la bonne administration de la justice. Pour une vue générale, voir Valerie Oosterveld, Mike Perry et John McManus, « The Cooperation of States with the International Criminal Court » (2002) 25 *Fordham Int'l L J* 767 [Oosterveld, Perry et McManus, « The Cooperation of States »]; Reisinger-Coracini, Astrid. « Cooperation from States and Other Entities » dans Göran Sluiter et al, *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford, OUP, 2013, 95 [Coracini, « Cooperation from States »].

<sup>159</sup> Oosterveld, Perry et McManus, «The Cooperation of States», *supra* note 158 à la p 767; Hélène Raspail, «Article 88. Procédures disponibles selon la législation nationale» dans Julian Fernandez, Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1823 à la p 1823 [Fernandez et Pacreau, *Statut de Rome*] (Pour l'auteur, la coopération des États « est gage de l'efficacité de [la Cour] »)

<sup>160</sup> TPIY, *Premier rapport annuel à l'Assemblée générale des Nations Unies et au Conseil de sécurité*, Doc NU A/49/342-S/1994/1007, 29 août 1994 au para 84 [TPIY, *Premier rapport annuel*]; Richard May et Marieke Wierda, *International Criminal Evidence*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002 aux pp 51-52 [May et Wierda, *Int'l Criminal Ev*]; *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, November 14, 1945 – October 1, 1946*, Vol II, William S Hein & Co, 1995 aux pp 53, 156-157; Christopher K. Lamont, *International Criminal Justice and the Politics of Compliance*, Ashgate, Farnham, 2010 à la p 163 [Lamont, *Politics of Compliance*]; Ascensio, «De Nuremberg à La Haye», *supra* note 5 à la p 37.

<sup>161</sup> Coracini, « Cooperation from States », *supra* note 158 à la p 95.

<sup>162</sup> May et Wierda, *Int'l Criminal Ev*, *supra* note 160 à la p 53.

<sup>163</sup> Pour le cas spécifique des juridictions mixtes, voir Göran Sluiter, « Legal Assistance to Internationalized Criminal Courts and Tribunals' » dans CPR Romano et al., dir, *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, OUP, 2004, 379.

excuse, pas même fondée sur la sécurité nationale, pour refuser de s'y conformer<sup>164</sup>. À l'inverse, la création conventionnelle de la CPI justifie une obligation de coopération dite horizontale<sup>165</sup>. Ce modèle reflète la coopération interétatique en matière pénale<sup>166</sup>. Il s'ensuit l'exclusion de toute possibilité pour la Cour d'émettre une ordonnance contraignante à l'encontre d'un État qui peut faire valoir des exceptions pour ne pas coopérer. L'indépendance des sujets de droit international apparaît ainsi comme la règle dans le contexte de la CPI<sup>167</sup>.

De ce qui précède, l'exception à l'obligation de coopération découlant du respect du secret est régalienne aux titulaires des secrets (1.1.1.) et les voies de recours pour sanctionner les cas d'abus de l'invocation de l'exception s'avèrent d'une efficacité aléatoire (1.1.2.).

### 1.1.1. – Une exception régalienne en faveur des titulaires des secrets

Dans la présente section, il sera démontré que la confidentialité est amenée à prédominer dans le régime de coopération des États et autres organisations avec la CPI d'autant que ces derniers influencent considérablement l'exécution de l'obligation qui leur est due. Alors qu'en droit interne l'exception de confidentialité est soumise au contrôle du juge lorsqu'il est admis de l'invoquer, les États jouissent aux termes du Statut de Rome d'une liberté plutôt critiquable. Nous allons ainsi voir que la confidentialité est susceptible de se manifester plus fréquemment lorsque l'appréciation des conditions de son invocation échappe au juge d'une part et que le mécanisme prévu pour faire face aux refus de coopérer plaidés de mauvaise foi est inefficace.

Lorsque le destinataire de l'obligation de coopérer est un État, la protection de la sécurité nationale est le seul motif de refuser l'assistance à la Cour prévu au *Statut de Rome*<sup>168</sup>. Pour les OI, il faut se référer aux divers arrangements conclus avec la Cour. La seule organisation pour laquelle les textes de la CPI apportent une précision est le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Le

---

<sup>164</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 26. Les objections fondées sur la sécurité nationale sont prises en compte par des mesures de protection pour les informations que les États doivent communiquer, mais non par le droit de refuser la coopération de manière pure et simple. Voir *Le Procureur c Milan Milutinovic et al.*, IT-99-37-PT, Décision relative à la requête de Dragoljub Ojdanic aux fins de délivrance d'ordonnances contraignantes en application de l'article 54 *bis* du Règlement (23 mars 2005) à la p 7 (TPIY, Chambre de première instance) [*Milutinovic*, Ordonnances contraignantes].

<sup>165</sup> Avec cependant quelques éléments de verticalité soulignés par les articles 86 (obligation de coopérer pleinement), 93-10 (absence d'une obligation de réciprocité de la Cour et 87-7et 119 (le pouvoir de la Cour de trancher tout différend se rapportant à l'exécution des demandes de coopération). Voir Coracini, « Cooperation from States », *supra* note 158 à la p 97.

<sup>166</sup> Kai Ambos, « The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters » (1998) IX Finnish YB Int'l L 413 aux pp 422-424.

<sup>167</sup> Coracini, « Cooperation from States », *supra* note 158 à la p 96.

<sup>168</sup> Claus Kreß et Kimberly Prost. « Article 93: Other Forms of Cooperation » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* -, Munich, C. Beck, Hart, Nomos, 2008, 1569 à la p 1582 [Kreß et Prost, "Article 93"]

RPP dans sa disposition 73-4 envisage une exemption similaire à celle qui est reconnue aux États. Le Comité a ainsi le privilège, advenant qu'il soit destinataire d'une demande de coopérer, de refuser d'y donner suite pour des raisons de confidentialité. Un aspect de cette exception relève du secret professionnel que nous examinons plus loin dans le contexte de la dérogation à l'obligation de témoigner. Il est ici question d'évoquer la situation de l'État et de l'organisation en tant que destinataires directs d'une demande de coopération. Et le moins que l'on puisse dire est que le régime de l'exception fondée sur le secret présente des similitudes frappantes. D'une part, l'absence de contrôle judiciaire découle de ce que l'invocation du secret est présumée de bonne foi (1.1.1.1.) et d'autre part que la question de savoir si l'entité qui excipe le secret a agi de bonne foi est renvoyée à la justification du refus de la divulgation négociée (1.1.1.2).

#### 1.1.1.1. – Une exception présumée d'office de bonne foi

La bonne foi est une condition d'invocation de l'exception de confidentialité. Elle se comprend ici au sens d'honnêteté, de sincérité. Dès lors qu'il est établi que l'invocation est honnête, le tribunal ne peut que reconnaître que l'exemption opère. Cela suppose une détermination de sa part où il cherchera notamment à savoir si la divulgation d'un secret de l'État ou d'une organisation est susceptible de porter atteinte à un intérêt qu'il entend protéger. L'intervention judiciaire a pour finalité de s'assurer que les détenteurs de secret n'abusent pas de leur privilège<sup>169</sup>. D'après le TPIY, s'exprimant au sujet des secrets d'État, la question de la bonne foi de l'État implique qu'une chambre du tribunal recherche si l'État s'oppose à l'accomplissement de son mandat ou s'il l'assiste et lui apporte son soutien sans défaillance<sup>170</sup>. La perspective est différente dans le contexte de la CPI.

Alors que le TPIY ne reconnaît pas la possibilité qu'un État puisse refuser la coopération pour des raisons de sécurité nationale, la Cour admet que ce dernier motif puisse faire obstacle à la production de la preuve. La bonne foi de l'État est présumée. Car la Cour ne questionne pas si la menace à l'intérêt de sécurité nationale est établie. On note en effet qu'à l'article 72 qui régit la protection de renseignements touchant à la sécurité nationale, il revient à plusieurs reprises que la

---

<sup>169</sup> D'après un auteur américain, dans le contexte de l'après-11 septembre 2001, si les tribunaux ne sont pas en mesure de contrôler l'invocation des exceptions de sécurité nationale par les États, « *there is every reason to believe that they will proliferate* » : David C. Vladeck, « Litigating National Security Cases in the Aftermath of 9/11 » (2006-2008) 2 J Nat'l Sec L & Pol'y 165 à la p 192 [Vladeck, « Litigating »].

<sup>170</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 68.

disposition s'applique à un État lorsque « de l'avis de cet État » ou encore lorsque cet État « estime que » la divulgation de documents porterait atteinte à ses intérêts de sécurité nationale<sup>171</sup>.

Dans le cas du CICR, la présomption de confidentialité apparaît encore plus large car « la Cour considère comme couverts par le secret », et donc s'interdit d'apprécier si un tel secret est avéré, « tous renseignements, documents ou autres éléments de preuve qui seraient tombés en la possession du Comité dans l'exercice ou en conséquence des fonctions que celui-ci assume [...] ». La seule détermination que pourra entreprendre la Cour pourrait viser à savoir si les documents ou renseignements concernés ont été reçus dans le cadre de l'exercice de la fonction. Si une telle certitude est acquise, elle ne peut s'investir à se demander si la divulgation serait préjudiciable au Comité ou s'il est approprié qu'il s'oppose à la divulgation. Cette pratique se trouve à contre-courant de l'approche de la France, du Canada et des États-Unis où il est toujours admis que la Cour, ou une entité tierce, se prononce sur le bien-fondé de l'exception de confidentialité.

En France, l'évaluation du bien-fondé de l'exception de confidentialité relève d'une autorité administrative indépendante, la Commission consultative du secret de la défense nationale<sup>172</sup>. Saisie par le tribunal qui juge de l'affaire dans laquelle apparaît l'invocation de l'exception de confidentialité par le gouvernement, elle rend un avis selon une mise en balance des intérêts conflictuels<sup>173</sup>. Pour l'année 2010, la Commission s'est prononcée dans une large proportion, soit 83 % des demandes, en faveur de la production de documents touchant au secret de la défense nationale<sup>174</sup>. Elle a été généralement guidée par la pertinence des documents sollicités pour l'enquête. Une telle proportion illustre à suffisance que le secret de la défense nationale est susceptible de dissimuler des éléments nécessaires dans un procès.

Au Canada, c'est la constitutionnalité de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* qui a été tranchée par la Cour suprême en 2011<sup>175</sup>. Cette disposition traite des oppositions à la divulgation élevées par le gouvernement lorsque les renseignements en jeu se rapportent aux relations internationales ou à la défense nationale. Lorsqu'une telle opposition a lieu, le tribunal qui juge de l'affaire criminelle n'a pas directement accès aux renseignements confidentiels. Il revient à la Cour fédérale, un tribunal

---

<sup>171</sup> *Statut de Rome*, article 72, paragraphes 1, 2, 4, 5 et 6.

<sup>172</sup> Bertrand Warusfel, « Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'état de droit » 96 :4 *Revue droit et défense* 23 à la p 25 [Warusfel, « Le contrôle »].

<sup>173</sup> *Code de la défense*, art L 2312-7

<sup>174</sup> Elle note avoir prononcé un avis défavorable dans 34 cas seulement: République française, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Paris, La documentation française, 2010 à la p 78.

<sup>175</sup> *R c Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 RCS 110 [Ahmad].

administratif indépendant, sur demande, de décider si les renseignements liés à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada doivent être divulgués et les conditions selon lesquelles cette divulgation peut avoir lieu. Dans l'affaire *Ahmad*, la partie défenderesse a allégué l'inconstitutionnalité de cette procédure se fondant sur le fait qu'il appartient au juge président le procès criminel de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière<sup>176</sup>. La Cour suprême a conclu le contraire, estimant, en dépit des conséquences pour la rapidité du procès et l'inefficacité qui pouvait la caractériser, qu'elle offre au juge les moyens suffisants pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable<sup>177</sup>.

Dans le cas des États-Unis, la question de savoir si l'exception de secret d'État est effectivement fondée est examinée par le juge du procès et non par une instance indépendante<sup>178</sup>. Depuis l'affaire *Reynolds*, une procédure en dommages et intérêts contre le gouvernement à la suite d'un écrasement d'aéronef au cours d'un vol organisé par l'armée de l'air pour tester un nouvel équipement électronique, la Cour suprême américaine a statué que : « *when a claim of privilege against revealing military secrets is invoked, the courts must decide whether the occasion for invoking the privilege is appropriate, and yet do so without jeopardizing the security which the privilege was meant to protect* »<sup>179</sup>.

Pour se satisfaire de la bonne foi de l'État, il n'apparaît pas indispensable, selon elle, que pour conclure que l'invocation de l'exception a été établie, le tribunal requière la production complète de la preuve concernée<sup>180</sup>. Au demeurant, la Cour suprême a considéré que la question de savoir si le juge est satisfait du bien-fondé de la prétention de l'État dépend également de la nécessité de la preuve recherchée<sup>181</sup>. En s'écartant de ces différentes approches de droit national, l'article 72 du *Statut de Rome* détourne l'évaluation du bien-fondé de la prétention de l'État vers la manière dont ce dernier se conduit dans les consultations subséquentes en vue d'obtenir sa coopération consensuelle.

---

<sup>176</sup> *Ibid* au para 4.

<sup>177</sup> *Ibid* au para 6.

<sup>178</sup> Vladeck, « Litigating », *supra* note 169 à la p 189.

<sup>179</sup> *Reynolds v United States* 345 US, 1 (1953) aux pp 7-8 [*Reynolds*].

<sup>180</sup> *Ibid* à la p 10.

<sup>181</sup> *Ibid* à la p 11.



### 1.1.1.2. – Une exception contrôlée à la divulgation négociée

La prérogative de l'évaluation du bien-fondé de l'atteinte à la sécurité nationale laissée à l'État est atténuée par l'obligation qu'il prenne « toutes les mesures raisonnablement possibles pour trouver une solution par la concertation »<sup>182</sup>. L'obligation correspondante imposée au CICR est beaucoup plus nuancée. Aux termes de la règle 73-6 du RPP de la CPI, « si la Cour détermine qu'un certain renseignement, document ou élément de preuve émanant du Comité internationale de la Croix-Rouge est d'une grande importance dans un cas d'espèce, elle mène des consultations avec le Comité pour résoudre la question par la concertation [...] ».

L'existence d'une menace contre un intérêt secret n'est pas concluante en soi<sup>183</sup>. Le détenteur des secrets doit prouver autrement sa bonne foi en envisageant avec la Cour des solutions négociées<sup>184</sup>. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat<sup>185</sup>. Mais il apparaît plus évident dans le cas de l'État que c'est sa bonne foi qui est à l'épreuve. Même si on peut présumer que le CICR ne peut se soustraire à une négociation de bonne foi, l'absence de clarté ne laisse pas entrevoir les conséquences d'une concertation menée de mauvaise foi. Pour cette raison, nous nous limitons ici au cas de la bonne foi de l'État dans le cadre de la négociation des conditions de divulgation de documents jugés selon l'État susceptible de menacer ses intérêts de sécurité nationale.

D'après l'article 72 du *Statut de Rome*, l'État qui fait valoir le motif de sécurité nationale devrait l'invoquer de prime abord pour obtenir des conditions de production plus favorables, à savoir des mesures qui préservent sa sécurité nationale d'un préjudice grave. C'est à défaut d'être satisfait que les mesures envisagées atténueront le préjudice redouté que l'État peut s'opposer à toute forme de divulgation. Sa bonne foi est ainsi appréciée à travers sa capacité à envisager les « mesures raisonnablement possibles ».

En effet, la Cour ne peut conclure au défaut de coopération de l'État qu'après avoir établi qu'il « n'agit pas conformément aux obligations qui lui incombent en vertu du [...] *Statut* »<sup>186</sup>. D'après les travaux préparatoires, « agir conformément aux obligations » se réfère au principe de bonne

---

<sup>182</sup> *Statut de Rome*, art. 72-5.

<sup>183</sup> Kreß et Prost, « Article 93 », *supra* note 168 à la p1582.

<sup>184</sup> *Statut de Rome*, art 72-5-a et 72-5-c. Voir aussi Beaucillon, « Article 72 », *supra* note 185 à la p 1025.

<sup>185</sup> Charlotte Beaucillon, « Article 72. Protection des renseignements touchant à la sécurité nationale » dans Fernandez et Pacreau, *Statut de Rome*, *supra* note 159, 1016 à la p 1026 [Beaucillon, « Article 72 »].

<sup>186</sup> *Statut de Rome*, art. 72-7-a-ii.

foi<sup>187</sup>. L'État n'est pas de bonne foi s'il refuse de communiquer les renseignements sans en négocier au préalable les conditions d'une production tenant compte de ses intérêts. Les consultations avec la Cour lui permettent de montrer que son besoin de protection mérite une attention particulière qui peut aller des mesures d'accommodement à une dispense de coopérer.

Dans un premier temps, l'État peut obtenir la dispense totale de divulguer ses renseignements de sécurité nationale s'il parvient, au cours de la concertation, à démontrer qu'ils ne revêtent aucune pertinence pour la cause ou qu'ils peuvent être obtenus d'autres sources<sup>188</sup>. Le Statut ne précise pas si à cette fin la Cour peut elle-même, éventuellement confidentiellement, avoir accès aux renseignements et éléments de preuve en cause<sup>189</sup>. Une réponse affirmative ne serait que pure logique. Dans l'affaire *Blaškić*, la Chambre d'appel du TPIY, se fondant sur la jurisprudence internationale<sup>190</sup>, a estimé que la tenue des procédures *in camera* ou *ex parte* pour évaluer la validité de la prétention de l'État constituait une démarche appropriée<sup>191</sup>. D'autres garanties pour éviter la divulgation des renseignements secrets de l'État lors de l'examen de la validité de la prétention relative à l'absence de pertinence ou à la possibilité d'obtenir les preuves par d'autres moyens comprennent l'évaluation de la validité de la prétention de l'État par un seul juge et non par les trois juges de la Chambre, la production de traductions certifiées par l'État et non par le personnel de la Cour, la non-transcription des procédures au cours desquelles l'évaluation est faite, la remise sans enregistrement à l'État des documents que le juge considère comme n'ayant aucune pertinence pour la détermination de la cause, le caviardage par l'État, lorsque les documents sont pertinents, des parties qui n'ont pas besoin d'être divulguées<sup>192</sup>.

Sous réserve d'une exception dûment justifiée lorsque les documents sont aussi cruciaux pour la cause que leur non-divulgaration<sup>193</sup>, le fait que l'État se soumette à une telle procédure est un moyen, a précisé la Chambre, de démontrer qu'il agit de bonne foi.

---

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Statut de Rome*, art. 72-5-b.

<sup>189</sup> Duffy et Dixon, «Article 72», *supra* note 38 à la p 1370.

<sup>190</sup> Voir par exemple les affaires *Sabotage* devant la commission mixte de réclamations États-Unis/Allemagne dans les années 1930 (dans Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, 1939 à la p 266); *Ballo* devant le Tribunal administratif de l'OIT en 1972 (Jugement n°191 du 15 mai 1972, Bulletin officiel de l'OIT, vol LV, n°s2, 3 et 4 à la p 224); *Chypre c Turquie* devant la Comm EDH en 1976 (requête n°6780/74, Rapport du 10 juillet 1976 aux pp 21-24); *Godinez Cruz* devant la Cour IADH le 20 janvier 1989 (Série C, n°5, jugement du 20 janvier 1989 aux pp 96-97).

<sup>191</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 67.

<sup>192</sup> *Ibid* aux paras 68-69.

<sup>193</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 67. Dans cette hypothèse, la Chambre a suggéré que l'État devrait, à travers une autorité compétente, soumettre au Tribunal une déclaration (a) certifiant que cette autorité a personnellement examiné les documents en cause ; (b) décrivant sommairement le contenu des documents ; (c) énonçant les raisons précises

Dans un deuxième temps, lorsque les renseignements en possession de l'État sont pertinents pour la détermination de la cause, la concertation avec la Cour s'oriente vers la détermination des conditions de production les moins attentatoires à la sécurité nationale. Aux termes de l'article 72-5 du *Statut de Rome*, il peut s'agir pour l'État de demander à la Cour de « modifier ou préciser la demande » ou de s'entendre avec elle pour lui prêter assistance « par la communication de résumés ou de versions corrigées, l'imposition de restrictions à la divulgation, le recours à une procédure à huis clos ou *ex parte*, ou l'application d'autres mesures de protection autorisés par le Statut ou le Règlement de procédure et de preuve »<sup>194</sup>.

L'État doit envisager ces options avec la Cour sous peine d'être considéré comme étant de mauvaise foi. Il ne peut estimer que ces mesures ne protègent pas adéquatement ses intérêts de sécurité nationale sans se justifier. L'article 72-6 prévoit que l'État qui juge les mesures d'accommodement insuffisantes « en avise le Procureur ou la Cour en indiquant les raisons précises qui l'ont conduit à cette conclusion, à moins qu'un énoncé précis de ces raisons ne porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'État [...] ». Cette règle de justification permet à la Cour d'évaluer la bonne foi de l'État. De la capacité de ce dernier à convaincre la Cour que les mesures d'accommodement sont insuffisantes à préserver sa sécurité nationale dépend le certificat de bonne foi que peut lui délivrer l'instance judiciaire. Le fait que l'énoncé des raisons de ne pas accepter ces mesures puisse porter atteinte à la sécurité nationale ne semble pas devoir constituer un obstacle à ce que la Cour conduise cette détermination.

Un troisième niveau d'analyse découle de la structure de l'article 72 du *Statut de Rome* lorsqu'en dépit du rejet des accommodements envisagés au paragraphe 5, la Cour détermine que les renseignements demandés sont en plus d'être pertinents, nécessaires à la détermination de la cause. Le refus de se justifier parce que cette justification emporterait elle-même l'atteinte à la sécurité nationale ne semble plus recevable. La Cour devient plus dirigiste dans la concertation. Le paragraphe 7 de l'article 72 prévoit deux hypothèses.

D'une part, la première hypothèse est celle où le secret de l'État est allégué dans le cadre d'une demande de coopération ou du témoignage d'un individu<sup>195</sup>. Il est envisagé que la Cour puisse demander la tenue de consultations supplémentaires, y compris à huis clos, pour examiner les

---

pour lesquelles l'État considère que les documents ne sont pas pertinents pour le procès et (d) indiquant de manière concise les principales raisons justifiant la volonté de l'État de ne pas produire les documents en cause.

<sup>194</sup> *Statut de Rome*, art. 72-5-a et 72-5-d. Voir également *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 68.

<sup>195</sup> *Ibid*, art. 72-7-a.

observations de l'État<sup>196</sup>. Si au bout de cet examen, auquel l'État ne paraît devoir se soustraire comme sous l'article 72-6, elle conclut que l'État qui invoque l'exception de secret n'agit pas conformément au Statut, elle peut renvoyer le défaut de coopération au Conseil de sécurité ou à l'AÉP<sup>197</sup>. Ces consultations sont, selon un commentateur, « un garde-fou, avant que la Cour ne procède à la qualification en vertu du paragraphe 72-a-ii »<sup>198</sup>. Ne pas agir conformément au Statut peut s'entendre de ne pas accepter les mesures d'accommodement de la sécurité nationale alors qu'elles étaient raisonnables. Enfin, accessoirement au renvoi du défaut de coopération au Conseil et à l'AÉP, la Cour peut tirer toute conclusion sur les faits<sup>199</sup>.

La prudence observée par la Cour dans cette hypothèse mérite d'être expliquée. La prérogative dont elle jouit d'ordonner à l'État en possession des renseignements leur production aurait les allures d'un coup d'épée dans l'eau si la Cour ne peut en assurer l'exécution. En effet, « elle ne dispose pas d'un pouvoir de mise en œuvre contraignante d'une éventuelle ordonnance de communiquer l'information »<sup>200</sup>. Par ce fait même, la prérogative de produire les éléments de preuve touchant aux informations de sécurité nationale appartient à l'État seul. La Cour ne s'éloigne pas à cet égard des principaux systèmes de droit. Dans certains droits nationaux, sans qu'il existe une convergence en tous points<sup>201</sup>, le pouvoir d'ordonner la production des documents nécessaires dans le cadre d'un procès doit être distingué de celui de contraindre leur production. Les juridictions américaines, canadiennes et françaises reconnaissent par exemple aux tribunaux ou aux administrations indépendantes le pouvoir d'ordonner la production des renseignements touchant la sécurité nationale, mais il est toujours laissé au gouvernement le choix de s'exécuter<sup>202</sup>.

---

<sup>196</sup> *Ibid*, art. 72-7-a-i.

<sup>197</sup> *Ibid*, art. 72-7-a-ii.

<sup>198</sup> Beaucillon, « Article 72 », *supra* note 185 à la p 1027.

<sup>199</sup> *Statut de Rome*, art. 72-7-a-iii.

<sup>200</sup> Beaucillon, « Article 72 », *supra* note 185 à la p 1028.

<sup>201</sup> William A Schabas, « National Security Interests and the Rights of the Accused » dans Herwig Roggermann et Petar Šarčević, dir, *National Security and International Criminal Justice*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 105 à la p 105 [Schabas, « Nation Security and the Rights of the Accused »].

<sup>202</sup> En France par exemple, en 2010, les avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale en faveur de la levée du secret d'État dans l'intérêt de la justice avaient été suivis dans 100% des cas par le ministère de la défense : République française, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Paris, La Documentation française, 2010 à la p 73. Au Canada, en vertu de la *Loi sur la preuve*, le « procureur général du Canada a le pouvoir d'interdire (ou de ne pas interdire) la divulgation aux cours criminelles de renseignements pertinents, même lorsqu'un juge de la Cour fédérale en a ordonné la divulgation » : Ahmad, *supra* note 175 au para 6. Dans *Reynolds*, la Cour suprême des États-Unis affirme en matière de secrets militaires que « *the privilege belongs to the Government and must be asserted by it; it can neither be claimed nor waived by a private party* » : Reynolds, *supra* note 179.

D'autre part, dans la seconde hypothèse, qui concerne l'invocation du secret dans « toutes les autres circonstances » que la demande de coopération ou le témoignage d'une personne, il n'est pas nécessaire à la Cour de demander des consultations supplémentaires. Elle peut directement ordonner la divulgation des renseignements en cause<sup>203</sup>. Si elle ne le fait pas, elle peut également tirer toute conclusion factuelle qu'elle juge appropriée<sup>204</sup>. Bien qu'il n'existe aucune précision sur « toutes les autres circonstances », il semble que celles-ci visent les situations où les renseignements recherchés sont en possession des parties à la procédure plutôt que d'un État ou d'un témoin. Ayant le contrôle sur les parties à l'instance, la Cour n'éprouvera aucune difficulté à évaluer la bonne foi de l'État qui estime que les mesures d'accommodement ne lui conviennent pas<sup>205</sup>. Elle peut plus facilement jauger le bien-fondé de l'objection et même prononcer la divulgation des documents touchant à la sécurité nationale. L'exercice de cette prérogative n'est possible que parce que les éléments de preuve ne sont pas en la possession de l'État.

La grande latitude laissée à la Cour dans cette seconde hypothèse tient à ce qu'ayant le contrôle sur la preuve en cause ou les parties à la procédure, elle est en mesure d'assurer l'exécution de son ordonnance<sup>206</sup>. Sa décision doit au demeurant être prise dans le respect des obligations qui lui incombent en vertu du *Statut* d'assurer la protection des informations sensibles des États. En conséquence, les juges pourraient envisager, à leur propre initiative, d'appliquer les mesures d'accommodement pour lesquelles ils auraient échoué à parvenir à une solution concertée avec l'État. La prérogative d'ordonner la divulgation est une faculté que doit exercer la Cour avec parcimonie. L'alternative prévue à l'article 72-7-b-ii de ne pas prononcer de divulgation quand bien même elle aurait la possibilité d'obtenir l'exécution de son ordonnance permet de mettre en balance l'intérêt de l'obtention de la preuve d'une part et d'autre part le souci de ne pas hypothéquer la coopération future avec les États en ordonnant la production contre leur gré. Il peut également s'agir pour la Cour de ne pas exposer une des parties au procès ou le détenteur des renseignements aux mesures de représailles d'un État.

À cet égard, il convient de reconnaître qu'en permettant à la Cour de passer outre à la volonté des États pour prononcer la divulgation, le Statut va plus loin que certains droits nationaux. Aux États-Unis, en vertu de la *Classified Information Procedure Act* (CIPA), une loi fédérale

---

<sup>203</sup> *Ibid*, art. 72-7-b-i.

<sup>204</sup> *Ibid*, art. 72-7-b-ii.

<sup>205</sup> Beaucillon, « Article 72 », *supra* note 185 à la p 1028.

<sup>206</sup> *Ibid*.

établissant les conditions de production des documents confidentiels des États-Unis dans les procédures criminelles, l'objection à la divulgation est concluante<sup>207</sup>. En Australie, les tribunaux sanctionnent les avocats de la défense qui publient les renseignements touchant la sécurité nationale, y compris dans le but d'assurer la défense de leur client<sup>208</sup>.

En somme, la Cour doit exercer son pouvoir de prononcer la divulgation des renseignements étatiques couverts par le secret dans « toutes les autres circonstances » avec la plus grande circonspection. Elle tient compte non seulement des enjeux de coopération future, mais peut-être davantage des incertitudes qui caractérisent le renvoi du défaut de coopération aux instances politiques que sont le Conseil de sécurité et l'AEP au *Statut de Rome*.

### 1.1.2. – Une efficacité aléatoire des voies de recours

Parce que la Cour ne possède aucun pouvoir de sanctionner directement le défaut de coopération des États, elle doit s'en remettre aux instances politiques qui initient ou soutiennent les poursuites pénales devant elle. Nous verrons que ce mécanisme de sanction indirecte du défaut de coopération est inefficace en raison des pouvoirs limités de la Cour dans l'exercice de ces voies de recours (1.1.2.1.) et des incertitudes qui caractérisent la réaction des organes auxquels elle renvoie le défaut de coopération de l'État (1.1.2.2.).

#### 1.1.2.1. – Une inefficacité tenant aux pouvoirs limités de la Cour

La Cour fait appel au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée des États parties en cas de manquement à l'obligation de coopérer d'un État en fonction du mode de sa saisine. Lorsqu'elle a été saisie sur renvoi du CS<sup>209</sup>, la Cour renvoie le défaut de coopération au Conseil, que l'État concerné par le manquement soit ou non partie au *Statut*<sup>210</sup>. Mais une saisine concomitante des deux organes politiques ne devrait pas être exclue si l'État qui a manqué à son obligation est partie au *Statut*<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> *Classified Information Procedure Act*, 18 USC app 3 (2000) PL 96-456 (15 octobre 1980), 94 Stat 2025-32 [CIPA]. Voir aussi Robert Timothy Reagan, *Keeping Government Secrets: A Pocket Guide for Judges on the State-Secrets Privilege, the Classified Information Procedures Act, and Court Security Officers*, Federal Judicial Center, 2007. En ligne : < [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Secrets1.pdf/\\$file/Secrets1.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Secrets1.pdf/$file/Secrets1.pdf)>. La solution est sensiblement la même au Canada : Mark Rix, « Counter-terrorism and Information : the NSI Act, Fair Trials, and Open, Accountable Government » (2011) 25:2 *Continuum: Journal of Media & Cultural Studies* 285 à la p 290 [Rix, « Counter-terrorism and Information »].

<sup>208</sup> Rix, « Counter-terrorism and Information », *supra* note 207 à la p 287.

<sup>209</sup> *Statut de Rome* art 13-b (possibilité pour le Conseil de sécurité de déférer une affaire ou une situation à la Cour en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*).

<sup>210</sup> *Ibid*, art 87-5-b et 87-7.

<sup>211</sup> Claus Kreß, Kimberly Prost, « Article 87. Requests for Cooperation: General Provisions » dans Triffterer, *Commentary, supra* note 44, 1517 à la p 1525 [Kress, Prost, « Article 87 »].

Dans ce cas, l'obligation de coopérer découle d'une double base juridique. Il peut s'agir du Statut, en raison du fait qu'il est État partie, ou d'une résolution du CS. Cette possibilité de saisine concomitante peut être d'autant plus utile qu'il peut arriver qu'une obligation de coopération inscrite dans une résolution du Conseil ne s'adresse qu'aux seules parties au conflit duquel résultent les crimes renvoyés au jugement de la Cour. Il est clair dans ce cas que pour un État partie, la base de coopération demeure le *Statut de Rome*.

La question peut se poser de savoir quelle serait la base juridique pour saisir le Conseil de sécurité du défaut de coopération d'un État non partie au *Statut de Rome* dans le cadre d'un renvoi concernant un État non partie et sans obligation générale de coopérer imposée par le Conseil. La coopération de l'État non partie au *Statut* se fait sur une base *ad hoc*, donc non obligatoire, ou sur un arrangement spécifique. On peut penser selon le principe de l'effet relatif des traités que le mécanisme de sanction en cas de manquement n'a pas à faire intervenir le CS. Il est peu probable qu'un État consente à un tel engagement. Dans ce cas, la sanction est prononcée suivant les principes de la responsabilité internationale. La Cour peut toujours en appeler au CS qui jugera de l'opportunité de prendre des mesures contre l'État non partie au statut de Rome en se fondant sur la portée spécifique de ses pouvoirs au titre de la *Charte*. Pour que la Cour opère une telle saisine, il est suffisant qu'elle soit habilitée, non par l'accord *ad hoc* de coopération avec l'État non partie, mais par les termes du Statut<sup>212</sup>.

L'analyse qui précède permet d'entrevoir les difficultés auxquelles peut être confrontée la Cour si en l'absence d'un renvoi de la situation qu'elle juge par le Conseil de sécurité<sup>213</sup>, elle doit saisir uniquement l'Assemblée des États parties. Elle sera certes habilitée à le faire, mais l'efficacité de cette saisine est affectée. En effet, l'intérêt de la démarche réside en ce qu'elle manque de pouvoirs exécutoires<sup>214</sup>. Le renvoi du défaut de coopération à ces organes politiques apparaît en réalité comme son véritable pouvoir de sanction. Si à première vue son efficacité peut être mise en doute, la Chambre d'appel du TPIY dans *Blaskić* ne conçoit pas toutefois qu'une décision de saisir le Conseil d'un défaut de coopération doive être prise à la légère. Dans cette affaire, elle a longuement précisé les déterminants du renvoi de la situation au Conseil de sécurité.

---

<sup>212</sup> Voir *Statut de Rome*, art 87, aux paras 5 et 7.

<sup>213</sup> *Ibid*, art 13-a (la Cour exerce sa compétence à la suite d'un renvoi par un État partie), 13-c (ouverture d'une enquête par le Procureur de sa propre initiative après l'autorisation d'une Chambre préliminaire), 12-3 (renvoi d'une situation à la Cour par un État non partie sur une base *ad hoc*, mais obligation de coopérer sans retard et sans exception).

<sup>214</sup> Roggermann, «National Security and Protection of the State» *supra* note 38 à la p 24.

En la matière, les pouvoirs du Tribunal international sont de deux types : le pouvoir d'effectuer une détermination formelle sur le manquement par un État à ses obligations et le pouvoir d'informer l'organe politique de cette détermination formelle<sup>215</sup>. La Chambre d'appel précise ensuite les fondements des deux pouvoirs. Le pouvoir de détermination formelle est un pouvoir inhérent, à savoir que « le Tribunal international doit détenir le pouvoir de dresser tous les constats formels nécessaires à l'exercice de sa compétence principale »<sup>216</sup>. La théorie des pouvoirs inhérents est digne d'intérêt surtout dans l'hypothèse où le texte serait silencieux sur le pouvoir de détermination de la juridiction. Si ce pouvoir est bel et bien codifié à la CPI en ce qui concerne le défaut de coopération fondé sur une exception de sécurité nationale, il n'est pas certain qu'il en soit de même en ce qui concerne le manquement à l'obligation générale de coopérer<sup>217</sup>.

En effet, en cas de manquement à l'obligation générale de coopérer, l'article 87-7 prévoit seulement que la Cour doit « prendre acte et en référer à l'Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie »<sup>218</sup>. Il est difficile de savoir si prendre acte équivaut à un véritable pouvoir de détermination. Du moins, s'il est vrai que prendre acte impose à la Cour de décider<sup>219</sup>, le contenu d'une telle décision peut poser problème. A-t-elle le pouvoir de dresser le constat du manquement à l'obligation de coopérer ? La question est d'une pertinence particulière s'il s'agit de prendre acte pour ensuite en informer le CS dans le cas de l'État non partie au *Statut*. La Cour peut-elle faire le constat de la violation de la *Charte* qui est dans le cas de renvoi par le Conseil la base juridique de l'obligation de coopérer ?

Dans la situation au Soudan, elle ne s'est pas contentée de « prendre acte » du défaut de coopération. Elle constate au surplus que la République du Soudan « ne se conforme pas aux obligations de coopération que lui fait la résolution 1593(2005) concernant l'exécution des mandats

---

<sup>215</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 33.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> La question est réglée au TPIY à l'article 7bis-A du RPP aux termes duquel : « [...] lorsqu'une Chambre de première instance ou un juge est convaincu qu'un État a manqué à l'une de ses obligations au titre de l'article 29 du Statut en rapport avec une affaire dont ils sont saisis, la Chambre ou le juge peut demander au Président d'informer le Conseil de sécurité de ce manquement ».

<sup>218</sup> Alors que ce pouvoir ne souffrait d'aucune contestation, la Chambre préliminaire I a évoqué la décision *Blaskić* pour affirmer que « la Cour a le pouvoir inhérent d'informer » le Conseil de sécurité, ce qui n'est de toute évidence pas équivalent au pouvoir de déterminer : *Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, ICC-02/05-01/07-57, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies du défaut de coopération de la part de la République du Soudan (25 mai 2010) à la p 6 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Harun-Kushayb*, ICC-02/05-01/07-57].

<sup>219</sup> Annalisa Ciampi, « Article 87. Demandes de coopération : dispositions générales » dans Fernandez et Pacreau, *Statut de Rome*, *supra* note 159, 1805 à la p 1818 [Ciampi, « Article 87 »].



[...] »<sup>220</sup>. On peut se demander si la Cour n'est pas allée au-delà de sa compétence limitée à « prendre acte » et « informer le Conseil de sécurité ».

La question ne semble pas se poser dans le contexte de la coopération relative aux renseignements de sécurité nationale. Aux termes de l'article 72-7-a-ii, c'est-à-dire lorsque l'État s'oppose à la divulgation ou intervient pour s'opposer à ce qu'un témoin divulgue un renseignement de sécurité nationale, la Cour doit, pour renvoyer l'affaire aux organes politiques, avoir conclu « qu'en invoquant le motif de refus [...] l'État requis n'agit pas conformément aux obligations qui lui incombent [...] ». Il ne s'agit pas ici de prendre simplement acte d'un manquement déjà supposément établi, mais d'en faire au préalable le constat. La décision que prend la Cour, à la différence de celle qui est adoptée au titre de l'article 87-7<sup>221</sup>, est donc nécessairement contentieuse, ce qui explique l'obligation de la motiver.

L'exigence de motivation démontre que le pouvoir de détermination pose des problèmes qui vont bien au-delà de ses fondements. Il est sans doute tout aussi important d'examiner comment la Cour exerce un tel pouvoir. Il apparaît que compte tenu des implications politiques d'une telle détermination, les tribunaux pénaux internationaux devraient déclencher de telles mesures de manière exceptionnelle, soit après avoir épuisé les recours disponibles. La bonne foi des juges pourrait dès lors s'apprécier elle aussi dans la manière d'exercer leur pouvoir de détermination. La Chambre d'appel du TPIY a en conséquence statué que la détermination ne devrait se faire que si les juges ou une Chambre sont convaincus que l'État a clairement failli à son obligation ; ce faisant, le Tribunal international « s'engage dans une activité proprement judiciaire » qui consiste à se fonder sur tous les principes et les règles reconnus en droit, à examiner soigneusement le comportement de l'État afin d'établir s'il a manqué à ses obligations<sup>222</sup>. Il n'est pas question d'émettre des jugements politiques, encore moins de formuler à l'intention de l'organe politique des recommandations ou suggestions qu'il pourrait mettre en œuvre contre l'État<sup>223</sup>. Ces critères mettent de l'avant la séparation des pouvoirs.

---

<sup>220</sup> *Harun-Kushayb*, ICC-02-/05-01/07-57, *supra* note 218 à la p 7.

<sup>221</sup> Dans la décision du 25 mai 2010 sur le défaut de coopération du Soudan, la Cour s'est fondée essentiellement sur la requête par laquelle l'accusation a demandé à ce qu'il soit pris acte de la non-coopération du Soudan et de plusieurs rapports du Greffier sur la non-exécution des mandats d'arrêt : *Harun-Kushayb*, ICC-02-/05-01/07-57, *supra* note 218 aux pp 3-4. Or d'après la norme 109-3 du *Règlement de la Cour*, « Avant de prendre acte du fait qu'un État n'a pas accédé à une demande de coopération en application du paragraphe 7 de l'article 87, la Chambre entend l'État en question ». Il s'agit là, selon le Professeur Schabas, de la reconnaissance du droit de l'État à être entendu : Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 984.

<sup>222</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 35.

<sup>223</sup> *Ibid* au para 36.

La Chambre d'appel dans *Blaskić* a expliqué que le pouvoir d'informer l'organe politique prend appui sur un fondement supplémentaire autre que les textes de base du tribunal international. Ce pouvoir découle de la relation qui existe entre les deux institutions et dont le corollaire est « qu'à chaque fois qu'un État ne respecte pas son obligation [de coopérer] [...], le Tribunal international est en droit d'informer le Conseil de sécurité de ce non-respect »<sup>224</sup>. Les implications sont importantes dans le cadre de la CPI qui entretient des rapports d'une nature particulière avec le Conseil de sécurité et l'AEP. Le recours à ces organes étant justifié du fait qu'ils disposent des pouvoirs exécutoires qui manquent à la Cour, il est intéressant d'analyser si ces pouvoirs existent effectivement et s'ils peuvent être mis en œuvre de la même manière d'une institution à l'autre.

#### 1.1.2.2. – Une inefficacité tenant à l'incertitude de la réponse

Le pouvoir exécutoire du Conseil de sécurité des Nations Unies ne fait aucun doute. Si le *Statut de Rome*, le RPP ou encore l'Accord négocié régissant les relations entre la CPI et l'ONU<sup>225</sup> sont muets sur les mesures que peut prendre cet organe en réponse à un renvoi du défaut de coopération fait par la Cour, c'est bien la reconnaissance du fait qu'il a un pouvoir discrétionnaire illimité en la matière. Les décisions du Conseil érodent expressément la souveraineté des États lorsqu'elles sont prises au nom du maintien de la paix et la sécurité internationales<sup>226</sup>. L'article 39 de la *Charte* exige qu'il ait au préalable fait le constat de « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression ». Certains auteurs soutiennent qu'au regard de la nature des crimes jugés par la Cour, rien n'empêche le Conseil de déterminer que le « manquement d'un État à ses obligations de coopération avec la Cour constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales »<sup>227</sup>.

À supposer cette conclusion établie, le Conseil peut prendre à l'encontre de l'État récalcitrant des sanctions qui n'impliquent pas le recours à la force ou encore, ce qui serait improbable pour un défaut de coopération, des actions impliquant le recours à la force si les mesures pacifiques sont

---

<sup>224</sup> *Ibid* au para 33.

<sup>225</sup> L'article 17-3 de l'Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies, ICC-ASP/3/Res.1, 4 octobre 2004, entrée en vigueur le 22 juillet 2005 [Accord négocié], prévoit que « [l]e Conseil de sécurité, par l'entremise du Secrétaire général, porte à la connaissance de la Cour, par l'entremise du Greffe, toute mesure qu'il prend en l'espèce ».

<sup>226</sup> *Charte des Nations Unies*, arts 2-7, 25.

<sup>227</sup> Ciampi, « Article 87 », *supra* note 219 à la p 1820; Cassese, « The Statute », *supra* note 2 à la p 166.

inadéquates<sup>228</sup>. L'effet *erga omnes* des obligations en vertu du Chapitre VII autorise tout État membre des Nations Unies à prendre des contre-mesures contre l'État fautif<sup>229</sup>. Le TPIY a précisé que le Conseil de sécurité ou tout État membre des Nations Unies a un intérêt juridique à demander le respect par tout autre État membre des ordonnances et des requêtes du Tribunal international dans le cadre de la coopération<sup>230</sup>. Rien de tel n'existerait à l'AEP.

En effet, simple « bras politique » et non « organe politique principal »<sup>231</sup>, l'AEP de la CPI fonctionne dans le respect de la souveraineté des États. Si les dispositions du *Statut*, à savoir, les articles 72-7, 87-7 et 112-2-f ne disent rien de ce que peut faire l'Assemblée en cas de constat par la Cour d'un défaut de coopération, on sait par contre au regard du droit international public ce qu'elle ne peut pas faire. Contrairement au Conseil de sécurité, elle ne peut prendre aucune mesure impliquant le recours à la force, car même si le défaut de coopération menace la paix et la sécurité internationales, elle n'en est pas la gardienne.

De plus, en raison du caractère *erga omnes partes* des obligations en vertu du régime de coopération<sup>232</sup>, la Cour est limitée à adopter des sanctions collectives en réaction au manquement d'un État : demander que l'État se conforme à ses obligations, condamner son défaut de coopération ou prendre des contre-mesures collectives consistant en des sanctions économiques<sup>233</sup>. Cette dernière mesure peut être mise en œuvre directement par les États parties sur recommandation de l'Assemblée. Mais si cette dernière n'atteignait pas la majorité nécessaire pour prendre une mesure collective, la question se pose de savoir si les États parties peuvent individuellement adopter de telles mesures. Certains auteurs, refusant de considérer le chapitre IX du *Statut* comme un régime « autosuffisant », estiment que les États parties peuvent toujours agir individuellement en vertu du

---

<sup>228</sup> *Charte des Nations Unies*, art 41, 42. Mais avant de déclencher le régime des sanctions, le Conseil peut en vertu du chapitre 6 de la Charte, notamment l'article 36, « recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées ».

<sup>229</sup> Kreß et Prost, « Article 87 », *supra* note 211 à la p 1526.

<sup>230</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 36.

<sup>231</sup> Lorenzo Gradoni, « Article 112. Assemblée des États parties » dans Fernandez et Pacreau, *Statut de Rome*, *supra* note 159, 2005 à la p 2019.

<sup>232</sup> Kreß et Prost, « Article 87 », *supra* note 211 à la p 1530.

<sup>233</sup> *Ibid.*

droit international coutumier<sup>234</sup>. Il se peut en l'occurrence que les sanctions individuelles soient plus efficaces que les mesures collectives recommandées par l'AEP<sup>235</sup>.

Dans tous les cas, quand bien même les organes politiques ont les moyens d'obtenir l'exécution de l'obligation de coopération, il peut se poser en pratique des difficultés de mise en œuvre. Le choix d'user des moyens à leur disposition sera toujours une question d'opportunité politique sans aucune certitude juridique. Sur ce fait, il se peut que l'attitude des deux entités soit la même en face d'un manquement à ses obligations par un État. Le Conseil de sécurité, informé d'un non-respect par le TPIY, n'a rien fait d'autre que de prononcer des déclarations appelant l'État à coopérer avec le tribunal international. L'AEP ne fera visiblement pas plus que d'exercer ce pouvoir discursif et rhétorique. Il s'en suit comme le reconnaît un auteur qu'un État récalcitrant peut toujours résister à cette forme de sanction<sup>236</sup>. De la même manière, on n'imagine pas que le Conseil de sécurité ou tout autre État recoure à la force pour rechercher des preuves<sup>237</sup>. Il faut donc s'en remettre à la bonne volonté des États. Dans le cas de l'obligation de témoigner, ce serait visiblement doublement à la volonté des États et des témoins eux-mêmes.

### 1.2. – *La consécration du secret: une exception à l'obligation de témoigner*

Il résulte du Statut de Rome que la Cour ne possède pas le pouvoir propre de contraindre directement le témoin qui refuse de comparaître devant elle<sup>238</sup>. Dans la présente section, nous nous intéressons à la situation de la personne qui ayant effectivement comparu invoque le secret pour ne pas produire un élément de preuve.

Aux termes du *Statut de Rome*, « [l]a Cour respecte les règles de confidentialité telles qu'elles sont énoncées dans le Règlement de procédure et de preuve »<sup>239</sup>. À l'article 72 relatif à la protection de renseignements touchant à la sécurité nationale, il est entendu qu'« [a]ucune

---

<sup>234</sup> *Ibid* à la p 1530, faisant ici référence à l'article 89 du Protocole additionnel n°1 aux conventions de Genève du 12 août 1949: « Dans les cas de violations graves des Conventions ou du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à *agir, tant conjointement que séparément*, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies ». Les italiques sont de nous.

<sup>235</sup> Ainsi par exemple, la politique de conditionnalité de l'Union Européenne aurait, plus que les décisions du Conseil de sécurité, incité la coopération des États de l'ex-Yougoslavie à coopérer avec le TPIY. Voir plus généralement Lamont, *Politics of Compliance*, *supra* note 160.

<sup>236</sup> Triffterer, « Security Interests », *supra* note 114 à la p 77.

<sup>237</sup> Moncef Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, 2<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p 265 [Kdhir, *Dictionnaire de la CIJ*]: « Si un État de mauvaise foi fait disparaître ou refuse de communiquer certains éléments de preuve, l'intervention par la force pour la recherche des preuves est formellement interdite ».

<sup>238</sup> Voir à ce sujet nos développements aux p. 365 et suivantes.

<sup>239</sup> *Statut de Rome*, art. 69-5.

disposition du présent article ne porte atteinte aux normes de confidentialité applicables en vertu de l'article 54, paragraphe 3, alinéas e) et f), ni à l'application de l'article 73 ». Les normes concernées sont relatives aux secrets d'État et à la confidentialité des informateurs. Les règles de confidentialité auxquelles renvoie l'article 69-5 sont prévues aux règles 73, 74 et 75 du RPP de la Cour. Elles portent respectivement sur les secrets professionnels, les témoignages incriminants que leurs auteurs peuvent choisir de taire et les témoignages incriminant l'accusé que les proches agissant comme témoin peuvent également décider de ne pas divulguer.

Dans l'esprit de ces deux dernières normes, le *Statut* reconnaît à l'article 55-1-a le droit du suspect de ne pas être obligé de témoigner ou de s'avouer coupable, droit qui s'exerce par la possibilité de garder le silence<sup>240</sup>. D'après la règle 73-2 du RPP, la Cour peut, selon des critères fixés, reconnaître d'autres secrets professionnels. Pour ce faire, elle n'est pas liée par le droit interne à moins qu'il soit le reflet d'un principe général de droit<sup>241</sup>. Il apparaît ainsi que la profusion de la confidentialité dans le procès pénal international est inéluctable. Bien que définie de manière autonome au droit interne, les dispenses de témoigner ne sont pas moins généreusement construites (1.2.1.). L'autonomie du droit interne se manifeste non seulement du point de vue de la nature des secrets en cause, mais également du fait qu'il est particulier aux règles de la Cour que soit limité le contrôle de l'exercice des dispenses accordées (1.2.2.).

#### 1.2.1. – Une générosité quant à la diversité des dispenses accordées

Le régime juridique de la CPI reconnaît la panoplie des circonstances dans lesquelles le témoin peut impunément, et à bon droit, choisir de ne pas donner son témoignage devant la Cour. Il peut se taire en vertu de son droit de ne pas s'auto-incriminer ou de ne pas incriminer un proche garanti par le droit corrélatif de garder le silence (1.2.1.1.), à raison d'un secret dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession (1.2.1.2), en raison de son statut d'informateur (1.2.1.3) ou d'agent d'un État ou d'une organisation (1.2.1.4). Ces occasions de secret sont généreusement reconnues par les textes. Nous considérons successivement chacun des régimes de confidentialité dans les développements qui suivent.

---

<sup>240</sup> *Statut de Rome*, art. 67-1-g.

<sup>241</sup> *RPP de la CPI*, règle 63-5 et règle 73-2.

### 1.2.1.1 – Le droit de garder le silence

En gardant le silence, le témoin ou l'accusé appelé comme témoin fait le secret sur une information ou un élément de preuve. Même si l'information dissimulée n'est pas confidentielle à l'origine, la reconnaissance que la personne concernée a le droit de garder le silence au sujet de cette information conduit en fin de compte à en faire un élément confidentiel, puisque sa circulation est restreinte. Le cadre juridique de la CPI reconnaît le droit de garder le silence uniquement dans les situations où l'information ou les éléments de preuve revêtent un caractère incriminant. En raison de leurs portées distinctes, examinons d'une part le droit de l'accusé de garder le silence (1.2.1.1.1.) et d'autre part le droit des témoins de garder le silence (1.2.1.1.2.).

#### 1.2.1.1.1. – Le droit de l'accusé de garder le silence

C'est par le droit de garder le silence que l'accusé s'assure de ne pas participer à sa propre incrimination<sup>242</sup>. On ne peut condamner la personne accusée sur la seule base de son manque d'explication d'une part, et elle est en droit d'autre part de s'abstenir de toute collaboration<sup>243</sup>. Absent de certains instruments de droits de l'homme<sup>244</sup>, le droit de garder le silence est un principe général de droit<sup>245</sup>. Un accusé ne pourrait en conséquence être poursuivi pour outrage au tribunal en raison de son refus de coopérer<sup>246</sup>.

Le droit de garder le silence et le privilège de ne pas participer à sa propre incrimination sont souvent confondus<sup>247</sup>. Dans un contexte pénal, le droit de garder le silence ne relève pas

---

<sup>242</sup> Sylvain Leboeuf, *Le rôle du silence de l'accusé en droit comparé*, Thèse, Université Laval, 2010 [Leboeuf, *Le rôle du silence*]; Mohammed Ayat, « Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal » (2002) 1 :24 *Archives de politique criminelle* 251 à la p 252 et John Langbein, « The Historical Origins of the Privilege against Self-incrimination at Common Law », (1994) 92:5 *Mich L Rev* 1047

<sup>243</sup> Claude Savonet, « Le droit au silence. Un droit relatif? » (2009) 79 *Rev trim dr h* 763 à la p 767.

<sup>244</sup> *Ibid* à la p 763. C'est le cas notamment de la CEDH. Mais la Cour EDH estime que « le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable » : Cour EDH, *Saunders c Royaume-Uni* [GC], n°19187/91 (17 décembre 1996) au para 68 [Saunders]. Dans le même sens, un comité d'experts chargé d'établir un rapport sur la différence entre la CEDH et le PIDCP a estimé en 1970 que la prohibition de l'auto-incrimination constituait la véritable essence du droit au procès équitable : John D Jackson et Sarah J Summers, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, CUP, 2012 à la p 248 [Jackson et Summers, *Internationalisation*].

<sup>245</sup> *Funke c France* (arrêt), n°10588/83 (25 février 1993) au para 41.

<sup>246</sup> *Heaney et McGuinness c Irlande*, n°34720/97 (21 décembre 2000) [Heaney], également *Quinn c Irlande*, n°36887/97 (21 décembre 2000) (violation de l'art. 6-1 et 6-1 de la CEDH pour avoir condamné une personne qui a refusé de répondre aux questions de la police).

<sup>247</sup> Jackson et Summers, *Internationalisation*, supra note 244 à la p 249; Stéphane Treschel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005 à la p 342.

uniquement de la liberté d'expression<sup>248</sup>. L'essence de la règle réside dans le rejet de tout moyen de preuve obtenu par la contrainte<sup>249</sup>. La contrainte prohibée inclut autant les pressions directes que les pressions indirectes des autorités pour obtenir les confessions de l'accusé<sup>250</sup>.

Le privilège de ne pas s'auto-incriminer aurait quant à lui une portée plus large postulant d'une part que les autorités de poursuite ne devraient pas forcer les confessions de la part d'un accusé en vertu de son droit de garder le silence et d'autre part qu'elles ne devraient pas l'obliger à produire des preuves (matérielles ou documentaires) qui l'incriminent. Ainsi, le droit de garder le silence s'étendrait au-delà de l'interdiction de forcer la parole ou les confessions du suspect pour inclure l'interdiction de contraindre la production de preuves physiques. Cette dernière acception est celle que retient le TPIY<sup>251</sup>. Or, pour la Cour suprême des Etats-Unis et la Cour EDH, le champ d'application du droit de garder le silence ne recouvre pas les actes non verbaux<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> C'est pourtant une approche qu'avait emboîtée un temps l'ancienne Comm EDH qui saisie par un requérant du grief de la violation de son droit de ne pas s'incriminer décida d'analyser la question en tant que contrepartie négative du droit à la liberté d'expression : Cour EDH, *K c Autriche*, n°16002/90 (2 juin 1993) au para 11.

<sup>249</sup> *Cantoral Benavides (Pérou)* (2000), Cour IADH (Sér C) n°69. Pour le CDH de l'ONU voir les Observations générales ICCPR, A/52/40 vol I (1997) aux paras 241-2, 357; ICCPR, A/56/40 vol I (2001) 59 para 79(8), para 81(8); ICCPR, A/59/40 vol I (2003); ICCPR, A/60/40 vol I (2004); ICCPR, A/60/40 vol I (2005). Pour le Comité contre la torture : Yougoslavie, CAT, A54/44 (1999) au para 45; CDH, *Observation générale n°13*, article 14 au para 14.

<sup>250</sup> CDH, *Berry c Jamaïque*, n° 13003/2004, constatations adoptées par le Comité à sa 105<sup>e</sup> session (9-27 juillet 2012), Doc NU CCPR/C/105/D/1303/2004 (28 août 2012) au para 12.6; voir aussi *Observation générale n°32 sur l'article 14* : « le droit de ne pas témoigner contre soi-même doit s'entendre comme l'interdiction de toute contrainte physique ou psychologique directe ou indirecte, des autorités chargées de l'enquête sur l'accusé, dans le but d'obtenir une reconnaissance de culpabilité ». Le seuil de contrainte requis pour constater la violation de la règle est aux termes de la jurisprudence européenne celui qui porte atteinte à l'autonomie de la volonté du suspect. Voir *Saunders*, *supra* note 244; *Heaney*, *supra* note 246 au para 40; *JB c Suisse*, n°31827/96 (3 mai 2001) au para 64; Cour EDH, *John Murray c Royaume-Uni* [GC], n°18731/91 (8 février 1996) au para 49 [Murray]; Cour EDH, *Jalloh c Allemagne* [GC], n°54810/00 (11 juillet 2006) au para 110 [Jalloh]. Pour la critique doctrinale de cette jurisprudence, voir Jackson et Summers, *Internationalisation*, *supra* note 244 aux pp 253-256.

<sup>251</sup> *Le Procureur c Zejnil Delalic et al.*, IT-96-21-T, Décision relative aux requêtes orales de l'accusation aux fins d'admission de la pièce 155 au dossier des éléments de preuve et aux fins de contraindre l'accusé Zdravko Mucic à produire un échantillon d'écriture (19 janvier 1998) au para 47 (TPIY, Chambre de première instance) [Delalic, production d'un échantillon d'écriture]. Voir également *Prosecutor v Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Order to the Registry of the Tribunal to Provide Documents (5 juillet 2002) à la p 4 (TPIY, Chambre de première instance II). Il découle cependant de la jurisprudence du TPIY que la production d'éléments incriminants par l'accusé puisse être forcée dans le cadre de l'enquête, quitte à ce qu'une décision différente soit prise quant à leur admissibilité à l'étape du procès. Dans *Delalic*, le TPIY a autorisé le Greffier à remettre au Procureur des notes échangées entre deux accusés détenus au centre pénitentiaire du Tribunal. L'autorisation s'est fondée sur le motif qu'elles comportaient des informations utiles pour la conduite du Procès. Voir *Le Procureur c Delalic et al.*, IT-96-21-T, Décision du Président relative à la requête de l'accusation aux fins de la production des notes échangées entre Zejnil Delalic et Zdravko Mucic (11 novembre 1996) au para 45 (TPIY, Président). La décision fut prise après que la Chambre de première instance, saisie par le Procureur pour une ordonnance de communication des notes confisquées par le Greffe en application du Règlement du centre de détention, ait renvoyé la question au président du Tribunal. Le débat ne portait pas sur le privilège de ne pas s'auto-incriminer dont le régime pénitentiaire avait étendu l'application au Greffier, mais sur la question de savoir s'il fallait communiquer les notes confisquées au Procureur. Voir *Le Procureur c Zejnil Delalic*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de la production des notes échangées entre Zejnil Delalic et Zdravko Mucic (31 octobre 1996) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>252</sup> Mark Berger, « The Right to Silence in The Hague International Criminal Courts » (2013) 47 USF L Rev 1 à la p 22 [Berger, «The Right to Silence»]. L'auteur cite notamment *Schmerber v California*, 384 US 757, 761 (1966); *Holt v United States*, 218 US 245, 252-253 (1910); *Doe v United States*, 487 US 201 (1988). Pour la Cour EDH, voir *Saunders*, *supra* note 244 au para 69.

Dans le droit de la CPI, le droit de garder le silence semble viser uniquement le droit de taire toute parole incriminante. Ainsi, toute personne impliquée dans une enquête « n'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable »<sup>253</sup>. Si elle est suspectée, elle a le droit de « garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence »<sup>254</sup>. Lorsque l'individu devient un accusé, il a le droit de « ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable »<sup>255</sup>.

Il ne résulte pas du droit de garder le silence que si l'accusé s'incriminait ses propos seraient automatiquement exclus. Ce qui importe c'est de savoir si l'incrimination est volontaire ou non<sup>256</sup>. Les confessions qui sont faites volontairement demeurent admissibles<sup>257</sup>. Il revient au Procureur de démontrer le caractère volontaire des déclarations de l'accusé qu'il décide d'introduire au procès<sup>258</sup>. Pour s'assurer de ce caractère volontaire, la règle dite *Miranda* développée aux États-Unis exige qu'un suspect soit toujours prévenu qu'il a le droit de garder le silence, que toute déclaration qu'il ferait peut être utilisée contre lui et qu'il a le droit à la présence d'un avocat<sup>259</sup>.

Plus que la simple recherche du caractère volontaire, il est souvent question de savoir si le silence a été rompu de manière éclairée et sans subterfuges<sup>260</sup>. La Chambre de première instance II dans l'affaire *Katanga* semble n'avoir pas fait grand cas de cette exigence de connaissance éclairée. Dans cette affaire, la défense alléguait que le témoignage de l'accusé devait être exclu parce qu'au moment où ce dernier déposait, il n'avait pas anticipé que les faits seraient susceptibles de requalification. En effet, poursuivi initialement sur le fondement de l'article 25-3-a, il est apparu à la Chambre au stade du délibéré que ce mode de responsabilité ne correspondait pas aux faits allégués par l'accusation. En s'appuyant sur la norme 55 du *Règlement de la Cour* qui permet à cette

---

<sup>253</sup> *Statut de Rome*, art 55-1-a.

<sup>254</sup> *Ibid*, art. 55-2-b

<sup>255</sup> *Ibid* art 67-1-g.

<sup>256</sup> Devant les tribunaux américains de Nuremberg, par exemple, les déclarations des accusés sous forme d'*affidavit* furent admises comme élément de preuve parce qu'elles n'avaient pas été obtenues par l'emploi de la contrainte. Voir Richard May et Marieke Wierda, « Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha » (1998-1999) 37 Colum J Transnat'l L 725 à la p 736 [May et Wierda, «Trends»].

<sup>257</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3153-tFRA, Décision relative à la requête de la défense de Mathieu Ngudjolo en vue d'obtenir des garanties de non-incrimination (13 septembre 2011) au para 7 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3153-tFRA]. Il s'agit d'un principe bien admis en droit national. Voir Jackson et Summers, *Internationalisation*, *supra* note 244 à la p 243.

<sup>258</sup> *Prosecutor v Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Decision on Admission into Evidence of Interview of the Accused (20 juin 2005) au para 10 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>259</sup> *Miranda c Arizona* 384 US 436 (1966).

<sup>260</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3319, 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) au para 49 (CPI, Chambre de première instance II).



dernière de procéder à la requalification des faits, le mode de responsabilité de l'article 25-3-a a été écarté au profit de l'article 25-3-d. Or au moment où la Chambre procédait à la requalification, l'accusé avait déjà pris la parole au cours du procès, s'exprimant librement sans soupçonner qu'une requalification aurait lieu. La défense a allégué que si elle était au courant de l'éventuelle requalification, elle aurait envisagé une stratégie de défense différente. La Chambre de première instance s'en tient pourtant à une conception stricte du caractère volontaire de la démarche de l'accusé de rompre le silence. Pour elle le droit de garder le silence n'a pas été violé pour la raison que ni la contrainte ni la force ni les subterfuges n'ont été utilisés pour l'amener à témoigner<sup>261</sup>.

Cette interprétation peut être questionnée. La Chambre semble considérer que dès lors que l'accusé sait que ce qu'il dit peut être utilisé contre lui par la suite, sa connaissance éclairée est établie. La règle n'exigerait pas que l'accusé sache de quelle manière ses propos seraient utilisés. Cette conception nous apparaît problématique au regard de l'intérêt de la communauté internationale et des victimes d'entendre les personnes accusées des crimes les plus graves s'expliquer et ainsi contribuer à satisfaire leur droit de savoir. Il est possible de penser que les accusés seront moins disposés à l'avenir de prendre la parole, ce d'autant que la Chambre a conclu par ailleurs que dès lors qu'ils font le choix de parler, ils sont obligés de répondre à toutes les questions, même incriminantes, et que le défaut de répondre peut donner lieu à des déductions défavorables à leur encontre<sup>262</sup>. Elle épouse ainsi l'approche de la Cour EDH qui considère que le droit de garder le silence n'est pas un droit absolu et qu'il doit être mis en balance avec l'intérêt public de l'enquête et de la répression des crimes<sup>263</sup>.

D'après la Cour EDH, pour conclure à la violation du droit de garder le silence, il convient de considérer le rôle que les déductions ont joué dans la procédure pénale et en particulier la condamnation. Estimant qu'il revient de toute évidence au juge du fond de tirer des conclusions de bon sens lorsqu'il a entendu la preuve produite par les parties, elle a énoncé les garanties suivantes lorsqu'est en jeu le droit de garder le silence : (i) le suspect doit être informé au préalable des effets juridiques de son silence (ii) l'accusation doit établir un commencement de preuve contre l'accusé (iii)

---

<sup>261</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, *supra* note 4 aux paras 1529, 1531.

<sup>262</sup> *Ibid* au para 1530 ; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3153-tFRA, *supra* note 257 aux paras 7 à 9.

<sup>263</sup> Cour EDH, *O'Halloran et Francis c Royaume-Uni* [GC], n°15809/02 (29 juin 2007) au para 53. Voir aussi *Jalloh*, *supra* note 250 au para 117. La Cour examine les trois critères suivants: i) le degré de coercition employé pour recueillir la preuve, ii) le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et au châtiment de son auteur et iii) l'existence de garanties appropriées dans la procédure ainsi que l'utilisation qui est faite des éléments de preuve recueillis.

les charges doivent être suffisamment sérieuses pour justifier une réponse et (iv) le juge ne peut tirer des éléments à charge que les conclusions dictées par le bon sens et qu'il estime appropriées<sup>264</sup>.

D'après Sylvain Leboeuf, analysant la jurisprudence pertinente de la Cour EDH, le silence sert dans ces circonstances de « complément de preuve [...] permettant d'ajouter foi à la preuve de la poursuite [...] »<sup>265</sup>. Beccaria disait dans le même sens que les preuves imparfaites « sur lesquelles [un accusé] se tait, deviennent parfaites par son silence »<sup>266</sup>. Ainsi, dans *Averill*, la Cour EDH conclut que les déductions sont appropriées lorsque les mèches de cheveux et les fibres de vêtement du suspect ont été trouvées sur la scène du crime et qu'il a donné comme seule explication qu'il avait pour politique de ne pas coopérer avec la police<sup>267</sup>.

Rejetée ailleurs, aux États-Unis<sup>268</sup>, au Canada<sup>269</sup>, par le CDH<sup>270</sup> et même par les juridictions *ad hoc* des Nations Unies à certains égards<sup>271</sup>, cette restriction du droit de garder le silence par les déductions défavorables pose le problème de la qualité de la vérité que l'on doit en déduire. Il nous semble que cette approche favorise l'efficacité de la répression plutôt que la détermination de la vérité. Ce souci transparaît du régime du droit des témoins de garder le silence qui permet expressément des entorses à cette règle pour les compenser par d'autres types de garanties, à savoir la non-incrimination et la confidentialité. La section qui suit examine le régime du droit des témoins de garder le silence à la CPI.

---

<sup>264</sup> Murray, *supra* note 250 au para 51.

<sup>265</sup> Leboeuf, *Le rôle du silence*, *supra* note 242 à la p 226.

<sup>266</sup> Beccaria, *Des délits et des peines*, *supra* note 121 à la p 24.

<sup>267</sup> Cour EDH, *Averill c Royaume-Uni*, n°36408/97 (6 juin 2000).

<sup>268</sup> Il faut cependant nuancer cette affirmation en ce qui concerne la procédure des commissions militaires: Geneviève Guidicelli-Delage, « Juridictions militaires et d'exception: Perspectives comparées et internationales. Rapport général. Garanties procédurales et droit au recours » (2007) n°29 APC 241 à la p 251 [Guidicelli-Delage, « Juridictions militaires »].

<sup>269</sup> *R c Noble*, [1997] 1 RCS 874; *R c Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 RCS 639; Jackson et Summers, *Internationalisation*, *supra* note 244 à la p 263; Berger, « The Right to Silence », *supra* note 252 à la p 20. Pour la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* sur cette position, voir *Le Procureur c Delalić et al.*, IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) au para 783 (TPIY, Chambre d'appel) [*Delalić*, arrêt en appel] (« La Chambre d'appel conclut à une interdiction absolue de prendre en compte le silence d'un accusé pour décider de sa culpabilité ou de son innocence dans le cadre du Statut et du Règlement, interdiction édictée à présent expressément par le Statut de Rome [...] »); *Le Procureur c Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Jugement (31 mars 2003) au para 9 (TPIY, Chambre de première instance) (« Mladen Naletilić et Vinko Martinović ont choisi de ne pas témoigner au procès. Conformément à l'article 21 4) g) du Statut, la Chambre n'a pas retenu cette décision contre eux »).

<sup>270</sup> *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol I, AG Doc off, 50<sup>ème</sup> sess. suppl. n°40 (A/50/40) (4 février 1996) au para 424 : « Le Comité note avec préoccupation que les dispositions de la loi de 1994 sur la justice pénale et l'ordre public, portant extension de la législation applicable à l'origine à la seule Irlande du Nord, permettant de faire des déductions quand les personnes soupçonnées de délits gardent le silence, violent diverses dispositions de l'article 14 du Pacte, malgré les garanties qui y sont prévues et les règlements promulgués pour l'application de cette loi ».

<sup>271</sup> *Le Procureur c Éliézer Niyitegeka*, ICTR-96-14-T, Jugement portant condamnation (16 mai 2003) au para 46 (TPIR, Chambre de première instance I). Comme si elle était obligée de suivre la jurisprudence des mécanismes de droits de l'homme, la Chambre indique toutefois en note de bas de page que : « Même si la Chambre décidait de ne pas le faire dans la présente affaire, il est à rappeler que rien dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme n'interdit, de manière générale, de dégager des conclusions défavorables à l'accusé sur la base de son silence ».

#### 1.2.1.1.2. – Le droit des témoins de garder le silence

Lorsque le droit de garder le silence s'applique au témoin, il faut distinguer la situation du témoin n'ayant aucun lien avec l'accusé de celle du témoin qui en est le parent. Dans la première situation, l'article 55-1 qui consacre le droit de *toute personne*, pendant les enquêtes, de ne pas être forcée de s'incriminer ou de s'avouer coupable, est interprété par la doctrine comme couvrant à la fois la situation du suspect et du témoin<sup>272</sup>. En raison de la nature de l'étape procédurale, à savoir les enquêtes, la question du statut de la personne concernée importe peu en réalité. L'article 55-1 envisage sans doute l'hypothèse où les organes d'enquête de la Cour rassemblent les éléments de preuve en vue d'engager des poursuites contre une personne. Il est dès lors logique qu'une personne, indépendamment de sa qualité, ne soit forcée de parler si elle doit s'incriminer.

Le problème se pose différemment au cours du procès, car en raison du statut de témoin, la question est de savoir s'il est judicieux de consacrer au bénéfice d'une telle personne un droit général de garder le silence alors même que témoigner implique précisément le contraire. Le *Statut de Rome*, s'il est clair à ce sujet pour l'accusé ne dit rien du cas du témoin. L'article 69 relatif à la preuve renvoie cependant au RPP<sup>273</sup>.

Tel que le droit de garder le silence du témoin est codifié dans les textes de juridictions pénales internationales, la doctrine conteste qu'il soit demeuré conforme au fondement qui lui est historiquement attaché. D'après le professeur Ambos, il trouve son origine dans le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, c'est-à-dire « *no one can be compelled to incriminate himself or herself* »<sup>274</sup>. D'abord reconnu dans l'intérêt de l'accusé, il aurait été étendu dans la *common law* anglaise à partir de 1679 aux témoins pour la raison que l'auto-incrimination ne protège pas seulement contre les poursuites criminelles, mais constitue proprement un droit de la personnalité. Ce droit s'est développé pour préserver la réputation sociale et la dignité de la personne, ce qui devait exclure toute possibilité de remise en cause<sup>275</sup>. Tandis que les juridictions de droit continental

---

<sup>272</sup> Kai Ambos, « The Right of Non-self-Incrimination of Witnesses Before the ICC » (2002) 15 LJIL 155 à la p 156 [Ambos, «Right of Non-self-Incrimination»]; Christopher K Hall, «Article 55» dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* – 2ème éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008 à la p 1093. Le professeur William Schabas préfère considérer que par toute personne, la règle s'applique également à « *someone who is not yet a suspect* » : Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 686.

<sup>273</sup> Il en est de même selon les RPP des juridictions *ad hoc*. Une Chambre du TPIR évoquait ce privilège en 2005 comme « *the only type of immunity which falls within the jurisdiction of this Tribunal* » : *Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on Nyiramasuhuko's strictly confidential *ex parte* – Under Seal – Motion for additional protective measures for some defence witnesses (1<sup>er</sup> mars 2005) au para 43 (TPIR, Chambre de première instance II).

<sup>274</sup> Ambos, «Right of Non-self-Incrimination», *supra* note 272 à la p 159.

<sup>275</sup> *Ibid* à la p 163.

seraient demeurées attachées à cette approche, en n'admettant pas *ex ante* l'utilisation des témoignages incriminants, les tribunaux de *common law* ne reconnaîtraient que le principe de non-incrimination *ex post*<sup>276</sup>. Le droit de garder le silence ne s'entend pas dans ce dernier système du droit de ne faire aucune déclaration incriminante, mais du droit de ne pas être l'objet de poursuites pénales si l'on a été contraint de faire de telles déclarations<sup>277</sup>. La CPI et les juridictions *ad hoc* adhèrent à cette approche restrictive de sorte que la portée du droit dont jouit le témoin est définie au cas par cas. Il prend la forme d'une immunité de juridiction ou d'un privilège testimonial<sup>278</sup>.

En tant qu'immunité de juridiction, le droit du témoin de garder le silence n'est pas reconnu par la juridiction devant laquelle il comparaît. La violation de son droit est compensée par des garanties dites de non-incrimination. La Cour lui promet que (i) les éléments de preuve contenus dans sa déposition resteront confidentiels et (ii) qu'ils ne seront pas utilisés contre lui dans le cadre de poursuites devant elle, exception faite des poursuites pour des actes d'atteinte à l'administration de la justice<sup>279</sup>. Les garanties de non-incrimination érodent ainsi le droit du témoin de garder le silence. Il est en effet entendu que « [l]orsque le témoin comparaît après avoir reçu les garanties [de non-incrimination], la Cour peut lui enjoindre de répondre à une question ou aux questions »<sup>280</sup>. Il en est ainsi parce qu'il ne risque ni les poursuites ni la divulgation au public ou aux États des propos tenus au cours de sa déposition.

Lorsque les préoccupations liées à l'auto-incrimination se posent après la comparution du témoin, il est prévu que la Cour sursoie à l'audience pour donner le temps à ce dernier d'obtenir des conseils sur l'application de la règle 74<sup>281</sup>. Et là encore, ce temps de réflexion ne peut déboucher sur un droit absolu du témoin de garder le silence pour le motif que sa déposition l'incriminerait. La Chambre peut en dépit de son choix d'adopter le silence l'enjoindre à répondre après lui avoir garanti les assurances de confidentialité et d'immunité contre les poursuites<sup>282</sup>. Si malgré ces assurances le témoin s'obstinait à ne pas répondre, il pourrait alors faire l'objet d'une procédure pour atteinte à la bonne administration de la justice. Il en découle que le témoin aurait le droit non de garder le silence,

---

<sup>276</sup> *Ibid* à la p 166.

<sup>277</sup> *Ibid* à la p 157 (« the witness has not a full right to remain silent; he or she only possesses the right to receive an assurance of confidentiality and non-use of the evidence received against him or her »).

<sup>278</sup> Berger, «The Right to Silence», *supra* note 252 à la p 32.

<sup>279</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 74-3-c.

<sup>280</sup> *Ibid*, règle 74-3-b.

<sup>281</sup> *Ibid*, règle 74-10.

<sup>282</sup> *Ibid*, règle 74-3-c.

mais plutôt aux garanties de non-incrimination et de confidentialité en compensation, pourrait-on dire, du fait que ses déclarations ont été contraintes<sup>283</sup>. Le respect de son droit de garder le silence dépend de la discrétion du juge.

La situation est relativement la même devant les juridictions *ad hoc*, mais suivant des modalités inversées<sup>284</sup>. Toutefois, les garanties de non-incrimination ne sont pas aussi étendues qu'à la CPI<sup>285</sup>. Comme aux États-Unis<sup>286</sup>, le témoin n'est pas à l'abri de poursuites devant les tribunaux nationaux<sup>287</sup>. Par contre, la garantie prévoit clairement une immunité de juridiction pour les crimes internationaux pour lesquels le tribunal est compétent. Il faudra donc concilier l'interprétation de cette disposition avec les exigences de la lutte contre l'impunité.

Pour décider d'offrir l'immunité et la confidentialité au témoin, la CPI doit avoir jugé, en prenant l'avis du Procureur *ex parte*, que les garanties sont opportunes. Il tient compte, entre autres, de la nature de l'incrimination éventuelle<sup>288</sup>. Il s'agit visiblement d'une invitation à s'abstenir d'offrir les garanties lorsqu'est en cause un crime relevant de la compétence de la Cour.

En tant que privilège testimonial, le droit du témoin de garder le silence signifie que si une Chambre conclut après la mise en balance prévue au paragraphe 4 de la règle 74 qu'il n'est pas opportun d'offrir les garanties de non-incrimination, le témoin est libre de ne pas répondre aux questions. Le droit de garder le silence revêtira dans cette hypothèse la même portée que le droit du suspect ou de l'accusé de ne pas participer à sa propre incrimination.

Quant au droit de garder le silence d'un témoin parent de l'accusé, la règle 75-1 du RPP prévoit que, lorsqu'un témoin est le conjoint, l'enfant ou le père ou la mère de l'accusé, il « ne peut être contraint par les Chambres à faire aucune déclaration qui risquerait d'incriminer l'accusé ». Le principe correspondant à la règle 75-1 du RPP de la CPI en droit interne est le privilège des époux.

---

<sup>283</sup> Selon le Professeur Schabas en effet, la contrainte « *should cover not only the use of force or its threat, but also other forms of persuasion not involving violence, and possibly even promises of some benefit* »: Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 686.

<sup>284</sup> Ambos, «Right of Non-self-Incrimination», *supra* note 272 à la p 158.

<sup>285</sup> La possibilité d'audience à huis clos a été développée de manière prétorienne par le TPIY pour parer à l'éventualité de poursuites au niveau national. Mais le risque de fuite n'est pas à exclure. Voir Berger, «The Right to Silence», *supra* note 252 à la p 34.

<sup>286</sup> La Cour suprême des États-Unis considère que le risque de poursuites à l'étranger ne fait pas partie du champ d'application du privilège contre l'auto-incrimination des témoins : *United States v Balsys*, 524 US 666, 669 (1998), cité par Berger, «The Right to Silence», *supra* note 252 à la p 35.

<sup>287</sup> Berger, «The Right to Silence», *supra* note 252 à la p 34. Voir aussi *Procureur c Momčilo Perišić*, IT-04-81-T, Décision relative à la demande présentée par l'Accusation aux fins d'une décision anticipée concernant les limites d'un contre-interrogatoire acceptable (12 juin 2009) au para 21 (TPIY, Chambre de première instance I).

<sup>288</sup> Ambos, «Right of Non-self-Incrimination», *supra* note 272 à la p 158; *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 74-4-c.

Leur incompétence à témoigner découlerait de ce qu'une partie ne peut témoigner pour son propre compte<sup>289</sup>. Au Canada, cette règle est assortie de deux exceptions, l'une de *common law* selon laquelle le conjoint est compétent et contraignable à charge dans les affaires le concernant ou les enfants mineurs du ménage ; l'autre créée par la *Loi sur la preuve au Canada* en vertu de laquelle la personne accusée et son conjoint sont tous deux compétents à témoigner pour la défense<sup>290</sup>.

La règle 75-1 du RPP de la CPI codifierait la forme la plus acceptée du privilège à la différence du système canadien<sup>291</sup>. Le RPP de la CPI part de l'idée que toute personne est compétente pour comparaître en tant que témoin. La règle reconnaît par contre que cette personne ne peut prétendre qu'au privilège de ne pas divulguer une communication reçue dans le cadre de la relation avec un proche. C'est une construction beaucoup plus restrictive qu'en droit canadien, ce qui postule que le proche témoin peut être appelé autant à charge qu'à décharge. Toutefois, il est curieux dans la règle 75 que les rédacteurs du RPP se soient préoccupés uniquement de consacrer un droit du témoin au secret en lien avec toute information incriminant un proche. Aux États-Unis et au Canada, la loi garantit le secret des époux de manière générale, ce qui inclut le droit de non-incrimination du proche et le droit à la non-divulgence de tout autre secret conjugal<sup>292</sup>.

Les deux formes de privilège recouvrent des champs d'application distincts, bien qu'elles puissent se recouper à certains égards. Par exemple, le privilège relatif à la non-incrimination appartient au témoin seul, tandis que le privilège de non-divulgence des informations confidentielles appartient aux deux parents. La question peut se poser dans l'hypothèse où l'information confidentielle est également incriminante. Appartient-il alors uniquement au témoin de décider s'il la divulgue ou pas ? Il est clair que la Chambre confrontée à une telle situation ne fera respecter que le privilège consacré dans ses textes de base. Elle ne considérera donc en l'espèce que la question de l'incrimination et se fondera sur la seule volonté du témoin. L'intérêt de l'accusé dans la confidentialité de l'information en cause pose un problème différent et on peut présumer que c'est un choix conscient des rédacteurs du RPP de n'avoir pas transposé en droit international l'approche américaine du privilège marital.

---

<sup>289</sup> Michael Cassidy, «Reconsidering Spousal Privileges after *Crawford*» (2006) 33:3 Am J Crim L 339 à la p 356 [Cassidy, «Spousal Privileges»].

<sup>290</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 4-1. Pour application, voir la CSC dans *R c Couture*, [2007] 2 RCS 517 au para 39 et s [Couture].

<sup>291</sup> Sur la critique de la position canadienne, voir Allan Manson, *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada*, Rapport de la commission du droit du Canada, septembre 2001. Dans *Couture*, la CSC a discuté de l'opportunité d'une réforme aux para 44-45 de son jugement, concluant qu'une telle initiative appartenait de toutes les façons au pouvoir législatif.

<sup>292</sup> Cassidy, «Spousal Privileges», *supra* note 289 à la p 356.

En ce qui concerne l'intérêt de confidentialité de l'accusé, la solution doit être construite au regard des droits de l'homme. L'accusé ou le témoin peut opposer le droit à la vie privée. Il aura non un droit de ne pas répondre, mais un droit à la protection par d'autres mesures dont, par exemple, le huis clos. Une telle solution se justifie dans la mesure où la question de la responsabilité (incrimination) est à distinguer de la question de la confidentialité. L'article 14-1 du PIDCP prévoit par exemple qu'un tribunal peut ordonner le huis clos « lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige [...] ». Cette solution devrait être appliquée au régime des secrets professionnels qui est lui aussi défini avec une grande largesse.

#### 1.2.1.2. – Le droit au secret professionnel

Le refus de témoigner fondé sur le droit au secret professionnel est garanti par la règle 73 du RPP. On y reconnaît explicitement le secret de l'avocat-client<sup>293</sup>, le secret médical et le secret de la confession religieuse<sup>294</sup> et enfin le secret professionnel du CICR<sup>295</sup>. Une clause de sauvegarde permet à la Cour de protéger d'autres secrets non expressément énumérés à la Règle 73<sup>296</sup>. Il apparaît ainsi que la CPI pourrait transposer dans son ordre juridique la plupart des secrets professionnels reconnus en droit interne. Elle se distingue des juridictions *ad hoc* dont les textes fondamentaux codifient uniquement le secret de l'avocat-client<sup>297</sup>.

Le secret de l'avocat-client trouve des applications différentes selon qu'on est dans un contexte judiciaire, administratif ou disciplinaire. La règle 73 énumère les secrets professionnels « sans préjudice de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 67 ». Relatif aux droits de l'accusé, cet article garantit le droit de la personne accusée de « communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix » dans le cadre de la préparation de sa défense. Tel est généralement le cas d'une personne détenue en attente de son procès ou de toute autre procédure nécessitant des contacts avec un avocat<sup>298</sup>. Les normes de détention de la CPI, contenues dans le *Règlement du*

---

<sup>293</sup> *RPP de la CPI*, règle 73-1.

<sup>294</sup> *Ibid*, règle 73-3.

<sup>295</sup> *Ibid*, règle 73-4 à 73-6.

<sup>296</sup> *Ibid*, règle 73-2.

<sup>297</sup> *RPP du TPIY*, art 97.

<sup>298</sup> Il peut également s'agir d'une correspondance avec une Cour. Voir par exemple l'*Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 5 mars 1996. Il est entendu aux termes de l'article 3-2-c de cet accord que les personnes visées « ont le droit, au sujet d'une requête à la Cour et de toute procédure qui en résulte, de correspondre avec un conseil admis à plaider devant les tribunaux du pays où elles sont détenues et de s'entretenir avec lui sans pouvoir être entendues par quiconque d'autre ». En application d'un modèle antérieur de cet accord, voir Cour EDH, *Campbell c Royaume-Uni*, n°13590/88 (25 mars 1992) [*Campbell*]. Mais plus généralement : *Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*,

*Grefte*, administration de la Cour de laquelle dépend le quartier pénitentiaire, protègent la confidentialité des communications entre un accusé détenu et son avocat dans le cadre des communications par courrier, des communications téléphoniques et des communications à l'occasion d'une visite<sup>299</sup>. La protection administrative du secret de l'avocat-client est garantie par les organes administratifs du Tribunal<sup>300</sup>. Or d'un point de vue disciplinaire, le secret de l'avocat-client postule que l'avocat s'abstienne de violer le secret professionnel dans son rapport avec le public ou les médias<sup>301</sup>. À cet égard, le privilège est aussi une règle déontologique<sup>302</sup>.

Comme règle de preuve, le droit au secret de l'avocat-client nécessite une protection judiciaire. Le secret a pour conséquence la non-divulgateion comme éléments de preuve de communications entre l'accusé et son client<sup>303</sup>. Le juge du procès se trouve dès lors sous l'interdiction légale d'exiger la production, à son intention ou à l'intention de l'une des parties, d'un document ou d'une information susceptible de le révéler.

Les trois dimensions de l'interaction du secret de l'avocat-client avec la justice mettent en évidence une volonté d'en décourager au maximum la divulgation. Une protection si étendue n'est en réalité possible que parce que la Cour régit d'une manière importante la pratique des avocats qui interviennent devant elle. Il n'est pas certain qu'elle dispose des mêmes moyens d'action dans le cas du secret professionnel de la confession religieuse.

---

adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 43/173 du 9 décembre 1988, Principe 18 [Nations Unies, *Ensemble des principes*].

<sup>299</sup> CPI, *Règlement du Greffe*, entré en vigueur le 6 mars 2006, Doc CPI ICC-BD/03-01-06-Rev.1 [*Règlement du Greffe*], respectivement les normes 169, 175 et 184. Voir également TPIY, *Premier rapport annuel*, *supra* note 160; *Le Procureur c Ferdinand Nahimana et consorts*, ICTR-99-52-I, Décision relative à la requête de la défense en déclaration des droits des parties face aux mesures administratives imposées à Hassan Ngeze au Quartier pénitentiaire des Nations Unies (9 mai 2002) (TPIR, Chambre de première instance I) [*Nahimana*, mesures administratives imposées]; *Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, version expurgée de la « Décision relative à la mise sur écoute des communications privilégiées de l'accusé avec en annexe l'opinion dissidente du juge Harhoff » (28 novembre 2008) (TPIY, Chambre de première instance III) [*Šešelj*, écoute des communications privilégiées]; *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on Request for Review of the Decision on Privileged Telephone Calls (23 mars 2012) au para 14 (TPIY, Président du Tribunal).

<sup>300</sup> La Chambre d'instance est saisie si les voies de recours administratives (Greffe, Présidence de la Cour) ont été épuisées : *Prosecutor v Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Decision on Accused's Submission 479 on the Monitoring of his privileged communications (10 novembre 2011) à la p 3 (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Decision on the Registry Submission Pursuant to Rule 33 (B) Following the President's Decision of 17 December 2008 (9 avril 2009) aux paras 19 et 20 (TPIY, Chambre d'appel); *Nahimana*, mesures administratives imposées, *supra* note 299 à la p 4. La Chambre d'appel du TPIY a statué que si la Chambre d'instance devait connaître d'une décision du Greffier en matière pénitentiaire, il y aurait dédoublement de compétence sur la même question administrative: *Ibid* au para 20.

<sup>301</sup> *Code de conduite professionnelle des conseils de la CPI*, Résolution ICC-ASP/4/Res.1, adoptée par consensus à la troisième séance plénière de l'AÉP, le 2 décembre 2005, 10-b [*Code de conduite des conseils CPI*].

<sup>302</sup> *Ibid*, art 8; *Code de déontologie à l'intention des Conseils de la défense*, TPIR, 14 mars 2008, art 8 [*Code de déontologie TPIR*]; *Code de conduite professionnelle des conseils de la défense plaçant devant le Tribunal spécial pour le Liban*, Doc STL-CC-2012-02, adopté le 21 février 2012, art 10.

<sup>303</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 73-1; *RPP du TPIY*, art 97-1. Voir également l'article 163 du RPP du TSL : « les communications échangées dans le cadre d'une relation professionnelle entre une personne et son conseil sont considérées comme couvertes par le secret professionnel et, par conséquent, ne peuvent être divulguées au procès [...] ».



En effet, la CPI est la première juridiction pénale internationale à reconnaître la protection du secret religieux<sup>304</sup>. Aux termes de la règle 73-3, le champ d'application personnel du secret concerne « une personne et un membre du clergé » tandis qu'au plan matériel il recouvre « les informations divulguées au cours d'une confession religieuse lorsque celle-ci fait partie intégrante des rites de la religion considérée ». La dimension personnelle du secret religieux revêt une portée dont il n'est pas évident d'en fixer les limites. La détermination du champ personnel de cette règle tient pour beaucoup du critère exigeant que les informations divulguées l'aient été au cours d'une confession, qui en constitue le fondement juridique<sup>305</sup>. La règle ajoute l'exigence que la confession soit partie intégrante des rites de la religion considérée. Le champ d'application matériel est cependant loin de laisser croire qu'il suffit que la personne et le membre du clergé appartiennent à la même religion pour que le secret religieux recouvre les communications qu'ils peuvent échanger entre eux. Il faut que l'échange se tienne dans le cadre précis de la confession. C'est ce qu'a tenté de faire valoir l'accusation dans le cas *Mbarushimana* lorsque la défense a allégué la violation du secret religieux lors de la perquisition de son domicile par les autorités françaises qui n'avaient pas, selon l'accusé, tenu compte de ses correspondances confidentielles avec des prêtres catholiques<sup>306</sup>.

Plus tard, la Chambre a refusé de reconnaître l'existence de ce secret religieux, considérant que les communications concernées n'avaient pas été faites dans les conditions de la confession, le pénitent et les membres de clergé agissant alors apparemment à titre privé et non professionnel<sup>307</sup>. La situation de confession se caractérise en principe par l'état d'esprit qui anime à la fois le clergé et le fidèle. D'après la Cour suprême du Canada, « [l]es rapports visés par le privilège sont ceux dans lesquels la personne communique avec une autorité religieuse dans l'intention d'obtenir un réconfort spirituel ou religieux, un conseil ou l'absolution »<sup>308</sup>. Cette finalité spécifique fait en sorte qu'il n'est plus incompatible au secret religieux qu'il puisse avoir divulgation de toute autre information

---

<sup>304</sup> Peter Murphy, Lina Baddour, «International Criminal Law and Common Law Rules of Evidence» dans Karim A A Khan, Caroline Buisman, Christopher Gosnell, dir, *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, 96 à la p 146 [Murphy et Baddour, «Rules of Evidence»].

<sup>305</sup> Nicolas Jeandin, « Secret de la confession et justice laïque » dans Bénédicte Foëx, Laurent Hirsch, dir, *Transparence et secret dans l'ordre juridique. Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genève, Éditions Slatkine, 2010, 223 aux pp 223 et s [Jeandin, « Secret de la confession »].

<sup>306</sup> *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-67-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'examen de pièces potentiellement couvertes par le secret professionnel (4 mars 2011) à la p 3 (CPI, Chambre préliminaire I) [Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-67-tFRA].

<sup>307</sup> *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-237, Decision on the review of potentially privileged material (15 juin 2011) à la p 6 (CPI, Chambre préliminaire I) [Mbarushimana, ICC-01/04-01/10-237].

<sup>308</sup> *R c Gruenke*, [1991] 3 RCS 263, 1991 CanLII 40 (CSC) à la p 68 [Gruenke].

échangée dans le contexte de la relation si cet échange poursuivait un but différent<sup>309</sup>. Il s'ensuit que, d'une part, les circonstances dans lesquelles la communication confidentielle est susceptible de se tenir ne sont pas aussi formelles qu'on pourrait l'imaginer. Il n'est pas besoin qu'elle ait eu lieu dans le cadre d'une église dans un isolement. Une confession est possible par voie épistolaire. Seul est déterminant le contenu de l'échange.

C'est précisément la focalisation sur ce contenu qui constitue d'autre part le second enseignement. S'il s'agit là d'un moyen efficace de limiter la portée du privilège, il convient de remarquer qu'il touche à l'un de ses critères fondamentaux. Le poids accordé au contenu de la communication relativise en effet le rôle joué par la confidentialité sous le sceau duquel les échanges ont pu avoir lieu. Cela peut paraître d'autant plus curieux que l'extensibilité des secrets professionnels se fonde dans le cadre de la CPI, presque exclusivement, sur la considération que le secret est un élément indispensable de la relation protégée. C'est le cas en matière de santé.

En effet, d'après le paragraphe 3 de la règle 73, le secret médical inclut de manière large la relation avec les psychiatres, les psychologues ou les conseillers. Le droit canadien regroupe ces différentes catégories sous le seul régime du privilège des dossiers privés, entendus comme « dossiers donnant ouverture à une attente raisonnable en matière de respect de leur caractère privé »<sup>310</sup>. Mais à la différence de cette conception, la CPI se limite à la confidentialité produite dans le cadre d'une relation professionnelle. L'idée de regrouper les secrets de la règle 73-3 sous la notion de secret professionnel de la santé reconnaît au concept de santé une acception suffisamment étendue pour intégrer le bien-être physique, psychologique et moral. Les mécanismes de répression de crimes internationaux qui adoptent cette approche sont les chambres spécialisées des tribunaux de Bosnie-Herzégovine et du Timor-Leste<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Dans le système suisse par exemple, le secret religieux n'est pas aussi restreint : « l'obligation du prêtre catholique de garder le secret ne se limite pas à des faits portés à sa connaissance à l'occasion d'une confession au sens sacramentel du terme; elle s'étend à toute confidence dont il a été le récipiendaire dans le cadre de son ministère, par exemple lors d'une préparation au mariage ou – plus généralement – à l'occasion d'un entretien. ». Voir Jeandin, « Secret de la confession », *supra* note 305 à la p 229.

<sup>310</sup> *A (LL) c B (A)*, [1995] 4 RCS 536

<sup>311</sup> Murphy et Baddour, « Rules of Evidence », *supra* note 304 à la p 145. Le TSSL, dont le RPP est essentiellement calqué sur celui du TPIR, a trouvé le moyen de reconnaître le secret médical à travers l'article 70-B du RPP qui prévoit que lorsque le Procureur a obtenu des documents sous condition de confidentialité, il ne peut les divulguer qu'après avoir obtenu le consentement de ces sources. Une chambre du Tribunal spécial a tiré profit de cette disposition en 2005 en ces termes: « *We note that the Defence has not disputed the Prosecution submission that it cannot disclose the requested information as it falls into the privilege of confidential communications between doctors and their clients. There is no evidence that the consent of the person or entity providing the initial information has been given. We therefore, conclude that the requested material falls under Rule 70-B of the Rules, and that the defence is not entitled to receive the requested information* »: *Prosecutor v Alex Tamba Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Decision on Joint Defence Motion on Admissibility of Expert Witnesses/Expert Evidence and Filing of Notice Pursuant to

Hormis les États-Unis d'Amérique<sup>312</sup>, les pays de *common law*, principalement le Royaume-Uni et le Canada, ne reconnaissent qu'une protection limitée du secret professionnel de la santé<sup>313</sup>. Probablement inspirées de ces pays, les juridictions *ad hoc* ont refusé de reconnaître le secret médical<sup>314</sup>. Cette position n'a pas été remise en cause dans le jugement de la Chambre de première instance en dépit de l'intervention d'un *amicus curiae* qui souhaitait voir respecter le droit à la vie privée de la victime de violence sexuelle<sup>315</sup>.

La préoccupation qui est fréquemment apparue se rapporte au secret attaché au rapport médical des accusés détenus par les juridictions pénales internationales. Au TPIY, le tribunal a admis une non-divulcation à l'égard du public, mais jamais à l'égard des parties et de la chambre<sup>316</sup>. De la même manière, au TPIR, suivant la Chambre d'appel<sup>317</sup>, une chambre a jugé, en face de l'invocation du droit au secret médical par un coaccusé, que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme sur lequel il fondait son droit à la vie privée est « *subject to reasonable limitations, particularly for the protection of the rights and freedoms of others* »<sup>318</sup>.

À l'inverse, le droit au secret médical d'un juge assoupi pendant une bonne partie des audiences a été reconnu<sup>319</sup>. Il en est de même en matière de libération provisoire où le TPIY fait souvent promettre aux accusés qu'ils ne s'opposeront pas à la levée du secret professionnel si durant leur libération ils sont soignés par un autre thérapeute que celui du tribunal international<sup>320</sup>.

---

Rule 94bis (B)(i) and (ii), on Refiled Defence Request for Disclosure, and on the Joint Defence Motion for Exclusion of Medical Information, Statistics and Abstracts Pertaining to Witnesses TF1-081 and TF1-188 (16 juin 2005) au para 15 (TSSL, Chambre de première instance II).

<sup>312</sup> *Ibid* à la p 144.

<sup>313</sup> En effet, la reconnaissance de l'existence d'un secret médical est soumise à l'analyse casuistique fondée sur les critères de Wigmore. Voir au Canada *Glegg c Smith & Nephew Inc*, [2005] 1 RCS 724 à la p 725 (« Malgré son importance et la protection que lui accordent notamment la *Charte des droits et libertés de la personne* et les lois d'organisation professionnelle, le secret professionnel du médecin connaît des limites. Le titulaire du droit au secret peut y renoncer et la divulgation d'informations confidentielles peut être imposée pour protéger des intérêts concurrents »).

<sup>314</sup> *The Prosecutor v Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Decision (16 juillet 1998) au para 10 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>315</sup> *Le Procureur c Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 107 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>316</sup> *The Prosecution v Jovica Stanišić and Franko Simatović*, IT-03-69-T, Decision on Urgent Defence Request for Further Submissions of Psychiatric Medical Expert and Decion on Defence Motion to Redact Medical Reports (6 août 2009) au para 18 (TPIY, Chambre de première instance I).

<sup>317</sup> *The Prosecution v Édouard Karemera et al*, ICTR-98-44-AR73.16, Decision on Appeal Concerning the Severance of Mathieu Ndirumapfse (19 juin 1999) au para 22 (TPIR, Chambre d'appel) (statuant que « *While a Trial Chamber may adopt reasonable measures to protect the privacy interests of an accused, these measures cannot serve to deprive it of information essential to reaching an informed decision* »).

<sup>318</sup> *Le Procureur c Édouard Karemera et consorts*, TPIR-98-44-T, Ordonnance concernant la requête de Joseph Nzirorera en communication d'informations médicales et en extension de délai (26 août 2009) au para 11 (TPIR, Chambre de première instance III).

<sup>319</sup> *Delalić*, arrêt en appel, *supra* note 269 au para 623.

<sup>320</sup> *The Prosecutor v Jovica Stanišić and Franko Simatović*, IT-03-69-T, Decision on Urgent *Stanišić* Motion for Provisional Release (21 avril 2011) aux paras 2 et 12 (TPIY, Chambre de première instance I).

Au sens de la règle 73-3, le secret médical auquel une Chambre est appelée à faire attention doit recouvrir les communications « entre *une personne* et son médecin, son psychiatre, son psychologue ou son conseiller ». Il s'ensuit que dans le cadre des procédures devant la Cour comme en dehors de son prétoire, le secret médical est opposable. Il ne se limite pas au secret de la personne accusée. La règle 73-3 précise à cet égard que la Cour protège le secret professionnel « en particulier lorsque les communications concernent ou impliquent des victimes [...] ». De fait, de telles communications peuvent avoir été produites sans aucune anticipation qu'elles revêtiront subséquemment une quelconque pertinence pour la justice internationale pénale. Les situations qui ont été jusqu'ici traitées par la Cour ont concerné des communications produites dans le cadre de ses procédures. Ainsi, dans *Mbarushimana*, la CPI a jugé que la divulgation de l'évaluation psychologique des témoins de l'accusation à la défense serait inappropriée au nom de leur finalité thérapeutique<sup>321</sup>. Dans *Gbagbo*, la défense contestait que les représentants des victimes aient le droit d'avoir accès au dossier de l'expertise médicale tendant à déterminer si l'accusé est apte à subir son procès. La Chambre a jugé qu'en raison de la sensibilité des informations qu'il contenait, il ne devait pas être communiqué aux victimes, même sous forme caviardée<sup>322</sup>.

#### 1.2.1.3. – Le droit au secret de l'informateur

La plupart des systèmes nationaux connaissent la protection des informateurs de la police. Encore appelé indicateur, un informateur est une personne qui, impliquée ou pas dans le crime, « transmet des renseignements à la police sur une base régulière ou ponctuelle, à titre gratuit ou contre rémunération »<sup>323</sup>. Leur protection est plus large que le privilège de ne pas témoigner en justice. Elle peut en effet être extrajudiciaire (changement de nom, réinstallation, etc.) ou judiciaire. Dans ce dernier cas, la justice reconnaît et protège le secret de l'identité de l'informateur ou le secret des informations qu'il communique, car il aura généralement collaboré avec la police avec la promesse que son identité et ce qu'il communique ou dit ne seront pas divulgués en justice.

<sup>321</sup> *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-386, Decision on the « Defence request for disclosure of information related to the alleged victims of sexual violence » (23 août 2011) à la p 6 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>322</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-211, Decision on the OPCV's « Request for leave to submit observations and Request to access the Expert Reports » (15 août 2012) au para 14 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-211].

<sup>323</sup> Anne-Marie Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise*, Rapport final présenté au ministère de la Sécurité publique, Québec, juin 2005 à la p 4. Il convient de faire la distinction entre informateur ou indicateur et les notions de « repentis » ou « collaborateurs de justice » qui désignent « les auteurs d'infractions qui consentent à dénoncer d'autres délinquants » en contrepartie de récompenses « sous forme d'avantages de nature pénale » : Marie-Aude Beernaert, « De l'irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système pénal » (2003) 27 :1 *Déviance et Société* 77 à la p 77.

En droit international pénal, il n'existe pas de police. Les différents acteurs du procès qui sont libres de rapporter la preuve des faits qu'ils allèguent conduisent leurs propres investigations et peuvent à cette fin collaborer ou solliciter la collaboration de toute entité, personne physique ou morale, qui leur fournit des renseignements. Les textes des différents tribunaux pénaux internationaux reconnaissent la possibilité pour ces informateurs de conditionner leur collaboration à une promesse de confidentialité. Du moins, ils reconnaissent au Procureur et à la défense le droit d'offrir à leurs sources une garantie de confidentialité stipulant que les informations ou documents qu'elles leur auront communiqués « 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 »<sup>324</sup>.

Cette garantie consacre le privilège de l'informateur. L'invocation du privilège est conditionnée par l'existence d'un accord de confidentialité. Il s'agit de la première condition de son application<sup>325</sup>. La Chambre d'appel du TPIY a statué qu'une Chambre a l'autorité de déterminer si un renseignement a été communiqué à titre confidentiel<sup>326</sup>. En cas de doute sur l'existence d'un engagement de confidentialité, les Chambres peuvent inviter l'informateur et la partie à qui l'information a été communiquée à produire des éléments supplémentaires afin de prendre une décision sur l'application du privilège<sup>327</sup>. Dans la pratique, il est arrivé que la preuve que les informations avaient été communiquées à titre confidentiel fasse l'objet de désaccord entre l'accusation et la défense. Dans *Karadžić*, le directeur de la Commission internationale pour les personnes disparues (ICMP), témoin de l'accusation, insistait pour que certains des documents de son organisation demeurent confidentiels, afin que les familles qui n'avaient pas encore appris la mort de leur proche ne soient pas informées par la voie judiciaire. La défense estimait que tout privilège attaché aux documents en vertu de l'article 70 du RPP avait été levé, le Procureur ne l'ayant

---

<sup>324</sup> *Statut de Rome*, art 54-3-e, voir également art 93-8-b : « L'État requis peut au besoin communiquer des documents ou des renseignements au Procureur à titre confidentiel. Le Procureur ne peut alors les utiliser que pour recueillir des éléments de preuve nouveaux »; *Statut du TPIY*, art 70-B : « Si le Procureur possède des informations qui ont été communiquées à titre confidentiel et dans la mesure où ces informations n'ont été utilisées que dans le seul but de recueillir des éléments de preuve nouveaux, le Procureur ne peut divulguer ces informations initiales et leur source qu'avec le consentement de la personne ou de l'entité les ayant fournies. Ces informations et leur source ne seront en aucun cas utilisées comme moyens de preuve avant d'avoir été communiquées à l'accusé ».

<sup>325</sup> *Le Procureur c Slobodan Milošević*, IT-02-54-AR108bis & AR73.3, version publique de la décision relative à l'interprétation et à l'application de l'article 70 du Règlement (23 octobre 2002) au para 25 (TPIY, Chambre d'appel) [*Milošević*, appel sur l'article 70 RPP].

<sup>326</sup> *Ibid* au para 29.

<sup>327</sup> *Ibid* au para 31. Voir aussi *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Interim Decision on Prosecution's Motion for Partial Reconsideration or Clarification of the Chamber's Decision on the Accused's Motion to Unseal ICMP Exhibits (11 juillet 2012) au para 16 (TPIY, Chambre de première instance) [*Karadžić*, ICMP Exhibits].

pas fait valoir au moment d'une première décision de la Chambre ordonnant leur classification publique. Elle contestait ainsi l'existence d'un quelconque accord de confidentialité.

D'après la Chambre de première instance, l'exigence d'établir que les informations ont été communiquées à titre confidentiel est une garantie contre l'usage abusif du privilège de l'informateur<sup>328</sup>. D'après les juges, l'accord de confidentialité doit être en vigueur au moment où l'échange d'information avec l'indicateur a lieu<sup>329</sup>. Sur la base de la preuve d'échanges de lettres et de courriers électroniques entre le Procureur et l'ICMP, mentionnant les exigences de confidentialité de l'informateur et l'article 70 du RPP, la Chambre a conclu à l'existence d'un accord de confidentialité et en conséquence, a décidé que les documents communiqués par l'ICMP seraient de nouveau placés sous scellés<sup>330</sup>.

S'il paraît avoir un élément contractuel par le jeu de l'offre et de l'acceptation de la promesse de confidentialité entre l'informateur et l'informé, le privilège est toutefois « appliqué dans l'intérêt public »<sup>331</sup>. C'est seulement au titre de cette considération que ce qui est un contrat privé devient opposable au juge. À la différence du juge qui n'a pas le droit de s'engager à identifier l'informateur, l'accusé peut par contre, dans l'intérêt d'assurer sa défense, chercher à découvrir l'identité d'une source et les circonstances dans lesquelles son information a été obtenue par la police<sup>332</sup>. Il est arrivé que la police prétendant n'user que d'une simple technique d'enquête déclare faussement que des sources, en fait des personnes travaillant à son compte, sont des indicateurs confidentiels. Pour cette raison, dans certaines lois nationales, le privilège ne s'étend pas aux personnes « dont la conduite va au-delà de la fourniture de renseignements et qui agit comme « agent provocateur » ou est par ailleurs un témoin important du crime »<sup>333</sup>.

Les systèmes nationaux réduisent le rôle de l'informateur à celui de « tuyau ». Ainsi, à la preuve de l'existence de l'accord de confidentialité qui fonde le privilège, encore faut-il que la portée de l'information échangée ou les conditions de sa production ne soient pas de nature à éclairer le

---

<sup>328</sup> *Karadžić*, ICMP Exhibits, *supra* note 327 au para 15; *Milosević*, appel sur l'article 70 RPP, *supra* note 325 au para 26.

<sup>329</sup> *Ibid* au para 23.

<sup>330</sup> *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Public Decision on Prosecution's Motion for Partial Reconsideration or Clarification of the Chamber's Decision on the Accused's Motion to Unseal ICMP Exhibits (5 septembre 2012) aux paras 23-24 (TPIY, Chambre de première instance III) [*Karadžić*, Motion to Unseal].

<sup>331</sup> *R c Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 RCS 368 au para 32 [*Barros*].

<sup>332</sup> *Ibid* au para 37. Plus loin, au para 44, la CSC précise: «[l']État refusera, dans l'intérêt public, de divulguer tout renseignement tendant à révéler l'identité d'un indicateur, mais la défense, [...], n'est pas liée par une telle obligation alors qu'elle mène sa propre enquête indépendamment des tribunaux et de la poursuite ».

<sup>333</sup> *Ibid* au para 33.

processus judiciaire. On considère dans ce cas qu'un rôle qui déborde le « tuyautage », soit en tant qu'agent provocateur, soit en tant que témoin n'est pas couvert par le privilège. Le privilège ne s'envisage donc pas comme devant couvrir des faits et des actes susceptibles d'empêcher la détermination de la cause<sup>334</sup>. Cependant, tel que le privilège est importé en droit international, cette restriction n'est pas explicitement contenue dans les dispositions du *Statut de Rome* pas plus que des instruments juridiques d'autres tribunaux. On mesure encore une fois de plus l'importance d'établir la base de la confidentialité, car la portée du privilège est déterminée par les paramètres de l'accord conclu entre l'informateur et la partie qui recherche l'information. Par rôle de « tuyau », il semble ainsi que le recours aux informateurs confidentiels ne doit pas se faire de manière à empêcher l'accès aux véritables éléments de preuve ou à la preuve directe. La question s'est posée dans l'affaire *Lubanga* devant la CPI.

À la lecture croisée de deux dispositions du *Statut de Rome* et du RPP de la Cour respectivement, il semblait, selon le Procureur qu'il n'existait aucune restriction autre que le consentement des informateurs à l'usage qu'il pouvait faire des informations obtenues en vertu de l'article 54-3-e. Cet article évoque en effet « les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils [...] ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve » tandis que la règle 82-2 du RPP permet d'introduire « comme éléments de preuve des pièces ou des renseignements couverts par [l'article 54-3-e] ». La contradiction résultait du fait que tandis qu'aux termes du *Statut de Rome* les renseignements obtenus sous condition de confidentialité ne peuvent être des preuves directes dans la procédure, ils le peuvent au sens de la règle 82-2.

Dans son arrêt du 21 octobre 2008, la Chambre d'appel adhérant à une approche restrictive rejette l'idée que les accords de confidentialité puissent être utilisés pour collecter des éléments de preuve directs. La Haute Chambre a statué que « la possibilité de recueillir des pièces à condition qu'elles demeurent confidentielles a uniquement pour but d'obtenir de nouveaux éléments de preuve et que l'article 54-3-e doit être appliqué à la lumière des autres obligations incombant au Procureur »<sup>335</sup>. Il est donc clair que l'article ne doit pas être utilisé pour obtenir des preuves

---

<sup>334</sup> La Cour suprême du Canada dit à ce propos : « Les policiers ont intérêt à ne pas promettre l'anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s'ils le font, il sera plus difficile d'avoir recours à lui comme témoin » : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat* 2014 CSC 37 au para 85 [*Harkat*].

<sup>335</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 55.

directes<sup>336</sup>. Pour le juge dissident cependant, l'objectif que les pièces obtenues sous confidentialité ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve n'exclut pas que ces pièces soient elles-mêmes des preuves directes. Le Procureur ne devra cependant pas introduire ces pièces en justice. Il peut s'en servir pour rassembler d'autres éléments ayant le même contenu, par exemple en suivant la même démarche ou en rencontrant les mêmes sources que ses informateurs<sup>337</sup>.

Il n'est pas certain que l'interprétation de la Chambre d'appel et celle de son juge dissident s'excluent mutuellement. La réalité est que si le Procureur n'avait évoqué aucune restriction de la part de ceux qui lui avaient communiqué les informations, la Chambre d'instance n'aurait naturellement eu aucune difficulté à les recevoir en preuve. Il ne pouvait cependant pas, en raison de la condition de confidentialité, ce qui suppose ainsi que l'affirme le professeur Ambos que « *it seems that Article 54-3-e implies that the specific use made of the material is not in the interest of the information provider* »<sup>338</sup>. Ce qui est évidemment d'intérêt pour la source, c'est la confidentialité. Autrement dit, que les pièces communiquées au Procureur soient ou non susceptibles de constituer une preuve directe lui importe peu. Les mêmes qu'elle lui a fournies ne doivent pas être introduites au procès sans son consentement<sup>339</sup>. La position de la Chambre d'appel est donc cohérente : si le Procureur reçoit sous condition de confidentialité des éléments de preuve directs, il court le risque de ne pouvoir en faire usage au cours de la procédure tant que les sources n'ont pas consenti. Il pourrait se trouver en conflit avec ses autres obligations en vertu des textes, notamment celles de divulguer des éléments de preuve à charge et à décharge.

Il s'ensuit que pour s'assurer qu'il sera en mesure de respecter ses autres obligations en vertu du Statut, notamment le droit de l'accusé de recevoir les documents susceptibles de prouver son innocence, le Procureur devrait s'abstenir de conclure les accords de confidentialité lorsqu'il a affaire aux éléments de preuve sur lesquels reposera entièrement sa cause ou la défense de l'accusé. Il doit s'efforcer d'obtenir la production de ces documents d'une autre manière que par des accords de confidentialité. Une première étape serait de négocier leur communication volontaire et dans un deuxième temps, en cas d'échec des pourparlers, de solliciter de la Chambre compétente des demandes de coopération lorsque la preuve est indispensable. Il serait préférable que dans le

---

<sup>336</sup> Kai Ambos, « Confidential Investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law » (2009) 12:4 New Crim L Rev 543 à la p 553 [Ambos, « Confidential Investigations »].

<sup>337</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109, opinion séparée du juge Georgios M. Pikis au para 39.

<sup>338</sup> Ambos, « Confidential Investigations », *supra* note 336 à la p 554.

<sup>339</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 82-1.



contexte des investigations, l'obtention des éléments de preuve prenne le temps nécessaire. À cette étape, le Procureur ne sera généralement pas en violation de ses obligations aux termes du Statut, contrairement à la situation où un suspect serait aux arrêts et sa poursuite traînerait en raison du défaut de consentement des sources.

#### 1.2.1.4. – Le secret de l'État ou d'une organisation

Le témoin devant une chambre peut, lorsqu'il est agent d'un État ou employé d'une organisation internationale, faire valoir le droit de ne pas répondre à une question ou de ne pas produire un document résultant de sa relation avec cet État ou l'organisation pour laquelle il travaille ou a travaillé. C'est ce qu'on appelle le « secret de fonction ». Défini comme l'obligation pour les titulaires de fonctions officielles de garder le secret sur les affaires dont ils ont à connaître dans le cadre de leurs fonctions, ce privilège vise tant à garantir le bon fonctionnement d'une administration et l'accomplissement par cette dernière des tâches qui lui incombent, qu'à protéger la vie privée des usagers qui lui communiquent des informations et renseignements personnels. La différence du secret de fonction avec le secret professionnel est tenue. Le droit suisse opère une distinction<sup>340</sup>. La France établit un même et unique régime juridique pour les deux formes de secret<sup>341</sup>. Dans le cadre de la CPI, les deux modèles semblent coexister.

En effet, la protection des renseignements de sécurité nationale des États englobe une dimension du secret de fonction. Cette protection recouvre également les situations dans lesquelles « une personne qui a été invitée à fournir des renseignements ou des éléments de preuve a refusé de le faire ou en a référé à l'État au motif que leur divulgation porterait atteinte aux intérêts d'un État en matière de sécurité nationale [...] »<sup>342</sup>. Il est vrai que le générique « une personne » confère à cette disposition un champ d'application particulièrement étendu<sup>343</sup>. Il n'est pas précisé s'il s'agit d'un agent de l'État ou de son ressortissant. Cette précision n'était probablement pas opportune. Une personne, sans être ressortissant d'un État précis, ni sans avoir travaillé dans l'administration publique de ce dernier, peut avoir eu connaissance des renseignements de sécurité nationale dans

---

<sup>340</sup> Paolo Bernasconi, « Secret bancaire et autres secrets professionnels selon les nouveaux codes suisses de procédure pénale et civile » dans Isabelle Augsburger-Bucheli et Bertrand Perrin, dir, *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, 51 à la p 61 [Bernasconi, « Secret bancaire »].

<sup>341</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Droits de la défense et secret de l'instruction » dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 887 aux pp 892-897 [Castérot, « Droits de la défense »].

<sup>342</sup> *Statut de Rome*, art. 72-2.

<sup>343</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 866.

le contexte d'une organisation internationale, par exemple, une opération de maintien de la paix des Nations Unies. Liée par une obligation de discrétion ou de confidentialité, cette personne jouit du privilège de ne pas répondre ou du droit d'en appeler à l'État concerné afin que ce dernier en décide. Par ce fait, on évite au témoin d'éventuelles poursuites ou actions récursoires, en droit interne, ou dans l'organisation à laquelle il appartient, pour manquement à un devoir de confidentialité<sup>344</sup>.

La règle de l'article 72-2 du *Statut* tire sans doute ses origines de l'affaire *Blaškić* devant le TPIY. Dans cette affaire, le juge McDonald avait émis une injonction de produire sous peine de sanction contre l'État croate en tant que gardien de documents et son ministre de la défense<sup>345</sup>. Saisie de la question face à l'objection de la Croatie au nom de son droit à la non-divulgence de ses informations de sécurité nationale, la Chambre de première instance a jugé qu'aucun motif, pas même la sécurité nationale, ne pouvait exempter d'office un État ou un individu de son obligation de produire le document demandé par le Tribunal international<sup>346</sup>.

La Chambre d'appel jugera subséquemment qu'en tant qu'organe de l'État, le fonctionnaire ne peut être l'objet d'une ordonnance de comparution ou de production forcée *ès qualités*<sup>347</sup>. Cette immunité fonctionnelle tombe cependant si les fonctionnaires de l'État agissaient à titre privé. Il y avait l'hypothèse évidente qu'ils aient eu connaissance des faits et des documents avant ou après l'exercice de leurs fonctions<sup>348</sup>. Dans une deuxième hypothèse plus artificielle, la Chambre d'appel a entendu par fonctionnaire agissant « à titre privé » l'agent de l'État qui a eu connaissance des faits dans l'exercice de ses fonctions, mais alors qu'il accomplissait une tâche ne relevant pas de ses attributions<sup>349</sup>. De même, agirait à titre privé l'agent qui refuse de se conformer aux instructions de son État qui a pris l'engagement de coopérer avec le Tribunal international. Il est susceptible d'ordonnance de production forcée sous peine de sanctions<sup>350</sup>.

---

<sup>344</sup> Duffy et Dixon, «Article 72», *supra* note 38 à la p 1369.

<sup>345</sup> *Le Procureur c Blaskic*, IT-95-14, Ordonnance de soit-communié (15 janvier 1997) (TPIY, Juge McDonald) [*Blaskic*, Injonction de production]. Voir à ce propos Salvatore Zappalà, « Blaskić Subpoena Proceedings » dans Antonio Cassese, dir, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2009, 612 à la p 613.

<sup>346</sup> *Le Procureur c Tihomir Blaskić*, IT-95-14-PT, Décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner des injonctions de produire (*subpoena duces tecum*) (18 juillet 1997) au para 150 (TPIY, Chambre de première instance II) [*Blaskić*, objection à l'injonction].

<sup>347</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 50.

<sup>348</sup> Roland Bank, « Cooperation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the Production of Evidence » (2000) 4 Max Planck YB UNL 233 à la p 252 [Bank, «Cooperation with the ICTY»].

<sup>349</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 50.

<sup>350</sup> *Ibid* au para 51.

Dans *Blaškić*, la distinction entre ces différentes catégories de personnes reposait sur la question de savoir sur lesquelles le Tribunal pouvait exercer son pouvoir de contrainte et de sanction. L'existence d'un secret d'État ne pouvait en soi constituer un motif de ne pas collaborer, que l'agent de l'État es qualités soit autorisé par son État ou forcé par le Tribunal parce que rentrant dans la catégorie de personnes ayant eu connaissance des faits « à titre privé ». Dans *Krstić*, la Chambre d'appel assouplira d'ailleurs le principe énoncé dans l'affaire *Blaškić* de manière à éliminer cette distinction. D'après les juges de cette instance en effet, il fallait interpréter *Blaškić* comme limitant l'interdiction de ne pas contraindre le témoignage de l'agent de l'État lorsqu'il s'agit de la production de documents appartenant à l'État. Pour tout ce qui est du témoignage cependant, la Chambre d'appel jugeait que le fonctionnaire qui a pu voir ou entendre des choses dans l'exercice de ses fonctions est seul apte à en témoigner à la différence du fonctionnaire dont la fonction se réduit à la conservation de documents officiels<sup>351</sup>.

Les rédacteurs du *Statut de Rome* ont visiblement saisi l'affaire *Blaškić* au bond pour clarifier l'état du droit au moment de la création de la Cour. Ils l'ont cependant fait à l'avantage des États et au préjudice de la libre administration de la preuve. Comme tous les témoins dans le cadre de la CPI, l'agent de l'État ne saurait être contraint, contrairement à la jurisprudence *Blaškić* (lorsqu'il agit à titre privé) ou *Krstić* (lorsqu'il est appelé à témoigner). Il a en outre droit, s'il était entendu, de refuser de répondre à des questions susceptibles de révéler des informations de sécurité nationale et d'en référer à l'État concerné qui détient à ce sujet le dernier mot. C'est une approche observée en droit interne où les fonctionnaires ne sont libérés du secret de fonction que sur autorisation de l'État<sup>352</sup>. Devant la CPI, la transposition de cette règle s'étendra également aux fonctionnaires de certaines organisations internationales, en particulier le CICR.

En effet, aux termes de la règle 73-4 du RPP de la CPI, les documents, renseignements et éléments dont une personne aurait connaissance « dans l'exercice ou en conséquence des fonctions » en vertu des Statuts du Mouvement international et de la Croix-Rouge, sont couverts par le secret professionnel et ne peuvent donc être divulgués, « y compris dans le cadre du témoignage [...] ». Cette règle trouve ses origines dans l'affaire *Simić* devant le TPIY où un ancien interprète du CICR, qui avait signé un engagement de confidentialité dans son contrat de travail, se proposait de

---

<sup>351</sup> *Le Procureur c Radislav Krstić*, Arrêt relatif à la demande d'injonctions (1<sup>er</sup> juillet 2003) au para 24 (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>352</sup> Bernasconi, « Secret bancaire », *supra* note 340 à la p 65; Bank, « Cooperation with the ICTY », *supra* note 348 à la p 251 (évoquant le cas de l'Allemagne).

témoigner sur les faits dont il avait eu connaissance au service de l'organisation humanitaire<sup>353</sup>. Le CICR s'est opposé à sa comparution, alléguant un droit au secret tiré de la coutume internationale<sup>354</sup>.

En s'opposant au témoignage de son ancien employé, le CICR a soutenu qu'il est conforme à sa pratique interne, et nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions, que ses employés ne témoignent pas dans des procès. Il faisait en outre valoir que le tribunal avait le pouvoir inhérent d'exclure certaines preuves sur le fondement de l'intérêt public. La Chambre de première instance préféra s'appuyer non sur son pouvoir inhérent, mais sur le droit coutumier international. Pour affirmer l'origine coutumière du privilège testimonial du CICR, elle considéra l'histoire de l'organisation, concluant que les États parties aux conventions de droit humanitaire se sont engagés à lui garantir un droit de ne pas être appelé à témoigner ni à communiquer des informations à la justice. La Chambre se dit également liée par cette règle.

La position de la Chambre est surprenante. On se serait attendu que le raisonnement tenu dans *Blaskić* au sujet des secrets d'État trouve application en ce sens que l'obligation de coopérer avec la justice internationale établie en vertu des règles du Tribunal déroge à la règle coutumière, y compris en ce qui concerne les immunités testimoniales d'une organisation humanitaire. Au contraire, la Chambre de première instance admet que la norme coutumière constitue une limite acceptable à son RPP<sup>355</sup>. Le juge Hunt conteste ce fondement juridique au regard de certaines exigences procédurales, dont le principe de la liberté de la preuve, le pouvoir du Tribunal de rendre justice ou d'avoir un contrôle sur les procédures et de garantir l'équité du processus à l'égard de la défense. Il a également mis en doute la thèse voulant qu'une règle liant le CICR aux États soit opposable à une instance juridictionnelle internationale indépendante.

La confidentialité du CICR est d'origine coutumière<sup>356</sup>. Un tel fondement n'existe pas pour que ce privilège soit étendu aux sociétés nationales de la Croix-Rouge<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> Pour un historique de la codification de cette jurisprudence dans le cadre de la CPI, voir Jeannet, « Testimony of ICRC Delgates », *supra* note 114.

<sup>354</sup> Cette coutume est fondée sur le devoir de neutralité du CICR qui, tout en portant secours aux victimes de guerre, ne prend position en faveur d'aucune des parties au conflit. Voir sur la neutralité Molleklev, « The Principles and Practice », *supra* note 35 à la p 77.

<sup>355</sup> *Simić*, Confidentialité du CICR, *supra* note 115 au para 42.

<sup>356</sup> Gabor Rona, « Le CICR et le privilège de ne pas témoigner : la confidentialité dans l'action : mémoire explicatif par Gabor Rona, conseiller juridique à la Division juridique du CICR », en ligne CICR <<http://www.icrc.org>>.

<sup>357</sup> *The Prosecutor v Idelfonse Nizeyimana*, ICTR-00-55C-PT, Decision on Nizeyimana's Extremely Urgent and Confidential Motion Challenging the Admissibility of Witness TQ's Testimony (26 janvier 2011) au para 4 (TPIR, Chambre de première instance III) [*Nizeyimana*, Admissibility of Testimony]; *The Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko and Arsène Ntahobali*, ICTR-97-21-T, Decision on Ntahobali's Extremely Urgent Motion for Inadmissibility of Witness TQ's Testimony (15 juillet 2004) au para 16 (TPIR, Chambre de première instance).

Dans le contexte de la CPI, l'opposabilité à la Cour de la confidentialité du CICR résulte clairement d'un texte, à savoir la règle 73-4 du RPP, adoptée grâce à l'influence du Comité international lors des discussions sur l'élaboration des règles de procédure de la Cour<sup>358</sup>. L'avantage de cette codification, que l'on retrouve également dans les textes fondamentaux du TSL<sup>359</sup>, est indéniable. Le champ d'application est circonscrit avec beaucoup de clarté, garantissant ainsi un minimum de sécurité juridique à la fois pour le CICR et les parties au procès.

À la lecture de la règle 73-4, le secret professionnel du CICR recouvre tant la preuve documentaire que la preuve testimoniale. Le fonctionnaire du CICR, ancien ou actuel, ne peut ainsi témoigner ou communiquer, pas plus que l'organisation elle-même, sur des renseignements, documents ou informations tombés en possession du Comité international dans l'exercice de ses fonctions. Il en résulte que comme les agents de l'État, les fonctionnaires du CICR n'ont aucun droit sur les éléments d'information produits dans le contexte de leur mission.

Le critère du lien professionnel dépasse le simple cadre de la coopération limitée et intermittente avec l'organisation<sup>360</sup>. Il n'est pas exclu qu'un employé actuel ou ancien de l'organisation humanitaire témoigne devant la Cour. Sa déposition ne devrait cependant pas porter sur des renseignements dont il a eu connaissance dans le cadre des missions du CICR. Ainsi, lorsque l'information est tombée entre les mains de l'employé à titre privé, sans lien avec le mandat de son employeur, rien n'empêche qu'il puisse la divulguer.

Dans le même sens, la règle suppose qu'un renseignement puisse être directement demandé à l'organisation humanitaire en tant que telle. Elle ne sera pas tenue de le communiquer s'il est tombé en sa possession dans le cadre de ses fonctions. Le problème en la matière est celui de la détermination de savoir si les renseignements ou documents ont été établis dans le cadre de la fonction. La difficulté est d'autant plus grande dans ce cas que contrairement au secret de l'avocat-client, il ne s'agit pas de déterminer l'existence d'une relation entre un professionnel et son client. Même en l'absence d'une relation, pour autant que les renseignements soient obtenus dans le cadre de la fonction, le secret s'applique.

Il est curieux qu'en dépit de la pratique des tribunaux *ad hoc*, les textes fondamentaux de la CPI ne contiennent aucune disposition sur le respect des secrets d'autres organisations

---

<sup>358</sup> Jeannet, « Testimony of ICRC Delegates », *supra* note 114 à la p 993.

<sup>359</sup> *Règlement de procédure et de preuve du Tribunal spécial pour le Liban*, art 164.

<sup>360</sup> Nizeyimana, *Admissibility of Testimony*, *supra* note 357 au para 3.

internationales. Serait-il possible, dans ces circonstances, de considérer que leurs agents ne peuvent prétendre aux immunités testimoniales devant la Cour? Dans *Blaškić*, en effet, la Chambre d'appel du TPIY établissait que les membres des forces militaires internationales présentes ex-Yougoslavie, à savoir FORPRONU, IFOR et SFOR, l'étaient en vertu des résolutions du Conseil de sécurité et compte tenu de la source de leur mandat, qui est commune à celui du Tribunal, étaient susceptibles d'être l'objet d'injonctions de témoigner<sup>361</sup>. Cette décision simplifie à l'extrême une situation souvent complexe sur le terrain où il est en général difficile de déterminer si le membre d'une force internationale agit comme agent de son État, membre d'un contingent national autorisé par le Conseil de sécurité, ou un agent des Nations Unies désigné et rémunéré par l'organisation. Dans ce dernier cas, les agents des Nations Unies jouissent de l'immunité de juridiction devant les tribunaux nationaux en vertu d'une Convention internationale<sup>362</sup>. Cette immunité cède cependant devant les tribunaux *ad hoc* comme devant tout autre organe des Nations Unies<sup>363</sup>.

Devant ces tribunaux, il a souvent suffi que l'Organisation lève l'immunité testimoniale de ses agents pour que ceux-ci comparaissent. Pour la CPI, en raison de l'indépendance des organisations internationales<sup>364</sup>, il faudra s'assurer de l'existence d'une base légale pour exiger le témoignage du fonctionnaire d'une organisation internationale. En vertu de l'Accord régissant les relations entre l'ONU et la CPI, la première organisation s'est engagée à lever l'obligation de confidentialité de ses agents s'ils étaient appelés à témoigner devant la Cour. Elle le fera cependant « en tenant dûment compte des responsabilités et compétences que lui confèrent la Charte et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et sous réserve de ses règles »<sup>365</sup>. Il apparaît donc que le dernier mot pour lever un éventuel secret dont l'agent aurait connaissance appartiendra à l'Organisation, ce qui restreint nécessairement le pouvoir de la Cour.

---

<sup>361</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 50. Pour une critique de cette conclusion, voir Bank, «Cooperation with the ICTY», *supra* note 348 à la p 256 et s.

<sup>362</sup> *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 13 février 1946, 1 RTNU 15.

<sup>363</sup> Danesh Sarooshi, « The Powers of the United Nations International Criminal Tribunals » (1998) 2 Max Planck YB UNL 141 à la p 160 [Sarooshi, «The Powers of UNICTY»].

<sup>364</sup> Bank, «Cooperation with the ICTY», *supra* note 348 à la p 262; Sarooshi, «The Powers of UNICTY», *supra* note 363 aux pp 155 et 161.

<sup>365</sup> *Accord négocié*, *supra* note 225, art. 16. Voir aussi *Accord de coopération et d'Assistance entre la Cour pénale internationale et l'Union Européenne*, ICC-PRES/01-01-06, 10 avril 2006, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2006 [Accord CPI-UE], art. 10.

### 1.2.2. – Une générosité dans le contrôle de l'exercice des dispenses

Les différentes formes d'immunités testimoniales considérées ne sont pas des chèques en blanc. La Cour doit contrôler le fait qu'elles ont été invoquées conformément à leurs conditions d'application. La nécessité du contrôle est évidente. Si les détenteurs des secrets devaient disposer une liberté absolue de plaider la confidentialité, celle-ci deviendrait routinière et en conséquence prendrait le dessus sur la publicité et la transparence. Pour prévenir les abus, il est donc approprié que le juge du procès en contrôle le bien-fondé et puisse, lorsque l'intérêt de la justice le commande, écarter le secret. Le droit de la CPI brille une fois de plus par sa perméabilité au secret. Quand bien même la Cour peut se prononcer sur le bien-fondé de l'invocation du secret (1.2.2.1.), la discrétion de lever la confidentialité appartient très souvent à son titulaire (1.2.2.2.).

#### 1.2.2.1. – L'examen du bien-fondé des dispenses reconnu à la Cour

L'appréciation de la bonne foi de la personne qui invoque une règle de confidentialité revient en réalité, pour les juges, à déterminer si les critères d'application de la règle sont remplis. En Belgique, le juge doit contrôler si « d'après les éléments rassemblés, le silence gardé par un témoin appelé à déposer en justice n'est pas abusif et est justifié par le caractère secret des faits sur lesquels il est entendu »<sup>366</sup>. La question fondamentale qui se pose généralement dans ces circonstances est de savoir si le Tribunal a le pouvoir de remettre en cause la parole de la personne qui invoque l'existence d'un privilège. Aussi, peut-il avoir accès au secret en question ou faut-il se fonder uniquement sur les allégations du détenteur du secret?

Le pouvoir d'appréciation de la CPI ne fait pas de doute en ce qui concerne les secrets professionnels qu'elle est susceptible d'identifier à l'avenir par application de la règle 73-2 du RPP. Il s'agira d'une détermination au cas par cas où elle est placée en position de se prononcer sur la validité de la prétention alléguant l'existence du privilège. Un tel pouvoir de la Chambre existe également en matière de droit de garder le silence des témoins. Par contre, la formulation des privilèges du CICR et de l'avocat-client laisse planer le doute sur la question de savoir si le juge peut en déterminer le bien-fondé. Toutefois, dans la mesure où le respect du secret du CICR est acquis indépendamment de la réponse à la question de savoir s'il est de bonne foi, nous nous intéresserons ici au seul cas du secret de l'avocat-client dont l'invocation est sujette à l'appréciation de la Cour sur le fondement de son pouvoir inhérent.

---

<sup>366</sup> Bosly, Vandermeesch et Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, supra note 123 à la p 585.

Asseoir l'appréciation du bien-fondé de l'exception de confidentialité sur la théorie des pouvoirs inhérents découle d'une logique particulière. Ainsi que l'a reconnu le TPIY, un tribunal dispose d'un pouvoir inhérent de faire quelque chose si ce pouvoir existe indépendamment de sa codification<sup>367</sup>. Le professeur William Schabas met toutefois en garde contre l'invocation de la théorie des pouvoirs inhérents lorsque la matière à l'égard de laquelle elle est convoquée est déjà régie par les textes<sup>368</sup>. Si tel semble avoir été le cas pour les secrets du CICR et les secrets d'État, on ne peut en dire autant du secret professionnel de l'avocat-client.

En effet, l'opposition du secret de l'avocat-client n'est pas accueillie sans que soit au minimum vérifié le bien-fondé de la prétention de la partie qui l'invoque. La question s'est alors posée dans la pratique de savoir si, pour le détour de cet examen, il est permis à la Chambre ou aux juges d'entrer en possession des documents couverts par le secret professionnel. La procédure établie par la CPI pour tester la validité de l'opposition d'une non-divulgence fondée sur le secret de l'avocat-client apparaît respectueuse de l'idée que les juges ne doivent pas en prendre possession. Dans l'affaire *Mbarushimana*, au sujet d'éventuels documents secrets contenus dans des fichiers informatiques endommagés, qui avaient nécessité l'intervention d'un institut de criminalistique, le juge unique de la Chambre préliminaire a établi la procédure pour évaluer le bien-fondé de la prétention de la défense en lui ordonnant :

De procéder rapidement à l'examen des données extraites des appareils défectueux et cryptés, et de présenter à la Chambre une liste des fichiers qui y figurent et qu'elle considère, le cas échéant, couverts par le secret professionnel [...], et de fournir i) une description complète du contexte, de la date et de l'objectif de création de chaque document qu'ils contiennent, d'indiquer si ces documents sont un projet et s'ils ont déjà été communiqués ou rendus publics, et ii) une explication des raisons pour lesquelles, de l'avis de la défense, ces documents doivent être considérés comme couverts par le secret professionnel [...]<sup>369</sup>.

Ce système a été adopté après l'échec d'une première approche où la Chambre préliminaire considérait qu'elle « a le pouvoir de mener un examen des communications entre une personne et son conseil, ou d'autres personnes visées à la règle 73 du Règlement, afin de déterminer si elles sont couvertes par le secret professionnel [...] »<sup>370</sup>. Elle demandait dans ce cas à la défense de fournir au Greffe des mots-clés pour faciliter la recherche de documents protégés. En utilisant par

---

<sup>367</sup> *Prosecutor v Radoslav Brdanin*, IT-99-36-R77, Decision on Motion for Acquittal Pursuant to Rule 98 Bis (19 mars 2004) au para 15 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>368</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 855; Ciampi, « Article 87 », *supra* note 219 à la p 1808.

<sup>369</sup> *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-291-tFRA, Décision relative aux données extraites des appareils défectueux et cryptés et à l'analyse des téléphones portables confisqués à Callixte Mbarushimana (19 juillet 2011) à la p 5 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>370</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-67-tFRA, *supra* note 306 à la p 7.



exemple le nom de l'avocat de l'accusé, le Greffe serait en mesure de localiser les documents secrets, d'en établir la liste et de les communiquer à la Chambre pour que cette dernière apprécie le bien-fondé de l'opposition du secret. Ce système s'est avéré lourd lorsque les documents étaient particulièrement volumineux. Au nom du principe « primordial » de célérité<sup>371</sup>, la Chambre a dû modifier son approche. S'appuyant sur la neutralité du Greffe, elle a autorisé que celui-ci puisse conjointement avec la défense, procéder à l'identification des documents protégés. Toutefois, cet appui se limite à compiler la liste de documents trouvés et à la remettre aussitôt à la défense qui est seule responsable de procéder à une analyse<sup>372</sup>.

La démarche est empreinte de bonne foi à l'égard de la défense. Elle démontre surtout une certaine confiance dans la probité de l'avocat commis à la défense de l'accusé. On ne voit pas pourquoi il devrait en être autrement, au regard du cadre déontologique dans lequel il accomplit ses fonctions<sup>373</sup>. On pourrait en effet s'inquiéter de cette confiance s'il s'agissait pour l'accusé de procéder lui-même à l'identification des documents protégés par le secret professionnel. L'option prise par le TPIY ne fait cependant pas cette distinction.

Dans *Popović et consorts*, le Procureur avait obtenu des autorités serbes la communication d'un volume important de documents parmi lesquels se trouvaient des informations potentiellement protégées par le secret de l'avocat-client. L'accusation a saisi la Chambre d'appel de la question. Faisant remarquer que le BdP autant que la Chambre porterait atteinte aux droits de l'accusé s'il procédait lui-même à l'analyse des documents qui relèvent du secret professionnel, elle a demandé que la Chambre d'appel désigne « *a party that has « no conflict of interest with the Popović et al. case or any other related case before the Tribunal »*<sup>374</sup>.

Dans sa réponse, la Chambre d'appel a tenu à mentionner que l'examen des documents confidentiels relève bien de sa compétence. Elle a cependant aussitôt reconnu que si elle exerçait

---

<sup>371</sup> *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-105, Second Decision on Matters Regarding the Review of Potentially Privileged Material (15 avril 2011) au para 12 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>372</sup> *Ibid* au para 23 (CPI, Chambre préliminaire I). À une autre occasion, occupée à la préparation de la défense de l'accusé, la défense a demandé un délai supplémentaire pour procéder à l'identification de documents secrets. Le juge unique de la Chambre préliminaire lui a opposé son refus, appelant le Bureau du Conseil Public pour la défense, un organe indépendant du Greffe, de prêter assistance à la défense pour conduire le processus d'identification des documents : *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-314, Fourth Decision on the Review of Potentially Privileged Material (26 juillet 2011) à la p 4 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-314].

<sup>373</sup> Le Conseil coupable de mauvaise conduite risque des poursuites disciplinaires devant un organe institué à cet effet en vertu du chapitre 4 du *Code de conduite des conseils CPI*, *supra* note 301.

<sup>374</sup> *Prosecutor v Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-A, Public Redacted Version of the Decision on Prosecution Motion for the Appointment of Independent Counsel to Review Material Potentially Subject to Lawyer-Client Privilege (16 juillet 2012) au para 5 (TPIY, Chambre d'appel) [*Popović*, Motion for Independent Counsel].

cette compétence en l'espèce, il existait « *a risk that communications between any of the Defendants and their legal counsel could be revealed to the Appeals Chamber* »<sup>375</sup>. Au surplus, poursuit-elle, en présence de documents volumineux, le principe de célérité des procédures milite en faveur de la proposition du Procureur. Ainsi a-t-elle ordonné au président du Tribunal de désigner un juge qui ne participe pas à l'affaire pour agir comme « partie sans conflit d'intérêts »<sup>376</sup>. Pour asseoir davantage la confiance des parties dans la transparence du processus, il pourrait être fait appel à un juge international à la retraite.

L'utilité d'une détermination du bien-fondé de l'opposition du secret de l'avocat-client est indéniable. Elle contribue à définir les conditions de son application. L'approche adoptée à cet égard par la CPI apparaît avantageuse en ce qu'elle donne immédiatement à la défense la possibilité de faire valoir l'existence d'un privilège de l'avocat-client. Devant le TPIY, c'est le rapport rendu par la tierce partie qui fera par la suite l'objet de contestation devant la Chambre, ce qui peut au final ralentir la procédure.

Le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'un secret professionnel se veut raisonnable. Dans le sens d'une jurisprudence de la Cour EDH<sup>377</sup>, une chambre du TPIY a statué qu'il n'est pas besoin que l'existence d'un privilège de l'avocat-client soit établie au-delà de tout doute raisonnable. Dans *Gotovina*, la chambre a trouvé « *a certain level of speculation to be understandable* », concluant que la probabilité que les informations protégées soient contenues dans des documents saisis était suffisamment établie<sup>378</sup>.

Un peu plus sourcilieuse à l'inverse, une chambre de la CPI a renvoyé la défense à mieux étayer sa prétention lorsqu'en raison de l'impossibilité d'accéder à des disques durs contenant des documents qu'elle considérait confidentiels, elle a souhaité que la Cour lui concède qu'ils sont couverts par le secret professionnel<sup>379</sup>. Ce renvoi a cependant un effet suspensif puisque dans l'attente de l'accès aux documents et que la défense justifie plus solidement sa prétention, les informations ne sauraient faire l'objet de divulgation à l'accusation.

---

<sup>375</sup> *Ibid* au para 8.

<sup>376</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>377</sup> *Campbell*, *supra* note 298 au para 52.

<sup>378</sup> *Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, IT-06-90-T, Public Decision on Requests for Temporary Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia and Reasons for the Chamber's Order of 11 December 2009 (18 décembre 2009) au para 16 (TPIY, Chambre de première instance I) [*Gotovina*, Temporary Restraining Orders].

<sup>379</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-237, *supra* note 307 à la p 9.

En tout état de cause, le droit des tribunaux pénaux internationaux n'apparaît pas fondamentalement différent du droit interne des États quant aux critères d'existence du secret de l'avocat-client. Son opposition est favorablement accueillie à la double condition de confidentialité et d'existence d'une relation professionnelle. Très souvent, la relation professionnelle existe, mais la communication dont une partie souhaite la protection ne comporte aucune espèce de confidentialité. Il y a secret « lorsque le professionnel en a eu connaissance, soit en tant que confidence nécessaire à l'exercice de sa profession, soit en tant que secret par nature recueilli en raison ou à l'occasion de cette profession »<sup>380</sup>. Le TPIR a statué que le procès-verbal d'audition du témoin devant le Tribunal de grande instance de Paris que l'accusé considérait comme un document confidentiel de la défense soumis au secret professionnel n'est pas couvert par le secret de l'avocat-client<sup>381</sup>. Une Chambre du TPIY a statué qu'un document appartenant à un employeur, communiqué à un avocat par le client pour engager une procédure en justice, était public, donc non couvert par le secret professionnel<sup>382</sup>.

Dans *Mbarushimana*, la CPI a rejeté la prétention de la défense voulant qu'un projet de lettre de l'accusé adressé au Directeur de l'office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), que l'accusé décrivait comme un échange entre son avocat et lui, soit couvert par le secret professionnel<sup>383</sup>. La Chambre reconnaît cependant la qualité de documents protégés à un projet de lettre entre l'accusé et son avocat, à des documents établissant le contexte factuel des informations à utiliser dans le cadre de la défense de l'accusé dans une procédure pénale ouverte en France contre lui et enfin à des projets de soumissions juridiques préparés par l'avocat de l'accusé qui n'avaient été communiqués à personne d'autre que son client<sup>384</sup>. Il s'agit, est-il contesté, d'une interprétation qui donne une portée trop large au secret professionnel de l'avocat-client dans le procès pénal international.

Dans d'autres circonstances, la condition de confidentialité peut être réunie, mais la relation professionnelle se trouve ne pas être de la qualité susceptible de donner lieu à la protection de la

<sup>380</sup> Gil L. Bourdoux et Olivier Mazy, « Secret professionnel et police : questions choisies » (2010) 90:2 Rev DP & Crim 110 à la p 112 [Bourdoux et Mazy, « Secret professionnel »].

<sup>381</sup> *Le Procureur c Théoneste Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, Décision relative à la requête de Bagosora intitulée *Bagosora Defence Request for Certification of a Decision of 20 October 2006* (6 novembre 2006) au para 7 (TPIR, Chambre de première instance I). Dans la même décision, la Chambre statue que « des renseignements communiqués à un tiers, avec le consentement du client, ne sont pas couverts par le secret professionnel » : au para 15.

<sup>382</sup> *Prosecutor v Radoslav Brđanin and Momir Talić*, IT-99-36-T, Decision on « Motion for Production of Documents – Dzonlić Testimony » of 11 March 2002 (9 avril 2002) aux paras 6-7 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>383</sup> Dans une décision du 15 juin 2011 un juge unique a statué que « documents which, although of a legal nature and related to various legal proceedings, are manifestly not of a kind which would attract legal privilege, for example, official and public court documents and inter partes correspondence »: *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-237, *supra* note 307 à la p 7.

<sup>384</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-314, *supra* note 372 à la p 5.

communication entre l'accusé et l'interlocuteur. En effet, « les informations reçues en vertu d'une autre qualité que celle d'avocat ne sont [...] soumises au secret professionnel »<sup>385</sup>. Il s'ensuit que l'avocat doit être légalement constitué comme représentant les intérêts de son client. Le cas le plus radical est celui de la personne qui choisit d'assurer elle-même sa défense. Elle perd d'office le bénéfice du privilège de l'avocat-client<sup>386</sup>. Les *amici curiae* qui peuvent être mis à sa disposition par le Tribunal sont des amis de la Cour et ne doivent aucune obligation à l'accusé. En conséquence, les communications entre ce dernier et les *amici curiae* ne sont pas secrètes<sup>387</sup>.

Sans doute conscient de la gravité de la solution, le TPIY a modifié la modalité d'assistance aux accusés assurant eux-mêmes leur défense, remplaçant le système d'amis de la Cour par celui de collaborateurs associés. Une Chambre a ainsi pu dire qu'il n'était pas nécessaire que ces derniers soient inscrits sur la liste des conseils du Tribunal pour que le privilège de l'avocat-client trouve à s'appliquer<sup>388</sup>. Ainsi, lorsque l'accusé assure lui-même sa défense, il faut au moins qu'il soit épaulé par des collaborateurs associés pour pouvoir faire jouer le privilège légal<sup>389</sup>. Mais comme en droit interne, les juridictions *ad hoc* étendent le bénéfice du privilège aux membres, à divers titres des équipes de défense de l'accusé<sup>390</sup>. Toutefois, elles se refusent à voir dans la relation des parties avec un témoin une relation professionnelle couverte par le secret de l'avocat-client<sup>391</sup>.

<sup>385</sup> Bourdoux et Mazy, « Secret professionnel », *supra* note 380 à la p 112.

<sup>386</sup> *Prosecutor v Momcilo Krajisnik*, IT-00-39-A, Decision on Krajisnik Request and on Prosecution Motion (11 septembre 2007) au para 33(TPIY, Chambre d'appel); *Prosecutor v Vojislav Seselj*, IT-03-67-T, Decision on Accused's Claim for Damages on Account of Alleged Violations of his Elementary Rights During Provisional Detention (21 mars 2012) au para 46 (TPIY, Chambre de première instance III).

<sup>387</sup> *Prosecutor v Momcilo Krajisnik*, IT-00-39-A, Public Decision on Momcilo Krajisnik's Request for Reconsideration of the Pre-Appeal Judge's Decision of 11 June 2008 (4 juillet 2008) à la p 2 (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>388</sup> *Šešelj*, écoute des communications privilégiées, *supra* note 299 au para 26. Dans le même sens que les juges majoritaires, le juge dissident reconnaît que « *it would seem most in line the right to a fair trial to grant the same degree of privileged communications to a self-representing Accused as those enjoyed by accused persons who are represented at trial by legal counsel* »: *Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, version expurgée de la « Décision relative à la mise sur écoute des communications privilégiées de l'accusé avec en annexe l'opinion dissidente du juge Harhoff », opinion dissidente du juge Harhoff (1<sup>er</sup> décembre 2008) au para c (TPIY, Chambre de première instance III).

<sup>389</sup> *Šešelj*, Claim for Damages, *supra* note 386 au para 46; *The Prosecutor v Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Order, (16 avril 2002) à la p 3 (TPIY, Chambre de première instance) (statuant que les communications entre un accusé qui n'a pas désigné d'avocat et ses associés attribués par la Chambre pour l'assister sont protégées par le secret professionnel); *Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-PT, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'une ordonnance portant désignation d'un conseil pour Vojislav Šešelj (9 mai 2003) au para 28 (TPIY, Chambre de première instance) (application du secret professionnel au conseil d'appoint d'un accusé dont l'exercice du droit de se défendre soi-même a été jugé obstructionniste).

<sup>390</sup> *The Prosecutor v Norman et al*, SCSL-04-14-T, Decision on Joint Motion by Sam Hinga Norman, Fofana and Kondewa Seeking Permission for Defence Investigators to Sit in Court Room During Closed Session (28 février 2005) (TSSL, Chambre de première instance) (statuant que les enquêteurs font partie de l'équipe de la défense).

<sup>391</sup> *The Prosecutor v Augustin Bizimungu et al.*, ICTR-00-56-T, Decision on Bizimungu's Urgent Motion Pursuant to Rule 73 to Deny the Prosecutor's Objection Raised During the 3 March 2005 Hearing (1<sup>er</sup> avril 2005) au para 31 (TPIR, Chambre de première instance II) [*Bizimungu*, Denial of Prosecutor's Objection] (statuant que le témoin n'est pas un client de l'Accusation); *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) aux paras 325-326 (TPIY, Chambre d'appel).

De même, au sujet d'un avocat dont le mandat dans l'affaire était arrivé à son terme et que l'accusé souhaitait reconduire dans une procédure d'outrage engagée contre lui, une chambre d'instance du TSSL a statué que la relation avocat-client ne saurait s'établir de manière unilatérale. Il faut selon elle que « *the relationship is firmly establishes that is, usually when the parties have agreed on the representation of the client by the lawyer* »<sup>392</sup>. En l'espèce, d'un formalisme pointilleux, la Chambre rejette, comme preuve de l'existence de cette relation, le seul fait pour l'accusé de s'être enquis auprès de l'avocat s'il accepterait de le représenter à l'avenir.

En tout état de cause, lorsqu'il ne peut apprécier le bien-fondé de l'invocation du secret, le juge n'accorde pas de dérogation à l'obligation de témoigner. Si le secret est reconnu comme établi, se pose naturellement la question de savoir s'il peut être écarté dans l'intérêt de la justice. Sur ce point, le cadre juridique de la CPI ne se positionne pas en faveur d'une mise en balance par le juge. Il revient, dans la plupart des privilèges étudiés, au détenteur du secret de décider s'il consent à ce qu'il soit levé au profit de l'établissement de la vérité.

#### 1.2.2.2. – La divulgation discrétionnaire au détenteur des secrets

Les secrets professionnels consacrés à la règle 73 du RPP ne peuvent être révélés que dans la mesure où ses titulaires ont consenti à leur divulgation. C'est le cas, tout spécialement, du secret de l'avocat-client et le secret du CICR. Le secret professionnel de la santé et le secret de la confession religieuse n'auront ce caractère que s'il est déterminé par la Cour qu'ils servent le but ou l'objet du *Statut de Rome*. Dès lors qu'il aura été ainsi conclu, leur levée échappera au juge. Le droit au silence de l'accusé et le droit au silence du témoin dont l'accusé est un membre de la famille ont également ce caractère discrétionnaire.

La jurisprudence de principe en droit français dans laquelle l'exception au secret professionnel fut abordée est l'affaire *Bordier*<sup>393</sup>. Il s'agissait du secret médical de l'accusé. Une femme condamnée pour avoir tué de plusieurs coups de couteau son amant endormi entendait délier son médecin réticent du secret afin que celui-ci témoigne. La Cour de cassation française a tranché en l'espèce que « l'obligation au secret professionnel s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue, et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir ». Était

---

<sup>392</sup> *Prosecutor v Hassan Papa Bangura et al.*, SCSL-11-02-T, Decision on Prosecutor's Request for Subpoena (28 juin 2012) au para 17 (TSSL, Chambre de première instance II) [*Bangura*, Request for Subpoena].

<sup>393</sup> Crim 22 décembre 1966, *Bordier* (*Bull. crim.* n°305; D. 1967. 122, rapport R. Combaldieu; *JCP* 1967. II. 15126, note R. Savatier; RSC 1967. 453, obs. G. Levasseur).

ainsi consacrée la thèse absolutiste au nom de laquelle le secret professionnel s'impose comme « un fait justificatif du refus de témoigner »<sup>394</sup>, aucune violation n'étant admise. L'un des arguments avancés à l'appui de cette thèse a été de dire que le secret professionnel est « davantage édicté dans l'intérêt public que dans l'intérêt privé du client »<sup>395</sup>.

Une telle conclusion devrait poser problème lorsque ce n'est pas avec l'intérêt privé du client que le secret est en conflit, mais avec un autre intérêt public ou privé. En guise d'exemple, l'invocation du secret s'oppose littéralement à l'intérêt qu'a un tribunal d'avoir accès aux éléments de preuve pour l'administration de la justice. Le régime juridique de la CPI rejette le principe *Bordier*, mais ne reconnaît pas non plus au juge le pouvoir d'arbitrer les éventuels intérêts contradictoires.

La tendance des principaux systèmes de droit penche pour l'adoption de la thèse relativiste du secret professionnel. Pradel et Varinard ont identifié deux principales justifications à cette relativisation. D'une part, le fondement du secret professionnel reposerait avant tout dans l'intérêt particulier du confident. Il existe entre ce dernier et le professionnel un rapport contractuel en vertu duquel le consentement du premier à la divulgation emporte la levée du secret. D'autre part, dans plusieurs systèmes de droit, même en dehors d'un rapport contractuel, l'émergence d'un intérêt public ou privé, tapi d'une certaine légitimité, est susceptible d'emporter la levée du secret<sup>396</sup>.

Adhérant à l'approche contractuelle, la règle 73 du RPP de la CPI place l'exception au secret professionnel sous l'empire de la volonté du détenteur du secret. Il est entendu que lorsqu'une chambre détermine l'existence d'une relation protégée par le secret professionnel en appliquant les critères indiqués à la règle 73-2, le secret ainsi reconnu ne fera l'objet de divulgation « qu'aux mêmes conditions que celles que fixent les dispositions [relatives au secret de l'avocat-client] ». D'après la règle 73-1 cependant, le secret de l'avocat-client, aussitôt que son bien-fondé est établi, ne peut être levé que « si : a) l'intéressé y consent par écrit; ou si b) l'intéressé a volontairement divulgué ce contenu à un tiers, qui le révèle par la suite ». La même règle s'applique à la confidentialité du CICR. Qui plus est, l'organisation peut contester devant la Cour la levée de la confidentialité effectuée par ses partenaires<sup>397</sup>. En effet, les accords qu'il conclut avec ces derniers visent aussi bien à les

---

<sup>394</sup> Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011 à la p 238 [Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*].

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> *Ibid* à la p 240.

<sup>397</sup> Dominik Stillhart, « La confidentialité : un principe essentiel pour l'action du CICR, mais pas absolu » (24 septembre 2010), en ligne : [icrc.org](http://www.icrc.org) < <http://www.icrc.org> >.

engager dans un dialogue fondé sur la confiance qu'à protéger les victimes dont l'identité peut avoir été communiquée par le CICR dans l'expectative de confidentialité.

Il est intéressant que la CPI impose une modalité précise de levée du secret professionnel de l'avocat-client, modalité qui, par ricochet, s'étend à toutes les autres formes de secret. Il faut en effet que la renonciation soit faite par écrit. Une simple négligence professionnelle de la part de l'accusé ou de son avocat pourrait ne pas suffire<sup>398</sup>. Au Canada par exemple, la renonciation au secret peut être explicite, mais aussi implicite. Dans une affaire en responsabilité civile où la plaignante poursuivait en dommages-intérêts ses médecins, la Cour suprême a jugé que la requérante « consentait alors à ce que des questions, touchant certes de très près à sa vie privée, soient débattues devant le tribunal [...] »<sup>399</sup>, emportant nécessairement la levée du secret médical. Rejetant le formalisme de la CPI, la Chambre d'appel du TPIY s'est contentée d'une déclaration de l'accusé « en connaissance de cause » devant elle pour considérer que la levée du secret professionnel de l'avocat-client était acquise<sup>400</sup>. Elle s'est cependant montrée soucieuse en d'autres circonstances quant à la portée de cette renonciation.

Dans *Krajišnik*, l'accusé avait cité ses anciens avocats en instance à comparaître devant la Chambre d'appel pour attester l'exactitude de documents mettant en évidence l'inefficacité de l'assistance dont il avait bénéficié. Cette inefficacité, prétendait-il, aurait porté atteinte à son droit à un procès équitable. L'accusation a demandé à la Chambre d'appel de considérer qu'en agissant de la sorte, l'accusé a également renoncé à son droit au secret des communications avec son avocat, car autrement ce dernier ne saurait être autorisé à témoigner. La Chambre d'appel, accueillant la prétention de l'accusé, fait droit à sa demande de citer son ancien conseil à comparaître<sup>401</sup>. Elle refuse de prendre une décision sur la renonciation générale de l'accusé à son droit au secret professionnel. Refusant que la comparution de l'avocat soit conditionnée par la levée du secret, la Chambre a statué que : « dans la mesure où sa déposition pourrait entrer en conflit avec les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 97 du Règlement, l'Appelant sera présent à

---

<sup>398</sup> *Prosecutor v Augustin Ngirabatware*, ICTR-99-54-PT, Decision on Defence Request for an Amendment to the Response of Ngirabatware to Prosecutor's Request to Admit Facts (24 août 2009) au para 26 (TPIR, Chambre de première instance II).

<sup>399</sup> *Glegg c Smith & Nephew Inc.*, [2005] 1 RCS 31 au para 20.

<sup>400</sup> *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Ordonnance levant la confidentialité de documents (23 janvier 2009) à la p 3 (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>401</sup> *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Décision relative à la demande d'autorisation de présenter des moyens de preuve supplémentaire et de faire citer des témoins supplémentaires en application de l'article 115 du Règlement, et de réexamen de la décision de ne pas citer les anciens conseils à comparaître, présentée par Momčilo Krajišnik (6 novembre 2008) au para 23 (TPIY, Chambre d'appel) [*Krajišnik*, autorisation de présenter des preuves supplémentaires].

l'audience pour dire personnellement, chaque fois que cela sera nécessaire, s'il renonce au secret des communications avec son ancien avocat »<sup>402</sup>.

Le second cas de renonciation envisagé par le RPP de la CPI se situe en dehors de la procédure au cours de laquelle la divulgation du secret est sollicitée, à savoir qu'il n'y a plus secret si le contenu d'une communication en jeu est connu d'une tierce personne qui le révèle. Dans *Bagosora*, alors que la défense contestait l'admissibilité de documents obtenus par le Procureur à des autorités de l'immigration auxquelles s'était adressé l'accusé, la Chambre d'instance a statué que les informations divulguées à une tierce personne avec le consentement de l'accusé ne sont pas protégées par le secret de l'avocat-client<sup>403</sup>. Il faut donc le *consentement* du détenteur du secret et l'on se demande s'il ne pourrait en être autrement.

À première vue, si l'on considère la règle 73 du RPP de la CPI, seule la renonciation du détenteur emporterait la levée du secret professionnel. Il faudra pourtant probablement lire cette disposition en conjonction avec le *Règlement du Greffe*. Du moins en ce qui concerne l'accusé, la norme 156-2 de ce Règlement prévoit que s'il n'a pas consenti par écrit, « son dossier médical ne peut être consulté par personne d'autre que le médecin du quartier pénitentiaire, son adjoint, tout membre de l'équipe médicale directement concerné par le traitement de cette personne et le personnel médical de l'autorité d'inspection indépendante ». La norme est cependant assortie d'une exception aux termes de laquelle la révélation du dossier médical est possible « uniquement si le médecin du quartier pénitentiaire estime que sont menacées la santé et la sécurité de cette personne, d'autres personnes détenues ou de toute personne se trouvant dans le quartier pénitentiaire ». On voit ainsi s'affirmer une exception d'intérêt légitime reconnue en droit belge et français<sup>404</sup>. Il en va autrement en matière de communications privilégiées de l'accusé détenu.

D'après le *Règlement du Greffe*, l'accusé en détention a le droit de communiquer confidentiellement avec un nombre défini de personnes. Il s'agit de son conseil, des représentants diplomatiques ou consulaires de son pays, des représentants de l'autorité d'inspection indépendante et des représentants de la Cour. Que les communications aient lieu par téléphone, par courrier ou à l'occasion d'une visite, elles sont d'office privilégiées lorsqu'elles sont échangées avec l'une de ces

---

<sup>402</sup> *Ibid* au para 28.

<sup>403</sup> *Le Procureur c Théoneste Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, Décision relative à la requête du Procureur en uniformisation et modification de mesures de protection de témoins (1<sup>er</sup> juin 2005) au para 16 (TPIR, Chambre de première instance I).

<sup>404</sup> Sur les exceptions au secret professionnel en droit belge, voir Bosly, Vandermeesch et Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, *supra* note 123 aux pp 359-363. En droit français, voir Py, *Le secret professionnel*, *supra* note 88 aux chapitres 5 et 6.



personnes. Cela suppose qu'elles ne soient pas écoutées, inspectées ou surveillées. Par conséquent, quand bien même il arrivera au chef du quartier pénitentiaire d'avoir des motifs raisonnables de croire qu'un abus a été commis, à savoir par exemple qu'une personne détenue tente d'organiser une évasion, de nuire ou intimider un témoin, de porter atteinte à l'administration de la justice, de menacer la sécurité et le bon ordre du quartier pénitentiaire, de porter atteinte à la sécurité ou aux droits des tiers ou de violer une ordonnance de non-divulgence rendue par une chambre, il ne sera pas en mesure de remonter les communications.

D'ailleurs, on peut se poser la question de savoir comment il pourra former ses motifs raisonnables de croire à l'existence d'un abus lorsque tout est fait afin que les communications privilégiées ne laissent aucune trace<sup>405</sup>. Le chef du quartier pénitentiaire ne peut non plus prendre des mesures préventives consistant à placer les communications protégées sous surveillance. Il y a ainsi, et c'est assurément légitime, une confiance illimitée dans la bonne foi des personnes impliquées dans les communications privilégiées. Les membres du clergé n'étant pas cités parmi elles, on peut se demander si les communications avec l'accusé détenu seront régies par le droit commun de la détention ou du secret professionnel en vertu de la règle 73 du RPP. Il ne fait pas de doute que c'est cette dernière disposition qui s'appliquera pour toutes les autres communications privilégiées déterminées en dehors des conditions de détention. La question de savoir si les exceptions dépendent de la seule discrétion du détenteur du secret dans ce cas reste entière.

Si la CPI devait maintenir cette conception en matière de secret de l'avocat-client, de secret médical ou de secret de la confession religieuse, son droit apparaîtrait bien isolé tant des principaux systèmes juridiques du monde que de la pratique des tribunaux *ad hoc* des Nations Unies. Dans les pays du Commonwealth et dans les pays de *common law*, par exemple, le privilège de l'avocat-client est mis en échec lorsque la partie qui l'invoque n'est plus en mesure de démontrer l'existence d'un intérêt à protéger<sup>406</sup>, lorsqu'il empêche le jury d'avoir accès à une information susceptible d'innocenter l'accusé<sup>407</sup> ou encore lorsque l'avis juridique est recherché par le client pour commettre un crime ou une fraude<sup>408</sup>. Cette exception de crime ou fraude, admise par les tribunaux *ad hoc*,<sup>409</sup>

---

<sup>405</sup> *Règlement du Greffe*, *supra* note 299, normes 169, 174, 175, 184.

<sup>406</sup> G L Peiris, « Legal Privilege in Commonwealth Law » (1982) 31:4 ICLQ 609 à la p 627

<sup>407</sup> *R v Barton* [1972] 2 All ER 1192 à la p 1194.

<sup>408</sup> *R v Coxand Railton* (1884), 14 QBD 153.

<sup>409</sup> *Code de déontologie TPIR*, *supra* note 302, art 8-2-d; TPIY, *Code de déontologie pour les avocats exerçant devant le Tribunal international*, Doc IT/125 RÉV.3, 22 juillet 2009, art 13-C.

mais ignorée par la CPI<sup>410</sup>, ne touche pas à l'essence du principe qui est en réalité de préserver la stratégie de la défense de la divulgation à ses accusateurs.

En droit français, le principe *Bordier* a depuis longtemps été dépassé. Le médecin peut être contraint de témoigner lorsque des intérêts supérieurs le commandent<sup>411</sup>. Ces intérêts sont : les nécessités de la défense du médecin attaqué en justice, la recherche de la vérité dans l'intérêt de l'innocent<sup>412</sup>, la protection des personnes incapables de se protéger elles-mêmes contre les sévices et privations et la protection des victimes de sévices sexuels constatés par un médecin<sup>413</sup>. À l'appui de ces exceptions, le législateur a incriminé le refus de témoigner en faveur de l'innocent, ne faisant aucune exception du secret professionnel<sup>414</sup>. Le secret de la confession est de fait concerné<sup>415</sup>. En 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi où l'appelant alléguait que la Chambre d'instruction n'aurait pas dû retenir les chefs d'accusation d'agressions sexuelles aggravées dès lors qu'elles résultaient de preuves obtenues d'un prêtre lié par un secret professionnel absolu qui ne peut être levé, comme en l'espèce, par la victime confidente<sup>416</sup>.

L'attitude des juridictions *ad hoc* peut s'analyser de deux façons. D'une part, à l'égard de certains secrets professionnels, elles ont épousé la doctrine de la « défense d'intérêts supérieurs », tandis que d'autre part, d'autres secrets professionnels bénéficient d'une protection absolue. Ainsi, le secret médical n'a pas été reconnu dans ces instances, qu'il apparaisse sous forme documentaire ou testimoniale<sup>417</sup>. L'exception concerne le secret du correspondant de guerre.

Les exceptions envisagées au secret de l'avocat-client l'ont été dans l'intérêt de l'accusé. Il existe des différences d'un tribunal à un autre, leurs expériences respectives expliquant les divergences. Le TSSL a ainsi ajouté à la renonciation du détenteur du secret que ce dernier pouvait

---

<sup>410</sup> Karim A A Khan et Gissou Azamia, « Evidentiary Privileges » dans Karim AA Khan et Caroline Buisman, dir, *Principles of evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, 551 à la p 592.

<sup>411</sup> Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*, *supra* note 394 aux pp 241-244. En Belgique, le témoignage en justice constitue une exception légale au secret médical : Bjorn Ketels et Tom Vander Beken, « Entre le marteau et l'enclume. Le secret médical et la notification au partenaire en cas de maladies sexuellement transmissibles en Belgique » (2010) *Rev DP & Crim* 33 à la p 35 [Ketels et Beken, « Entre le marteau et l'enclume »].

<sup>412</sup> Crim 16 mars 1893, *D* 1894 (jugeant qu'un directeur d'hôpital pouvait témoigner devant une cour d'assises en faveur d'un accusé qui invoquait son hospitalisation comme alibi); *Code pénal français*, art 434-11 (incriminant sans réserve quant au secret professionnel le refus de témoigner en faveur d'un innocent).

<sup>413</sup> *Code pénal français*, art 226-14 (prévoyant que sont justifiées la violation du secret professionnel par le médecin dans l'intérêt des mineurs de moins de 15 ans victimes de sévices et privations ainsi que, avec le consentement de la victime la dénonciation des sévices sexuels constatés dans l'exercice de sa profession).

<sup>414</sup> Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*, *supra* note 394 à la p 243.

<sup>415</sup> Circulaire relative au secret professionnel des ministres du culte et aux perquisitions et saisies dans les lieux de culte, CRIM 2004-10 E1/11-08-2004, *Bulletin Officiel du Ministère de la justice*, n°95 (1<sup>er</sup> juillet – 30 septembre 2004).

<sup>416</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 19 octobre 2004, 0-84-928, Inédit.

<sup>417</sup> Gideon Boas et al., *International Criminal Procedure*, vol 3, Cambridge, CUP 2011 à la p 366 [Boas et al, *Int'l Crim Procedure*].

être levé lorsque l'accusé allègue une représentation inefficace de la part de l'avocat. Le TPIY a refusé de reconnaître une telle exception<sup>418</sup>. Il n'a pas non plus repris l'exception reconnue par le TPIR d'après laquelle le secret de l'avocat-client ne peut être utilisé pour dissimuler la pratique de partage des honoraires entre l'accusé et ses avocats. C'est dans le régime de détention qu'apparaissent les exceptions les plus étendues. L'article 65, commun aux règles de détention de ces tribunaux, admet la surveillance des communications privilégiées si le Greffier a des motifs raisonnables de croire qu'il en est fait abus. Ces dispositions d'ordre disciplinaire et préventif ne répondent pas à la préoccupation de savoir si les éléments de preuve relevant de ces exceptions, appelées exceptions de crime ou fraude, sont admissibles contre l'accusé ou l'avocat.

Au TSSL, les accusés Brima et Kanu ont fait l'objet d'une procédure d'outrage au tribunal pour interférence dans la protection des témoins. Pour le Procureur, la Chambre devait reconnaître une exception de fraude au privilège et ainsi contraindre l'avocat à témoigner. Les accusés se sont opposés, alléguant le droit discrétionnaire de l'accusé de le lever<sup>419</sup>. La Chambre était confrontée à la lacune de l'article 97 du RPP sur l'exception de fraude. Se fondant sur la pratique des pays de *common law*, elle juge que « *communications in furtherance of crime or fraud is a well-recognized exception to the principle of professional privilege* »<sup>420</sup>. Au surplus, la reconnaissance du privilège par la Cour EDH en tant qu'élément du droit à la vie privée suppose qu'il est susceptible de restriction en dépit de la formulation impérative des textes<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> *Krajišnik*, autorisation de présenter des preuves supplémentaires, *supra* note 401 au para 28.

<sup>419</sup> *Bangura*, Request for Subpoena, *supra* note 392 à la p 3.

<sup>420</sup> *Ibid* aux paras 12 et 15. Dans la décision intérimaire du 18 juin, le juge unique considérait déjà que le privilège de l'avocat-client n'est pas absolu si la finalité de la communication est d'obtenir des conseils pour la commission ultérieure d'un crime : *Prosecutor v Hassan Papa Bangura et al.*, SCSL-11-02-T, Interim Decision on Prosecutor's Additional Statement of Anticipated Trial Issues and Request for Subpoena (18 juin 2012) au para 1 (TSSL, Chambre de première instance II).

<sup>421</sup> *Bangura*, Request for Subpoena, *supra* note 392 au para 14.



## Chapitre II. – La dérogation aux règles d’administration de la preuve

Il ne suffit pas que la preuve soit produite en justice. Encore faut-il que celle-ci puisse être utilisée. Ce sont en premier lieu les parties au procès qui ont besoin de se voir communiquer les éléments de preuve. Ceux-ci doivent les aider à soutenir leurs accusations ou à préparer leur défense. Il s’agit d’un principe fondamental, puisqu’il touche au cœur du principe du contradictoire, de l’égalité des armes et de la défense pleine et entière.

À la règle de la communication de la preuve, s’ajoute le principe de la publicité qui veut que les éléments de preuve soient produits au cours d’une audience publique. Il s’agit ici de respecter le droit au procès équitable de l’accusé et de développer la confiance de l’opinion dans le système de justice internationale pénale.

Dans ce chapitre, nous verrons successivement de quelle manière la confidentialité déroge à l’obligation de communication (2.1.) et au principe de la publicité des débats judiciaires (2.2.).

### 2.1. – La dérogation à l’obligation de communication

Nous envisagerons d’une part en quoi consiste l’obligation de divulgation (2.1.1.) avant de considérer d’autre part les modalités de dérogation à cette obligation (2.1.2.).

#### 2.1.1. – La nature de l’obligation de divulgation

Dans *Katanga-Chui*, la Chambre de première instance II, répondant à l’accusation qui estimait que les objectifs de divulgation étaient communs aux deux parties à l’instance, a jugé que « le cadre instauré par le *Statut* ne prévoit pas de régime de communication réciproque »<sup>422</sup>. Elle soulignait les grandes différences de l’obligation de divulgation pour chacune des parties. Ces différences tiennent compte des rôles distincts des acteurs du procès<sup>423</sup>.

D’une part, la poursuite a le fardeau de la preuve, ce qui en fait le principal collecteur d’éléments de preuve. D’autre part, en droit international pénal, la poursuite jouit d’un avantage et

---

<sup>422</sup> *Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, Décision relative à la requête de l’Accusateur concernant la communication d’éléments par la défense en application des règles 78 et 79-4 (14 septembre 2010) au para 36 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA].

<sup>423</sup> Lars Büngener, «Disclosure of Evidence» dans Christoph Safferling, dir, *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012, 344 à la p 350 [Büngener, «Disclosure of Evidence»].

des facilités plus importants que la défense dans la conduite des enquêtes, de sorte que la divulgation contribue d'une certaine manière à rétablir une égalité des armes entre les parties. Nous verrons ainsi que tandis que l'obligation de divulgation pèse d'un poids exigeant sur l'accusation (2.1.1.1.), elle est plutôt allégée quant à la défense et les victimes (2.1.1.2.).

#### 2.1.1.1. – Le poids exigeant de l'obligation pour le Procureur

Bien que la procédure pénale de la CPI soit qualifiée de mixte, car intégrant des éléments du système continental et les éléments du système de *common law*, le régime de divulgation a grandement été influencé par le modèle accusatoire<sup>424</sup>. Celui-ci apparaît de ce fait plus complexe que le simple système de communication de dossier connu dans le modèle continental. En dépit de la complexité des règles, des questions nouvelles n'ont pas manqué de surgir dans la pratique de la Cour. Par exemple, dans *Mbarushimana*, le Procureur a soutenu qu'il n'avait pas une obligation de divulgation avant la comparution du suspect. La défense revendiquait la communication des documents lui permettant de contester la recevabilité de l'affaire, la validité du mandat d'arrêt et demander la libération provisoire alors que le suspect était encore détenu par les autorités françaises. La Chambre a reconnu que le droit de communication de la défense fondé sur ces motifs n'était pas prévu dans les textes.

À partir de l'affaire *Bemba Gombo* où la Cour a reconnu le droit de divulgation de l'accusé en matière de libération provisoire<sup>425</sup>, elle ne s'est pas empêchée d'étendre la solution aux procédures de contestation de la validité d'un mandat d'arrêt et de recevabilité de l'affaire<sup>426</sup>. La Cour se fonde à titre principal sur le principe d'équité. Elle juge que dans la mesure où il faut préparer l'audience, la défense doit recevoir communication des documents nécessaires à cet effet<sup>427</sup>. Il importe peu qu'en l'espèce l'accusé n'ait pas encore comparu devant la Chambre. Pour les juges dans *Mbarushimana*, la divulgation dépend de la détermination de la Chambre qu'il existe une question de recevabilité

---

<sup>424</sup> Christine Schuon, *International Criminal Procedure: A Clash of Legal Cultures*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2010 à la p 275 [Schuon, *Clash of Legal Cultures*].

<sup>425</sup> *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-323, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of the Pre-trial Chamber III entitled Decision on application for interim release" (16 décembre 2008) au para 26 (CPI, Chambre d'appel).

<sup>426</sup> *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-47, Decision on the Defence Request for Disclosure (27 janvier 2011) aux paras 10-12 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-47].

<sup>427</sup> *Ibid* au para 13; *Prosecutor v Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-328, Decision on Defence Counsel's Request for Conditional Stay of Proceedings (31 octobre 2008) (CPI, Chambre préliminaire II); *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-632, Decision on the Defence Application for Additional Disclosure Relating to a Challenge on Admissibility (2 décembre 2009) au para 18 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-632].

dont la résolution ne saurait tarder au nom du droit de l'accusé de pouvoir la soulever effectivement<sup>428</sup>.

La portée de l'obligation est déterminée par la nature de la procédure en cause. Sur la recevabilité par exemple, la Cour fera uniquement obligation à l'accusation de communiquer à la défense les documents nécessaires à la préparation d'une procédure de contestation. Il s'agit généralement des échanges entre le Procureur et les autorités nationales, les organisations intergouvernementales – le Conseil de sécurité par exemple – ou les documents judiciaires nationaux, qui tendent à prouver que l'affaire aurait pu être jugée par les tribunaux internes<sup>429</sup>.

L'argument du Procureur tendant à exclure à son égard toute obligation de divulgation non prévue au *Statut* pouvait se comprendre si l'on tient compte de la lettre des textes. L'article 19, qui prévoit la possibilité de contester la recevabilité de l'affaire, lu conjointement avec les dispositions correspondantes du RPP, soit la règle 58, ne laisse pas sous-entendre que la procédure soit envisageable en l'absence de la comparution du suspect. L'obligation de divulgation du Procureur a en conséquence été généralement conçue comme débutant à la comparution initiale et orientée vers la préparation de l'audience de confirmation des charges. Pour faciliter l'application de l'article 61-3 et la règle 121-3 à 121-6, qui fixent le régime de divulgation préalable à cette procédure, les Chambres préliminaires ont pris pour habitude de développer des directives à l'intention des parties. Celles-ci rappellent, souvent dans un détail sophistiqué, le « système de divulgation » et les délais dans lesquels elle doit avoir lieu en vue de la confirmation des charges<sup>430</sup>. La décision de la Chambre

---

<sup>428</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-47, *supra* note 426 au para 13.

<sup>429</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-655, Deuxième décision relative à la communication de pièces concernant une exception d'irrecevabilité (14 décembre 2009) (CPI, Chambre de première instance III); *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-529, Décision relative à la « Requête aux fins de divulgation des éléments pertinents relatifs à l'admissibilité » (18 septembre 2009) au para 9 (CPI, Chambre préliminaire II); *Bemba*, ICC-01/05-01/08-632, *supra* note 427 au para 2.

<sup>430</sup> Voir *Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, Decision establishing a disclosure system and a calendar for disclosure (24 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire III) [*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30]; *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87, Decision on issues relating to disclosure (30 mars 2011) (CPI, Chambre préliminaire I) [*Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87]; *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/04-01/10-48, Public decision setting the Regime for evidence disclosure and other related matters (6 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire II) [*Muthaura et al.*, ICC-01/04-01/10-48]; *Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-44, Public Decision setting the Regime for Evidence Disclosure and other related Matters (6 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire II) [*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44]; *Le Procureur c Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-49-tFRA, Décision relative à des questions touchant à la communication des pièces (29 juin 2010) (CPI, Chambre préliminaire I); *Prosecutor v Bahr Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-35, Second decision on issues relating to Disclosure (15 juillet 2009) (CPI, Chambre préliminaire I) [*Garda*, ICC-02/05-02/09-35]; *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, 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) (CPI, Chambre préliminaire III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA]; *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, version publique expurgée du rectificatif à la décision relative à la portée des éléments de preuve qui seront présentés à l'audience de confirmation des

est précédée de discussions entre les parties qui peuvent convenir d'un système de divulgation. La Cour n'est cependant pas liée par leur issue. La Chambre dans *Gbagbo* a jugé à cet égard que si de telles discussions visent à faciliter le processus de caviardage et assurer la célérité des procédures, l'accord entre les parties ne constitue pas un prérequis dont le juge doit tenir compte au moment d'établir le système de divulgation<sup>431</sup>.

En un peu plus de dix années de pratique en matière de divulgation, les Chambres préliminaires de la CPI n'ont pas toujours adopté des points de vue convergents. La rupture porte essentiellement sur la portée de l'audience de confirmation des charges et le rôle qui devrait être celui de la Chambre à cette étape. Il existe deux formes de divulgation en fonction de la nature des éléments de preuve : la divulgation *stricto sensu*, concernant l'obligation de l'accusation, en vertu de la règle 76, de produire la liste et les déclarations des témoins à charge et la divulgation par voie d'inspection qui, selon la règle 77, oblige le Procureur à permettre à la défense de prendre connaissance des éléments nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé, des éléments qui seront utilisés par l'accusation comme moyens de preuve ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent<sup>432</sup>. Il n'est pas non plus disputé que la divulgation est *inter partes*, c'est-à-dire entre le Procureur et la défense<sup>433</sup>. Le Greffe n'a à cet égard qu'un rôle de canal de communication tandis que la Chambre doit se contenter de s'assurer que la divulgation se déroule dans des conditions satisfaisantes<sup>434</sup>. Les Chambres préliminaires sont toutefois divisées sur la portée de leur fonction.

La division porte sur l'interprétation de la règle 121-2-c du RPP qui prévoit que « [t]ous 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 communiquées à la Chambre préliminaire ». Dès l'affaire *Lubanga*, la Cour a interprété cette disposition comme impliquant la création d'un dossier de l'affaire, géré par le Greffe, dans lequel les parties déposent les éléments de preuve qu'elles s'échangent et qui sont accessibles aux juges<sup>435</sup>. Interprétant leurs pouvoirs au regard de la portée limitée de l'audience de confirmation des charges, certaines chambres préliminaires ont choisi de ne

---

charges, à la réinstallation préventive et à la communication en application de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement (25 avril 2008) (CPI, Chambre préliminaire I) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-102, Décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échéancier, Annexe I, Analyse de la décision relative au système définitif de divulgation (15 mai 2006) (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102].

<sup>431</sup> *Ibid* au para 6.

<sup>432</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 aux pp 4-5.

<sup>433</sup> *Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44, *supra* note 430 au para 5; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 au para 14.

<sup>434</sup> *Ibid* au para 5; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 au para 15.

<sup>435</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 28 et s.



pas exiger des parties l'enregistrement dans ledit dossier d'éléments de preuve divulgués sur lesquels elles ne se fonderont pas à l'audience de confirmation des charges<sup>436</sup>.

La décision de la Chambre préliminaire I a été suivie dans *Katanga-Chui*. Elle a donné naissance à ce qu'on a appelé la *bulk rule* ou règle de la grande majorité des éléments de preuve. Cette règle découle de l'idée que pour la divulgation préalable à la confirmation des charges, il n'est pas nécessaire que le Procureur communique à la défense tous les éléments de preuve<sup>437</sup>. Il communique essentiellement ce qui est nécessaire pour satisfaire à l'objectif de la confirmation des charges qui est d'établir l'existence des motifs substantiels de croire que le suspect a commis les crimes qui lui sont reprochés<sup>438</sup>.

À l'inverse, jugeant qu'elle a autant que la Chambre de première instance pour mandat l'établissement de la vérité, la Chambre préliminaire dans *Bemba* a estimé qu'elle ne devrait pas se limiter aux éléments de preuve sur lesquels les parties entendent se fonder aux fins de l'audience de confirmation des charges<sup>439</sup>. Dans les affaires kényanes et *Mbarushimana*, les Chambres préliminaires ont repris cette idée pour affirmer la « *totality rule* ». Elle requiert la divulgation de tous les éléments susceptibles d'exonérer la responsabilité pénale de l'accusé ou nécessaires à la préparation de sa défense avant la confirmation des charges<sup>440</sup>. Le Procureur a contesté ces décisions, considérant qu'elles lui imposaient une charge particulièrement lourde. Dans la décision rejetant la demande d'appel, la Chambre estime qu'il est équitable d'exiger de l'accusation qu'elle organise son bureau de manière à effectuer une divulgation totale et sans retard au stade de la procédure avant la confirmation des charges<sup>441</sup>.

---

<sup>436</sup> *Ibid* aux paras 53-54; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 au para 15; *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87, *supra* note 430; *Garda*, ICC-02/05-02/09-35, *supra* note 430 au para 9; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430.

<sup>437</sup> Ambos, « Confidential Investigations », *supra* note 336 à la p 548; David Scheffer, « A Review of the Experience of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence » (2008) 21 *Leiden J Int'l L* 151 à la p 163.

<sup>438</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 7; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 124; *Le Procureur v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) au para 154 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803].

<sup>439</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, *supra* note 430 au para 16.

<sup>440</sup> *Muthaura et al.*, ICC-01/04-01/10-48, *supra* note 430; *Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44, *supra* note 430 au para 6; *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87, *supra* note 430.

<sup>441</sup> *Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-74, Decision on the "Prosecution's Application for leave to Appeal the "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/09-01/11-44" (2 mai 2011) au para 27 (CPI, Chambre de première instance II) [*Ruto, Kosgey et Sang*, ICC-01/09-01/11-74]; *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01310-116, Decision on the Prosecution's application for leave to Appeal the "Decision on issues relating to disclosure" (ICC-01/04-01/10-87)" (21 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).

Dans tous les cas, le poids exigeant de l'obligation qui pèse sur le Procureur se rapporte plus aux modalités de cette divulgation qu'à la nature même des éléments de preuve concernés. Il est vrai que la liste de ces derniers est plus étendue que celle de la défense : (i) tous les éléments de preuve en possession ou sous le contrôle du Procureur qui tendent à innocenter ou à atténuer la responsabilité de l'accusé<sup>442</sup>; (ii) les noms des témoins et copies de leurs déclarations antérieures, peu importe s'ils sont appelés ou non à témoigner<sup>443</sup>; et (iii) les éléments de preuve en possession ou sous le contrôle de l'accusation, de nature incriminante, exonératoire ou mixte, qui sont nécessaires à la préparation de la défense, sur lesquels le Procureur entend se fonder comme moyens de preuve à la confirmation des charges ou qui ont été obtenus ou appartiennent au suspect<sup>444</sup>.

Les modalités et délais de divulgation sont énoncés à l'article 61-3 du *Statut* et précisés à la règle 121 du RPP. D'après le *Statut*, le Procureur doit communiquer à la défense dans un délai raisonnable une copie du document contenant les charges et l'informer des éléments de preuve sur lesquels il se fondera à l'audience de confirmation des charges. Le RPP précise que, 30 jours avant l'ouverture de l'audience, le Procureur doit produire un document contenant une description détaillée des charges et une liste d'éléments de preuve. En cas d'amendement, il en notifie la défense au moins 15 jours avant le début de l'audience. Le même délai s'applique en vertu de la règle 121-5 s'il entend introduire de nouveaux éléments de preuve. Compte tenu du droit de l'accusé d'être informé « dans le plus court délai et de façon détaillée » des charges qui pèsent contre lui et de « disposer du temps et des facilités nécessaires » pour préparer l'audience, les Chambres encouragent le Procureur à procéder à la divulgation « *as soon as possible without waiting for the statutory deadlines to expire* »<sup>445</sup>. Il n'est pas besoin d'attendre la date butoir, les éléments de preuve pouvant être divulgués au rythme de leur collecte par l'accusation, sous réserve des restrictions de confidentialité et jusqu'à la date butoir<sup>446</sup>. L'obligation du Procureur de divulguer à la défense n'est continue au-delà de cette date que tant et aussi longtemps que tombent en sa possession des éléments de preuve nécessaires à la préparation de la défense ou les éléments susceptibles d'innocenter ou d'atténuer la responsabilité de l'accusé.

---

<sup>442</sup> *Statut de Rome*, art 67-2

<sup>443</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 76

<sup>444</sup> *Ibid*, règle 77.

<sup>445</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 au para 38.

<sup>446</sup> *Ibid* au para 39.

En plus des éléments de preuve, du document contenant les charges et la liste des éléments de preuve, les chambres alourdissent l'obligation du Procureur par un système de rapport de divulgation. Toute divulgation en vertu de l'article 67-2 est suivie du dépôt par le Procureur d'une note signée par les parties contenant une liste des éléments divulgués et leur numéro de référence. Un rapport de préinspection et un rapport d'inspection suivent de même la divulgation d'éléments de preuve de la règle 77. Certaines chambres ont exigé que ces derniers rapports soient accompagnés d'un résumé succinct du déroulement de l'inspection<sup>447</sup>.

Plus contraignante est l'obligation que lui impose désormais la Chambre d'accompagner l'ensemble des documents divulgués d'une table d'analyse juridique des éléments de preuve. Le Procureur ne se contente plus de divulguer des preuves. Il doit en résumer la teneur en montrant de quelle manière ils correspondent aux crimes et faits inclus dans l'acte d'accusation<sup>448</sup>. La Chambre exige une analyse bien précise, page par page et même paragraphe par paragraphe des documents. L'ensemble doit apparaître sous forme de résumés inclus dans un tableau. Dans *Mbarushimana*, le Procureur s'est opposé à cette exigence, jugeant qu'elle n'était pas requise par les textes de la Cour<sup>449</sup>. Les décisions *Lubanga* et *Katanga-Chui* n'y ont pas fait référence. Mais depuis *Bemba*, la règle est désormais systématiquement appliquée. La production d'un résumé analytique des éléments de preuve améliore le système de divulgation en facilitant l'évaluation par la défense des éléments de preuve. De même, elle permet à la Chambre de s'assurer que la divulgation a lieu dans des conditions satisfaisantes. La Chambre préliminaire II a estimé qu'elle serait à même d'apprécier quel élément de preuve se rapporte à quel mode de responsabilité<sup>450</sup>.

La Chambre préliminaire dans *Bemba*, qui a plus tard limité l'obligation de fournir le résumé analytique aux éléments de preuve à charge<sup>451</sup>, a fondé cette exigence sur les termes de l'article 61-5 qui veut que le Procureur étaye chacune des charges avec des éléments suffisants à la confirmation des charges. Elle a de même évoqué les alinéas a et b de l'article 67-1 qui prévoit respectivement le droit de l'accusé d'être informé de façon détaillée et d'avoir du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. L'analyse juridique détaillée à laquelle doit se livrer l'accusation permettrait de prévenir la violation de ces droits. La simple communication n'est

---

<sup>447</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 56; *Garda*, ICC-02/05-02/09-35, *supra* note 430.

<sup>448</sup> *Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44, *supra* note 430 au para 21; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, *supra* note 430 aux paras 66-70.

<sup>449</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87, *supra* note 430 au para 11.

<sup>450</sup> *Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44, *supra* note 430 au para 22; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, *supra* note 430 aux paras 66-73.

<sup>451</sup> *Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-232, Decision on the Submission of an Updated, Consolidated Version of the In-depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence (10 novembre 2008) au para 8 (CPI, Chambre préliminaire III).

donc pas suffisante. Le nombre considérable de documents concernés pourrait mettre la défense, dit-elle, « dans une situation où elle ne peut réellement exercer ses droits et à ralentir la procédure »<sup>452</sup>. Ce faisant, le Procureur est dispensé de l'obligation de communiquer à la défense les métadonnées qui l'aiderait à caractériser d'autres documents contenus dans le dossier<sup>453</sup>.

De même, à la place des véritables éléments de preuve, il est admis que l'accusation fasse usage de mesures alternatives<sup>454</sup>. Ces mesures peuvent inclure la communication à la défense<sup>455</sup> de pièces similaires et des résumés des éléments de preuve pertinents. Leur particularité est qu'elles ne satisfont pas la norme requise dans le contexte d'un procès équitable, mais leur admissibilité est tolérée en raison de la portée limitée de la confirmation des charges<sup>456</sup>. Il s'ensuit que le Procureur ne peut recourir à ces modalités de divulgation au procès<sup>457</sup>.

Dans la perspective du procès en effet, c'est-à-dire entre la fin de l'audience de confirmation des charges et l'ouverture du procès, le Procureur est assujéti à une divulgation complète. Il devra communiquer les éléments à décharge aussitôt qu'il en a connaissance et tous les autres éléments, dans leur totalité, suffisamment à l'avance pour que la défense puisse se préparer. Dans la mesure où le dossier de l'affaire, constitué à la phase préliminaire, est transmis à la Chambre d'instance<sup>458</sup>, cette dernière se charge uniquement, selon l'article 64-3-c du *Statut*, d'organiser la divulgation d'éléments de preuve qui n'ont pas encore été communiqués, mais sur lesquels le Procureur entend se fonder à l'audience du procès<sup>459</sup>.

De façon générale, les chambres d'instance fonctionnent en matière de divulgation de manière semblable aux chambres préliminaires<sup>460</sup>. La nature des éléments de preuve à communiquer ne change pas. Pas plus que les modalités et l'approche concernant les délais ne varient de manière significative. Il est entendu que les éléments de preuve à décharge et les pièces visées à la règle 77 sont communiqués « suffisamment tôt avant l'ouverture du procès » afin que la

---

<sup>452</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, *supra* note 430 aux paras 66-67; *Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-44, *supra* note 430 au para 23.

<sup>453</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-87, *supra* note 430 au para 13; *Garda*, ICC-02/05-02/09-35, *supra* note 430 au para 11.

<sup>454</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 18 (la juge unique rejette le recours aux mesures alternatives parce que l'Accusation les a introduites à la dernière minute avant l'ouverture de l'audience de confirmation des charges).

<sup>455</sup> La Chambre doit pouvoir avoir accès à la preuve entière et non seulement aux résumés et lui communiquer les résumés uniquement à elle ne satisfait pas l'obligation de communication de l'article 67-2 et de la règle 77 du RPP : *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 aux paras 74-76.

<sup>456</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 aux paras 65-66.

<sup>457</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 aux paras 60, 81, 86.

<sup>458</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 131.

<sup>459</sup> *Ibid*, règle 84; *Statut de Rome*, art 64-3-c et 64-6-d.

<sup>460</sup> Bürgener, « Disclosure of Evidence », *supra* note 423 à la p 371.

défense ait le temps de se préparer. La règle 84 du RPP laisse à la chambre compétente la discrétion de fixer ce délai. Le défaut de le respecter n'emporte pas nécessairement l'inadmissibilité de ces éléments s'ils sont dans l'intérêt de la défense et que celle-ci dispose du temps et des facilités nécessaires pour traiter de nouvelles informations<sup>461</sup>.

Depuis le revirement de la Chambre préliminaire III observé dans *Bemba*, le résumé analytique des charges qui accompagnent les documents divulgués ne semble plus porter désormais que sur les éléments de preuve à charge<sup>462</sup>. Il fait correspondre les charges confirmées par la Chambre avec les éléments de preuve sur lesquels le Procureur compte se fonder au procès<sup>463</sup>.

#### 2.1.1.2. – Le poids allégé pour la défense et d'autres parties

La procédure pénale internationale a évolué vers un équilibre où la défense assume une part significative de l'obligation de divulgation<sup>464</sup>, bien que continue de peser sur l'accusation, et à juste titre, la charge la plus lourde<sup>465</sup>. L'obligation de divulgation de la défense est facultative. Elle naît uniquement si elle décide de présenter des éléments de preuve ou de se fonder sur des éléments de preuve communiquée par le Procureur<sup>466</sup>. Lorsque la défense n'a pas l'intention de se fonder sur un élément, au nom de son droit de garder le silence, la Chambre se refuse de faire droit à toute requête du Procureur sollicitant une ordonnance de divulgation<sup>467</sup>.

En général toutefois, il est plus que probable que la défense exerce sa faculté. L'article 61-6 du *Statut* lui confère, à la phase préliminaire, le droit de contester les charges, de contester les éléments de preuve produits par le Procureur et de présenter ses propres éléments de preuve. À la phase du procès, l'article 67-1-e lui garantit le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve admissibles. Il en résulte que si l'accusé entend interroger ou faire interroger les témoins à charge ou obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à

---

<sup>461</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1423-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de communication tardive d'éléments de preuve à décharge (Témoignage P-387) (ICC-01/04-01/07-1296) (25 août 2009) au para 10 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1423-tFRA].

<sup>462</sup> Bürgener, « Disclosure of Evidence », *supra* note 423 aux pp 371-372.

<sup>463</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-846, Ordonnance fixant le calendrier de communication des éléments de preuve à charge et à décharge avant le procès et la date d'une conférence de mise en état (règle 132 du Règlement de procédure et de preuve) (23 janvier 2009) au para 7 (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>464</sup> May et Wierda, « Trends », *supra* note 256 à la p 760.

<sup>465</sup> Ambos, « Confidential Investigations », *supra* note 336 à la p 547.

<sup>466</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-311-tFRA, Décision relative à la communication d'éléments de preuve par la défense (5 décembre 2008) au para 3 (CPI, Chambre préliminaire III).

<sup>467</sup> *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2192-Red, Public Redacted Second Decision on Disclosure by the Defence and Decision on whether the Prosecution may Contact Defence Witnesses (20 janvier 2010) au para 72 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2192-Red].

décharge, il sera tenu de divulguer des éléments d'information les concernant, pour ainsi permettre à l'accusation de préparer adéquatement sa riposte.

D'emblée, si la défense bénéficie de délais naturellement différents de ceux de l'accusation pour s'acquitter de son obligation de divulgation, elle demeure soumise de la même manière et selon les mêmes conditions aux modalités que fixent les chambres. En conséquence, sa divulgation s'accompagne également de l'inventaire des éléments de preuve sur lesquels elle entend se fonder<sup>468</sup> ainsi que du tableau analytique qui les résume et les place en correspondance avec les éléments factuels de sa défense. C'est dans la portée de la divulgation attendue que l'obligation de la défense se distingue de celle de l'accusation. Comme elle n'a pas à s'avouer coupable, elle n'est pas tenue de divulguer les éléments de preuve à charge au Procureur. Aux termes des règles 78 et 79, ses obligations de divulgation sont de deux types.

D'une part, elle permet au Procureur l'inspection des pièces en sa possession ou son contrôle lorsqu'elle a l'intention de s'en servir comme moyens de preuve à la confirmation des charges ou au procès. D'autre part, elle lui notifie en vertu de la règle 79 son intention d'invoquer la défense d'alibi ou tout motif d'exonération de responsabilité. La question s'est posée en pratique de savoir si une chambre pouvait imposer à la défense une obligation de divulgation plus étendue. Le paragraphe 4 de la règle 79 dispose en effet que « [l]a présente règle s'entend sans préjudice du pouvoir qu'ont les chambres d'ordonner la divulgation de tout autre élément de preuve ».

Dans *Lubanga*, la défense a suggéré à la Chambre de première instance I une interprétation restrictive de la règle 79-4. Pour elle, la protection contre l'auto-incrimination de l'accusé impliquait que la Chambre lise cette disposition comme requérant qu'il puisse lui être ordonné de produire des éléments de preuve pertinents ou la défense d'alibi ou des motifs d'exonération de la responsabilité pénale. Il n'était pas question d'imposer à la défense de révéler d'autres moyens éventuels ou les éléments de preuve susceptibles d'être présentés à l'appui de ces moyens<sup>469</sup>. La défense soutenait de plus que quant à la défense d'alibi, elle n'était pas tenue de communiquer à l'avance les déclarations des personnes qu'elle appellerait comme témoins. De la même manière, elle estimait que sans avoir entendu la présentation des éléments à charge, elle ne pouvait former adéquatement

---

<sup>468</sup> En application de l'article 61-6 du *Statut* et de la règle 121-6 du RPP, si la défense entend utiliser des éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges, elle doit en produire la liste ainsi que les éléments proprement dits : *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 aux paras 17-18.

<sup>469</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, Décision sur la communication de certains éléments par la défense (20 mars 2008) au para 6 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA].

son intention d'utiliser quelque élément de preuve que ce soit à l'audience et ne pouvait en conséquence permettre l'inspection prévue à la règle 78.

Dans sa réponse, la Chambre d'instance, après avoir rappelé les garanties qui préservent l'accusé de contribuer lui-même à sa propre condamnation<sup>470</sup>, a souligné que la défense avait l'obligation aux termes du *Statut de Rome* de l'aider à établir la vérité<sup>471</sup>. D'après elle, par les pouvoirs qu'elle détient en matière de divulgation, il est possible de garantir que la défense s'acquitte de ce devoir de vérité sans compromettre ses intérêts. À cet égard, elle a jugé que « [i]l faut, pour garantir l'équité du procès, que les obligations de communication imposées à l'accusé soient proportionnelles aux éléments de preuve qu'il entend produire »<sup>472</sup>. Pour établir cette proportionnalité, la Chambre tient compte du niveau de divulgation de l'accusation, des éléments de preuve non divulgués, de l'étendue des charges, des intérêts des victimes et d'éventuels coaccusés<sup>473</sup>. Elle considère par exemple que compte tenu des ressources limitées de la défense, il est disproportionné que l'accusation demande qu'elle produise des renseignements supplémentaires à l'appui de résumés déjà suffisamment informatifs sur les témoins que la défense entend appeler à l'audience<sup>474</sup>. De la même façon, les chambres se refusent de considérer les règles 77 (inspection des pièces en possession de l'accusation) et 78 (inspection des pièces en possession de la défense) comme ayant un contenu identique appelant une application uniforme<sup>475</sup>.

Du devoir de vérité de la défense, les chambres ont déduit une portée étendue de la règle 79-4. Dans *Lubanga*, la Chambre d'instance juge que son pouvoir de rendre une ordonnance de communication qui y est consacré ne se rapporte nullement à la défense d'alibi ou fondée sur un motif d'exonération de responsabilité<sup>476</sup>. Elle considère qu'elle a le pouvoir d'ordonner de communiquer à l'avance tout élément de preuve distinct de ceux qui se rapportent aux moyens de défense que l'accusé entend faire valoir<sup>477</sup>. Elle se réfère notamment à la règle 78 qui permet au Procureur de prendre connaissance de tout document ou toute autre pièce que la défense entend

---

<sup>470</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2192-Red, *supra* note 467 au para 55.

<sup>471</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, *supra* note 469 au para 28. Voir également *Prosecutor v Tadić*, IT-94-1, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald, Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements (27 novembre 1996) au para 6 (TPIY, Chambre de première instance): « disclosure of all relevant facts [...] enhance the truth-finding process that is at the core of all criminal justice system ».

<sup>472</sup> *Ibid* au para 34.

<sup>473</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, *supra* note 422 au para 41.

<sup>474</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2192-Red, *supra* note 467 au para 58.

<sup>475</sup> *Ibid* au para 63.

<sup>476</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, *supra* note 469 au para 35.

<sup>477</sup> *Ibid* au para 30.

utiliser au procès, à la règle 54 du *Règlement de la Cour* qui prévoit que la Chambre peut, dans l'intérêt de la justice, prendre toute ordonnance portant production et communication des déclarations de témoins sur lesquelles l'accusé entend se fonder, les points qu'il entend soulever et la communication des éléments de preuve et à la règle 52 du même *Règlement* en vertu duquel les parties et les participants fournissent au greffier d'audience, au moins trois jours ouvrables avant l'audience, les éléments de preuve qu'ils entendent utiliser. La Chambre dans *Katanga-Chui* conclut également qu'en vertu de la règle 79-4, la portée des obligations de divulgation de la défense peut dépasser celle des règles 78 et 79-1<sup>478</sup>. Il n'y a pas lieu, ainsi que l'a également décidé le TPIY, de voir dans l'exigence de précision en matière de défense d'alibi une quelconque atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'avouer coupable<sup>479</sup>.

Quant aux délais, alors qu'ils sont clairement déterminés par les textes lors de la divulgation préalable à la confirmation des charges, rien de tel n'est prévu en matière de divulgation préalable au procès. Dans le premier cas en effet, la règle 121-6 dispose que la défense communique la liste des éléments de preuve qu'il utilisera à l'audience de confirmation des charges au plus tard 15 jours avant l'audience. Pour le reste, par exemple en matière de notification de la défense d'alibi ou de motifs d'exonération de responsabilité, ce sont des formules plutôt vagues qui sont utilisées. La règle 79-2 évoque une communication « suffisamment à l'avance [...] ». Les chambres d'instance en ont déduit qu'elles gardent la discrétion de fixer les délais de divulgation de la défense compte tenu des circonstances particulières de l'affaire. Il y a ainsi des divergences entre les chambre.

Dans *Lubanga*, la Chambre de première instance I a estimé, au regard du fait que le procès concerne les enfants-soldats et que les victimes ont intérêt à ce que leur soient communiquées des informations pour préparer des procédures interlocutoires, que la défense communiquera trois semaines avant le procès un document précisant en termes généraux les moyens de défense de l'accusé. Dans les mêmes délais, elle doit communiquer à la Chambre et à l'accusation des précisions sur des demandes qu'elle souhaite soulever au sujet de l'admissibilité d'élément de preuve. Par contre, les renseignements concernant les témoins à appeler ne sont divulgués qu'au

---

<sup>478</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, *supra* note 422 au para 40. Il y a ainsi, selon la Chambre, obligation, si la défense conteste la déposition d'un témoin, qu'elle communique les preuves documentaires sur lesquelles elle fondera sa contestation.

<sup>479</sup> *Prosecutor v Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, Decision on prosecution motion for order requiring particulars of accused's alibi defence (1<sup>er</sup> décembre 2010) au para 28 (TPIY, Chambre de première instance II); *Prosecutor v Radoslav Brdanin*, IT-99-36-T, Jugement (1<sup>er</sup> septembre 2004) au para 1081 (TPIY, Chambre de première instance II); *Le Procureur c Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt (25 février 2004) au para 177 (TPIY, Chambre d'appel).



terme de la présentation par le Procureur des éléments à charge tandis que tout autre élément que la déposition orale d'un témoin doit être produit seulement trois jours avant sa présentation<sup>480</sup>.

L'approche de la Chambre *Katanga-Chui* prend des distances sur certains aspects de cette solution. Il a été jugé que ce serait « une obligation prématurée et irréaliste » que de demander à la défense de communiquer des pièces qu'elle entend utiliser comme éléments de preuve avant que les débats au fond ne commencent<sup>481</sup>. Seuls les éléments relatifs aux moyens de défense et ceux utilisés aux fins du contre-interrogatoire des témoins de l'accusation peuvent être divulgués avant que celle-ci n'ait fini d'exposer sa cause. Agir autrement exposerait la stratégie de la défense. La Chambre concède que la défense ne saurait permettre l'inspection des pièces en sa possession sans avoir pris la décision sur leur utilisation à l'audience. Les délais apparaissent moins francs à cet égard. Toutefois, cela ne saurait se faire moins de deux semaines avant la date à laquelle la défense commencera la présentation de sa cause<sup>482</sup>. Pour l'interrogatoire du témoin à décharge, le délai de trois jours avant la date prévue pour la déposition retenue dans *Lubanga* est rejeté. La communication a lieu « largement » avant la date de déposition<sup>483</sup>.

Si la défense a un devoir de vérité, les victimes qui participent à la procédure n'ont aucune obligation de divulgation. Au contraire, en ayant accès respectivement, en vertu des règles 121-10 et 131 du RPP, au dossier de l'affaire à la phase préliminaire et au procès, elles se voient reconnaître par la même occasion un certain droit à la divulgation<sup>484</sup>. Dans *Lubanga*, la Chambre d'instance a limité cet accès aux documents publics du dossier, les éléments confidentiels ne pouvant leur être divulgués que s'ils sont pertinents pour leur participation et que les autres mesures de protection en place ne sont pas violées par voie de conséquence<sup>485</sup>.

La question de savoir si à des fins d'équité les victimes avaient une obligation de divulguer des documents tendant à prouver l'innocence de l'accusé ou à atténuer sa responsabilité a été

---

<sup>480</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, *supra* note 469 au para 41. Voir également *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, *supra* note 422 au para 33.

<sup>481</sup> *Ibid* au para 49.

<sup>482</sup> *Ibid* au para 51.

<sup>483</sup> *Ibid* au para 52.

<sup>484</sup> Bürgener, «Disclosure of Evidence», *supra* note 423 à la p 372.

<sup>485</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1119-tFRA, Décision relative à la participation des victimes (18 janvier 2008) au para 106 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA]. Le droit de consultation a été étendu au Bureau du Conseil public pour les victimes, organes du Greffe chargé de l'assistance juridique aux victimes qui attendent de se voir attribuer un représentant légal. Voir *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1211-tFRA, Décision relative au rôle du Bureau du conseil public pour les victimes et à sa demande de consultation de documents (6 mars 2008) au para 37 (CPI, Chambre de première instance I).

longuement débattue dans *Katanga-Chui*. En présence du silence des textes de la Cour sur cette question, la Chambre de première instance a statué qu'il n'existe pas une obligation de divulgation pour les victimes, étant donné qu'elles n'ont pas un droit spécifique de présenter des éléments de preuve au procès<sup>486</sup>. Confirmant cette solution, la Chambre d'appel a souligné que le devoir d'objectivité incombe à l'accusation<sup>487</sup>. Néanmoins, dès lors que la Chambre d'appel a reconnu que la chambre d'instance peut concéder aux victimes qui le souhaitent de présenter les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité, il est légitime de s'attendre à ce que de tels éléments soient divulgués aux parties<sup>488</sup>. Dans ce cas, les dérogations aux obligations de l'accusation ou de la défense en la matière s'appliquent tout autant.

### 2.1.2. – Les modalités variées de dérogation

Lorsqu'une preuve est libre de toute considération de confidentialité, elle peut aisément faire l'objet de communication. La détermination de l'existence d'une exception change la donne. Souvent, la confidentialité n'est revendiquée qu'à l'égard d'un ou plusieurs éléments du document ou une partie seulement. Dans ce cas, la non-divulgation est susceptible de modalités spécifiques. Le document peut toujours être communiqué, mais seulement après avoir été caviardé d'éléments frappés de confidentialité. On parle dans ce cas de communication anonyme (2.1.2.1.). Lorsque le caviardage aboutit à rendre inintelligible le document, la non-divulgation peut se traduire par la présentation du résumé du document (2.1.2.2.).

#### 2.1.2.1. – L'anonymat des documents

La remise du suspect à la Cour déclenche l'obligation de communication imposée au Procureur<sup>489</sup>. La mise en œuvre de cette obligation, qui doit normalement se faire sans aucune restriction et dans de brefs délais, doit s'achever au plus tard 30 jours avant l'audience de

---

<sup>486</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond (22 janvier 2010) au para 105 (Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1788]. Voir également *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, 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 (11 juillet 2008) au para 93 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA].

<sup>487</sup> *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2288, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 entitled "Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial" (16 juillet 2010) aux paras 487, 81, 85 (CPI, Chambre d'appel).

<sup>488</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, *supra* note 486 au para 104.

<sup>489</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-54-tFRA, Décision invitant l'Accusation et le Conseil de permanence assistant la défense à déposer des observations au sujet du système de communication des pièces et mettant en place un système provisoire de communication des pièces (23 mars 2006) (Chambre préliminaire I).

confirmation des charges. Elle est toutefois modifiée par la nécessité de garantir la protection des personnes et des informations confidentielles<sup>490</sup>. On peut distinguer entre la phase de l'audience de confirmation des charges (2.1.2.1.1.) et la phase du procès (2.1.2.1.2.).

#### 2.1.2.1.1. – À la phase de l'audience de confirmation des charges

À la phase préliminaire, à moins que les victimes ou les témoins aient consenti à la divulgation de leur identité ou qu'ils aient été admis au programme de protection de la Cour<sup>491</sup>, la confidentialité est considérée comme à même de garantir leur protection et celle d'autres intérêts confidentiels. À ce stade de la procédure en effet, dans la plupart des cas, les témoins et les victimes ne sont pas encore sous la protection de la Cour<sup>492</sup>. Ils seront encore dans les pays où les crimes ont été commis, donc exposés aux représailles éventuelles des partisans du suspect.

Or ainsi que le prévoit le Statut, la confirmation des charges ne requiert pas nécessairement la comparution des témoins. En raison des coûts financiers que pourrait engendrer leur réinstallation, une telle mesure est jugée onéreuse à ce stade où les chefs d'accusation sont susceptibles de ne pas être confirmés. Au surplus, au cas où ils le seraient, un temps très long pourrait s'écouler avant l'ouverture du procès. La protection des enquêtes en cours et à venir tient de mêmes considérations. L'ouverture de la confirmation des charges ne marque pas nécessairement la clôture des enquêtes à l'égard du suspect, sur les crimes faisant l'objet des charges comme sur les crimes que l'accusation pourrait lui imputer ou imputer à d'autres ultérieurement. Pour toutes ces raisons, la Chambre d'appel a estimé que lors de la confirmation des charges, « on peut autoriser que ne soient pas communiqués à la défense avant l'audience de confirmation des charges certains renseignements qui devront l'être avant le procès »<sup>493</sup>.

Le problème a été soulevé pour la première fois dans l'affaire *Lubanga*, la défense se plaignant qu'une bonne partie des éléments de preuve était non seulement indirects, mais émanait en plus de sources anonymes. Elle n'était en conséquence pas en mesure de vérifier la véracité et

---

<sup>490</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-407-tFR, Décision relative au délai du 12 septembre 2006 imposé à l'Accusation et à la défense (7 septembre 2006) (Chambre préliminaire I).

<sup>491</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-524, Décision relative à la requête déposée par le Procureur le 5 octobre 2006 (5 octobre 2006) aux pp 6 et 7 (Chambre préliminaire I).

<sup>492</sup> *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-77-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation de non-communication de l'identité du témoin DAR-OTP-WWW-0433 (31 août 2009) au para 6 (Chambre préliminaire I).

<sup>493</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 68; *Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-74-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation de non-communication de l'identité des témoins DAR-OTP-WWW-0304, DAR-OTP-WWW-0305, DAR-OTP-WWW-0306, DAR-OTP-WWW-0307, DAR-OTP-WWW-0312 et DAR-OTP-WWW-0314 (31 août 2009) au para 15 (Chambre préliminaire I) [*Garda*, ICC-02/05-02/09-74-tFRA].

l'authenticité des informations contenues dans de tels éléments. Elle demandait leur inadmissibilité et, à titre subsidiaire, que la Chambre préliminaire ne leur accorde qu'une valeur probante limitée. Pour la Chambre cependant, les éléments de preuve émanant de sources anonymes posent le problème non de leur admissibilité, mais de leur valeur probante<sup>494</sup>. En conséquence, ils ne sont pas inadmissibles pour la seule raison qu'ils proviennent de personnes qui ne sont pas identifiées. À l'inverse, ces éléments sont utilisés « avec prudence à l'heure de confirmer ou rejeter toute allégation de l'accusation »<sup>495</sup>. La solution retenue en l'occurrence est qu'une chambre « n'utilisera [d]es éléments indirects émanant de sources anonymes qu'en vue de corroborer d'autres éléments de preuve »<sup>496</sup>. La valeur probante est établie si une telle preuve corrobore d'autres éléments du dossier ou si elle est corroborée par d'autres éléments du dossier<sup>497</sup>.

Dans *Ngudjolo*, la défense contestait le recours aux résumés de déclarations de trois témoins au motif que l'anonymat de ces éléments non corroborés portait atteinte aux droits de la défense. Bien que la règle 63-4 dispose que les Chambres « n'imposent pas l'obligation juridique de corroborer la preuve des crimes relevant de la compétence de la Cour », la Chambre préliminaire a estimé qu'elle peut « décider que ces éléments de preuve auront une valeur probante moindre si la défense ne connaît pas l'identité des témoins concernés et si seul le résumé des déclarations en question, et non leur intégralité, peut être contesté ou examiné »<sup>498</sup>.

Dans *Mbarushimana*, un tel traitement des témoins anonymes a été considéré comme une compensation du dommage causé à la défense : « bien que les déclarations de témoins anonymes et résumés de telles déclarations puissent être utilisées lors de la phase préliminaire, une valeur probante moindre pourra leur être accordée pour compenser le désavantage qu'elles pourraient causer à la défense »<sup>499</sup>. Dans *Garda*, la Chambre préliminaire I, emboîtant le pas aux précédents établis à l'occasion d'autres affaires a renchéri que « l'accusation ne devrait pas être pénalisée par le fait qu'elle ait recouru à une forme de preuve expressément autorisée par les textes qui régissent la

---

<sup>494</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 103.

<sup>495</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ndgudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, Décision sur la confirmation des charges (30 septembre 2008) au para 120 (Chambre préliminaire I) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA].

<sup>496</sup> *Ibid* au para 138.

<sup>497</sup> *Ibid* au para 140.

<sup>498</sup> *Ibid* au para 159; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 89.

<sup>499</sup> *Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, Décision relative à la confirmation des charges (11 décembre 2011) (Chambre préliminaire) [*Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA]. Également *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo (15 juin 2009) au para 49 (Chambre préliminaire II) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA].

Cour »<sup>500</sup>. Elle a également conclu que la nécessité d'une mise en balance avec le droit du suspect de contester les charges retenues contre lui commandait de n'accorder à ces éléments de preuve qu'une valeur probante amoindrie s'ils ne peuvent être corroborés.

#### 2.1.2.1.2. – À la phase du procès

Le problème de l'anonymat se pose avec beaucoup plus d'acuité à la phase du procès. Il en est ainsi dans la mesure où à cette étape, il n'est plus simplement question de la confirmation des charges, mais de la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À la différence de la phase antérieure où la possibilité de contre-interroger le témoin n'existe pas, le principe du contradictoire à l'étape du procès revêt une portée beaucoup plus large, impliquant outre le droit à la confrontation, le droit d'examiner ou de faire examiner la preuve. Les éléments d'identification du témoin sont à cet égard d'une importance cruciale, car ils permettent la préparation de la défense dans la perspective du contre-interrogatoire.

Le TPIY a été la première juridiction internationale confrontée à la problématique des témoignages anonymes. Il a admis leur utilisation dès l'affaire *Tadić*<sup>501</sup>. Cette décision suscita une vive réaction<sup>502</sup>. Avant l'ouverture des premiers procès devant la CPI, la question se posait de savoir quelle direction emprunterait la Cour<sup>503</sup>. Les textes sont en effet délibérément flous, les rédacteurs, à défaut de parvenir à une solution, ayant laissé à la Cour la possibilité de déterminer le droit en l'espèce<sup>504</sup>. La solution choisie par la Cour est plus directive que l'ambiguïté qui caractérise la position actuelle des juridictions *ad hoc*. Elle distingue sur ce point entre victimes participantes à la procédure d'une part et d'autre part les témoins et les personnes ayant la double qualité de victime et témoin. Le fondement de cette distinction repose sur l'idée que la personne qui jouera un rôle important au cours du procès, à l'instar du témoin ou du témoin-victime, qui peut comparaître, ne

---

<sup>500</sup> *Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, Décision relative à la confirmation des charges (8 février 2010) au para 50 (Chambre préliminaire I) [*Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA]; également *Le Procureur c Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, CC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, version publique expurgée du rectificatif à la décision relative à la confirmation des charges (7 mars 2011) au para 41 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Nourain et Janus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red].

<sup>501</sup> *Tadić*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 53.

<sup>502</sup> Les différentes thèses sont brillamment exposées par Anne-Marie L.M. de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence. The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2005 aux pp 249-251 [Brouwer, *Supranational*].

<sup>503</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 aux pp 252-254.

<sup>504</sup> *Ibid* à la p 252.

peut le faire sous anonymat. À l'inverse, la victime qui participe simplement à la procédure sans agir également comme témoin peut conserver son anonymat<sup>505</sup>.

La Chambre d'instance II rejoignait la Chambre d'instance I qui dans *Lubanga* rejetait dès 2008 la prétention de la défense et de l'accusation tendant à ce que les victimes ne puissent pas rester anonyme pendant la procédure menant au procès et pendant celui-ci. Elle statuait que la vulnérabilité des victimes milite certes en faveur de leur protection, mais qu'il « faut faire preuve de précaution extrême, particulièrement en ce qui concerne les droits de l'accusé. [...] »<sup>506</sup>. Il a été jugé que les victimes ont le droit de produire des éléments de preuve au cours de la procédure<sup>507</sup>. Il en découle que l'ampleur de leur participation peut découler de ce seul fait et justifier que la Chambre exige la divulgation de leur identité. Dans *Bemba*, la Chambre de première instance, suivant les précédents établis par les autres chambres, a accordé l'anonymat aux victimes, mais en reconnaissant aussitôt que « *at later stages of the proceedings, for those granted leave to participate, and depending on the level of suggested participation by individual victims [...] this approach will be revisited on a case-by-case basis* »<sup>508</sup>. Ceci illustre selon Mirjan Damaska que l'équité de la procédure pénale internationale équivaut à la primauté des droits de la l'accusé<sup>509</sup>.

En effet, l'anonymat ne serait compatible avec les textes que pendant la période où les éléments non divulgués ne sont pas indispensables à la préparation de la défense<sup>510</sup>. Dans ce sens, l'article 68-5 du *Statut de Rome* prévoit que « lorsque la divulgation d'éléments de preuve et de renseignements [...] risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille, le Procureur peut, dans toute procédure engagée avant l'ouverture du procès, s'abstenir de divulguer ces éléments de preuve ou renseignements et en présenter un résumé [...] ». À leur tour, les règles 81 et 82 du *RPP de la CPI* disposent que les informations non divulguées ne peuvent être introduites à l'audience de confirmation des charges ou au procès « sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance ». S'il est évident que ces dispositions consacrent au minimum un droit

---

<sup>505</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, *supra* note 486 au para 93.

<sup>506</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 au para 131.

<sup>507</sup> *Ibid* au para 108.

<sup>508</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-699, Decision defining the status of 54 victims who participated at the pre-trial stage, and inviting the parties's observations on applications for participation by 86 applicants (22 février 2010) au para 31 (Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-699].

<sup>509</sup> Mirjan Damaska, « The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals » (2011) 36 NCJ Int'l L & Com Reg à la p 384.

<sup>510</sup> Colin T McLaughlin, « Victim and Witness Measures of the International Criminal Court : A comparative Analysis » (2007) 6 *The Law and Practice of International Criminal Courts and Tribunals* 189 à la p 190 [McLaughlin, « Victim and Witness Measures »].

temporaire à l'anonymat des victimes et témoins, il convient de souligner la légère divergence entre l'article 68-5 et les règles 81 et 82.

D'après l'article 68-5, la non-divulgence couvre « toute procédure engagée avant l'ouverture du procès », ce qui inclurait l'audience de confirmation des charges. Or les règles 81 et 82 prévoient que si l'accusation entend s'en servir, elle doit porter les éléments non divulgués à la connaissance de l'accusé avant l'audience de confirmation des charges ou avant le procès. La question se pose donc de savoir si la possibilité pour l'accusation de présenter uniquement un résumé satisfait à son obligation de divulgation. Dans la pratique, les chambres de la CPI ont répondu à cette question par l'affirmative, alléguant la portée limitée de l'audience de confirmation des charges. Ainsi l'anonymat temporaire peut courir jusqu'à la période précédant l'ouverture du procès. La préoccupation qui s'est posée dans ce cas a été celle de savoir jusqu'à quel moment les parties pouvaient être dispensées de la communication de l'identité de leurs témoins.

À cette question, les juridictions *ad hoc* ont eu deux attitudes. Le TPIY et le TPIR ont imposé des délais à l'intérieur desquels l'accusation devait communiquer l'identité des témoins pour permettre une préparation efficace de la défense. Dans *Perišić*, le délai fixé par le TPIY fut de 30 jours avant l'ouverture du procès<sup>511</sup>. Au TPIR, ce délai a varié entre 15<sup>512</sup> et 21 jours<sup>513</sup>. Au TSSL par contre, le délai a été déterminé, non pas sur la base de la date de l'ouverture du procès, mais de la date du témoignage du témoin, considérant les circonstances imprévues qui pouvaient conduire au report des procès alors même que l'identité du témoin est déjà connue. Ainsi a-t-il d'abord été jugé que l'identité du témoin doit être communiquée 42 jours avant sa déposition<sup>514</sup> avant qu'une autre chambre ne juge ce délai trop long et le ramène à 21 jours<sup>515</sup>. Cette approche échelonnée de la divulgation de l'identité des témoins est plus protectrice certes, mais est problématique sur le plan logistique pour la Cour. Pour la défense, elle affecte la manière de se préparer, car elle ne lui permet pas une compréhension globale de la preuve.

---

<sup>511</sup> *The Prosecutor v Perišić*, IT-04-81, Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Witnesses (27 mai 2005) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>512</sup> *The Prosecutor v Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Decision on the Motion filed by the Prosecutor on the Protection of Victims and Witnesses (4 mars 1997) (TPIR, Chambre préliminaire) [*Ruzindana*, Decision on the Motion].

<sup>513</sup> *The Prosecutor v Kajelijeli*, ICTR-98-44-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Protective Measures for Witnesses (6 juillet 2000) (TPIR, Chambre de première instance).

<sup>514</sup> *Prosecutor v Gbao*, SCSL-2003-09-PT, Decision on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (10 octobre 2003) (TSSL, Chambre de première instance).

<sup>515</sup> *Prosecutor v Norman*, SCSL-2004-14-T, Ruling on Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (18 novembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance) [*Norman*, Motion for Modification].

À la CPI, la Chambre dans *Katanga-Chui* a reconnu le droit à la communication différée de l'identité des témoins, affirmant après une revue des dispositions pertinentes qu'« une communication précoce dictée par le seul souci d'assurer une meilleure protection des droits de la défense irait d'ailleurs à l'encontre de l'esprit et du but poursuivi par le Statut si elle devait avoir pour conséquence de faire courir des risques réels aux témoins appelés à déposer »<sup>516</sup>. En l'espèce, la Cour a embrassé les deux formes de délai retenues par la pratique des juridictions *ad hoc*. Se fondant sur l'évaluation individuelle de chaque témoin, elle a autorisé à titre exceptionnel que l'identité soit gardée secrète jusqu'à 45 jours avant le début du procès pour l'un<sup>517</sup> et jusqu'à 45 jours avant sa déposition pour l'autre dont elle a tenu à préciser qu'il était le seul à bénéficier de cette mesure<sup>518</sup>. La Chambre semble ainsi marquer sa faveur pour l'approche liant la fixation du délai de la divulgation à l'ouverture du procès et non à la date de la déposition du témoin. La solution privilégie donc la protection des droits de l'accusé. La préoccupation pour les droits de celui-ci demeure entière lorsqu'à la place de la communication anonyme, le Procureur doit communiquer plutôt des résumés d'éléments de preuve.

#### 2.1.2.2. – Les résumés ou les versions expurgées de documents

Les documents anonymes sont des documents expurgés de l'identité de leur source pour laquelle une partie demande des mesures de protection. À ce type précis de documents expurgés, s'ajoutent les documents caviardés d'autres éléments que l'identité de leurs sources. L'expurgation ou le caviardage postule qu'une copie du document original sera communiquée à l'autre partie, mais avec les éléments que l'on entend cacher en moins. La portée de la confidentialité résultant de cette soustraction d'éléments dépend de la nature de ces derniers. Les Chambres déterminent généralement si l'élément est pertinent ou non dans un cas d'espèce. La pertinence est distinguée de la valeur intrinsèque du document. Celle-ci tient davantage de l'utilité du document, à savoir s'il est à charge ou à décharge. Or un élément pertinent d'un document, par exemple sa source, le lieu de son élaboration ou les signatures qui y sont apposées, n'est pas forcément utile pour comprendre la teneur du document, à savoir si celui-ci est à charge, à décharge, ou nécessaire pour la préparation des parties. Mais dans la mesure où ces éléments sont au moins pertinents pour

---

<sup>516</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1179, Version publique expurgée de la « Décision relative à la protection des témoins à charge 267 et 353 » du 20 mai 2009 (ICC-01/04-01/07-1156-Conf-Exp) (28 mai 2009) au para 31 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1179].

<sup>517</sup> *Ibid* au para 47.

<sup>518</sup> *Ibid* au para 48.



comprendre le contexte de l'élaboration du document et faciliter les enquêtes des parties, l'expurgation ordonnée par une chambre est déterminée par la question de savoir si un tel intérêt perdurera le long du procès ou non. En conséquence, lorsqu'un élément d'un document ne touche pas à son essence et n'est pas non plus pertinent pour sa compréhension ou la conduite des enquêtes, la chambre admettra sa suppression permanente.

Les suppressions permanentes concernent en général des éléments tels les adresses et numéros de téléphone des témoins et membres de leurs familles. Les textes prévoient spécifiquement la protection des membres de la famille d'un témoin<sup>519</sup>. La non-divulgence de leur adresse ainsi que leur numéro de téléphone sera appropriée, puisqu'en général, c'est le témoin et non ses proches qui aura eu connaissance des crimes. L'adresse de celui-ci sera également gardée confidentielle si par recoupement, elle peut mener à celle des membres de sa famille. Dans la mesure où l'adresse peut être pertinente pour les enquêtes d'une partie, la Chambre maintiendra la confidentialité pour autant que l'adresse ne constitue pas un enjeu majeur<sup>520</sup>. Par exemple, la non-divulgence ne sera pas autorisée si elle empêche la défense de se préparer efficacement, si elle rend le reste du document inintelligible ou inutilisable. Il ne doit pas y avoir de préjudice identifié pour la défense<sup>521</sup>. Il lui sera toujours possible de rencontrer le témoin selon les arrangements pris avec l'Unité des victimes et témoins (UVT) si elle entend mener des enquêtes. L'arrangement consistera alors à rencontrer le témoin en d'autres lieux qu'à son adresse.

La règle de la confidentialité permanente est également appliquée aux éléments identifiant les interprètes du BdP, à savoir leur nom et leur signature<sup>522</sup>. Par contre, il a été jugé que les noms des personnes travaillant pour le Bureau public de l'information, les bureaux de terrain et les personnes de contact du BdP sur le terrain étaient potentiellement pertinents parce qu'ils permettent à l'accusé de comprendre les procédures appliquées et les personnes impliquées dans la collecte des preuves<sup>523</sup>. Dans *Bemba*, la Chambre soumet à la même règle des éléments qui sont répétitifs ou qui n'entretiennent aucun lien avec les événements ou les charges, à l'instar des éléments de

---

<sup>519</sup> Voir *Statut de Rome*, art. 68-5, 87-4, RPP, règle 81-3, 81-4, 88-2, 107-3.

<sup>520</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-813-Conf-Exp, Decision on the Prosecution's Requests to Lift, Maintain and Apply Redactions to Witness Statement and Related Documents (7 juillet 2010) aux paras 65-68 et Annexe A (CPI, Chambre de première instance III).

<sup>521</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-815-Red2, Public Redacted Decision on the Prosecution's applications for redactions (ICC-01/05-01/08-772-Conf, ICC-01/05-01/08-778-Conf and ICC-01/05-01/08-786-Conf) (20 juillet 2010) au para 13 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-815-Red2].

<sup>522</sup> *Ibid* au para 15.

<sup>523</sup> *Ibid* au para 16.

nature personnelle<sup>524</sup>. Ainsi, compte tenu du droit du témoin à la vie privée, même lorsque son identité est connue de l'accusé, sa photographie n'a pas à être communiquée sans son consentement<sup>525</sup>.

Un autre cas d'application des principes de la confidentialité permanente est la non-divulgence des éléments d'identification des tierces personnes qui viennent à être présentes lors des entretiens avec les témoins, notamment en cas de prise vidéo. Elles sont considérées comme tierces pour la raison que leur présence ne constitue pas une information pertinente au regard des accusations portées contre l'accusé. C'est le cas des interprètes de l'accusation<sup>526</sup>, des intermédiaires, des ONG et leur personnel de terrain. Pour les mêmes motifs qu'elles ne sont pas pertinentes pour la suite des procédures, les informations permettant d'identifier les lieux où se tiennent les entretiens avec les témoins ne sont pas communiquées<sup>527</sup>. En outre, la Chambre de première instance a décidé d'accorder la confidentialité pour protéger l'identité d'une source qui, sans être l'auteur d'un document, n'a fait que le communiquer à la défense<sup>528</sup>. C'est le cas si le document contient déjà les indicateurs d'authenticité, tels le nom de leur auteur, la signature et le cachet officiels, susceptibles de faciliter la conduite des enquêtes<sup>529</sup>. Enfin, la Chambre préliminaire III a refusé la non-divulgence de l'adresse d'un témoin dont le nom a été divulgué à l'accusé et lorsque ladite adresse se rapportait à une ancienne résidence<sup>530</sup>. L'adresse est utile si la défense souhaite contacter la personne protégée pour conduire des enquêtes<sup>531</sup>. Ainsi la levée de la confidentialité sera ordonnée dès que le renseignement est jugé pertinent dans la conduite de la procédure. Selon la même démarche qu'en matière d'anonymat, cette levée peut être différée le temps que les mesures de protection soient mises en œuvre par la Cour.

---

<sup>524</sup> *Ibid* au para 23.

<sup>525</sup> *Ibid* au para 21.

<sup>526</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-805, Decision on the « Prosecution's Request to Apply Redactions to Audio-Video Recording of Statements Already Disclosed to Defence » (ICC-01/05-01/08-724) (29 juin 2010) au para 15 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-805].

<sup>527</sup> *Ibid* au para 18.

<sup>528</sup> *The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3122, Decision on the Defence Request to Redact the Identity of the source of DRC-D03-0001-0707 (22 août 2011) au para 15 (Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3122] (La Chambre reconnaît toutefois que si l'authenticité du document venait à dépendre de l'identité de la source, la défense devait en accepter les conséquences).

<sup>529</sup> *The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3057, Decision on the Defence Request to Redact the identity of the source of Three items of Documentary Evidence (4 juillet 2011) au para 17 (Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3057].

<sup>530</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-813-Red, Redacted Decision on the Prosecution's Requests to Lift, Maintain and Apply Redactions to Witness Statements and Related Documents (20 juillet 2010) au para 64 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-813-Red].

<sup>531</sup> *Ibid* au para 66.

Dans certaines circonstances cependant, à la place des expurgations et toujours par exception à l'obligation de communication, la Chambre peut autoriser, dans l'attente de la levée de la confidentialité, la production d'un résumé d'un document ou de la déclaration d'un témoin pour faciliter la préparation de la défense dans l'intervalle<sup>532</sup>. La mesure est exceptionnelle par le fait que les résumés ne sont admis, d'après l'article 68-5, qu'à la phase « avant l'ouverture du procès ». Il en est ainsi si la production d'une version caviardée ou d'une version anonyme de la déclaration est impossible, celle-ci étant rendue illisible du fait de l'ampleur du caviardage. Lorsqu'il n'est pas possible de caviarder le document sans le rendre inintelligible, le résumé est choisi exceptionnellement, et à titre temporaire, à la phase préalable au procès. Lorsque le support de l'information est un enregistrement vidéo ou audio, l'altération des voix, du son et des images constitue la solution appropriée<sup>533</sup>. Cette forme caviardée peut être accompagnée du résumé des transcriptions de tels documents.

La pratique a étendu la possibilité de produire les résumés ou les versions expurgées de documents à la phase du procès. Tout dépend de la pertinence des éléments qu'ils contiennent pour l'affaire. Une telle pratique s'est imposée lorsque des sources, disposant d'informations utiles, mais communiquées confidentiellement, s'opposaient radicalement à la divulgation de leur identité. Une Chambre de la CPI a estimé dans une cause que la défense devait se contenter de mesures compensatoires, soit la production par l'accusation d'un résumé. Elle a jugé pour ce faire que le document original ne contenait que les éléments relevant de la règle 77, soit des renseignements nécessaires à la préparation de la défense, « ce qui est de nature à avoir un impact moins direct sur les droits de la défense »<sup>534</sup>. La solution aurait donc été tout autre s'il s'était agi de documents de nature à disculper ou à atténuer la responsabilité pénale de l'accusé.

Dans tous les cas, la dérogation à l'obligation de communication emporte systématiquement la dérogation à un autre principe fondamental du procès pénal, celui de la publicité des débats.

---

<sup>532</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1179, *supra* note 516 au para 51.

<sup>533</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-989, Décision relative à la demande de mesures de protection présentée par le Procureur en vertu de l'article 54-3-f du Statut et de la règle 81-4 du Règlement (25 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>534</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1948-Red, Décision sur la requête aux fins de divulgation des documents DRC-OTP-0021-0034 et DRC-0159-0408 ainsi que de leur source (10 janvier 2011) au para 18 (CPI, Chambre de première instance II).

## 2.2. – La dérogation au principe de publicité des débats

Nous verrons d'une part le fondement du principe de publicité, qui est le besoin de transparence du procès pénal (2.2.1), avant d'envisager d'autre part comment la confidentialité permet des dérogations à cette règle fondamentale (2.2.2).

### 2.2.1. – La publicité comme garantie de la transparence

La transparence traduit en démocratie « la nécessaire ouverture de l'administration à la société »<sup>535</sup>. On a évoqué en doctrine le processus de nomination des juges des tribunaux internationaux<sup>536</sup>, l'exercice de la discrétion du Procureur en matière de poursuites ou encore la détermination de la sentence comme domaines d'application de la transparence. Dans tous ces cas, le problème de la transparence signifie que les règles découlant du droit de ces tribunaux ne doivent pas être délibérément obscurcies, pas plus que leur mise en œuvre ne doit avoir lieu en dehors du contrôle et du regard public<sup>537</sup>. Ce qui est dit de la procédure pénale interne, à savoir qu'elle est « liée au processus de démocratisation »<sup>538</sup>, est également transposable à la procédure internationale. Dans cet esprit, nous abordons dans la présente section la seconde acception de la notion de transparence. Elle rend le mieux compte de la perception et de l'implication de l'opinion publique dans le processus de justice internationale pénale. La transparence s'entend dans ce sens de la notion de publicité, car la justice qui est rendue doit être vue en train d'être rendue<sup>539</sup>. C'est de cette manière qu'elle apparaîtra équitable aux yeux de l'opinion.

Dans les sections qui suivent, nous évoquerons les apports que la justice internationale pénale pourrait tirer de la publicité. Pour rendre compte de son importance, la doctrine<sup>540</sup> se réfère souvent à cette formule de la Cour européenne des droits de l'homme :

La publicité de la procédure des organes judiciaires (...) protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à

---

<sup>535</sup> Claude Blumann. « Transparence » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 742 à la p 742.

<sup>536</sup> Ruth Mackenzie et Philippe Sands, « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge » (2003) 44:1 *Harvard Int'l L J* 271.

<sup>537</sup> Ralph Henham, *Punishment and Process in International Criminal Trials*, Aldershot, Ashgate, 2005 à la p 93.

<sup>538</sup> Mireille Delmas-Marty, « À l'origine de ces travaux... » dans Mireille Delmas-Marty, dir, *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1991, 13 à la p 15.

<sup>539</sup> *Sussex*, *supra* note 27.

<sup>540</sup> Marina Eudes, « Article 14 » dans Emmanuel Décaux, dir, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris, Economica, 2011, 329 à la p 347 [Eudes, « Article 14 »]; Loukis Loucaides, « Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights » (2003) 3:1 *HRL Rev* 27 à la p 47.

l'administration de la justice, elle aide à réaliser (...) le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique<sup>541</sup>.

Cette affirmation souligne l'intérêt de la société pour la bonne administration de la justice en général et le procès équitable en particulier. Les apports de la publicité à la transparence de la justice sont multiples. Nous nous limiterons ici à l'examen de deux d'entre eux qui revêtent à nos yeux une importance indéniable pour l'effectivité de la justice internationale pénale. En tant qu'inducteur de la transparence, la publicité comprend une valeur démocratique (2.2.1.1) et pédagogique (2.2.1.2) dont semble se passer assez facilement la justice internationale pénale. Une digression de notre propos, qui tendait à l'origine à esquisser l'articulation du secret dans l'administration de la preuve, nous semble valoir un détour afin de mieux saisir les manifestations de la confidentialité sur la transparence que nous examinons à la section 2.2.2 de chapitre.

#### 2.2.1.1. – La valeur démocratique de la publicité de la justice

Une analyse comparée de la pratique de droit interne et de la pratique des juridictions internationales révèle un rapprochement dans la consécration du principe de la publicité de la justice. Mais tandis qu'en droit interne son caractère de valeur constitutionnelle n'est pratiquement plus contesté dans la plupart des traditions juridiques, force est de constater qu'il manque en droit international un véritable garant.

Dans les pays de *common law*, la publicité des procès est un idéal vénéré et indispensable<sup>542</sup>. La justice a toujours eu un caractère populaire. D'après Spigelman, les origines de la publicité se situent dans l'arène politique de l'Angleterre du Moyen-Âge où les procès tenus à la cour du roi voyaient la participation des foules et de l'aristocratie<sup>543</sup>. Le secret n'y avait pas de place. Un auteur français, Garraud, a décrit les caractères contradictoire, oral et public de la procédure de type accusatoire comme signifiant que « [l]es adversaires sont mis en présence dans un débat qui a lieu au grand jour »<sup>544</sup>. Le juriste anglais Bentham dira au 19<sup>e</sup> siècle que : « [*publicity is the very soul*

---

<sup>541</sup> Cour EDH, *Axen c Allemagne* (8 décembre 1983) série A n° 72 au para 25 [Axen]; *Pretto et autres c Italie* du (8 décembre 1983), série A n° 71 au par. 21; *Sutter c Suisse*, n°8209/78 (22 février 1984) au para 26.

<sup>542</sup> Jamie Cameron, *Victim Privacy and the Open Court Principle*, Ottawa, Policy Centre for Victims Issues, 2003 à la p 7.

<sup>543</sup> James Spigelman, «The Principle of Open Justice: A Comparative Perspective» (2006) 29:2 UNSW L J 147 [Spigelman, «The Principle of Open Justice»].

<sup>544</sup> René Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1907 [Garaud, *Traité théorique*].

of justice. It is the keenest spirit to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge, while trying, under trial »<sup>545</sup>.

La publicité des procès est si ancrée dans la culture juridique anglaise de l'époque qu'on n'éprouve pas la nécessité de l'inscrire dans une constitution. Lorsqu'il n'existe pas de constitution écrite ou lorsqu'elle existe sans en tenir compte, la publicité n'a pas moins une valeur constitutionnelle<sup>546</sup>. La consécration du principe est d'origine jurisprudentielle avec un jugement fondateur de la Chambre des lords de 1913. Celui-ci décrit la publicité comme « *a sound and very sacred part of the constitution of the country and the administration of justice* »<sup>547</sup>. En Australie, c'est « l'essence » du système judiciaire<sup>548</sup>.

Ailleurs toutefois, aux États-Unis, au Libéria et au Canada, le principe a été inscrit dans les constitutions<sup>549</sup>. Ce sont les plus anciens de ces textes qui ont influencé la proclamation dans les instruments régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme du principe de la publicité du procès<sup>550</sup>. Il existe en réalité une véritable correspondance entre les pays de *common law* et les organes de contrôle de ces instruments quant à l'interprétation du principe. Par exemple, sur son champ d'application, depuis l'affaire *Richmond Newspapers Inc v Virginia* décidée par la Cour suprême des États-Unis<sup>551</sup>, le principe de la publicité touche d'autres phases du procès pénal comme les audiences préliminaires et les audiences de sélection des jurés<sup>552</sup>. Son champ

---

<sup>545</sup> John Bowling, *Works of Jeremy Bentham* (1843) vol 4 aux pp 316–17, cite par Spigelman, «The Principle of Open Justice», *supra* note 543 à la p 150.

<sup>546</sup> Spigelman, «The Principle of Open Justice», *supra* note 543 à la p 150.

<sup>547</sup> *Scott v Scott* [1913] AC 417, 476.

<sup>548</sup> Andrew T Kenyon, « Not Seeing Justice Done: Suppression Orders in Australian Law and Practice » (2006) 26 Adelaide L Rev à la p 283.

<sup>549</sup> *La Déclaration des droits des États-Unis*, adoptée par le Congrès le 26 septembre 1789 et entrée en vigueur le 15 décembre 1791: « Lors de toute poursuite criminelle, l'accusé aura le droit d'être jugé rapidement et publiquement, par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis [...] »; *Déclaration des droits du Libéria*, 26 juillet 1847. En ligne [http://www.aidh.org/Biblio/Text\\_fondat/A\\_liberia\\_01.htm](http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/A_liberia_01.htm) (dernière consultation le 14 mars 2011), article 1§7: toute personne poursuivie au criminel aura le droit « d'être jugée rapidement, publiquement et impartialement par un jury pris dans le voisinage »; *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, C 11, article 11 d) [*Charte canadienne des droits*]: « tout inculpé ne peut être déclaré coupable que conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

<sup>550</sup> *CEDH*, art. 6§1; *CADH*, art. 8§5; *Charte arabe des droits de l'homme*, mai 2004, 7:4-6 RUDH, art. 13§b: « Le procès est public sauf dans des cas exceptionnels lorsque l'exige l'intérêt de la justice dans une société respectueuse des libertés et droits de l'homme ». Seule la *CADHP* en son article 7 sur les garanties judiciaires ne fait pas mention du droit à un procès public. Au niveau international: *PIDCP*, art. 14§1.

<sup>551</sup> *Richmond Newspapers Inc v Virginia*, 448 U.S. 555 (1980)

<sup>552</sup> *Press-Enterprise Co v Superior Court*, 464 US 501 (1984); *Press-Enterprise Co v Superior Court*, 478 US 1 (1986).

d'application s'étend également à d'autres types de procédures : procès civils<sup>553</sup>, audiences disciplinaires des universités<sup>554</sup>, et les audiences en matière d'immigration et de déportation<sup>555</sup>.

À l'inverse des pays de *common law*, la publicité des procès a émergé dans les traditions de droit civil par restriction de la confidentialité introduite au haut Moyen-Âge par la procédure inquisitoire. En raison de son penchant pour l'efficacité, les défenseurs de la procédure inquisitoire jugeaient que le modèle accusatoire par sa publicité et son oralité favorisait l'impunité<sup>556</sup>. Clé de voûte du système<sup>557</sup>, le secret consistait à interroger secrètement l'accusé ou les témoins<sup>558</sup>, à ne pas l'informer promptement de l'identité de ses accusateurs ni des motifs de son accusation. La relation de la justice avec l'opinion publique était sévèrement contrôlée. Par exemple, les documents judiciaires n'étaient publiés qu'avec la permission du parlement<sup>559</sup>. Dans l'esprit de l'efficacité de la procédure, le secret garantit par la sérénité qu'elle apporte que la justice s'exerçait « loin des tumultes et des soubresauts de l'opinion publique »<sup>560</sup>.

Le secret de la procédure inquisitoire est contesté à partir du 17<sup>e</sup> siècle<sup>561</sup>. L'appel est suivi au 18<sup>e</sup> siècle par Beccaria dans le *Traité des délits et des peines*. Il dénonce, selon Garraud, la monstruosité de la torture et demande l'abandon du secret de l'instruction<sup>562</sup>. Mais bien que l'inquisition ait été définitivement abolie en France en 1808 et en Espagne en 1834, les traditions de droit civil demeurent attachées au principe du secret. S'il est vrai qu'il est atténué par la prééminence du droit au procès équitable, il subsiste dans leurs modèles de procédure mixte. En France, le code d'instruction criminelle de 1808 qui consacre la procédure pénale de type mixte a été le résultat d'une double évolution marquée successivement au 17<sup>e</sup> siècle par la codification de l'instruction préalable écrite, secrète et non contradictoire et au 18<sup>e</sup> siècle par l'institution d'une procédure publique, orale et

---

<sup>553</sup> *Publicker Industries Inc v Cohen*, 733 F 2d 1059 (3rd Cir, 1984); *Westmoreland v Columbia Broadcast System, Inc*, 752 F 2d 16 (2nd Cir, 1984); *Newman v Graddick*, 696 F 2d 796 (11th Cir, 1983).

<sup>554</sup> *United States v Miami University*, 294 F 3d 797 (6th Cir, 2002).

<sup>555</sup> *Detroit Free Press v Ashcroft*, 303 F 3d 681 (6th Cir, 2002) but cf *North Jersey Media Group v Ashcroft*, 308 F 3d 198 (3rd Cir, 2002) cert denied 123 S Ct 225 (2003).

<sup>556</sup> Garaud, *Traité théorique*, *supra* note 544 à la p 20.

<sup>557</sup> Benoît Garnot et al., *La Justice et l'histoire : sources judiciaires à l'époque moderne : XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, Bréal, 2006 à la p 135 [Garnot et al., *La justice et l'histoire*].

<sup>558</sup> Adhémar Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Panthéon-Assas, 2010 à la p 366 [Esmein, *Histoire de la procédure*].

<sup>559</sup> Garnot et al., *La justice et l'histoire*, *supra* note 557 à la p 256.

<sup>560</sup> *Ibid* à la p 136.

<sup>561</sup> Garaud, *Traité théorique*, *supra* note 544 à la p 140.

<sup>562</sup> *Ibid* à la p 141.

contradictoire à la phase de jugement<sup>563</sup>. Le secret imprègne les deux articulations de la phase préalable au jugement. L'enquête et l'instruction sont secrètes<sup>564</sup> sous réserve des limites liées aux exigences de la démocratisation européenne<sup>565</sup>. Il serait intéressant de savoir si la société internationale est elle-même pénétrée de cette valeur sur le fondement duquel on pourrait militer en faveur de la publicité de la justice internationale pénale.

L'espace limité de cette recherche ne suffirait pas à examiner dans les détails le caractère démocratique de la société internationale. Toutefois, nous l'apprécierons sous l'angle judiciaire en cherchant à savoir dans quelle mesure les institutions judiciaires internationales rendent l'opinion publique internationale partie prenante de leur procédure. Bien que la justice internationale se soit considérablement développée depuis le 19<sup>e</sup> siècle, la complexité qui la caractérise s'illustre par la multiplicité des mécanismes mis en place pour sa réalisation. La nature des différends et la souveraineté des États déterminent la variabilité des formes sous lesquelles elle s'exprime. Le principe de publicité se module donc en fonction de formes de justice internationale.

On observe depuis peu des mutations significatives dans le domaine de l'arbitrage international<sup>566</sup>. La confidentialité est la cause de son attractivité<sup>567</sup>. Elle est aussi un élément du droit commun sur lequel son succès s'est construit<sup>568</sup>. Qu'il s'agisse de l'arbitrage interétatique, de l'arbitrage commercial international<sup>569</sup> et de l'arbitrage des investissements internationaux<sup>570</sup>, le

---

<sup>563</sup> *Ibid* aux pp 89 et s.

<sup>564</sup> La règle est reprise à l'article 11-1 de l'actuel code de procédure pénale: « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».

<sup>565</sup> Aux termes de l'article 11-3 du code de procédure pénale français, le procureur de la république d'office ou à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, peut être amené à communiquer sur un dossier « afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public ».

<sup>566</sup> Yves Fortier et Renée Thériault, «La transparence de l'arbitrage international à l'ère des différends investisseurs-États : du mythe à la réalité» dans Sylvette Guillemard, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, Québec, Yvon Blais, 2011, 67.

<sup>567</sup> Eugenia Levine, « *Amicus Curia* in International Investment Arbitration: Implication of an Increase in Third-Party Participation » (2011) 29:1 *Beckley J Int'l L* 200 à la p 204.

<sup>568</sup> Gilbert Guillaume, « The Contribution of the Permanent Court of Arbitration and its International Bureau to Arbitration between States », discours à l'occasion de la célébration du centenaire de la deuxième convention de La Haye du 18 octobre 1907. La Haye, 18 octobre 2007 à la p 6. En ligne <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guillaume%20EN.pdf>> (dernière consultation le 08 avril 2011); Cindy Buys, « The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration » (2003) 14 *American Review of International Arbitration*, 121 et s; Loukas Mistelis, « Confidentiality and Third-Party Participation: *UPS v. Canada and Methanex Corp v USA* » dans Todd Weiler, dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, 169 aux pp169 et s.

<sup>569</sup> Règles d'arbitrage de la CNUDCI, art. 25§4 (huis clos) et art. 32§5 (confidentialité du jugement). Sur l'interdiction aux tiers d'avoir accès aux documents de procédure sans le consentement des parties : *Methanex Corp v United States*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae (15 janvier 2001) aux paras 43-46.

<sup>570</sup> Convention CIRDI, art 48§5 (interdiction de publier la sentence sans le consentement des parties) et Règles d'arbitrage CIRDI, art. 32 (2) (huis clos de la procédure).



principe du *huis clos* y a longtemps prévalu. Il continue certes de régner<sup>571</sup>, mais de manière limitée. Avec la percée récente des mouvements et organisations sociales mondiales en faveur de la transparence, le secret pourrait ne plus être le principe dans bon nombre de ces mécanismes.

Dans le système de l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), il est apparu que sous le paravent de différends privés<sup>572</sup>, les enjeux sociétaux sont également en cause, l'institution devant trancher des questions pressantes de droits de l'homme et de protection de l'environnement. Des ONG et d'autres organisations mondiales expriment ainsi de plus en plus le désir enthousiaste de prendre part aux procédures de l'ORD en dépit de leur caractère privé<sup>573</sup> que peuvent seules écarter les parties au litige<sup>574</sup>.

Pour certains, la publicité doit être appliquée à l'OMC en tant que droit de la personne<sup>575</sup>. Pour d'autres, le caractère juridictionnel désormais affirmé du mécanisme de règlement des différends ne lui permet plus de se soustraire au principe de transparence<sup>576</sup>. Or pour ceux qui émettent encore des réserves, les buts poursuivis par la publicité sont satisfaits par d'autres moyens<sup>577</sup>. Il est intéressant de remarquer que les grandes puissances, dont les États-Unis, le Canada et le Japon, s'expriment progressivement en faveur de la publicité<sup>578</sup>. Pour elles, la confidentialité compromet le soutien du public pour le règlement des différends et constitue un obstacle à la capacité des membres à représenter les intérêts de leurs parties prenantes<sup>579</sup>.

---

<sup>571</sup> Noradèle Radjai, « Confidentiality in International Arbitration: Brief Overview of the Position in Switzerland and Further Reading » (2009) 27:1 *ASA Bulletin* 48 à la p 49.

<sup>572</sup> Ben Hamida Walid, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions » (2005) 51 *AFDI* 564 à la p 580.

<sup>573</sup> *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 à l'Accord instituant l'organisation mondiale du commerce, Appendice 3 paragraphe 2; Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/R, 31 mars 2008, par. 7.43

<sup>574</sup> *Ibid*, art 12-1; Organe d'appel, *CE – Hormones*, 31 mars 2008, par. 7.51

<sup>575</sup> Lothar Ehring, « Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization » (2008) 11(4) *J Int'l Econ L* 1021 à la p 1023; Julio A. Lacarte, « Transparency, Public Debate and Participation by NGOs in the WTO: A WTO Perspective » (2004) 7 *J Int'l Econ L* 683 à la p 684; James Bacchus, « The WTO Must Open up its Trade Dispute Proceedings » (2004) 5(2) *European Affairs* 88–92.

<sup>576</sup> David Palmeter, « The Need for Due Process in WTO Proceeding » (1997) 1 *JWT* à la p 54.

<sup>577</sup> Shahrjerdi Payam et Tomkiewicz Vincent, « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce » dans Hélène Ruiz Fabri, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 269 à la page 273. Ces autres moyens d'assurer la transparence seraient notamment la circulation des rapports aux États membres afin qu'ils y apportent leurs commentaires. Comme le remarque un commentateur, cette technique ne saurait être considérée comme suffisante. Dans une affaire, l'Organe d'appel a souligné le fait que la confidentialité de la procédure n'était pas absolue par la notification des appels, la publication des rapports et le fait que ces derniers reprenaient en détail les soumissions des parties et des tiers : WTO United States: Continued Suspension of Obligations in the EC–Hormones Dispute—Report of the Appellate Body, 16 octobre 2008, Doc. OMC WT/DS320/AB/R [5].

<sup>578</sup> Alberto Alvarez-Jimenez, « Public Hearings at the WTO Appellate Body: The Next Step » (2010) 59:4 *ICLQ* 1079 à la p 1086.

<sup>579</sup> *Affaire Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en ACCUSATION en provenance de Pologne* (WT/DS122/1), Rapport de l'Organe d'appel, §73.

En réalité, la trajectoire prise par l'OMC ne s'explique autrement que par la nature arbitrale qui a dicté sa construction originelle au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. Sa judiciarisation progressive devrait donc emporter une rupture avec la confidentialité et un alignement sur le principe de publicité qui caractérise la Cour internationale de justice<sup>580</sup>.

L'institutionnalisation de la justice reflète en quelque sorte corrélativement son caractère d'ordre public, expression de la vitalité et de la transcendance sociale des problèmes qu'elle juge. La société ne peut autrement qu'en être partie prenante. Le principe de publicité est ainsi consacré dans les textes fondamentaux des cours régionales de droits de l'homme en Europe<sup>581</sup>, en Amérique<sup>582</sup> et en Afrique<sup>583</sup>. S'il ne fait pas de doute que les valeurs qu'incarnent les juridictions pénales internationales, en particulier la CPI, justifient une publicité de leur procédure, la question se pose de savoir comment cette publicité peut être opérationnalisée de sorte à démocratiser la Cour.

La notion de démocratie en lien avec la publicité mérite assurément quelques précisions. Se prononçant sur le sujet, la Cour EDH a souligné que « la publicité des débats constitue un principe fondamental » du droit au procès équitable, car pour l'individu, « le contrôle du public [est] une condition nécessaire à la transparence et à la garantie du respect de ses droits »<sup>584</sup>. Pour que les droits de la défense soient respectés, Adhémar Esmein disait qu'il fallait, entre autres, mais en premier lieu, la publicité<sup>585</sup>. Il s'ensuit, ainsi qu'a rappelé la CSC, que cette publicité « constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire »<sup>586</sup>. La légitimité, qui est bâtie sur la confiance dans les cours et tribunaux et sur leur contrôle par la société, assure, en favorisant leur indépendance et leur impartialité, la primauté de la règle de droit<sup>587</sup>.

---

<sup>580</sup> *Statut de la Cour Internationale de Justice*, art. 46; voir également le Tribunal international du droit de la mer : notamment la partie XI et l'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/48/263 du 17 août 1994; Art. 74 du Règlement du Tribunal international du droit de la mer, Doc. ITLOS/O8 tel qu'amendé le 17 mars 2009. Art. 26 par. 2 du Statut du Tribunal international du droit de la mer (annexe VI à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

<sup>581</sup> *Règlement intérieur de la Cour EDH* tel qu'amendé le 29 juin 2009 et entré en vigueur en juillet 2009, art 63-1.

<sup>582</sup> *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, adopté par l'Assemblée générale de l'OEA à sa 9<sup>ème</sup> session ordinaire de Laz Paz Bolivie d'octobre 1979, Résolution no. 448, art 24.

<sup>583</sup> *Protocole à Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la création de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 34<sup>ème</sup> Session Ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'États et de Gouvernement réunit à Ouagadougou, Burkina Faso du 8 au 10 juin 1998, art 10-1; *Protocole portant création de la Cour de Justice de l'Union Africaine*, Adopté par la 2<sup>ème</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003, art 35-3; *Projet de protocole relatif à l'intégration de la Cour ADHP à la Cour de Justice de l'Union Africaine*, Sommet de l'UA de Sirte, Lybie, EX.CL./195 (VII), juillet 2005.

<sup>584</sup> Cour EDH, *Vernes c France*, n°30183/06 (20 janvier 2011) aux paras 30-32.

<sup>585</sup> Esmein, *Histoire de la procédure*, *supra* note 558 à la p 369.

<sup>586</sup> *Vancouver Sun (Re) c Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique*, «personne désignée», Ajaib Singh Bagri et Ripudaman Singh Malik, [2004], 2 RCS 332 au para 25.

<sup>587</sup> *Personne désignée c Vancouver Sun*, [2007] 3 RCS 253 au para 32.

Certes, la primauté du droit est recherchée dans le contexte de la procédure dans l'intérêt du justiciable immédiat qui est l'accusé, mais le principe de la publicité s'est progressivement transformé en un droit d'accès du public et des médias aux débats judiciaires. Ceci s'est fait dans les ordres internes, non pas sur les fondements du droit au procès équitable, mais plutôt sur la base de la liberté d'expression. La CSC a ainsi statué que « [o]utre son rôle de longue date comme règle de common law inhérente à la primauté du droit, le principe de la publicité des débats judiciaires est d'autant plus important qu'il est manifestement lié à la liberté d'expression [...] »<sup>588</sup>. En liant le droit au procès équitable de l'accusé qui, du moins en certaines circonstances, peut justifier la limite à la publicité, au droit du public et des médias à la liberté d'expression, les juges n'ont pas méconnu les tensions susceptibles de les opposer.

Cependant, la question se pose quant à l'opportunité de transposer dans la procédure pénale internationale cette association des droits de l'accusé et du droit du public à la liberté d'expression, lorsqu'on sait qu'en droit interne ces droits sont fondés sur des assises juridiques distinctes. Le droit à la liberté d'expression a en effet valeur constitutionnelle dans les principaux systèmes juridiques. Il est garanti aux États-Unis et au Canada par des voies de recours extraordinaires qui permettent aux médias de contester en justice une ordonnance restreignant la publicité d'une procédure criminelle. La transposition n'est donc pas totale en droit international pénal à défaut d'ouvrir un recours aux médias internationaux.

Le cadre juridique de la CPI affirme clairement un droit d'accès du public et des médias à ses débats. La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a également renforcé ce droit<sup>589</sup>. Toutefois, les tiers n'ont pas la possibilité de contester une mesure portant atteinte à la publicité. Voilà bien qui met en lumière les imperfections de la société démocratique mondiale et atténue toute valeur du principe de publicité. Lorsqu'il n'est pas possible de contester les mesures restreignant la transparence, est-on encore en droit de soutenir que la société exerce un quelconque contrôle sur les cours et tribunaux dans ce contexte ? Il se peut qu'on doive dans le cadre de la société internationale se contenter de la valeur didactique de la publicité de la justice.

---

<sup>588</sup> *Ibid* au para 33.

<sup>589</sup> *The Prosecutor v Élie Ndayambaje*, ICTR-98-42-T, Decision on Prosecution Motion to Unseal the Transcripts of Witness WDUSA (1<sup>er</sup> novembre 2006) au para 12 (TPIR, Chambre de première instance II): « *the transcripts of the testimony of Witness WDUSA heard in open session are accessible to the public without further order by the Chamber* ».

### 2.2.1.2. – La valeur pédagogique de la publicité de la justice

La valeur pédagogique de la publicité des procédures a été soulignée au TPIY à l'occasion de l'affaire *Tadić*. D'après la Chambre de première instance, « *the International Tribunal has an educational function and the publication of its activities helps to achieve this goal* »<sup>590</sup>. Souvent soulignée<sup>591</sup>, mais parfois ignorée<sup>592</sup> par la doctrine, cette fonction est pourtant d'une importance toute spécifique pour des tribunaux pénaux internationaux. La valeur pédagogique postule que la Cour remplit la double fonction d'éducation et d'information. Chacune de ces notions recouvre un sens particulier lié aux spécificités de la justice internationale pénale.

En effet, l'information contribue à combler le déficit de publicité, précisément le manque de transparence, qui caractérise logiquement le fonctionnement d'une institution éloignée des lieux où les procédures revêtent le plus d'intérêt pour les communautés affectées. Évoquer la publicité au sens traditionnel où la Cour ne doit poser aucune restriction non justifiée par un impératif social à l'accès à ses procédures peut ne rien signifier pour la presse ou les communautés de la RDC, de la RCA, de l'Ouganda, du Soudan, de la Côte d'Ivoire ou du Kenya, qui n'ont pas toujours les moyens de se rendre à La Haye. Dès lors, la Cour n'assume plus qu'une obligation négative de ne pas obstruer l'accès à ses débats, mais mieux une obligation positive de prendre des mesures pour rendre effective leur publicité. Ce sera notamment le cas lorsque les motifs ayant justifié la confidentialité n'existent plus. La Cour prend des mesures pour restaurer la publicité, en ordonnant par exemple la divulgation des procès-verbaux des audiences tenues à huis clos<sup>593</sup> ou en levant les scellés sur des documents classifiés<sup>594</sup>.

En outre, le *Règlement de la Cour* fait clairement allusion à « la publicité des débats [qui] peut dépasser le cadre du prétoire et être assurée par la retransmission des audiences par le Greffe, ou par la divulgation des transcriptions ou des enregistrements »<sup>595</sup>. Les médias et la presse ne

---

<sup>590</sup> *Tadić*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 32.

<sup>591</sup> Karin Calvo-Coller, *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006 à la p 224 [Calvo-Coller, *The Trial Proceedings*]; Frank Terrier, « The Procedure before the Trial Chamber » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol 2, Oxford, OUP, 2002, 1277 à la p 1281.

<sup>592</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 aux pp 797-798.

<sup>593</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 137-2; *Règlement de la Cour*, norme 20-3.

<sup>594</sup> *Le Procureur c Joseph Kony et consorts*, ICC-02/04-01/05-266-tFRA, Décision de la Chambre d'appel relative à la levée des scellés (4 février 2008) au para 4 (CPI, Chambre d'appel) [*Kony*, ICC-02/04-01/05-266-tFRA].

<sup>595</sup> *Règlement de la Cour*, norme 21-1.

peuvent se livrer à ces activités sans le consentement de la Cour qui peut toutefois mettre à la disposition du public les enregistrements et les transcriptions<sup>596</sup>.

Au sens du *Règlement du Greffe*, mettre à la disposition du public consiste à fournir, gratuitement ou contre paiement, les copies des enregistrements audio ou vidéo des procédures<sup>597</sup>. Ce moyen d'assurer l'accessibilité des débats peut ne pas être adapté dans certaines circonstances. La complexité des procédures, la haute technicité des questions débattues, l'absence de moyens technologiques pour accéder à la transmission audio, vidéo ou au site internet de la Cour peuvent limiter l'appropriation de l'information par les communautés dont l'alphabétisation est moyenne ou qui sont coupées de la technologie. Des programmes de sensibilisation ont ainsi été développés par les juridictions *ad hoc*, quoique tardivement, à l'intention des populations concernées au premier chef par les procédures<sup>598</sup>. Cette pratique suivie par la CPI accroît l'impact de la publicité, fait connaître et procure à son travail une certaine légitimité<sup>599</sup>. Le manque de transparence aurait l'inconvénient de dissiper la confiance de l'opinion dans son impartialité et son indépendance. La Cour ne serait pas non plus en mesure de remplir son mandat de dissuasion qui doit s'appuyer sur sa fonction éducative pour laquelle l'accessibilité aux débats judiciaires est indispensable.

De l'information à l'éducation, la ligne est en réalité très fine. La Chambre d'appel, sous l'opinion individuelle du juge Pikis, a souligné abondamment dans une décision de 2008 que cette fonction de la publicité appelait la Cour à promouvoir la connaissance du droit. D'après l'illustre juge, à la valeur démocratique du principe de publicité, « il convient d'ajouter [...] l'importance des arrêts et des décisions en tant que source du droit, un fait expressément reconnu par l'article 21-2 du Statut [...] »<sup>600</sup>. Pour lui, « une jurisprudence n'est applicable que si elle est connue. Ne pas publier des jugements ou des décisions revient à les frapper du sceau du secret, de sorte que les principes qui

---

<sup>596</sup> *Ibid*, norme 21-9.

<sup>597</sup> *Règlement du Greffe*, *supra* note 299, norme 17-1. Au TPIY voir *Directive pour le Greffe*, Doc IT/121, art 29 (le Greffe doit permettre l'accès du public aux documents), art 30 (accès du public aux archives judiciaires du Tribunal), annexé à *Procureur c Radoslav Brdanin et Momir Talić*, IT-99-36-PT, Décision relative à la deuxième requête de Radoslav Brdanin aux fins d'accès à des documents confidentiels (20 juin 2001) (TPIY, Chambre de première instance II).

<sup>598</sup> Janine Natalya Clark, «Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities» (2011) 9 JICJ 521 à la p 532 [Clart, «Peace, Justice»]. Mais plus généralement sur ce sujet : Janine Natalya Clark, « International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach » (2009) Int'l Crim L Rev 99.

<sup>599</sup> CPI, *Plan stratégique d'information et de sensibilisation de la Cour pénale internationale*, Assemblée des États Parties, Cinquième session, La Haye, 23 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2006, Doc CPI ICC-ASP/5/12, 29 septembre 2006.

<sup>600</sup> *Kony*, ICC-02/04-01/05-266-tFRA, *supra* note 594 à la p 9.

en découlent sont inaccessibles au public ». Il conclut que « l'obligation de rendre les jugements publics [...] est respectée si le jugement du tribunal est rendu public, disponible à tous »<sup>601</sup>.

La position du juge Pikis est d'autant plus pertinente que le principe de publicité, lorsqu'il s'étend aux jugements des tribunaux, n'admet aucune exception selon le droit international des droits de la personne auquel doit se conformer la Cour. Mais les dispositions du cadre normatif de la CPI qui reprennent cette règle opèrent une sélection des décisions dont la publicité est le principe. Bien qu'elle couvre « l'ensemble des arrêts ou décisions rendus dans le cadre d'un appel »<sup>602</sup>, il faut remarquer que la chambre de première instance pour sa part rend en audience publique un nombre de décisions bien précises, soit celles qui portent sur la recevabilité, la compétence, la responsabilité pénale de l'accusé, la peine et les réparations<sup>603</sup>. Or les parties ont souvent requis et obtenu, le plus souvent à titre temporaire, la confidentialité pour bien d'autres types de décisions dans lesquelles la Cour a pu dégager le sens et la portée du droit. Les conditions de restriction de la publicité des procédures semblent ainsi se mouler aux particularismes de la procédure pénale internationale.

### 2.2.2. – Les mesures de dérogation à la publicité

Les mesures examinées ici doivent être distinguées d'autres mesures, souvent de nature substantielle ou non procédurale, qui sont élaborées pour la protection des victimes et témoins dans le cadre de mécanismes spécifiques développés par la pratique des tribunaux pénaux internationaux. Une littérature pertinente abonde sur ces questions de manière plus large<sup>604</sup>. Celles évoquées ci-dessous n'ont pas moins fait couler beaucoup d'encre<sup>605</sup>. Pour bien comprendre la variété des mesures restreignant la publicité des audiences devant la CPI et les autres juridictions pénales internationales, il faut donner au principe de publicité un double sens. C'est d'abord la tenue des audiences dans un lieu défini et connu à l'avance comme celui qui abritera le procès. Le principe est

---

<sup>601</sup> *Ibid* aux pp 9-10.

<sup>602</sup> *Ibid* à la p 8 para 5.

<sup>603</sup> *Statut de Rome*, art 74-5, art 76-4; *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 144.

<sup>604</sup> Voir à titre indicatif Mohammed Ayat, « Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés » (2010) 10 *Int'l Crim L Rev* 787; McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 aux pp 189-220; Sylvia Ntube Ngane, « Witnesses before the International Criminal Court » (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 431[Ngane, « Witnesses before the ICC »].

<sup>605</sup> Sylvia Pieslak, « Comment: The International Criminal Courts Quest to Protect Rape Victims of Armed Conflict: Anonymity as Solution » (2004) 2 *Santa Clara J Int'l L* 138; Nicolas Croquet, « Implied External Limitations on the Right to Cross-Examine Prosecution Witnesses: The Tension Between a Means Test and a Balancing Test in the Appraisal of Anonymity Requests » (2010) 11 *Melb J Int'l L* 27 [Croquet, « External Limitations »]; Joanna Pozen, « Justice Obscured: the Non-Disclosure of Witness' Identities in ICTR Trials » (2006) 28 *Int'l L & Pol* 281 [Pozen, « Justice Obscured »].

respecté dans ce cas par le seul fait que le lieu est accessible, même si en fin de compte aucun membre du public ne s'y rend.

Le principe de publicité recouvre ensuite le droit du public et des médias d'accéder à ce lieu et aux documents résultant des débats judiciaires. Les restrictions emploient des moyens différents en fonction des sens évoqués. Les juridictions pénales internationales tiennent leurs débats selon des modalités qui restreignent l'accessibilité du public (2.2.2.1.). À cela s'ajoute la forme classique de confidentialité consistant à refuser d'admettre le public à l'audience, même accessible (2.2.2.2).

#### 2.2.2.1. – La tenue des débats dans des lieux inaccessibles au public

Pour dire que le principe de publicité a été respecté, il faut au préalable que les débats judiciaires aient lieu dans un endroit accessible. À la CPI par exemple, il est prévu que la présentation du témoignage se fasse soit en personne en audience ou à distance<sup>606</sup>. C'est cette deuxième option, « à distance », qui pose des problèmes d'accessibilité. Si l'on s'entend sur le fait que l'audience consiste en la tenue des débats oraux et que la prise de témoignage est un élément des débats, le fait de déplacer le lieu où il est recueilli nous apparaît problématique. La véritable audience n'est plus le lieu où se trouvent les juges ou les parties, mais celui à partir duquel le témoin donne sa déposition. C'est en effet l'élément crucial des débats judiciaires. L'intérêt de la comparution personnelle au lieu connu et accessible réside précisément dans le fait que le juge et le public peuvent exercer un certain contrôle sur l'environnement dans lequel le témoignage a lieu. En créant un régime d'audiences « à distance », on perd cette possibilité. À la CPI, elles revêtent la forme de témoignage par liaison audio ou vidéo<sup>607</sup> et de témoignage préalablement enregistré sur support audio, vidéo ou écrit<sup>608</sup>.

Le recours à la téléconférence est prévu à l'article 68-2 du *Statut de Rome* comme mesure de principe pour les victimes de violence sexuelle. Aux termes de l'article 69-2 du Statut, des règles 87-3-e et 67, le témoignage par téléconférence a lieu *viva voce*, c'est-à-dire en direct. La règle 67 du RPP pose deux conditions supplémentaires : les juges et les parties doivent pouvoir interroger le témoin pendant sa déposition d'une part et d'autre part, le lieu à partir duquel il donne son témoignage doit être propice « à une déposition franche et sincère ainsi qu'au respect de la

---

<sup>606</sup> *Statut de Rome*, art 69-2.

<sup>607</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 67

<sup>608</sup> *Ibid*, règle 68.

sécurité, du bien-être physique et psychologique, de la dignité et de la vie privée du témoin »<sup>609</sup>. La pratique de la Cour établit un quatrième critère tenant à la situation personnelle du témoin dont le bien-être ou la santé peuvent justifier l'incapacité de se déplacer<sup>610</sup>. Dans ce cas, la téléconférence ne s'applique pas nécessairement en réponse à un besoin de protection. Elle contribue à faciliter le témoignage et la coopération du témoin. Le caractère public de la procédure n'est pas problématique dans ces conditions, le témoin étant observé autant par les parties et les juges que par le public. La préoccupation tirée de l'environnement éloigné de la Cour et sur lequel le tribunal et le public ne peuvent avoir de contrôle quant à savoir si des pressions ne sont pas exercées sur le témoin a été prise en compte. Tel est le sens de l'exigence que le lieu à partir duquel s'effectue la liaison soit propice à une déposition franche et sincère.

Le problème de la publicité se pose assurément dès lors que la téléconférence est exclusivement audiovisuelle ou est associée à d'autres mesures tels l'usage des pseudonymes et l'altération des voix et des images. C'est bien souvent le cas à la CPI où la téléconférence a été ordonnée au bénéfice de témoins faisant déjà l'objet de mesures de confidentialité. En réalité, il ne serait pas faux de penser que la téléconférence sera utilisée à la Cour plus fréquemment que ne l'ont fait les juridictions *ad hoc*. Le cadre contextuel du RPP dans lequel la règle 67 s'inscrit, à savoir la section consacrée à la preuve, démontre qu'il y a une distinction à faire entre la téléconférence comme moyen de protection – au sens de l'article 68-2 et de la règle 87-3 – et la téléconférence comme modalité naturelle de présentation des moyens de preuve.

D'ailleurs, contrairement aux juridictions *ad hoc*, les conditions d'autorisation de la téléconférence sont plus souples à la Cour. Les textes n'exigent pas que la partie requérante démontre que le témoignage doit être si important que ne pas le recueillir serait inéquitable pour elle<sup>611</sup>. La Cour, comme les juridictions *ad hoc*, veille à ce que le recours à la téléconférence ne porte

---

<sup>609</sup> *Ibid*, règle 67-3.

<sup>610</sup> *Prosecutor v Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2285-Red, Redacted Decision on the defence request for a witness to give evidence via video-link (9 février 2010) au para 16 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2285-Red]; *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-947-Red, Redacted Decision on the "Request for the conduct of the testimony of witness CAR-OTP-ACCUSATION-0108 by video-link" (12 octobre 2010) au para 13 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-947-Red].

<sup>611</sup> Outre ce critère, les juridictions *ad hoc* tiennent également compte des motifs pour lesquels le témoin n'est pas en mesure de se déplacer et du droit de l'accusé de confronter le témoin : *Prosecutor v Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by video-link, IT-94-1-T (25 juin 1996) au para 19 (TPIY, Chambre de première instance) [*Tadić*, Motion to Protect Defence Witnesses]; *Prosecutor v Sesay*, SCSL-2004-15-T, Decision on Prosecution Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (5 juillet 2004) (TSSL, Chambre de première instance); *Prosecutor v Édouard Karemera et al*, ICTR-98-44-T, Decision on Joseph Nzirorera's Motion for Video-Link Testimony of Jean Baptiste Butera (19 mars 2008) au para 3 (TPIR, Chambre de première instance); D'autres critères ont été introduits par la suite,



pas atteinte au droit de l'accusé d'examiner le témoin au moment où ce dernier témoigne<sup>612</sup>. Dans cette logique, la Chambre dans l'affaire *Bemba* a déclaré qu'elle se réservait le droit d'appeler le témoin à comparaître en personne si les circonstances ayant déterminé la décision de l'entendre par vidéoconférence venaient à changer<sup>613</sup>.

Quant au témoignage préalablement enregistré, il est prévu par la règle 68 du RPP. Pouvant être audio ou vidéo, il est pratique à plus d'un titre : le témoin n'est pas disponible pour témoigner au moment du procès, il est décédé entre l'enregistrement de son témoignage et l'ouverture du procès ou encore il est présent au procès, mais trop traumatisé pour témoigner sur certains événements<sup>614</sup>. À l'exception de ce dernier motif fondé sur la nécessité de protéger le témoin d'une nouvelle victimisation, les témoignages préalablement enregistrés constituent avant tout une mesure d'efficacité et de célérité de la procédure. Ils s'inscrivent d'ordinaire dans le cadre des dispositions de l'article 56 du *Statut de Rome* sur le rôle de la Chambre préliminaire dans le cas où l'occasion d'obtenir des renseignements ne se présenterait plus. Aux termes de la disposition 56-1-b, si le Procureur doit recueillir un témoignage ou une déposition dans ces conditions, la Chambre préliminaire, à sa demande ou de sa propre initiative, peut « prendre toutes mesures propres à assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure [...] ». Ces mesures qui visent en particulier à protéger les droits de la défense consistent, entre autres, à indiquer la marche à suivre, à nommer un expert ou à autoriser l'avocat du suspect à participer à la procédure<sup>615</sup>. Les éléments de preuve ainsi recueillis sont en principe admissibles à la phase du procès<sup>616</sup>.

La règle 68 du RPP de la CPI envisage l'hypothèse où les parties souhaitent présenter au procès les « témoignages déjà enregistrés sur support audio ou vidéo, ainsi que de transcriptions ou d'autres preuves écrites de ces témoignages » alors que la Chambre préliminaire n'a pas pris les

---

à savoir si les coûts logistiques ne sont pas plus onéreux qu'il n'en faut : *Prosecutor v Zejnil Delalic et al.*, IT-96-21-T, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to give their Testimony by Means of Video-link Conference (28 mai 1997) au para 17 [*Delalic et al. Testimony by means of videoconference*]; ou encore si en dépit du fait que les conditions soient satisfaites il serait dans l'intérêt de la justice de tenir une téléconférence : *Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on video-conference link for the testimony of Asim Egrić and Atif Dzafić (23 septembre 2011) au para 6 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>612</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-947-Red, *supra* note 610 au para 12; *Delalić et al. Testimony by means of videoconference*, *supra* note 611 au para 15; *Prosecutor v Ferdinand Nahimana et al.*, Decision on the Prosecutor's Application to Add Witness X to Its List of Witnesses and for Protective Measures, ICTR-99-52-I, (14 septembre 2001) au para 35 (TPIR, Chambre de première instance I).

<sup>613</sup> *Ibid* au para 15.

<sup>614</sup> Ngane, « Witnesses before the ICC » *supra* note 604 à la p 436.

<sup>615</sup> *Statut de Rome*, art 56-2.

<sup>616</sup> *Ibid*, art 56-4.

mesures de l'article 56<sup>617</sup>. Elle fixe les conditions minimales de leur admissibilité dans ces circonstances. Lorsque le témoin n'est pas en mesure de comparaître, le Procureur et la défense doivent avoir eu la possibilité de l'interroger pendant l'enregistrement<sup>618</sup>. Lorsqu'il comparaît, il ne doit pas s'être opposé à la présentation de son témoignage enregistré et les parties autant que les juges doivent avoir eu la possibilité de l'interroger au cours de la procédure<sup>619</sup>. Dans les deux cas, le droit de l'accusé de répondre aux accusations du témoin est garanti. La question se pose relativement au contrôle de l'intégrité de la procédure dans la première hypothèse où il n'y a aucune exigence qu'un juge ou le public soit présent. La seconde hypothèse est moins problématique, car si la preuve enregistrée doit être introduite au procès, elle sera sans aucun doute débattue publiquement, à moins d'un *huis clos* imposé à la comparution du témoin. La première hypothèse porte atteinte au principe de publicité du fait que, quand bien même la preuve enregistrée serait ultérieurement accessible à tous, les conditions dans lesquelles elles sont recueillies ne sont pas propices à ce que le public joue son rôle de garant de l'intégrité du processus. Les conséquences s'assimilent à l'exclusion d'une salle d'audience<sup>620</sup>.

#### 2.2.2.2 – La restriction de la publicité des débats hors audience

Lorsqu'on évoque la publicité du procès sous l'angle de l'accès aux audiences, la restriction peut prendre plusieurs formes. Il peut arriver que la salle d'audience soit accessible, mais que certains éléments d'information permettant au public de maîtriser tous les contours des débats ne soient pas divulgués. Comme pour la restriction de la communication des preuves, il s'agit d'une sorte de caviardage de l'audience. On peut parler d'altération de la publicité. Par contre, lorsque l'audience est accessible, mais que le tribunal refuse d'admettre le public ou décide de l'exclure de la communication des informations qui en découlent, la confidentialité se traduit par le *huis clos* et par les interdicts de publication.

---

<sup>617</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 68-chapeau.

<sup>618</sup> *Ibid*, règle 68-a

<sup>619</sup> *Ibid*, art 68-b.

<sup>620</sup> La jurisprudence récente semble cependant atténuer cet effet en rappelant la nécessité que les preuves, mêmes recueillies hors audience, soient débattues au procès. Dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo*, la Chambre de première instance II fait observer à la défense que « la vraie preuve est celle que le témoin apporte oralement à l'audience [...] Mais en tant que telles, les déclarations du témoin prises il y a plusieurs années ne nous paraissent pas pouvoir être insérées telles quelles dans notre dossier » : Compte rendu d'audience du 13 octobre 2010, ICC-01/04-01/07-T-202-Red-FRA à la p 37, lignes 11-17 et à la p 38, lignes 5-6; 10-14. Sur le principe de l'oralité, voir *Prosecutor v Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2588-Red, Decision on the « Prosecution's Application for Admission of Documents Related to Witness 297 Pursuant to Article 64(9) » (12 novembre 2010) aux paras. 12-13 (CPI, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2662, Decision on the Prosecution's Application for Admission of four Documents from the Bar Table pursuant to Article 64(9) (16 décembre 2010) au para 13 (CPI, Chambre de première instance I).

En ce qui concerne l'altération de la publicité des audiences, l'article 68 du *Statut de Rome* autorise la Cour à prendre « les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée » des victimes et témoins<sup>621</sup>. À titre d'exemple, l'article 68-2 permet, entre autres, « que les dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux [...] ». La nature de ces moyens électroniques ou autres moyens spéciaux est détaillée à la règle 87-3-c du RPP : « des moyens techniques permettant l'altération de l'image ou de la voix, des techniques audiovisuelles, en particulier la vidéoconférence et la télévision en circuit fermé et le recours à des moyens exclusivement acoustiques ». La plupart de ces moyens, s'ils peuvent servir à protéger les témoins, sont avant tout des moyens restreignant la publicité<sup>622</sup>. À tout le moins, ils créent des conditions de confidentialité de deux manières. Si l'on exclut la vidéoconférence, que l'on inclut dans le témoignage à distance examiné plus haut, il reste l'altération de la publicité de l'audience par le recours au témoignage par télévision en circuit fermé et, même si ce n'est pas explicitement prévu, le témoignage anonyme<sup>623</sup>.

Le témoignage par télévision en circuit fermé est utilisé pour les personnes particulièrement vulnérables, notamment les victimes de violences sexuelles ou les enfants-soldats<sup>624</sup>. Il s'agit dans ce cas de les protéger d'un nouveau traumatisme<sup>625</sup>. La technique utilise une transmission vidéo unidirectionnelle empêchant le témoin, qui se trouve dans une salle dans l'immeuble de la Cour, de faire face aux juges, à l'accusation et à la défense qui, de la salle d'audience, le voient sur les images. Cette méthode qui n'affecte ni la publicité<sup>626</sup> ni le droit de la défense de poser des questions<sup>627</sup> permet simplement d'éviter une certaine proximité avec l'accusé. Elle établit une sorte de confidentialité des autres acteurs du processus judiciaire à l'égard du témoin. Elle tient sans doute compte de ce que l'environnement du procès peut s'avérer intimidant pour les personnes d'une fragile psychologie. Dans cette hypothèse, le recours au témoignage par télévision en circuit fermé ne devrait pas être appliqué sur la base d'un argument exclusivement tiré de la crainte de confrontation avec l'accusé. La solennité du processus judiciaire, le regard des avocats de la

---

<sup>621</sup> *Statut de Rome*, art 68-1.

<sup>622</sup> McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 200.

<sup>623</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 250.

<sup>624</sup> McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 202.

<sup>625</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 257.

<sup>626</sup> *Tadic*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 50; *Le Procureur c Delalić et al*, IT-96-21, Décision Relative aux Requêtes Déposées par l'Accusation aux Fins d'Obtention de Mesures de Protection pour les Témoins à Charge "B" à "M" (28 avril 1997) au para 65 (TPIY, Chambre de première instance) [*Delalić*, mesures du 28 avril 1997].

<sup>627</sup> *Delalić*, mesures du 28 avril 1997, *supra* note 626 au para 67.

poursuite comme de la défense ainsi que celui des juges est susceptible de nourrir chez le témoin un sentiment de culpabilité. Dans le cas des victimes de violences sexuelles et des enfants, une telle mesure pourrait être d'application automatique au sens de l'article 68-2 du *Statut de Rome*<sup>628</sup>.

Dans la pratique toutefois, les juridictions *ad hoc* ont manifesté une réticence à l'égard du témoignage par télévision en circuit fermé. Le TPIY a par exemple statué qu'il était très intrusif dans les droits de la défense et a souligné l'importance que le témoin soit présent dans la salle d'audience pour que le juge puisse observer son comportement<sup>629</sup>. Si on peut soutenir que la possibilité d'observer n'est nullement mise en cause par le moyen utilisé<sup>630</sup>, il faut en effet reconnaître qu'il y a une absence de confrontation directe, autant avec l'accusé que les juges et les parties, qui empêche ces derniers de tester la sincérité du témoignage. À la place, a été ainsi préféré le témoignage en salle d'audience, mais derrière des écrans<sup>631</sup>. Le témoin est protégé de la vue de l'accusé qui, lui, peut le voir sur un moniteur, tandis que les juges peuvent l'observer directement. Absente du régime juridique de la CPI, cette modalité de témoignage a toutefois été utilisée dans l'affaire *Lubanga* lorsque la confrontation de l'accusé s'est avérée insupportable pour un témoin<sup>632</sup>.

Il sera par contre difficile d'inclure au nombre des mesures de protection visant à éviter la confrontation l'exclusion de l'accusé de la salle d'audience comme c'est le cas dans certains systèmes nationaux<sup>633</sup>. En dépit du caractère non exhaustif des moyens énumérés au RPP, les conditions d'exclusion de l'accusé de la salle d'audience sont expressément régies par le *Statut de Rome* qui prévoit qu'une telle mesure est prise dans des circonstances exceptionnelles « si l'accusé, présent devant la Cour, trouble de manière persistante le déroulement du procès »<sup>634</sup>.

À la différence du témoignage par télévision en circuit fermé, le témoignage sous anonymat impose à l'accusé la confidentialité des éléments susceptibles d'identifier le témoin. Dans ce cas,

---

<sup>628</sup> Selon l'article 68-2 les mesures de protection, incluant les moyens électroniques et autres moyens spéciaux, « 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 ». Certains auteurs considèrent que cette disposition confère un droit automatique aux mesures de protection aux catégories de personnes mentionnées : Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 258; McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 204.

<sup>629</sup> *Tadic*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 51.

<sup>630</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 248.

<sup>631</sup> *Delalić*, mesures du 29 avril 1997, *supra* note 626 au para 68; *Tadic*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 51; TSSL: *Prosecutor v Norman*, SCSL-2004-14-T, Decision on Prosecution Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (8 juin 2004) (TSS, Chambre de première instance); *Norman*, Motion for Modification, *supra* note 515.

<sup>632</sup> Recours, « Les premiers témoins sont entendus au procès Lubanga » (2009) n°14 Bulletin du Groupe de travail pour les droits des victimes à la p. 2, en ligne : Recours : <<http://www.vrwg.org>>.

<sup>633</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 259.

<sup>634</sup> *Statut de Rome*, art 63-2.

« the accused (and his team) cannot see the witness in court, or through picture and voice alteration devices, cannot see and hear the real appearance and voice of the witness »<sup>635</sup>. L'anonymat a été autorisé au TPIY par transposition de la pratique de certains États européens consacrée par la Cour de Strasbourg<sup>636</sup>.

Dans l'affaire *Tadić*, l'accusé était poursuivi pour les crimes de guerre et crimes contre l'humanité incluant, entre autres, les meurtres, le viol et la torture de femmes et hommes musulmans. Au cours de la phase préliminaire, la Chambre de première instance a décidé d'accorder, sur demande du Procureur, l'anonymat à deux témoins qui avaient été forcés de participer à des mutilations sexuelles. Tout en soulignant que le témoignage doit en principe être donné en audience publique en présence de l'accusé, la Chambre a jugé que l'équité procédurale ne se réduit pas au traitement équitable de l'accusé, mais s'étend également à l'accusation et aux victimes<sup>637</sup>. Elle a conclu que l'anonymat était justifié, le tribunal ne pouvant garantir leur sécurité en raison de l'absence d'un programme de protection qui soit opérationnel.

La décision a été ardemment critiquée, parce que ne prenant appui sur aucune disposition du Tribunal et portant atteinte aux droits de la défense<sup>638</sup>. Bien que les tribunaux *ad hoc* n'aient jamais totalement exclu d'y recourir<sup>639</sup>, ce moyen de protection n'a plus été utilisé depuis *Tadić*<sup>640</sup>. La question de l'anonymat a été âprement débattue lors de la rédaction du *Statut de Rome*. Les rédacteurs se sont séparés sans prendre une décision définitive sur la question de sorte qu'une telle mesure n'est pas explicitement prévue dans son cadre normatif direct. Certains ont cependant soutenu qu'il est toujours possible à la Cour de recourir à l'anonymat total sous le couvert de la discrétion qu'ont les juges d'élaborer des mesures appropriées<sup>641</sup> ou encore sous le couvert des principes généraux de droit du fait de son application dans un nombre de systèmes juridiques

---

<sup>635</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 248.

<sup>636</sup> McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 205.

<sup>637</sup> *Tadić*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 55.

<sup>638</sup> *Prosecution v Tadić*, IT-94-1, Separate Opinion of Judge Stephen on the Decision on the Prosecutor's Motion requesting Protective Measures for Victims and Witnesses (10 août 1995) aux pp 9-15 (TPIY, Chambre de première instance); Leigh, «The Yugoslav Tribunal», *supra* note 114 à la p 236 (évoquant l'atteinte au droit de contre-interroger le témoin efficacement lorsque son identité n'est pas connue); Mercedeh Momeni, «Balancing the Procedural Rights of the Accused Against a Mandate to Protect Victims and Witnesses: An Examination of the Anonymity Rules of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia» (1997) 41 How LJ 155 à la p 163 (évoquant l'atteinte à la présomption d'innocence).

<sup>639</sup> *Prosecutor v Tihomir Blaskić*, IT-95-14-T, Decision on the Application of the Prosecutor dated 17 October 1996 requesting protective measures for victims and Witnesses (5 novembre 1996) (TPIY, Chambre de première instance); *Delalić*, mesures du 29 avril 1997, *supra* note 626 aux paras 60-63; *Ruzindana*, Decision on the Motion, *supra* note 512.

<sup>640</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 à la p 251.

<sup>641</sup> McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 207.

internes et régionaux<sup>642</sup>. La Cour a jusqu'ici répondu par une approche qui tient compte du niveau de participation et de la phase de la procédure. L'anonymat est accepté de manière temporaire quant aux déclarations écrites de témoins et non quant à leur témoignage devant la Cour<sup>643</sup>.

À côté de l'altération de la publicité dont on a pu constater qu'elle n'affecte l'accessibilité aux débats que de manière négligeable, certaines mesures peuvent avoir l'effet d'exclusion pure et simple du public. Il en est ainsi des audiences à *huis clos* et des interdictions de publication.

Au sujet des audiences à *huis clos*, les textes envisagent cette mesure comme précaution pour ne pas divulguer des informations dont la Cour pourrait conclure aux termes d'une procédure qu'elles doivent être protégées par la confidentialité<sup>644</sup>. Elle s'applique ensuite pour protéger une variété d'intérêts : vie privée des victimes de violence sexuelle<sup>645</sup>, protection d'un témoin contre l'auto-incrimination<sup>646</sup>, intégrité d'une procédure<sup>647</sup>, protection des victimes, témoins et accusés<sup>648</sup> et protection des renseignements confidentiels ou sensibles<sup>649</sup>.

Autant le *huis clos* s'applique de façon automatique pour les témoins et victimes de violences sexuelles, autant il ne peut être que partiel. L'illustrent pertinemment les articles 64-7 et 68-2 du *Statut de Rome* aux termes desquels le *huis clos* peut être prononcé par la Chambre de première instance ou les Chambres de la Cour respectivement « pour certaines audiences » ou « pour une partie quelconque de la procédure ». Selon les dispositions de l'article 68-2, il est également appliqué pour un but précis : « permettre que les dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux ». Il faut sans doute comprendre que le *huis clos* vient ici au renfort d'autres mécanismes de protection.

---

<sup>642</sup> Brouwer, *Supranational*, *supra* note 502 aux pp 252-253.

<sup>643</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 au para 130; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, *supra* note 486 au para 21; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-699, *supra* note 508 au para 24; *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-824, document public, 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) au para 42 (CPI, Chambre d'appel).

<sup>644</sup> Voir article 72-7-a-i *Statut de Rome* (examen du bien-fondé de la prétention d'un État à la protection de ses intérêts de sécurité nationale); *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 57 (examen des demandes de mesures conservatoires en matière de preuves), règles 87-3-chapeau et 88-2 (détermination de la nécessité de mesures de protection des témoins)

<sup>645</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 72 (examen de la pertinence ou de l'admissibilité des éléments de preuve de violence sexuelle)

<sup>646</sup> *Ibid*, règle 74 (témoignage incriminant leur auteur).

<sup>647</sup> *Ibid*, règle 142 (délibération d'une chambre), règle 146-6 (détermination par la Présidence de la Cour de l'opportunité d'ordonner un allongement de la peine d'un condamné pour non-paiement d'une amende).

<sup>648</sup> *Statut de Rome*, art 64-7, 68-2; *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 87-3-e (déposition d'un témoin dont l'identité est confidentielle).

<sup>649</sup> *Ibid*, art 64-7, 72-5-d.

L'idée que le *huis clos* ne peut être que partiel dénote un certain égard pour le principe de publicité, mais il serait difficile de soutenir que cet objectif est atteint en pratique. Outre l'abondance avec laquelle il est appliqué, le *huis clos* est en effet souvent combiné à d'autres mesures de confidentialité : distorsion des images et de la voix, désignation des victimes et témoins par des pseudonymes. Il relève dès lors de la gageure que le public aura une compréhension pleinement intelligible de la procédure. Il ne reste plus en général de la publicité que la possibilité d'observer les parties se livrant à une joute intellectuelle sous l'arbitrage des juges. Les audiences sont saccadées d'interruptions intempestives chaque fois qu'un passage du témoignage est susceptible de porter atteinte à la vie privée du témoin ou à d'autres intérêts confidentiels protégés.

Le *huis clos* se combine ou accompagne systématiquement les audiences ou procédures *ex parte*. Ce sont des audiences ou procédures qui se tiennent en dehors de la présence de l'une des parties à qui il ne serait pas judicieux de divulguer une information, au moins temporairement. L'exclusion du public s'impose alors à plus forte raison. Un domaine typique d'audiences *ex parte* concerne les cas où une partie demande d'être exonérée de l'obligation de divulgation pour protéger des enquêtes en cours et à venir<sup>650</sup>. Les procédures menant à la délivrance d'un mandat d'arrêt ou à une citation à comparaître s'y prêtent également, reflétant l'instruction secrète propre à la tradition inquisitoire. Au TPIY et au TPIR, à la différence de la CPI qui a opté pour une procédure contradictoire, la confirmation des charges a lieu en présence du Procureur seul<sup>651</sup>.

Dans le cadre de la CPI, les procédures *ex parte* à *huis clos* sont également organisées dans d'autres circonstances : l'examen du bien-fondé du refus de l'État de coopérer pour raison de sécurité nationale<sup>652</sup>, l'examen des demandes de mesures conservatoires en matière de preuve<sup>653</sup>, la

---

<sup>650</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 81-2.

<sup>651</sup> Salvatore Zappalà, Commentaire des décisions *Prosecutor v Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure Pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Statute (19 mai 2006) (CPI, Chambre préliminaire I); Decision on the Prosecution Request for Access to the Registry Recommendations (31 juillet 2006); First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions Under Rule 81(15 septembre 2006); Judgment 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 Rules of Procedure and Evidence" (13 octobre 2006) (CPI, Chambre d'appel); Dissenting Opinion of Judge Georgios M. Pikis; Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81" (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel); Separate Opinion of Judge Georgios M. Pikis; Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81" (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel) Separate Opinion by Judge Georgios M. Pikis, (2010) 23 ALC 444 à la p 445.

<sup>652</sup> *Statut de Rome*, art 72-7-a-i.

<sup>653</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 57

détermination de l'opportunité d'offrir des garanties de non-incrimination à un témoin<sup>654</sup>, et pour la protection de la confidentialité d'une information touchant à la sécurité nationale de l'État<sup>655</sup>.

Finalement, les interdicts de publication de la Cour comme mesure de restreindre la publicité revêtent un double sens. D'une part, les tribunaux s'abstiennent, pour protéger un intérêt identifié, de publier les informations et documents qui, par l'effet du principe de publicité, relèvent du domaine public. D'autre part, le public ou les parties se voient interdire de faire une divulgation des informations et documents produits dans le cadre de la procédure.

La Cour s'abstient de publier pour motif de confidentialité selon une diversité d'approches. Une non-publication dépend de la classification de l'élément protégé. La classification consiste à lui fixer un niveau de confidentialité correspondant à l'ampleur de la publicité que l'on veut éviter. Lorsqu'il n'existe aucun motif de classer l'élément, il est public, c'est-à-dire « accessible au public »<sup>656</sup>. Par contre, les documents, pièces, ordonnances et décisions de la Cour, s'ils sont confidentiels, « [...] ne doivent pas être communiqués au public » selon la norme 14-b du *Règlement du Greffe*. Enfin, selon la norme 14-c, quand ils sont « sous scellés », « ils sont confidentiels ; n'en connaissent l'existence et n'y ont accès qu'un nombre limité de personnes ». La classification « confidentielle *ex parte* » vise quant à elle à protéger les éléments dont une partie ne souhaite la divulgation ni à son adversaire ni au public.

La classification peut se faire dans certains cas par précaution et d'office par le juge, lorsque dans le contexte des enquêtes ou avant la comparution initiale du suspect, il est indispensable de préserver la confidentialité des informations pour garantir l'efficacité des procédures, s'assurer de son arrestation effective ou statuer sur l'existence d'un intérêt à protéger de la divulgation<sup>657</sup>. À partir du moment où l'élément devient un enjeu dans la procédure, s'il doit être divulgué par exemple, il fait normalement partie du domaine public et sa confidentialité doit être expressément autorisée par le juge<sup>658</sup>. Dans ce cas, il existe deux options.

---

<sup>654</sup> *Ibid*, règle 74-4.

<sup>655</sup> *Statut de Rome*, art 72-5-d

<sup>656</sup> *Règlement du Greffe*, *supra* note 299, norme 14-a.

<sup>657</sup> *Procureur c Thomas Lubanga Dylo*, ICC-01/04-01/06-46-tFR, Décision de lever les scellés sur certains documents supplémentaires du dossier de l'affaire concernant M Thomas Lubanga Dyilo et d'en modifier la classification (22 mars 2006) à la p 4 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>658</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 81. Voir également *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-495, Decision on the Protocol Establishing a Redaction Regime (27 septembre 2012) au para 9 (CPI, Chambre de première instance V).



En lieu et place de la classification totale d'un élément, les juges peuvent choisir de classer l'information contenue dans un document lorsque cela est justifié par les nécessités de la protection d'un intérêt spécifique. Le choix de protéger le tout ou une partie seulement dépend de la réponse à la question de savoir si une confidentialité totale ou partielle est justifiée. Lorsque le document mérite la protection dans sa globalité, la classification sera maintenue jusqu'à ce que les conditions qui ont dicté son adoption disparaissent et qu'il soit à nouveau classifié « public ». Lorsqu'est cependant en jeu la protection d'une information spécifique contenue dans le document, la classification portera sur ce seul élément qui en sera séparé et protégé ailleurs. Le reste du document est rendu public après caviardage. Il en est ainsi des décisions et documents qui contiennent les noms et éléments d'identification des victimes et témoins faisant déjà l'objet d'une mesure de confidentialité.

En général, l'interdiction faite par la Cour de divulguer des informations découle de la classification qu'elle aura préalablement déterminée. Ainsi, lorsqu'un document est confidentiel ou qu'une audience a été tenue à *huis clos*, les parties sont tenues d'en préserver la confidentialité. Lorsqu'il est sous scellés, elles ne sont autorisées à le divulguer qu'aux personnes dont les noms figurent sur une liste que « chaque organe et/ou participant établit et tient à jour »<sup>659</sup>. Tandis que l'article 70 du *Statut de Rome*, qui réprime les atteintes à l'administration de la justice, n'est pas explicite à cet égard, les TPI *ad hoc* sanctionnent la violation de cette interdiction d'outrage au tribunal<sup>660</sup>. Le TPIR a ainsi envisagé des poursuites contre un enquêteur de l'équipe de la défense qui a divulgué les déclarations confidentielles de deux témoins de l'accusation à un ami de ces témoins<sup>661</sup>. Le TPIY a condamné un accusé à 15 mois de prison pour avoir divulgué des informations concernant des témoins protégés dans son ouvrage publié sur son site internet<sup>662</sup>.

Le problème s'est posé dans la pratique de savoir si l'interdiction de divulguer les informations confidentielles s'adressait également à toute personne autre que les parties à la procédure de sorte qu'elle relèverait de la compétence personnelle du tribunal international en cas d'outrage fondé sur l'article 70-A-ii du *RPP du TPIY*. Dans une affaire concernant la divulgation

<sup>659</sup> *Règlement du Greffe*, *supra* note 299, norme 14-c.

<sup>660</sup> En vertu de l'article 77-A-ii du *RPP du TPIY*, « Dans l'exercice de son pouvoir inhérent, le Tribunal peut déclarer coupable d'outrage les personnes qui entravent délibérément et sciemment le cours de la justice, y compris notamment toute personne qui : ii) divulgue des informations relatives à ces procédures en violant en connaissance de cause une ordonnance d'une Chambre ».

<sup>661</sup> *The Prosecutor v Callixte Nzabonimana*, ICTR-98-44D-T, Decision on repot of amicus curiae on investigation related to the disclosure of prosecution witnesses CNAL and CNA statements (19 novembre 2010) (TPIR, Chambre de première instance II). Voir aussi *The Prosecutor v Augustin Ngirabatware*, ICTR-99-54-R77.1, Decision on Allegations of contempt (12 mars 2010) au para 6 (TPIR, Chambre de première instance II).

<sup>662</sup> *Amicus Prosecutor v Vojislav Seselj*, IT-03-67-R77.2-A, Jugement (19 mai 2010) (TPIY, Chambre d'appel).

d'informations sur un témoin qui avait déposé devant le TPIY à *huis clos*, le tribunal a statué que les membres de la presse et du public sont liés par les décisions d'une chambre ordonnant la conduite d'une audience à huis clos. Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre a estimé que « *when a Chamber orders that testimony be given in closed session, rendering everything that transpires confidential, such an order applies to all persons coming into possession of the protected information* »<sup>663</sup>. Ainsi, l'article 79 du RPP aux termes duquel « la Chambre de première instance peut ordonner que la presse et le public soient exclus de la salle pendant tout ou partie de l'audience » s'applique à toute personne, présente ou non en audience, dès lors qu'elle a connaissance que l'information publiée résulte d'une ordonnance de non-divulgence<sup>664</sup>.

Clairement, cette interprétation qui constitue une limitation évidente de la liberté d'expression pose le problème plus général de la conciliation de l'exigence de confidentialité codifiée par les normes et la pratique des tribunaux pénaux internationaux avec les principes plus larges de transparence et de recherche de vérité dans le jugement des violations les plus graves des droits de la personne. Mais considérons, toutefois, avant d'arriver à ce sujet, la justification de la profusion générale de la confidentialité dans la procédure devant la CPI.

---

<sup>663</sup> *The Prosecutor v Ivica Marijadic and Markica Revic*, IT-95-14-R77.2, Judgment (10 mars 2010) aux paras 25 et 28 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>664</sup> *The Prosecutor v Ivica Marijadic and Markica Revic*, IT-95-14-R77.2-A, Judgment (27 septembre 2006) au para 24 (TPIY, Chambre d'appel).

## TITRE II. –LA LÉGITIMITÉ DE LA CONFIDENTIALITÉ

La codification généreuse de la confidentialité dans les textes de la CPI a été dictée par des considérations politiques de premier ordre. Le renvoi au secret est en effet trop abondant et composite pour ne pas instiller cette conclusion. Dans les développements qui suivent, nous ferons valoir que la codification à profusion de la confidentialité tient en partie à la légitimité qui la caractérise. Le secret participe en effet de la protection d'intérêts publics que la Cour ne pouvait se permettre d'ignorer, elle qui est fondée sur des valeurs d'une portée toute particulière.

Les juridictions *ad hoc* des Nations Unies n'avaient pourtant reconnu la confidentialité que parcimonieusement. L'avènement de la CPI marque un tournant historique à tous points de vue, y compris donc en matière de règles de procédure et de preuve. Au régime incomplet des tribunaux *ad hoc*, succède un régime sophistiqué, presque, diront certains, autonome (*self-contained*). Il est caractérisé par une lourde tendance à l'exhaustivité. L'idée de foisonnement repose ainsi sur la spécificité du régime de confidentialité dans le contexte de la CPI au regard des juridictions *ad hoc*. Elle rend également compte de la forte tendance à transposer le droit national qui accorde une place considérable au secret dans l'administration de la justice.

La légitimité de la confidentialité est à rechercher dans deux directions. D'une part, la confidentialité comporte une dimension privée. Telle serait leur caractéristique intrinsèque, l'idée de secret induisant une séparation entre la sphère privée et la sphère publique : soit l'ordre des libertés individuelles et celui des contraintes sociales. À ce titre précisément, un fort accent de protection des droits fondamentaux des personnes physiques caractérise la codification des règles de confidentialité dans le cadre de la CPI (Chapitre I). Leur profusion ne peut alors qu'être éclatante, compte tenu de l'importance que les libertés individuelles ont acquise dans l'ordre international.

Tout en étant le lieu d'expression des libertés individuelles, la confidentialité revêt une dimension d'intérêt public. Elle est au cœur de la gouvernance. Si elle est un droit, elle l'est au service de l'intérêt collectif. Ainsi, tout comme les personnes physiques ont besoin du cadre de confidentialité pour se mouvoir et s'épanouir sur le plan individuel, les organisations à vocation sociale ont besoin d'entretenir une part de secret pour fonctionner efficacement. Nous verrons que la confidentialité protège également des intérêts publics (Chapitre II). La générosité ne découle pas de la seule garantie de ces intérêts. C'est l'étendue de cette prise en compte, traduisant un souci de légitimer la Cour, qui fait que la confidentialité abonde dans ses textes et sa pratique.



## Chapitre I. – La confidentialité: une exigence des droits de l'homme

L'un des facteurs de la profusion de la confidentialité dans les textes et la pratique de la CPI tient à sa fonction de protection des droits de l'homme. Les rédacteurs du *Statut de Rome* n'ont pas construit la Cour comme une institution tournée sur elle-même. Elle doit respecter les droits de l'homme, normes supérieures à la lumière desquelles sera appréciée la qualité de la justice qu'elle dispense. La soumission de la Cour à ces normes est susceptible d'agir comme catalyseur de la confidentialité si celle-ci est largement reconnue dans le régime juridique des droits fondamentaux. À ce titre, il nous a semblé opportun de rechercher d'abord à quel titre la Cour serait soumise à leur respect avant de considérer d'autre part les droits qui sont garantis par le biais de la confidentialité. Nous verrons ainsi que le respect des droits de l'homme constitue une obligation constitutionnelle (1.1) et que ceux d'entre eux qui sont protégés par la confidentialité sont assez diversifiés (1.2.).

### 1.1. – Les droits de l'homme: une obligation constitutionnelle

Comme c'est le cas pour nombre d'organisations internationales (OI), dont les Nations Unies<sup>665</sup>, la protection des droits de l'homme est à la fois un mandat et une obligation de la CPI. Cette considération est tirée de sa compétence matérielle et de son statut de sujet de droit international<sup>666</sup>. Pour autant, la question des fondements d'une obligation de protéger les droits de l'homme se pose dans la mesure où les OI ne sont pas signataires des traités internationaux qui s'y rapportent<sup>667</sup>. La jurisprudence a cependant développé un principe voulant qu'indépendamment de la ratification des traités, la personnalité juridique internationale détermine la soumission aux droits de

---

<sup>665</sup> Au 3<sup>ème</sup> considérant du préambule, la *Charte des Nations Unies* prévoit que les États signataires étaient résolus « à proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes [...] ». L'article 1-3 de la même Charte dispose que les buts de l'ONU sont de réaliser la coopération internationale « en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] ». L'Assemblée générale doit, aux termes de l'article 13-2, « faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Les fonctions du Conseil économique et social des NU incluent, selon l'article 62-2 de la Charte, de faire des recommandations « en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ». Le but du régime de tutelle aux termes de l'article 76-3 est d'« encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous [...] ».

<sup>666</sup> *Statut de Rome*, art. 4 et 5. Voir aussi Joe Verhoeven, « Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable law » (2002) XXXIII *Netherlands YB Int'l L* 1 à la p 5 [Verhoven, «Article 21»].

<sup>667</sup> Stephen Gardbaum, « Human Rights as International Constitutional Rights » (2008) 19:4 *Eur J Int'l L* 749 à la p 763 [Gardbaum, «Human Rights»]. Voir aussi Jan Wouters et al., « Accountability for Human Rights Violations by International Organisations: Introductory Remarks » dans Jan Wouters et al., dir, *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2010, 1 à la p 5 [Wouters, «Accountability for Human Rights»]; A Reinisch, «Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions» (2001) 95:4 *AJIL* à la p 854; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 91.

l'homme<sup>668</sup>. La Cour de justice des communautés européennes a jugé que cette exigence constituait un principe général du droit de l'Union Européenne<sup>669</sup>.

Pour les tenants du droit naturel, « *no one, especially an international organisation, is above the law* »<sup>670</sup>. Aussi, pour d'autres auteurs, le respect des droits de l'homme par les organisations internationales découle des exigences de gouvernance démocratique<sup>671</sup>. Au cœur de cette idée, le seul fait que la CPI impose des obligations aux individus donne lieu à la consécration de droits correspondants<sup>672</sup>. En tout état de cause, il est entendu dans le droit de la responsabilité des organisations internationales naissant que l'obligation violée qui donne lieu à la responsabilité internationale « peut découler soit d'un traité liant l'organisation internationale, soit de toute autre source de droit international applicable à l'organisation »<sup>673</sup>.

La CPI a pour sa part esquivé toute controverse sur son obligation au regard des droits de l'homme. Par son système de sources, le *Statut de Rome* prévoit explicitement les normes juridiques qui lient la Cour. Dès lors, le droit applicable à l'organisation internationale, la CPI dans le cas d'espèce, est précisément donné. En conséquence, peu importe la participation de la Cour à la formation de ces normes, elle se trouve tenue de les appliquer dès lors que son acte constitutif, qui fait office de constitution, l'impose. Nous verrons dans les sections suivantes que la confidentialité prédomine dans le droit de la CPI d'autant que le respect des droits de l'homme est une obligation aux fondements juridiques multiples (1.1.1.) et surtout une obligation dont le respect sera gage de légitimité de la Cour (1.1.2.).

### 1.1.1. – Une obligation aux fondements juridiques multiples

L'article 21 du *Statut de Rome* consacre le droit applicable devant la Cour<sup>674</sup>. La Cour applique : (i) en premier lieu ses textes fondamentaux (ii) en second lieu les traités applicables et les

---

<sup>668</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, [1949] CIJ rec 174.

<sup>669</sup> CJCE, *Stauder c Ville d'Ulm*, n°29/69, Rec 1969 à la p 419; CJCE, *ERT c DEP*, n° C-260/89, Rec. 1991 à la p I-2925, point 41. Voir également CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, n°11/70, Rec. 1970 à la p 1125; *Nold c Commission des Communautés européennes*, n°4/73, Rec. 1974 à la p 491.

<sup>670</sup> Wouters, « Accountability for Human Rights », *supra* note 667 à la p 3.

<sup>671</sup> *Ibid.* Voir aussi Alexander Zahar, « International Court and Private Citizen » (2009) 12:4 New Crim L Rev 569 à la p 569 [Zahar, « International Criminal Court »] et plus généralement : Niklas Luhman, *La légitimation par la procédure*, Québec, PUL, 2000.

<sup>672</sup> Gardbaum, « Human Rights », *supra* note 667 à la p 754.

<sup>673</sup> CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs 2011*, 63<sup>e</sup> session de la CDI, 2011, Doc A/66/10 à la p 15.

<sup>674</sup> Pour un commentaire de cet article, voir notamment Gilbert Bitti. « Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Londres, Martinus Nijhoff, 2009, 281 [Bitti, « Article 21 »]; George E Edwards,

principes et règles du droit international (iii) à défaut les principes généraux du droit et (iv) à sa discrétion, sa jurisprudence<sup>675</sup>. Les motifs de son inclusion auraient été d'éviter la fragmentation du droit international<sup>676</sup>. Dans cet esprit, l'article 21 postule une hiérarchie des sources au contraire de l'article 38(1) du Statut de la CIJ qui se garde d'en imposer<sup>677</sup>.

Les implications de ce choix législatif sont importantes. Il découle en effet de l'idée de hiérarchie la primauté des textes fondamentaux de la Cour sur toute autre norme internationale. Les conséquences pour le sujet que nous traitons sont apparentes. À supposer en effet qu'une question soit couverte par le cadre normatif de la Cour, celle-ci ne devrait pas en principe interroger ce que prévoient les sources subsidiaires. Il s'ensuit que la Cour est liée à titre principal par les droits de l'homme consacrés dans ses textes fondamentaux (1.1.1.1.) et seulement à titre subsidiaire par le droit international général (1.1.1.2.).

#### 1.1.1.1. – Les textes fondamentaux à titre principal

Les textes fondamentaux de la CPI énumérés à l'article 21-1-a sont constitués, dans l'ordre, du *Statut de Rome*, des *Éléments de crimes* et du RPP<sup>678</sup>. L'article 21 n'évoque pas le droit dérivé de la Cour, essentiellement constitué des règlements de la Cour, du Greffe et du BdP, ou encore du code de conduite professionnelle des avocats comparaissant devant la Cour<sup>679</sup>.

En général, ces instruments contiennent une clause de conflit de normes au cas où l'une de leurs dispositions serait en contradiction avec le *Statut de Rome*. Cette subordination est suffisante à garantir la cohérence interne du système normatif de la Cour. Mais la soumission aux droits de l'homme évoque avant tout la cohérence externe avec d'autres normes juridiques.

---

«International Human Rights Challenge to the New International Criminal Court: the Search and Seizure Right to Privacy» (2001) 26 Yale J Int'l L 323.

<sup>675</sup> Voir le texte de l'article 21 du *Statut de Rome* reproduit *in extenso* en annexe, *infra* à la p 451.

<sup>676</sup> Robert Cryer, « Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources » (2009) 12:3 New Crim L Rev 390 à la p 392.

<sup>677</sup> À l'exception peut-être du paragraphe 1(d) de cet article.

<sup>678</sup> *Éléments des crimes*, dans *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session, New York, 3-10 septembre 2002* (publication des Nations Unies, N° de vente F.03.V.2 et correctif, deuxième partie B) et *Documents officiels de la Conférence de révision au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai – 11 juin* (publication de la Cour pénale internationale, RC/11) [*Éléments des crimes*]. En vertu du *Statut de la CPI*, art 9, les *Éléments de crimes* aident la Cour à interpréter et appliquer les dispositions du *Statut* définissant les crimes.

<sup>679</sup> Voir *Règlement de la Cour*, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, cinquième session plénière, La Haye, 17-28 mai 2004, dans *Documents officiels de la Cour pénale internationale* ICC-BD/01-01-04; *Règlement du Greffe*, adopté le 06 mars 2006, entré en vigueur le 06 mars 2006. Publication du Journal officiel de la Cour pénale internationale, ICC-BD/03-01-06; *Règlement du BdP*, entré en vigueur le 23 avril 2009. Publication du Journal officiel de la Cour pénale internationale, ICC-BD/05-01-09 et *Code de conduite des conseils CPI*, *supra* note 301.

En effet, une logique de confrontation caractérise les rapports entre les droits de l'homme et le droit pénal<sup>680</sup>. C'est le cas en droit interne comme en droit international pénal. La confrontation ici s'entend de ce que la mise en œuvre du droit pénal est susceptible de porter atteinte aux droits de l'homme. Le régime des droits de l'homme doit jouer dans ce cas, selon Mme Delmas-Marty, un rôle fédérateur<sup>681</sup>. Il s'agit de construire un point d'équilibre entre les nécessités de la répression et la sauvegarde de la dignité humaine. Dans la philosophie kantienne, cette notion de dignité s'entend de la valeur humaine en tant que finalité en soi et non comme moyen. Ainsi, par dignité, il faut entendre l'idée d'humanité. Celle-ci implique « *the prohibition of submitting the offender to offenses or humiliation* »<sup>682</sup>. Dans cette perspective visant à « contenir » le droit pénal, des principes ont été développés pour protéger la personne accusée en matière pénale.

Le droit de la Cour ne devrait pas déroger à la règle pour la seule raison qu'il s'agit d'une justice rendue au nom de la communauté internationale pour des crimes les plus graves. On parle de justice internationale certes, mais elle est « pénale » avant tout. En conséquence, comme le dit un auteur, « [a]fin d'éviter l'établissement d'un État policier à l'échelle mondiale, la poursuite pénale des individus ne peut se faire en violation de leurs droits fondamentaux et du principe de légalité »<sup>683</sup>. Ainsi, le respect des droits de l'homme par la CPI repose sur le principe de l'humanité du droit pénal. Même prise dans l'étau de la machine répressive, la personne poursuivie ne doit pas perdre sa dignité humaine inhérente<sup>684</sup>. À ce propos, le professeur Zappalà assimile le respect des droits de l'accusé à des règles de découverte de la vérité<sup>685</sup>.

Le principe de l'humanisme du droit pénal a été éloquemment pris en considération par la CPI. Plus progressiste, elle se démarque des tribunaux pénaux internationaux qui l'ont devancée. L'humanisme de son droit pénal procède de la double garantie des droits substantiels et procéduraux de la personne accusée.

---

<sup>680</sup> Delmas-Marty y trouve un paradoxe : « Le paradoxe pénal », dans Mireille Delmas-Marty et Lucas de Leyssac, dir, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996 à la p 368. Voir aussi Renée Koering-Joulin, Jean-François Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel » (1998) AJDA 106.

<sup>681</sup> Mireille Delmas-Marty, « Les contradictions du droit pénal » (2000) 1 Rev sc crim 1 à la p 2.

<sup>682</sup> José Luis de la Cuesta, « The principle of Humanity in Penal Law » (2011) 82:3 RIDP 457 à la p 458.

<sup>683</sup> Rosette Bar Haïm, « Une vision du droit pénal international : « l'humanisme judiciaire ». Régulation du droit pénal international par la codification des garanties internationales d'équité du procès pénal » (2010) Hors-série RQDI 341 à la p 359 [Haïm, « L'humanisme judiciaire »].

<sup>684</sup> *Ibid* à la p 351.

<sup>685</sup> Salvatore Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005 à la p 49 [Zappalà, *Human Rights*].



Dans les droits substantiels, on regroupe certains principes généraux du droit pénal tels le principe de la légalité des délits et des peines<sup>686</sup>, la non-rétroactivité<sup>687</sup> et l'interprétation stricte<sup>688</sup>. Ceux-ci découlent des droits de l'homme<sup>689</sup>. Ils agissent comme rempart contre l'arbitraire<sup>690</sup>. À son fondement politique tenant à la légitimité du droit de punir, on ajoute généralement la considération philosophique découlant de ce que la légalité criminelle est « le moyen d'assurer la mise en œuvre du libre arbitre, d'éviter l'arbitraire et de garantir l'égalité devant la répression en avertissant chacun des frontières du permis et de l'interdit »<sup>691</sup>. Légalité, non-rétroactivité et interprétation stricte contribuent ainsi de la même finalité qui est celle de la prévisibilité, de la clarté et de la proportionnalité attendue d'une règle de droit. Ces principes sont d'autant indispensables que la norme répressive constitue une restriction à la liberté absolue dans laquelle elle fait ingérence. Le droit international pénal ne peut pas par sa seule nature internationale ignorer cette considération. Sa dimension pénale impose d'avoir égard à la liberté individuelle qui serait arbitrairement violée si les délinquants potentiels n'étaient avertis quant à la conduite sociale exigée.

Les droits procéduraux de la personne confrontée à la justice pénale partent du postulat que la liberté individuelle n'est pas absolue et qu'elle est susceptible de restriction. Seulement, elle ne doit l'être, pour être juste et que son essence demeure sauvegardée, que si les modalités et conditions de sa limitation sont elles aussi organisées par la loi. Au nombre de ces droits procéduraux figurent le principe de la présomption d'innocence, la garantie de la légalité du tribunal et les droits de la défense ou encore le principe *ne bis in idem*. La présomption d'innocence est prévue à l'article 66 du *Statut de Rome* tandis que le principe *ne bis in idem* est codifié à l'article 20. Les droits de défense énumérés à l'article 67 assurent à l'accusé le droit à un procès équitable. La question de la légalité de la CPI est quant à elle un problème de constitutionnalité qui est résolu par sa création conventionnelle<sup>692</sup>.

---

<sup>686</sup> *Statut de Rome*, art. 22

<sup>687</sup> *Ibid*, art. 24

<sup>688</sup> *Ibid*, art. 22-2.

<sup>689</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, Préambule de la Constitution française du 4 octobre 1958; *PIDCP*, *supra* note 21, art 9-1 (nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi); art. 15-1 (nul ne sera condamné pour une action ou omission qui ne constituait pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises). La *CVDT* garantit la non-rétroactivité des traités.

<sup>690</sup> Bertrand de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français » (2009) 50 :3-4 *Les Cahiers de droit* 585 à la p 586.

<sup>691</sup> *Ibid* à la p 587.

<sup>692</sup> Sur l'interprétation de cette exigence de création par la loi, voir *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para 45 (TPIY, Chambre d'appel) [*Tadić*, appel sur la compétence].

Pour autant, l'humanité du droit pénal ne saurait se réduire à la sauvegarde des droits de la personne accusée. La mise en œuvre de ce droit est donc susceptible d'affecter d'autres personnes ayant un intérêt pour la protection de leur dignité. Deux situations se présentent dans le cadre de la justice internationale pénale: celle des victimes de crimes et celle des témoins. La considération que la Cour accorde à leurs droits doit être déterminée par la part de responsabilité qu'elle porte dans leur violation. Sur ce point, si le droit des victimes et témoins à la protection s'impose naturellement comme obligation de la Cour, le droit à la réparation des victimes procède d'une démarche de compréhension de la justice internationale pénale. À ce titre, il s'impose moins comme un droit de l'homme opposé à la Cour en tant que la situation qui fait naître l'obligation de réparation découle du fait de la juridiction internationale. Il est vrai que le droit à la réparation est garanti par les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme<sup>693</sup>. L'article 75 du *Statut de Rome* de la CPI l'incorpore en droit international pénal. Toutefois, il s'agit davantage d'une subrogation de la Cour aux États quant à l'obligation que ces derniers ont en vertu du droit international de garantir la réparation des violations des droits de la personne.

En tout état de cause, dès lors que cette subrogation a eu lieu, le prétoire international s'ouvre aux victimes, même si selon l'article 75-6 du *Statut de Rome* c'est « sans préjudice des droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes ». Autrement dit, l'accès à la CPI devient l'un des recours que peuvent valablement actionner les victimes de crimes internationaux. La Cour n'est pas à l'origine de leur commission certes, mais comme reflet d'une communauté internationale quelque part fautive de n'avoir pas empêché ces atrocités, elle a le devoir d'y répondre. À partir du moment où le principe d'accès des victimes à la justice de la Cour est garanti par le *Statut*, celle-ci est tenue de lui donner effet. Il en découle qu'elle reconnaît corrélativement à celles des victimes qui souhaitent participer aux procédures les droits procéduraux qui leur permettent de faire valoir leurs intérêts et leurs préoccupations dans la perspective d'obtenir réparation, y compris donc la protection par l'invocation du secret<sup>694</sup>.

---

<sup>693</sup> DUDH, *supra* note 124, art 8; PIDCP, art 2-3; *Convention contre la torture*, art 14; CEDH, art 41. Voir également en droit humanitaire l'article 3 de la quatrième convention de La Haye et article 91 du Protocole additionnel numéro I aux conventions de Genève de 1949.

<sup>694</sup> Pour un aperçu général des droits des victimes en droit international, voir Carlos Fernández de Casadevante Romani, « International Law of Victims » (2010) 14 Max Planck YB UN L 219. Sur les droits procéduraux, voir: McLaughlin, « Victim and Witness Measures », *supra* note 510 à la p 189; Mariana Pena, « Victim Participation at the International Criminal Court: Achievements Made and Challenges Lying Ahead » (2010) 16 ILSA J Int'l & Comp L 497 [Pena, « Achievements Made and Challenges »].

Ainsi qu'on peut le voir, les textes de la CPI incorporent les droits des personnes dont la dignité peut être affectée du fait de ses activités. Il s'agit au premier chef des droits de la personne poursuivie devant elle. Il s'agit également de la victime et du témoin des crimes. Le recours à son cadre normatif à titre principal pour assurer la protection de ces garanties appelle cependant quelques observations. Il semble se fonder sur le caractère fonctionnel du pouvoir que la Cour exerce. En ce sens, il ne lui reviendrait pas d'assurer le respect de tous les droits de l'homme, qu'importe leur universalité ou leur indivisibilité. Seuls sont concernés les droits que l'exercice de sa fonction est susceptible de mettre à mal. La question peut toutefois se poser de savoir si les personnes identifiées comme bénéficiaires des droits de l'homme que le cadre de Rome proclame sont les seules à pouvoir pâtir du fonctionnement de la Cour. De même, la codification ainsi réalisée est-elle suffisante d'un point de vue substantiel ? En d'autres termes, même si on reconnaît que les suspects, accusés, victimes et témoins sont directement concernés, la question de l'étendue des droits qui leur sont reconnus subsiste. Il s'ensuit que le cadre tracé par le *Statut de Rome* laisse place à titre subsidiaire à l'application d'autres normes internationales.

#### 1.1.1.2. – Le droit international général à titre subsidiaire

Le silence des textes principaux de la CPI sur un sujet n'épuise pas le débat. On entrevoit en conséquence qu'elle puisse se voir opposer la confidentialité sur le fondement d'autres bases juridiques. En cas de silence de ses textes en effet, la Cour applique en second lieu les autres traités et principes de droit international<sup>695</sup>. À défaut pour ces dernières normes de permettre la résolution du problème, la Cour recourt aux principes généraux du droit déduits du droit national des États appartenant aux principaux systèmes juridiques du monde<sup>696</sup>. La dynamique de la hiérarchie n'est pas à notre sens une hiérarchie tendant à résoudre un conflit, puisque le silence des textes principaux épuise le débat. D'après Joe Verhoeven en effet, les normes qui sont appliquées subsidiairement demeurent les sources principales du droit applicable de la Cour<sup>697</sup>.

Qu'importe, une préoccupation plus cruciale a animé les débats à Rome en 1998 lors de l'adoption de l'article 21-1-b et c) du *Statut de Rome*. La question était de savoir si l'idée de « traités applicables » doit s'entendre de l'opposabilité de telles normes à la Cour ou de leur caractère de

---

<sup>695</sup> *Statut de Rome*, art 21-1-b.

<sup>696</sup> *Ibid*, art 21-1-c.

<sup>697</sup> Verhoven, «Article 21», *supra* note 666 à la p 8. Voir *a contrario* Daniel Sheppard, «The International Criminal Court and "Internationally Recognized Human Rights": Understanding Article 21(3) of the Rome Statute» (2010) 10 Int'l Crim L Rev 43 à la p 46 [Sheppard, «Internationally Recognized Human Rights»].

moyen de règlement des différends entre les parties qui se présentent devant elle. Il fut résolu que quelle que soit la réponse à cette interrogation, il était entendu que la Cour serait tenue de donner effet aux différentes sources du droit évoquées à l'article 21-1<sup>698</sup>.

L'applicabilité d'une source renvoie la Cour à y puiser les solutions aux problèmes irrésolus par ses textes fondamentaux. Tel sera en général le cas des instruments de droits de l'homme. La question s'est en effet posée dans *Lubanga* au sujet du droit à la vie privée de l'accusé à laquelle aurait porté atteinte une perquisition dans le cadre d'une procédure nationale. Alors que l'intrusion au domicile de l'accusé, en son absence, avait été jugée contraire à leur code de procédure pénale et aux droits de l'homme internationalement reconnus par les juridictions congolaises, ses fruits n'en ont pas moins été introduits par le Procureur dans la procédure devant la Cour. Appelée à se prononcer sur l'admissibilité de tels éléments de preuve, la Chambre préliminaire I, après avoir écarté l'application du droit interne<sup>699</sup>, a évoqué les instruments juridiques internationaux qui garantissent le droit à la vie privée<sup>700</sup> et a substitué sa propre interprétation telle que le ferait une cour internationale des droits de l'homme<sup>701</sup>.

Si l'applicabilité des autres traités apparaît évidente à comprendre, c'est au sujet des règles et principes du droit international et des principes généraux du droit découlant des différentes traditions juridiques nationales que se pose la controverse. Alors que le *Statut* prévoit que les principes généraux du droit dérivent des traditions juridiques nationales, aucune précision de la sorte n'existe quant à l'origine des principes de droit international mentionnés à l'article 21-1-b. Pour la doctrine majoritaire de droit international en effet, il existe une différence entre « principes généraux du droit » et « principes (généraux) du droit international »<sup>702</sup>. Cette différence tient précisément de leur origine. La première catégorie de principes résulte du droit interne tandis que la seconde provient du droit international conventionnel ou du droit coutumier. Certains auteurs minimisent cependant cette distinction et considèrent qu'à partir du moment où une cour internationale accepte leur application, ils sont devenus du droit international<sup>703</sup>.

---

<sup>698</sup> Margaret McAuliffe de Guzman, «Article 21. Applicable Law» dans Triffterer, *Commentary*, *supra* note 38, 701 à la p 705 [Guzman, «Article 21»].

<sup>699</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 69 (« la Cour n'est pas liée par les décisions rendues par des juridictions nationales en matière d'administration de la preuve »). Voir également l'article 69-8 du *Statut de Rome*.

<sup>700</sup> PIDCP, art. 17; art. 8 de la CEDH; art. 11 de la CADH.

<sup>701</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 75 et s.

<sup>702</sup> Raimondo, *General Principles*, *supra* note 19 à la p 41.

<sup>703</sup> *Ibid* à la p 42; Verhoven, «Article 21», *supra* note 666 à la p 7 (« any rule, once it is contained in a treaty, becomes an "international" rule, even if that rule simply incorporates in the treaty national rulings »).

Mais le problème est plus celui de leur découverte que de leur application qui n'en est que subséquente. En conséquence, la doctrine de droit international pénal a tenté de savoir à quoi se réfèrent les « règles et principes du droit international ». Pour certains, il s'agit d'une référence maladroite à la coutume internationale<sup>704</sup>. Pour d'autres, les rédacteurs du Statut, en évoquant à la fois les principes généraux du droit et les principes de droit international, auraient voulu que la Cour applique, en ce qui est de cette dernière catégorie, des principes qui ne découlent ni du droit interne ni des sources conventionnelles et coutumières, mais de la conscience juridique, de la nature de la communauté internationale ou du droit naturel<sup>705</sup>. Ces auteurs réservent le caractère de règle coutumière à la notion de « règles internationales » en tant que la coutume est la source primaire du droit international général.

Quoi qu'il en soit, on peut convenir que la Cour est appelée à s'appuyer, outre les traités applicables, sur la coutume internationale et les principes généraux de droit découlant du droit interne et du droit international. L'enjeu qui demeure est celui de la manière dont ces sources sont appelées à compléter le cadre normatif de la Cour, relativement, dans notre cas, aux questions de protection des droits de l'homme. Comme nous avons vu tantôt, elles pourraient être prises en compte pour garantir les droits d'autres personnes dont le régime de la Cour n'aurait pas tenu compte ou renforcer les droits des personnes dont la Cour a explicitement envisagé la protection.

D'un point de vue personnel donc, il n'est en effet pas exclu que les intérêts d'autres personnes que l'accusé, les victimes et les témoins puissent être en cause dans la procédure pénale de la CPI alors même que cela résulte de l'exercice de sa fonction judiciaire. Par exemple, les droits des tierces personnes sont directement concernés par une mesure de production de documents si cela implique la perquisition et la saisie dans un domicile. Il en est de même si la demande de production concerne des documents qui comprennent des données personnelles de personnes en possession d'un gouvernement ou d'une organisation. Il est inéluctable dans ce cas que l'exécution de telles mesures devrait tenir compte des normes de droit international relatives au droit à la vie privée que le *Statut de Rome* ne codifie pas directement. On peut en dire autant du droit à la liberté d'association qui, en droit interne, est une composante du principe de publicité et donc du droit du public d'avoir accès aux audiences. De la même manière, le droit à la liberté d'expression et

---

<sup>704</sup> Alain Pellet, « Applicable Law » dans Antonio Cassese et al., dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol II, Oxford, OUP, 2002, 1051 aux pp 1071-72.

<sup>705</sup> Guzman, « Article 21 », *supra* note 698 à la p 707.

d'information des tiers a été greffé au principe de publicité par les tribunaux américains et canadiens. La mesure dans laquelle la Cour restreint la publicité peut ainsi affecter le droit des tiers à la liberté d'association, d'information et d'expression.

Sur le plan matériel, la question est de savoir si l'ensemble des droits reconnus aux personnes dont les droits sont à l'épreuve de la justice internationale peut être étendu à d'autres droits de l'homme garantis par les sources d'application subsidiaire. Il se peut en effet que l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour porte atteinte à ces autres droits. Un cas typique est le droit à la liberté d'expression de l'accusé qui est susceptible d'être restreint en fonction de l'interprétation que la Cour fera du crime d'incitation publique au génocide. Il va sans dire que la définition de la liberté d'expression au sens des instruments de droits de l'homme tels qu'interprétés par les organes de contrôle sera, dans ce cas, sinon applicable au moins pertinente.

Un autre cas s'est présenté dans l'affaire *Bemba*. L'accusé a tenté d'obtenir une liberté provisoire pour exercer son droit de vote ou le droit de se présenter à une élection. Comme la liberté d'expression, ce droit n'est pas garanti par le cadre normatif du *Statut de Rome*. La défense avait articulé sa requête sur des raisons humanitaires et l'article 25 du PIDCP garantissant « la possibilité [...], sans restrictions raisonnables », de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu au cours d'élections périodiques<sup>706</sup>. La décision de la Cour s'est essentiellement fondée sur les critères et les garanties statutaires de la liberté provisoire, rejetant sommairement la requête comme n'étant appuyée sur « aucune disposition du Statut, du Règlement de procédure et de preuve ou du Règlement de la Cour [...] »<sup>707</sup>. La Chambre d'instance a soutenu qu'aucun des textes fondamentaux de la Cour ne permettait une mise en liberté pour les motifs invoqués, soit l'exercice de ses droits politiques par l'accusé. En appel, la défense a réitéré sa demande, alléguant une erreur de la Chambre d'instance consistant à ne pas prendre en considération l'article 25 du PIDCP qui relève des traités applicables devant la Cour<sup>708</sup>.

La Chambre d'appel a expressément esquivé la question de l'applicabilité de l'article 25 du PIDCP, se cantonnant à réaffirmer la base juridique résiduelle sur laquelle la Chambre d'instance a

---

<sup>706</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1565-Red-tFRA, version publique expurgée de la « Décision relative aux requêtes aux fins de mise en liberté provisoire » du 27 juin 2011 (16 août 2011) au para 25 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-1565-Red-tFRA].

<sup>707</sup> *Ibid* au para 68.

<sup>708</sup> *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1626-Red, Public redacted version of the judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 27 June 2011 entitled « Decision on Applications for Provisional Release » (19 août 2011) au para 78 (CPI, Chambre d'appel).

fini par analyser la requête de la défense<sup>709</sup>, soit l'article 64-6-f du *Statut de Rome* qui lui permet d'ordonner des libérations conditionnelles en cas de « circonstances humanitaires exceptionnelles ». Cette base juridique avait déjà trouvé application lorsque la Chambre préliminaire et la Chambre de première instance ont autorisé Bemba à participer à des cérémonies de funérailles de proches décédés en Belgique<sup>710</sup>. La Cour a estimé qu'une demande de libération visant à exercer des droits politiques en République démocratique du Congo ne remplissait pas ce critère de « circonstances humanitaires exceptionnelles ». Rien n'autorise cependant à interpréter ce critère comme incluant le droit à la vie de famille garanti internationalement<sup>711</sup>, quoiqu'il apparaisse que son ombre a plané sur la décision de la Chambre.

Cela étant, sur la base des principes généraux de droit, la CPI a reconnu, en dépit du silence de ses textes fondamentaux, la théorie de l'abus de procédure qui donne droit en cas de violations graves des droits de l'accusé à l'arrêt des procédures<sup>712</sup>. C'est encore sur la même base juridique que la Chambre de première instance III, constatant le silence du *Statut de Rome* sur la norme de preuve applicable lorsque le fardeau de la preuve incombe à la défense dans un procès pénal, a jugé que ce serait la norme civile de preuve reposant sur l'hypothèse la plus probable<sup>713</sup>.

La hiérarchie posée par l'article 21 du *Statut de Rome* tend certes à éviter les conflits de normes, mais on ne peut ne pas soulever le problème au regard de la divergence éventuelle entre les droits de l'homme garantis par les textes de la Cour et les autres sources du droit applicable. Dans une certaine mesure, le schéma de l'article 21 consacre la primauté des textes fondamentaux de la Cour. Cela se comprend logiquement, car ce cadre juridique étant d'origine conventionnelle, il

---

<sup>709</sup> *Ibid* au para 85.

<sup>710</sup> *Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-437-RED, Decision on the Defences Urgent Request concerning Mr Jean-Pierre Bemba's Attendance of his Father's Funeral (3 juillet 2009) aux pp 5 et 6 (CPI, Chambre préliminaire II) ; *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1099-Red-tFRA, version publique expurgée du document ICC-01/05-01/08-1099-Conf : Décision relative à la requête de la défense aux fins d'autorisation de Jean-Pierre Bemba à prendre part aux cérémonies de funérailles de sa belle-mère (12 janvier 2011) au para 16 (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-1099-Red-tFRA]. Voir aussi *Bemba*, ICC-01/05-01/08-1565-Red-tFRA, *supra* note 706 au para 51.

<sup>711</sup> La défense n'invoque pas précisément ce droit, mais fait état de ce que « en tant que chef de sa famille et en vertu des coutumes africaines, Jean-Pierre Bemba a l'obligation morale d'être présent aux cérémonies de funérailles de sa belle-mère » : *Bemba*, ICC-01/05-01/08-1099-Red-tFRA, *supra* note 710 au para 4.

<sup>712</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, 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) aux paras 26 et s (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA]. Au paragraphe 24 la Chambre d'appel évoque la demande pour statuer sur l'abus de procédure comme étant un acte *sui generis*, « un acte de procédure qui n'est envisagé ni par le Règlement de procédure et de preuve ni par le Règlement de la Cour [...] » ; *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802-tFRA, Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure (24 juin 2010) au para 250 et s. (CPI, Chambre de première instance III) [*Bemba*, ICC-01/05-01/08-802-tFRA].

<sup>713</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-802-tFRA, *supra* note 712 au para 203.

n'est pas exclu qu'il déroge aux autres dispositions applicables du droit international. La CIJ a statué, bien qu'au sujet de la coutume, qu'« [u]ne telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles »<sup>714</sup>. Il va sans dire que ce principe est applicable à une pratique de nature conventionnelle. Le problème se poserait toutefois si les normes desquelles s'écarte le système de la Cour possèdent le statut de normes impératives<sup>715</sup>. Or en l'occurrence, bien des normes du droit international des droits de l'homme ont acquis le statut de norme impérative.

La réponse de l'article 21 du *Statut de Rome* à cette préoccupation est intéressante. Elle prévoit que l'application et l'interprétation du droit applicable devant la Cour doivent être conformes aux droits de l'homme. En posant ainsi les outils de résolution des conflits éventuels, les rédacteurs du *Statut* ont fait des droits de l'homme un critère de légitimité de la CPI.

### 1.1.2. – Une obligation gage de légitimité de la Cour

Le respect des droits de l'homme est une obligation constitutionnelle de la CPI à un double titre. D'une part en raison de l'inscription de cette obligation dans ses textes fondamentaux ainsi que nous venons de le voir. La conséquence en termes de profusion de la confidentialité est que toute règle garantissant le secret stipulée dans les textes ou dans les règles applicables à titre subsidiaire est susceptible de trouver application devant la Cour. D'autre part, le caractère constitutionnel tient de la nature même des droits de l'homme qui établissent les bases de la légitimité des actions de la Cour. L'article 21-3 veut ainsi que « l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination [...] ». Il s'agit, a-t-on soutenu, d'une clause de sauvegarde tant en matière procédurale qu'en matière substantielle<sup>716</sup>. En tant que telle, on lui reconnaît un statut constitutionnel, à savoir que les droits de l'homme deviennent supérieurs aux autres sources. De ce fait, ils priment toute autre considération (1.1.2.1.) et la CPI est garante de cette primauté (1.1.2.2.).

#### 1.1.2.1. – La primauté des droits de l'homme

La valeur constitutionnelle d'une norme se définit à la fois par sa généralité et par l'importance de la valeur qu'elle protège. La généralité tient de ce que les normes de valeur constitutionnelle sont

---

<sup>714</sup> *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c Inde)*, [1960] CIJ rec 6 à la p 44.

<sup>715</sup> D'après l'article 53 de la *CVDT*, une norme impérative « est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États 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 ».

<sup>716</sup> Bitti, «Article 21», *supra* note 674 à la p 304.



des principes généraux qui, bien que pouvant être non écrits, s'imposent au législateur. Celui-ci doit les respecter en tant qu'elles priment les lois ordinaires. En d'autres mots, elles limitent les pouvoirs des gouvernants. Le respect de telles normes, s'il s'impose au législateur, l'est à plus forte raison aux organes chargés de l'application des lois, à savoir le pouvoir exécutif ou les tribunaux. Il est vrai que les limites du pouvoir prennent plusieurs formes en droit interne. Elles ne sont pas uniquement d'ordre constitutionnel. Certaines limitations sont dictées par la loi, les principes de droit administratif, les conventions, la pratique des tribunaux ou même les considérations d'opportunité politique. Mais la singularité de la limite constitutionnelle se trouve dans sa dimension fondatrice de l'ordre social. L'opposabilité au législateur comme aux juges des valeurs constitutionnelles consacre leur indérogeabilité<sup>717</sup>.

Il y a à cet égard une correspondance frappante entre les normes dites de valeur constitutionnelle telles que reconnues généralement en droit interne et le concept de norme impérative du droit international. Autant les premières restreignent la capacité du législateur, autant les normes de *jus cogens* visent avant tout « *to restrict a state's treaty-making power [...]* »<sup>718</sup>. Comme le souligne à suffisance l'article 53 de la CVDT, il y a au cœur du caractère impératif de ces normes l'importance substantielle des intérêts qu'elles protègent et la reconnaissance presque universelle de ce que ces intérêts ne peuvent être disposés à la convenance des États. En conséquence, une norme constitutionnelle ou impérative se caractérise par le rejet d'une structure sociale décentralisée à laquelle elle substitue une structure revêtant un caractère d'ordre public.

De même qu'en droit interne ce qu'on a appelé « bloc de constitutionnalité », par référence à ces valeurs dont le respect est opposable au législateur, comprend très souvent et principalement des droits fondamentaux de la personne, de même il est plus communément accepté en droit international que les droits de l'homme internationalement reconnus relèvent si ce n'est de la coutume opposable de manière générale, des normes de *jus cogens* qui n'admettent pas de dérogation<sup>719</sup>. Cela tient, peut-on soutenir, de ce que les droits de l'homme accomplissent une fonction qui est réductible, quels que soient l'endroit et le lieu où l'enjeu de leur application se pose. Cette fonction est de fixer les limites à ce que les gouvernements doivent faire à ceux qui sont sous

---

<sup>717</sup> Louis Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public » (1991) 13 *Pouvoirs* 17 à la p 19.

<sup>718</sup> Gardbaum, « Human Rights », *supra* note 667 à la p 763

<sup>719</sup> Il n'est cependant pas exigé, pour être considérés au titre des droits de l'homme internationalement reconnus, que les droits identifiés par la CPI doivent avoir atteints une certaine universalité. Voir en ce sens Bitti, « Article 21 », *supra* note 674 à la p 301.

leur souveraineté<sup>720</sup>. Le constitutionnalisme serait inhérent aux droits de l'homme. On a ainsi parlé des droits de l'homme comme droit constitutionnel international. Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour EDH a évoqué la CEDH comme un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »<sup>721</sup>. Rien ne s'oppose à ce que les droits de l'homme internationalement reconnus, qu'il s'agisse de traités ou de coutumes, le soient pour l'ordre public international dans le cas de la CPI. L'article 21-3 du *Statut de Rome* affirme ainsi l'unité de l'ordre juridique international<sup>722</sup>.

Il est vrai qu'on peut contester la dimension constitutionnelle des droits de l'homme du point de vue international. Une première critique est l'absence de centralité dans le processus de leur consécration. En effet, il existe plusieurs systèmes, régionaux et universel; ou encore ils dérivent de plusieurs sources; soit les traités ou la coutume. Et enfin, ils ne bénéficient pas toujours du même statut. Tandis que certains sont indérogeables, d'autres ne le sont pas<sup>723</sup>. D'un autre côté, le constitutionnalisme suppose un organe susceptible de trancher les éventuels conflits de normes entre les droits de l'homme et d'autres intérêts. Il est difficile d'attribuer aux droits de l'homme internationalement reconnus une valeur constitutionnelle sans un système unifié de règlement des conflits. Par exemple, le CDH confronté à un cas de violation se référera toujours aux termes du PIDCP et ne fera droit à la prétention contradictoire aux droits de l'homme protégés que dans la mesure où le pacte l'admet<sup>724</sup>. Il faut donc un tribunal de compétence plus générale pour considérer avec légitimité le conflit entre les obligations contradictoires des États<sup>725</sup>.

Le cadre juridique de la CPI semble aujourd'hui apporter des débuts de réponses à ces préoccupations. Sur le plan de la fragmentation des droits de l'homme par exemple, en dépit des critiques qui se sont élevées pour déplorer le fait que l'article 21-3 évoquait les droits de l'homme internationalement reconnus sans les identifier<sup>726</sup>, sa contribution à la cohérence du système n'est pas à négliger. D'abord, sur le plan de la hiérarchie des sources, les droits de l'homme internationalement reconnus priment le cadre normatif de la Cour. L'article 21-3 est en effet décrit

---

<sup>720</sup> Gardbaum, «Human Rights», *supra* note 667 à la p 750

<sup>721</sup> *Loizidou c Turquie* (exceptions préliminaires), n° 15318/89 (23 mars 1995) au para 75; voir aussi *Bosphorus c Irlande*, [GC], n°45036/98 (30 juin 2005) au para 156.

<sup>722</sup> Haïm, « L'humanisme judiciaire », *supra* note 683 aux pp 345-346.

<sup>723</sup> Gardbaum, «Human Rights», *supra* note 667 à la p 754.

<sup>724</sup> Voir l'article 86-1-d du *Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme*, version révisé du 9 mai 2006, Doc NU HRI/GEN/3/Rev.2/Add.1. Bien évidemment, le Comité possède de par le Pacte l'une des compétences matérielles les plus étendues parmi les organes des traités : Thomas Buergenthal, « The U.N. Human Rights Committee » (2001) 5 Max Planck YB UN L 341 à la p 342.

<sup>725</sup> Gardbaum, «Human Rights», *supra* note 667 à la p 755.

<sup>726</sup> Sheppard, «Internationally Recognized Human Rights», *supra* note 697 à la p 44.

comme une disposition « quasi constitutionnelle »<sup>727</sup>. On n'est pas loin de la proclamation de la Chambre d'appel de la CPI dans *Lubanga* selon laquelle « [l]es droits de l'homme sous-tendent le Statut dans tous ses aspects [...] »<sup>728</sup>.

Ensuite, à la cohérence, qui contribue à l'unité de l'ordre juridique international, il ne faut pas uniquement voir dans la formulation malléable<sup>729</sup> de l'article 21-3 une lacune fondamentale. Cette malléabilité est certainement gage de dynamisme, car la société internationale évoluant, il ne serait pas opportun de graver dans le marbre, en listant les conventions pertinentes comme l'ont soutenu certains<sup>730</sup>, les sources que la Cour doit accepter comme internationalement reconnues. Dans sa pratique actuelle, elle a puisé autant dans les instruments de droits de l'homme, contraignants ou non, relevant tant du droit international général que du droit régional des droits de l'homme. Bien que la Cour ne se prononce pas explicitement sur la méthodologie suivie pour identifier les droits de l'homme internationalement reconnus, les juges Pikis et Kaul ont respectivement estimé qu'ils pouvaient être déduits du droit coutumier international ou des traités et conventions d'une part<sup>731</sup> ou d'autre part qu'ils résultent de la codification systématique par les instruments tant régionaux qu'internationaux<sup>732</sup>.

Cet usage de l'article 21-3 ne va pas sans poser problème. S'agit-il en effet d'une règle de conflit destinée à régler les divergences entre les sources du droit applicable en vertu de l'article 21 ou s'agit-il simplement d'un cadre d'identification de normes supplémentaires? La primauté qu'on lui reconnaît tend à l'envisager avant tout comme une norme de conflit. Toutefois, dans sa pratique la Cour s'en sert pour conforter l'interprétation et l'application des droits de l'homme que son cadre normatif reconnaît déjà ou encore pour y introduire de nouvelles normes comme, par exemple, la théorie de l'abus de procédure. Ainsi, elle a confirmé que le droit au procès équitable relève

---

<sup>727</sup> *Ibid* à la p 46.

<sup>728</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, *supra* note 712 au para 37.

<sup>729</sup> William A Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 2004 à la p 93; Sheppard, «Internationally Recognized Human Rights», *supra* note 697 à la p 47.

<sup>730</sup> Sheppard, «Internationally Recognized Human Rights», *supra* note 697 à la p 47.

<sup>731</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-424-tFR, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, Opinion individuelle concordante du juge Geoghios M. Pikis (12 septembre 2006) (CPI, Chambre d'appel).

<sup>732</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-75-tFRA, 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) au para 13 (CPI, Chambre préliminaire III, Juge unique Hans-Peter Kaul).

indéniablement des droits de l'homme internationalement reconnus<sup>733</sup>. Il en est de même des droits de participation et de réparation des victimes développés par la Cour à partir de l'article 21-3<sup>734</sup>.

Il s'ensuit que si le *corpus juris* des droits de l'homme n'est pas le plus difficile à identifier, c'est bien son application par la Cour qui pourrait ne pas recevoir la considération attendue compte tenu du statut constitutionnel des normes en jeu. La pratique de la Cour s'est traduite jusqu'à présent par une certaine frilosité. On se demande dès lors si elle aura l'audace d'agir véritablement comme le juge constitutionnel mondial. Jusqu'où peut en effet aller son action en matière d'interprétation et d'application des droits de l'homme internationalement reconnus?

#### 1.1.2.2. – La garantie de la primauté des droits de l'homme

La Chambre d'appel de la CPI a marqué le coup dès l'affaire *Lubanga* quant à la façon dont elle percevait les pouvoirs que lui confère l'article 21-3 du *Statut de Rome*. Il en résulte qu'elle ne se donne pas pour ambition d'être le juge mondial des droits de l'homme. Alors que la défense alléguait en l'espèce la violation des droits de l'accusé comme cause d'arrêt des poursuites pour abus de procédure, la Chambre d'appel a reconnu que si les dispositions du Statut doivent être interprétées et appliquées en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus, elles ne pouvaient l'être que « dans le contexte du Statut »<sup>735</sup>. Pour illustrer ce qu'elle entend par ce contexte, la décision renvoie en note de bas de page aux articles 64-2, 67-1, 68-1 et 68-5 du *Statut de Rome* relatifs, respectivement, au droit au procès équitable de l'accusé ayant égard à la protection des témoins et victimes, aux droits de l'accusé compte tenu des dispositions du Statut, à la protection des victimes et témoins sans préjudice des droits de la défense et des exigences du procès équitable et enfin à la restriction de l'obligation de divulgation dans l'intérêt des témoins et des membres de leurs familles sans préjudice des droits de la défense.

Cette conception de la Cour donne une portée restrictive à l'article 21-3 qui se trouve n'être dès lors qu'une norme de conflit. Son application présuppose dans ce cas, ainsi que l'a affirmé la Chambre préliminaire dans la même affaire *Lubanga*, qu'il existe déjà au titre des sources de

---

<sup>733</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, *supra* note 712 au para 37.

<sup>734</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 au para 92. Mais voir la position de la Chambre d'appel : *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, *supra* note 486 au para 33.

<sup>735</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, *supra* note 712 au para 37.

l'article 21-1- a) à c), un principe applicable à la question en litige<sup>736</sup>. En l'occurrence, il s'agissait de savoir si la pratique consistant pour les avocats à préparer les témoins aux procédures du tribunal avant leur déposition, couverte selon le Procureur par les sources de l'article 21-1-b, ne portait pas atteinte au droit de l'accusé de recevoir un procès équitable. Sheppard a soutenu que le raisonnement de la Chambre préliminaire n'était pas justifié. D'après lui, l'article 21-3 ne devrait entrer en jeu que si les droits de l'homme internationalement reconnus commandent une action positive qui est ignorée ou qui n'est pas entreprise par la Cour. Par conséquent, il faut se demander dans le cas d'espèce si en l'absence de silence des droits de l'homme internationalement reconnus, les autres sources de droit applicable de l'article 21 prévoient la familiarisation des témoins<sup>737</sup>.

Cette approche dite progressiste selon Sheppard, loin de renforcer l'autorité de la Cour comme un organe doté des pouvoirs de régler les différends constitutionnels que lui impose son cadre juridique, élargit plutôt les sources de droit applicable. L'auteur développe longuement une théorie selon laquelle, à travers les cas d'abus de procédure qui se sont produits dans l'affaire *Lubanga*, la Cour fait recours à l'article 21-3 en tant que source autonome de droit applicable lorsque la solution ne peut pas être trouvée en vertu de l'article 21-1. On peut en réalité contester cette lecture qui nous apparaît simpliste et qui perd de vue le fait que la solution énoncée par la Cour dans chaque cas d'abus de procédure correspond clairement à l'approche de *common law* qui aurait pu être invoquée en tant que principes généraux de droit en vertu de l'article 21-1. Avant de faire référence à l'article 21-3, la Chambre d'appel, comme la chambre de première instance dans la première procédure de 2006, a longuement discuté de la jurisprudence des tribunaux anglais comme expression d'une pratique communément acceptée en matière d'arrêt des poursuites pour abus de procédure, y compris par les organes de contrôle des droits de l'homme.

En réalité, l'article 21-3 n'est une source supplémentaire qu'en apparence. Elle n'enlève pas à la Cour l'autonomie de construire sa propre interprétation qui concorde avec les droits de l'homme. Les impératifs de son cadre contextuel pourraient en effet militer en faveur d'une légère dissonance avec les organes de contrôle des droits de l'homme sans que son interprétation soit forcément illégitime. L'affaire de la perquisition au domicile de Thomas Lubanga l'illustre fort à propos. Il en est de même en vertu de l'article 69-7 d'après lequel les éléments de preuve obtenus en violation du

---

<sup>736</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-679-tFR, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour (*witness familiarisation and proofing*) (8 novembre 2006) au para 10 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>737</sup> Sheppard, «Internationally Recognized Human Rights», *supra* note 697 à la p 59.

*Statut de Rome* ou des droits de l'homme internationalement reconnus ne donnent pas automatiquement lieu à leur inadmissibilité. Si la référence aux droits de l'homme en vertu de l'article 21-3 en matière d'abus de procédure a jusqu'ici pris les allures d'une pure transposition, c'est en réalité, pourrait-on soutenir, parce que l'interprétation des organes de contrôle des droits de l'homme concordait avec la solution recherchée par la Cour. Il est plus que souhaitable qu'il en soit ainsi dans la mesure du possible. Statuant en dernier ressort, la CPI n'est pas l'objet d'un contrôle par une instance supérieure. Cette déficience est constamment l'objet de critiques de la part de la doctrine<sup>738</sup>. La déférence presque systématique de la Cour à la jurisprudence internationale des droits de l'homme doit dès lors être saluée.

L'article 21-3 du *Statut de Rome* met en évidence le caractère constitutionnel de la CPI. S'exprimant sur l'avantage que présente une telle dimension de la Cour, Errol Mendes ne voit rien de moins qu'une institution qui pourrait assumer les fonctions d'une cour constitutionnelle telle qu'il en existe en droit interne<sup>739</sup>. Dans le même esprit, Audrey Benison reconnaissait en 1999 que pour être efficace, la CPI doit fonctionner comme « *a de facto human rights Court* »<sup>740</sup>.

La constitutionnalité de la Cour est pour une partie de la doctrine avant tout une question institutionnelle. Son avènement aura marqué une certaine restructuration de l'ordre juridique international. Leila Nadya Sadat et Richard Carden ont ainsi fait allusion à Rome comme « *a 'constitutional moment' of sorts – a decision to reequilibrate the constitutional organic structure of international law [...]* »<sup>741</sup>. De fait, la possibilité qu'une institution internationale puisse directement engager la responsabilité pénale d'un individu apparaît comme une rupture avec l'idée de la société des États, dont les représentants jouiraient dans une structure interétatique classique, des immunités de juridiction<sup>742</sup>. Dans ce qui devient ainsi une « société mondiale », la souveraineté, sans nécessairement disparaître, ne trouve à s'exprimer qu'en tant qu'elle contribue à la promotion d'une culture d'humanité. Jason Ralph affirme à ce propos que « *[i]n a solidarist international society such*

---

<sup>738</sup> *Ibid* à la p 45; Vojin Dimitrijević et Marko Milanović, «Human Rights Before International Criminal Courts» dans Jonas Grimheden, Rolf Rings, dir, *Human Rights Law: From Dissemination to Application: Essays in Honour of Göran Melander*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 149; Zappalà, *Human Rights*, *supra* note 685 à la p 9.

<sup>739</sup> Errol P Mendes, *Peace and Justice at the International Criminal Court. A Court of Last Resort*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010 à la p 23 [Mendes, *Peace and Justice*].

<sup>740</sup> Audrey I Benison, «War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court» (1999) 88 Geo L J 141 à la p 143.

<sup>741</sup> Leila Nadya Sadat, Richard S Carden, «The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution» (2000) 88 Geo L J 381 à la p 395.

<sup>742</sup> Jason Ralph, «Anarchy is What Criminal Lawyers and other Actors Make of it: International Criminal Justice as an Institution of International and World Society» dans Steven C Roach, dir, *Governance, Order, and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford, OUP, 2009, 133 à la p 134.

*as this, the secondary norms of non-intervention and sovereign/diplomatic immunity are replaced by state responsibilities to protect and prosecute »<sup>743</sup>.*

Somme toute, nous avons vu que si les droits de l'homme doivent être protégés dans la procédure de la CPI, ils doivent l'être soit en vertu des textes fondamentaux de la Cour, soit en vertu d'autres normes, règles et principes du droit international, la cohérence de toutes ces sources étant garantie par l'exigence d'une interprétation et d'une application compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Il importe maintenant d'analyser, compte tenu de ces sources et de leur cohérence, quels sont spécifiquement les droits protégés par la confidentialité.

### *1.2. – La diversité des droits protégés par la confidentialité*

Nous avons vu que par ses sources et par son statut, les droits de l'homme imposent à la CPI le respect de la confidentialité. Il importe maintenant d'examiner les droits qui sont effectivement garantis par le secret. Il s'agit d'une perspective à partir de laquelle l'abondance ou la profusion de la confidentialité peut être appréciée. Car il convient de dire que lorsque l'on passe de la dimension d'intérêt public du secret<sup>744</sup> à sa conception comme « droit de chacun »<sup>745</sup>, son application se diversifie au gré de la multiplicité des intérêts à sauvegarder. Il y a bien évidemment les intérêts des personnes poursuivies par la Cour, pour qui la consécration du secret agit comme instrument d'humanisation du droit pénal (1.2.1.) et les droits de celles qui se trouvent à risque du fait des activités de la Cour, pour qui le respect du secret est un mécanisme d'accommodation (1.2.2.).

#### *1.2.1. – Une humanisation des personnes poursuivies*

L'humanisation du droit pénal tend à atténuer les rigueurs de la répression. Ce phénomène s'est traduit par des normes de protection toujours plus croissantes des personnes à l'épreuve du système répressif. Bon nombre de ces normes sont garanties par la possibilité d'érection du secret face aux intrusions de la puissance publique. Il en est ainsi des besoins des auteurs présumés de crimes en matière de vie privée (1.2.1.1.) ou en matière de défense efficace (1.2.1.2.).

---

<sup>743</sup> *Ibid* à la p 135.

<sup>744</sup> Thierry Massis, « La transparence et le secret: champ social, débat de conscience » (2001) 394:6 *Études* 751 à la p 659, citant en particulier Émile Garçon. Voir aussi Jean-Philippe Pierron, « Sous le sceau du secret » (2004) 400:5 *Études* 625 à la p 628 [Pierron, « Sous le sceau »].

<sup>745</sup> Nicole Vallières, « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985) 26:4 *Les Cahiers de droit* 1019 à la p 1020.

#### 1.2.1.1. – Le droit à la vie privée de l’auteur présumé de crimes

Le déploiement de la machine judiciaire n’est pas complaisant à l’égard des suspects. On s’est souvent limité à considérer la question de leurs droits à la phase du procès, occultant le problème à la phase des enquêtes. Les droits qui sont les plus susceptibles d’atteinte sont constitués des éléments du droit à la vie privée. Déjà avant le Statut de Rome, certains auteurs se préoccupaient de la prise en compte des intérêts privés des accusés. On estimait par exemple que les fouilles et les saisies concernant le sang, les tissus du corps, les pompes stomacales et autres écoutes téléphoniques devaient être réglées par le *Statut*. Au bout du compte, le *Statut de Rome* adopté ne contient pas des dispositions sur le droit à la vie privée de manière générale<sup>746</sup>.

L’idée d’une codification générale est intéressante au regard des situations dans lesquelles la question de la vie privée peut se poser. L’arrestation et la détention des personnes sont susceptibles de mettre en jeu les intérêts privés. Il en est de même de la perquisition, de la saisie ou de la fouille de places, de choses et de personnes<sup>747</sup>. Mais la vie privée recouvre une réalité qui n’a pas cessé de s’étendre. Dans une affaire de 1994, la Cour de justice des communautés européennes, interprétant l’article 8 de la CEDH qui prévoit le droit au respect de la vie privée, jugeait que ce dernier « comporte notamment le droit de tenir son état de santé secret »<sup>748</sup>.

Ainsi que le reconnaît Massy en matière de secret médical, le malade qui se confie au médecin « expose son corps, son intimité »<sup>749</sup>. Il s’attend donc que les informations reçues ne soient pas divulguées. Il ne s’agit cependant pas d’une opposition purement fantaisiste à la divulgation. La garantie du secret se fonde sur des considérations de liberté de la personne. Pierre Jean-Phillippe considère à ce titre que « [t]out savoir sur tout et tous prépare aux abus de pouvoir »<sup>750</sup>. Le secret professionnel permettrait de « [p]réserver la fragilité de l’intime » qui doit pouvoir « se livrer sans être

---

<sup>746</sup> Kenneth S Gallant, « Individual Human Rights in a New International Organization: The Rome Statute of the International Criminal Court » dans Cherif Bassiouni, dir, *International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd, 1999, 693.

<sup>747</sup> George E Edwards, « International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy » (2001) 26 Yale J Int’l Law 323 à la p 327 [Edwards, «Challenges to the New ICC»].

<sup>748</sup> CJCE, *X c Commission*, n°C-404/92P (5 octobre 1994), rec 4737, concl Van Gerven dans Frédéric Sudre, dir, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 1999 à la p 152.

<sup>749</sup> Massis, « La transparence et le secret », *supra* note 744 à la p 658.

<sup>750</sup> Pierron, « Sous le sceau », *supra* note 744 à la p 629.



livrée en pâture »<sup>751</sup>. Il est ainsi décrit comme « un aspect essentiel de notre civilisation »<sup>752</sup> et même « la forme ultime du respect de la personne »<sup>753</sup>.

Le droit pénal français encadre d'une manière toute particulière le secret professionnel en tant que droit de la personne au respect de son intimité. Dans ce pays, la sanction pénale de la violation du secret professionnel est régie par la section du Code pénal relative au respect de la vie privée<sup>754</sup>. Il s'agit également d'un droit de l'homme internationalement reconnu. S'inscrivent principalement dans ce sillage le secret médical et le secret de la confession religieuse. Ils sont les plus susceptibles d'englober les éléments de l'intimité et de la vie privée qui en France incluent « le corps, la santé, la naissance, la mort, les amours, l'argent, la vieillesse »<sup>755</sup>.

Dans le cadre de la CPI, c'est la règle 73 du RPP qui autorise la Cour à reconnaître comme couvertes par le secret professionnel certaines communications entre une personne et son avocat, un membre du clergé, un thérapeute ou tout autre professionnel. À Rome, la Syrie envisageait une codification plus étendue de la vie privée qui ne se limiterait pas au contexte d'une relation professionnelle<sup>756</sup>. L'article 69 du *Statut* dans lequel cette proposition était formulée se limite aujourd'hui à renvoyer au respect des règles de confidentialité du RPP. Dans l'affaire *Gbagbo*, une Chambre de première instance de la CPI a reconnu au secret médical la dimension de protection de l'intimité de l'accusé en jugeant que le dossier médical de l'accusé ne devait pas être communiqué aux représentants légaux des victimes<sup>757</sup>.

L'approche extensive du droit à la vie privée découle ainsi de la DUDH ou encore du PIDCP en vertu desquels « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation »<sup>758</sup>. Les textes de la Cour n'offrent pas cette protection générique. Mais de manière disparate, les dispositions du *Statut de Rome*, du RPP, du Règlement du Greffe, notamment dans ses dispositions portant sur le régime de détention, garantissent la protection de la vie privée des personnes faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites. Par exemple, il est entendu aux termes de

---

<sup>751</sup> *Ibid* à la p 634.

<sup>752</sup> Massis, « La transparence et le secret », *supra* note 744 à la p 652.

<sup>753</sup> *Ibid* à la p 657

<sup>754</sup> *Ibid* à la p 655

<sup>755</sup> *Ibid* à la p 656.

<sup>756</sup> Edwards, « Challenges to the New ICC », *supra* note 747 à la p 329.

<sup>757</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-211, *supra* note 322 au para 14.

<sup>758</sup> Voir DUDH, art. 12 et PIDCP, art. 17-1.

l'article 57-3-c qu'en cas de besoin, la Chambre préliminaire peut assurer « [...] la protection des personnes qui ont été arrêtées ou ont comparu sur citation [...] ». Cette disposition est développée par les règles 117 et suivantes du RPP ainsi que les normes 150 et suivantes du Règlement du Greffe, toutes se rapportant aux conditions de détention des personnes au pouvoir de la Cour. La notion de protection est suffisamment large pour recouvrir la vie privée au sens des droits de l'homme internationalement reconnus.

La protection de la vie de famille, comme élément du droit à la vie privée, opère par la règle 75 du RPP qui autorise au témoin de ne pas répondre à une question si la réponse à celle-ci incriminera un proche. On reconnaît généralement à ce privilège un double fondement : l'un utilitariste, l'autre humanitaire.

La théorie utilitariste considère que la fonction d'établissement de la vérité de la justice peut être érodée dans le but de préserver certaines relations ou certains intérêts importants aux yeux de la société. Cet intérêt public tient dans le cas d'espèce à la considération qui est généralement accordée à l'unité de la famille ou aux liens de parenté. Au sujet des époux par exemple, les tenants de l'école utilitariste estiment que forcer un conjoint à témoigner contre l'autre conduirait à une situation inacceptable. D'une part, le témoignage sincère et véritable conduirait à la rupture du mariage; d'autre part, pour éviter une telle situation, le témoin pourrait être contraint de faire un faux témoignage<sup>759</sup>. De fait, en reconnaissant le privilège, on préserve l'unité du couple autant que l'intégrité de la procédure pénale. Il est intéressant de remarquer qu'ici, l'approche utilitariste revêt une dimension prospective, car on se préoccupe des conséquences sur les relations de famille du témoignage contre un proche accusé. Il s'ensuit que si au moment de son témoignage, le conjoint considère qu'il n'y a plus rien à préserver de l'unité de la famille, il peut, ainsi que l'envisage la règle 75-1, choisir de répondre aux questions.

La théorie humaniste va cependant plus loin. Laissant de côté l'intérêt public de l'harmonie des familles ou des couples, elle touche directement à la dignité de la personne. Le privilège de ne pas témoigner contre un proche accusé empêcherait, selon les mots de la Cour suprême du Canada (CSC), « l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre l'accusé »<sup>760</sup>. C'est une réflexion centrée sur sa personne que le témoin doit engager au moment de faire une déclaration contre un proche. L'approche humaniste considère à cet égard

---

<sup>759</sup> Cassidy, « Spousal Privileges », *supra* note 289 à la p 359.

<sup>760</sup> Couture, *supra* note 290 au para 43.

que ce serait une intrusion inacceptable dans la vie privée de la personne si elle devait être forcée de témoigner ou de contribuer à la condamnation d'un proche. C'est donc tout autant un problème éthique et moral que règle le privilège. Il apparaît en conséquence éclairé que la règle 75-1 du RPP de la CPI laisse à la personne qui témoigne le choix de faire ou non une déclaration. Il se peut en effet qu'elle n'éprouve pas la « répugnance naturelle »<sup>761</sup> qui l'empêcherait de témoigner. Il pourrait au contraire se produire qu'au regard de la nature des crimes, les membres de la famille considèrent plutôt leur silence comme répugnant.

La protection de la vie privée des suspects à l'étape des enquêtes, précisément dans les cas de saisie, fouille et perquisition, n'est pas explicitement envisagée par les termes du cadre normatif de la CPI. L'article 54-1-c du *Statut* prévoit vaguement en ce qui concerne les devoirs et pouvoirs du Procureur en matière d'enquêtes que celui-ci « [r]especte pleinement les droits des personnes énoncés dans le présent Statut ». Si par « personnes » on entend, outre les victimes et les témoins, les suspects et les accusés<sup>762</sup>, il demeure que les droits qui doivent être respectés sont ceux énoncés au *Statut*. Or si cet instrument n'évoque pas clairement le droit à la vie privée des suspects et accusés, il prévoit que la Cour, y compris son organe de poursuite, se conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus<sup>763</sup>.

Que le BdP soit lié par les droits de l'homme ne pose pas en principe de difficulté. Le problème survient dans la mesure où des actes d'enquête, tels que l'exécution de perquisitions et de saisies, ne peuvent être accomplis que par les États territorialement compétents. Dans la mesure où les États répondent aux demandes d'assistance selon les procédures prévues par leur législation nationale<sup>764</sup>, la question se pose dès lors de savoir si la Cour doit admettre en preuve les éléments obtenus en violation des droits de l'homme internationalement reconnus, notamment le droit à la vie privée des suspects.

Dans *Lubanga*, elle a jugé que si la compétence d'interpréter et d'appliquer la législation nationale incombe au premier chef aux autorités nationales, elle conserve « une certaine compétence afin de contrôler la manière dont les autorités nationales interprètent et appliquent la

---

<sup>761</sup> L'idée de repugnance naturelle vient de John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol 8 révisé par John T McNaughton, Boston, Little, Brown & Co., 1961 à la p 217 [Wigmore, *Evidence in Trials*].

<sup>762</sup> Morten Bergsmo et Pieter Kruger, « Article 54. Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article – 2<sup>ème</sup> éd*, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1077 à la p 1081

<sup>763</sup> *Statut de Rome*, art 21-3.

<sup>764</sup> Voir *Statut de Rome*, art. 93-1

législation nationale lorsque [...], pareilles interprétation et application se rapportent à des questions pour lesquelles le Statut renvoie directement à la législation nationale »<sup>765</sup>. C'est sur cette base qu'elle a écarté dans la même affaire le jugement d'un tribunal congolais concluant que la perquisition menée par les autorités congolaises au domicile du suspect en présence des enquêteurs de la CPI violait le droit de Thomas Lubanga à la vie privée. Reconnaisant le droit à la vie privée de l'accusé, la Chambre préliminaire a toutefois jugé qu'il peut être restreint dans le cadre des procédures pénales pour collecter des éléments de preuve. Tout en admettant sa violation dans le cas de la perquisition disproportionnée menée au domicile de Lubanga, la Chambre a jugé les éléments de preuve qui en sont résultés parce que leur crédibilité n'était pas affectée<sup>766</sup>.

#### 1.2.1.2. – Le droit à une défense efficace

Sous le couvert du secret professionnel de l'avocat-client par exemple, il y a au-delà du droit à la vie privée<sup>767</sup>, l'enjeu des droits d'une personne concernée par une procédure pénale<sup>768</sup>. Le secret de l'avocat-client est dans ce cas considéré comme un corollaire nécessaire du droit de toute personne d'obtenir des conseils avisés sur le droit<sup>769</sup>. Droit fondamental qui ne peut souffrir que de rares exceptions<sup>770</sup>, la Chambre d'appel du TPIY considère qu'il est « *vital to the defence of an accused or appellant by allowing for the open communication between attorney and client necessary for effective legal assistance as guaranteed under [...] the Statute* »<sup>771</sup>. C'est donc dans le secret que la communication de l'accusé avec son avocat serait plus libre. Cette communication revêt une importance particulière dans le cas de la personne détenue, car « un conseiller juridique peut avoir plus de mal à rendre visite à son client en raison [...] de l'éloignement de l'établissement »<sup>772</sup>.

---

<sup>765</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-512-tFR, Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut (3 octobre 2006) aux pp 5-6 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>766</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 aux paras 81-90.

<sup>767</sup> *Bangura*, Request for Subpoena, *supra* note 392 au para 14: le privilège de l'avocat-client est reconnu « *to be part of the right of privacy* ». D'après la Cour EDH, la fouille des locaux professionnels d'un avocat porte atteinte à son droit au respect de son domicile (*Sallinen et autres c Finlande*, n°50882/99 (27 septembre 2005) au para 71).

<sup>768</sup> Pierre Lambert, « Le respect du secret professionnel de l'avocat, composante du droit à un procès équitable » dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 291 à la p 292.

<sup>769</sup> *Bangura*, Request for Subpoena, *supra* note 392 au para 9.

<sup>770</sup> Šešelj, écoute des communications privilégiées, *supra* note 388 au para 25.

<sup>771</sup> *Popović*, Motion for Independent Counsel, *supra* note 374 au para 7; *Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, IT-06-90-T, Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia (12 mars 2010) au para 37 (TPIY, Chambre de première instance I) [*Gotovina*, Permanent Restraining Orders]; *Gotovina*, Temporary Restraining Orders, *supra* note 378 au para 16: « *the principle that all communications between lawyer and client are privileged is central to the functioning of the defence of an accused* »

<sup>772</sup> *Campbell*, *supra* note 298 au para 50.

Le TPIY s'aligne de façon constante sur la pratique de la Cour EDH qui considère que le fait pour l'accusé de ne pouvoir communiquer confidentiellement avec son avocat constitue une atteinte aux droits de la défense, précisément le droit d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix prévu à l'article 6-3-c de la CEDH<sup>773</sup>. Moins radical, le *Statut de Rome* en son article 67-1-b fait référence au droit de l'accusé de « communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix ». Une Chambre préliminaire de la Cour a interprété le secret professionnel comme un moyen d'assumer la responsabilité qui lui incombe aux termes du *Statut* « de protéger les droits du suspect »<sup>774</sup>. C'est dire qu'en tant que « sommet des secrets »<sup>775</sup>, le secret de l'avocat-client contribue à la sanction de la violation des droits de la personne accusée. En effet, pour assurer la liberté de communication entre celle-ci et son avocat, les tribunaux jugeront généralement inadmissible tout élément de preuve obtenu en violation du secret professionnel.

Le droit de garder le silence et de ne pas participer à sa propre incrimination s'inscrit lui aussi dans la logique de la défense de la personne accusée contre les abus possibles du système de justice. Le TPIY s'est prononcé sur les fondements de cette norme en ces termes dans l'affaire *Delalić* lorsque le Procureur a demandé que l'accusé soit forcé de produire un échantillon de sa main d'écriture afin qu'elle soit comparée avec celle d'une lettre échangée avec un témoin :

Le véritable fondement de la protection contre l'obligation de témoigner contre soi-même est la volonté de protéger l'innocent, en le mettant à l'abri des effets de la contrainte que pourraient exercer les autorités de police. Un autre objectif est la protection de la société, par la condamnation du coupable. En outre, ce droit encourage les témoins qui craindraient de témoigner contre eux-mêmes à déposer volontairement. Dans l'ensemble, il cherche à protéger aussi bien l'innocent que le coupable<sup>776</sup>.

Par ce fait même, la protection contre l'auto-incrimination et le droit de garder le silence qui en découle ne se limiterait pas à la protection contre l'incrimination. Il s'agit au fond de préserver la dignité et l'autonomie de la personne mise en cause dans une procédure pénale. Ainsi qu'enchaîne la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Delalić*, « la communauté internationale a largement dépassé le stade des violations grossières et flagrantes de la dignité et de la personnalité des individus impliqués dans des procédures judiciaires »<sup>777</sup>. Le respect de leurs droits s'imposerait donc avant tout sur la base de la dignité humaine qui leur est inhérente. Il importe peu en

---

<sup>773</sup> Cour EDH, *S c Suisse*, n°12629/87; 13965/88 (28 novembre 1991) au para 48; *Öcalan c Turquie*, [GC], n°46221/99 (12 mai 2005) au para 133; *Šešelji*, écoute des communications privilégiées, *supra* note 388 au para 22.

<sup>774</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-67-tFRA, *supra* note 306 à la p 6.

<sup>775</sup> Massis, « La transparence et le secret », *supra* note 744 à la p 657

<sup>776</sup> *Delalić*, production d'un échantillon d'écriture, *supra* note 251 au para 58.

<sup>777</sup> *Ibid* au para 59.

conséquence que le propos soit incriminant. Qu'il le soit ne justifierait pas d'ailleurs davantage l'usage de la contrainte. Tentant d'asseoir le statut de principe de justice fondamentale dans le système de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un juge de la Cour suprême du Canada retrace l'historique de la norme en des termes similaires :

Mon étude des origines historiques du droit de ne pas être contraint de témoigner et du droit à la protection contre l'auto-incrimination ainsi que mon examen des raisons de principe avancées pour justifier leur maintien à l'époque moderne m'amènent à conclure que leur préservation tient au souci de veiller à ce que l'État respecte la vie privée, l'autonomie personnelle et la dignité de ses citoyens. L'État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S'il en était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d'un régime policier<sup>778</sup>.

D'après Sylvain Leboeuf, en protégeant l'autonomie personnelle et la vie privée de l'accusé, le principe de l'interdiction de l'auto-incrimination permet d'écarter la possibilité de confessions indignes de foi<sup>779</sup>. Il est entendu que les confessions résultant de l'exercice de la contrainte pourraient, en raison de ce facteur de force, ne pas revêtir la sincérité attendue des déclarations données de manière volontaire et éclairée. On voit ainsi poindre l'aversion de la règle de la non-incrimination pour l'abus de pouvoir par l'État. L'une des manifestations ou déclinaison de cette règle est le droit de l'accusé de garder le silence qui, selon la CSC, est « fondé sur la liberté d'une personne de choisir dans quelle mesure elle collabore avec la police, et animé par la reconnaissance de l'impact potentiellement coercitif de l'autorité de l'État et le désir que les personnes ne soient pas tenues de s'incriminer »<sup>780</sup>.

La transposition de ces considérations philosophiques en droit international pénal peut susciter des interrogations, compte tenu des différences fondamentales qui existent entre l'ordre interne et l'ordre international. Le droit de garder le silence n'a pas eu que des promoteurs. On l'a critiqué dans la mesure où il apparaît contradictoire avec la fonction d'établissement de la vérité du processus judiciaire<sup>781</sup>. Au regard de l'importance de cet objectif dans les procès pour crimes graves, on se serait attendu à une codification plus assouplie du droit de garder le silence. Mais convenons tout de suite que la fonction mémorielle des jugements internationaux ne saurait justifier quelque abus que ce soit. Elle gagne nécessairement de la sincérité des propos que pourraient tenir les

---

<sup>778</sup> *Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425 à la p 480 (dissidence du juge Wilson). Sur les fondements du droit de garder le silence et leurs évolutions de manière générale, voir Leboeuf, *Le rôle du silence*, *supra* note 242 aux chapitres 1 et 2.

<sup>779</sup> Leboeuf, *Le rôle du silence*, *supra* note 242 à la p 86.

<sup>780</sup> *R c Turcotte*, [2005] 2 RCS 519 au para 51.

<sup>781</sup> Berger, «The Right to Silence», *supra* note 252 à la p 13.

accusés ou les témoins. Pour cette raison, ils ne devraient jamais être le résultat d'attentats à la dignité et à la personnalité de ces derniers.

### 1.2.3. – L'accommodation des personnes à risque du fait de la Cour

Dans un système où la Cour fonctionne sans l'appui d'une force de police, la confidentialité s'est généralisée en tant qu'instrument d'accommodement des préoccupations des personnes dont les droits ou les intérêts peuvent être à risque du fait des activités de la CPI. Ces personnes incluent en premier lieu les victimes et les témoins de crimes internationaux (1.2.3.1), mais également toute autre personne susceptible de subir un préjudice du fait du travail de la Cour (1.2.3.2.).

#### 1.2.3.1. – Les droits des victimes et témoins de crimes internationaux

À la différence des procès de Nuremberg, les victimes et les témoins occupent une place importante dans les procès contemporains<sup>782</sup>. Leur participation est désormais synonyme d'effectivité de la justice internationale pénale. Il en est ainsi parce que leur implication pourrait non seulement être une thérapie efficace, mais encore un moyen de rétablir l'équilibre avec les accusés qui ont toujours voix au chapitre, de dépolitiser les procès en contrebalançant l'influence des procureurs, souvent plus soucieux des enjeux de paix et de sécurité internationales, et enfin en atténuant la technicité des débats par la possibilité qu'ils ont de parler en personne de leurs expériences à la place de la preuve documentaire parfois surabondante<sup>783</sup>. Cette participation, surtout pour les témoins, peut comporter un coût<sup>784</sup>. Il s'ensuit une responsabilité de la Cour d'assurer leur protection pour éviter l'atteinte aux droits fondamentaux du témoin<sup>785</sup>. Le système mis en place à Rome en 1998, en reprenant les principes pertinents développés dans le cadre des Nations Unies<sup>786</sup> et de

---

<sup>782</sup> Pour une évocation des raisons à l'origine du rôle insignifiant des victimes dans les affaires américaines et britanniques à Nuremberg, voir Sam Garkawe, « The Role and Rights of Victims at the Nuremberg International Military Tribunal » dans Christoph Safferling et Herbert R. Reginbogin, dir., *The Nuremberg Trials: International Criminal Law since 1945*, Munich, KG Saur, 2006, 86 aux pp 90-91 [Garkawe, « Victims at Nuremberg »].

<sup>783</sup> Sur la pertinence de l'implication des victimes dans la poursuite des crimes internationaux, voir Garkawe, « Victims at Nuremberg », *supra* note 782 aux pp 88-89.

<sup>784</sup> Qu'il s'agisse d'ailleurs de la victime (*victim witnesses*), du témoin oculaire (*eye witness*), du témoin expert (*expert witness*) ou d'un témoin proche de l'accusé (*inside witness*). Voir Rebecca Horn, Simon Charters et Saleem Vahidy, « The Victim-Witness Experience in the Special Court for Sierra Leone » (2009) 15 *Int'l Rev Victimology* 277 à la p 278 [Horn, Charters et Vahidy, « Victim-Witness Experience »]. Pour une typologie des moyens de preuve en droit international pénal en général, voir La Rosa, *La procédure et la preuve*, *supra* note 157 à la p 261.

<sup>785</sup> Laetitia Bonnet, « La protection des témoins par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) » (2005) n°5 *Droits fondamentaux* 1 à la p 3. En ligne : <[www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)> [Bonnet, « La protection des témoins »].

<sup>786</sup> *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. 40/34, Doc off AG NU, 40<sup>e</sup> sess., 96<sup>e</sup> séance, Doc NU A/40/34 (1985) 225 [*Principes relatifs aux victimes d'abus de pouvoir*]; *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit*

l'Europe<sup>787</sup>, permet la prise en compte des préoccupations des victimes et témoins de crimes internationaux à cet égard.

En 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies faisait remarquer que « les victimes de la criminalité et les victimes d'abus de pouvoir et fréquemment aussi leurs familles, des témoins et autres personnes qui viennent en aide aux victimes subissent injustement des pertes, des dommages ou des préjudices et peuvent en outre être soumis à des épreuves supplémentaires lorsqu'ils aident à poursuivre les délinquants »<sup>788</sup>. Dans la déclaration qui a suivi, elle a demandé aux États d'améliorer la capacité de l'appareil judiciaire et administratif à répondre aux besoins des victimes « [e]n prenant des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes, protéger au besoin leur vie privée et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles »<sup>789</sup>. Cette recommandation a été reprise dans les principes Van Boven/Bassiouni en 2005<sup>790</sup> et dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>791</sup>.

Certes adressée aux États, il n'y a aucun motif dirimant d'exempter les tribunaux pénaux internationaux du respect de ces recommandations, ce d'autant que du fait de la nature des crimes, du caractère international de la procédure et de l'absence d'un mécanisme de protection efficace, les risques pour les victimes peuvent être accrus. Dès leur création, les tribunaux *ad hoc* des Nations Unies ont pris ces préoccupations en compte<sup>792</sup>. Ils l'ont fait avec raison, puisqu'il est effectivement

---

*international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés 60/147, Do off AG NU, 60<sup>e</sup> sess, 64<sup>e</sup> séance, Doc NU A/RES/60/147 (2005) [*Principes Boven-Bassiouni*].

<sup>787</sup> CE, *Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*, [2001] J.O. L 82 [*Décision-cadre du Conseil de l'UE*]; Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation Rec(2005)9 relative à la protection des témoins et des collaborateurs de justice*, 924<sup>e</sup> réunion (2005) [*Recommandation Rec(2005)9 du Conseil de l'Europe*].

<sup>788</sup> *Principes Boven-Bassiouni*, *supra* note 786.

<sup>789</sup> *Ibid* au para 6-d.

<sup>790</sup> *Ibid*, Principes VI.

<sup>791</sup> *Recommandation Rec(2005)9 du Conseil de l'Europe*, *supra* note 787.

<sup>792</sup> *Statut du TPIY*, art. 20-1; art. 22; *RPP du TPIY*, art. 11*bis*-D-ii (la formation des juges qui prennent une ordonnance ordonnant le renvoi d'une affaire aux autorités nationales peut ordonner que des mesures de protection prises à l'égard de certains témoins ou victimes demeurent en vigueur); art. 34 (création d'une section d'aide aux victimes et aux témoins qui peut recommander l'adoption de mesures de protection des victimes et des témoins); art. 40-iii : Dans le cadre de ses enquêtes, le Procureur peut demander à tout État « de prendre toute mesure nécessaire pour empêcher [...] les atteintes à l'intégrité physique des victimes ou des témoins [...] »; art. 40*bis*-B-iii : le juge ordonne le transfert et la détention provisoire du suspect s'il « considère la détention provisoire comme une mesure nécessaire pour empêcher [...] l'intimidation ou les atteintes à l'intégrité physique des victimes ou des témoins [...] »; art. 69 : Dans des cas exceptionnels, « le Procureur peut demander à un juge ou à la Chambre de première instance d'ordonner la non-divulgence de l'identité d'une victime ou d'un témoin pour empêcher qu'ils ne courent un danger ou des risques, et ce jusqu'au moment où ils seront placés sous la protection du Tribunal »; art. 75 : « Un juge ou une Chambre peut, d'office ou à la demande d'une des parties, de la victime, du témoin intéressé ou de la section d'aide aux victimes et aux témoins,



arrivé que des témoins soient attaqués consécutivement à leur collaboration avec le tribunal international<sup>793</sup>. Récemment encore, la CPI a dû poursuivre les audiences à *huis clos* dans l'affaire William Ruto, après que le BdP a estimé que des témoins à charge avaient subi « des pressions et des intimidations à un niveau sans précédent »<sup>794</sup>.

Le cadre juridique de la CPI est bien plus développé sur la question de la protection des victimes et témoins. Le droit à la protection chemine ainsi côte à côte dans les textes fondamentaux de la Cour. Il s'impose d'ailleurs à tous les organes de la Cour. Le principe général, énoncé à la règle 86 du RPP, veut que « [l]es Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins [...] ». Cette règle générale insiste sur la vulnérabilité particulière des enfants, des personnes âgées, de personnes handicapées et des victimes de violence sexuelle ou sexiste. La règle 86 est une réaffirmation des dispositions du *Statut* qui sont fragmentées à raison des fonctions spécifiques à chaque organe de la Cour. Par exemple, si le Procureur a l'obligation d'assurer l'efficacité de ses enquêtes en vertu de l'article 54-1-b, il doit, ce faisant, avoir « égard aux intérêts et à la situation personnelle des victimes et des témoins ». Il a une obligation de respecter pleinement les droits des personnes énoncés dans le Statut (art. 54-1-c) et le pouvoir de « [p]rendre ou demander que soient prises, des mesures nécessaires pour assurer [...], la protection des personnes [...] ».

Il découle des fonctions et attributions de la Chambre préliminaire que cette dernière peut prendre de telles mesures de sa propre initiative « en cas de besoin ». L'article 57-3-c précise en effet que la chambre préliminaire a le pouvoir d'assurer « la protection et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [...] ». De la même manière, la Chambre de première instance veille au plein respect des droits de l'accusé, mais « en ayant pleinement égard à la nécessité d'assurer la protection des victimes et des témoins » selon les termes de l'article 64-2. En vertu du paragraphe 6, alinéa e du même article, elle a le pouvoir, avant ou pendant le procès, si besoin est d'assurer « la protection de l'accusé, des témoins et des victimes ».

---

ordonner des mesures appropriées pour protéger la vie privée et la sécurité de victimes ou de témoins, à condition toutefois que lesdites mesures ne portent pas atteinte aux droits de l'accusé ».

<sup>793</sup> Bonnet, « La protection des témoins », *supra* note 785 à la p 2.

<sup>794</sup> RFI, *Kenya: colère de la CPI après la révélation présumée du nom d'un témoin protégé*, 18 septembre 2013. En ligne : <<http://www.rfi.fr/afrique/20130918-kenya-colere-cpi-cour-penale-internationale-revelation-nom-temoin-protege-william-ruto>> (dernière consultation le 25 octobre 2013). Le *huis clos* faisait suite à la révélation la veille, 17 septembre 2013, de l'identité d'un témoin protégé dans les médias au Kenya.

Quant au Greffe, c'est l'organe de la Cour à travers lequel la protection des victimes et témoins est institutionnalisée. Dans l'organigramme de la Cour, l'article 43-6 du *Statut de Rome* fait obligation au Greffe de mettre sur pied une division d'aide aux victimes et aux témoins dont le mandat est « de conseiller et d'aider de toute manière appropriée les témoins, les victimes qui comparaissent devant la Cour et les autres personnes auxquelles les dépositions de ces témoins peuvent faire courir un risque, ainsi que de prévoir les mesures et les dispositions à prendre pour assurer leur protection et leur sécurité ». La Division conseille également le Procureur et la Cour sur l'objet de son mandat<sup>795</sup>. Cette exigence est développée par la norme 100-2 du *Règlement du Greffe*. En dehors des fonctions de conseil, le Greffe est également, ainsi que l'exige la règle 86 du RPP, tenu d'accomplir son mandat dans le respect du droit à la protection des victimes et témoins<sup>796</sup>.

Les dispositions qui précèdent évoquent le droit à la protection souvent sans en préciser le contenu, si ce n'est de temps à autre une référence à la vie privée et à la sécurité des victimes et témoins. Le droit à la protection a en effet ceci de particulier qu'il a pour fonction de permettre la réalisation et la jouissance des autres droits de l'homme. En conséquence, un individu est toujours protégé de quelque chose, d'un risque ou d'un danger auquel il serait exposé, ceci soit en raison de sa vulnérabilité qui l'empêche d'exercer son droit, soit en raison d'une ingérence dans ce droit par un tiers. Dans tous les cas, le droit à la protection requiert une action positive de la part des autorités publiques en tant qu'un service doit être pourvu pour sauvegarder un intérêt ou un bien juridiquement protégé qui peut lui-même exister de manière autonome. Ainsi, le contenu du droit à la protection des victimes et témoins est défini par l'article 68-1 du *Statut de Rome* en vertu duquel « [l]a Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins ». À côté de ces motifs, il faut ajouter, dans le cas des témoins, la protection contre le risque de s'auto-incriminer au cours de la déposition et en fin de compte de faire l'objet de poursuites pénales devant la Cour ou devant des tribunaux nationaux. La règle 74 du RPP de la CPI, tout en admettant que « le témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer » organise également un régime de protection dans l'hypothèse où il est contraint par la Cour à répondre à une question.

---

<sup>795</sup> *Statut de Rome*, art 68-4.

<sup>796</sup> Voir : *Règlement du Greffe*, norme 79, norme 100 (protection et sécurité des victimes); norme 21-2 (possibilité de différer la retransmission et la diffusion des transcriptions et enregistrement pour protéger des informations sensibles); norme 97 (confidentialité des documents); *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 16-1-d et 16-2 à 16-4 (responsabilités du Greffe à l'égard des victimes et témoins); règle 43 (obligation de protéger la confidentialité de la procédure et la sécurité des victimes et des témoins au moment de publier les documents de la Cour).

Les intérêts qui sont sous-jacents au droit à la protection des victimes et témoins peuvent être caractérisés comme se rapportant *grosso modo* au droit à la sécurité de leur personne. La sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité, le respect de la vie privée ou la crainte d'auto-incrimination s'analysent comme des éléments de ce droit à la sécurité de la personne. Un commentateur a considéré que ces éléments recouvrent « *all areas of inalienable human rights defined in international and domestic legal instruments* »<sup>797</sup>. En droit interne précisément, une opinion minoritaire de la CSC, plus tard approuvée<sup>798</sup>, interprétant l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>799</sup> garantissant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, a défini la dernière composante de cette disposition de façon à inclure tous les intérêts de l'article 68-1 du *Statut de Rome*, à savoir, outre la sécurité de la personne, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse qui peuvent résulter des facteurs perturbant la vie familiale, sociale ou professionnelle<sup>800</sup>. Il semble ainsi que les rédacteurs du *Statut de Rome*, en ayant égard au bien-être tant physique que psychologique des victimes et témoins, aient voulu assurer l'autonomie de leur personne en les déchargeant de toute crainte et de toute contrainte qui pourraient empêcher leur collaboration avec la justice internationale pénale.

En effet, la décision de venir témoigner ou de participer en tant que victime pour obtenir réparation est nécessairement affectée si la personne court un quelconque danger en se présentant devant le tribunal international. Ce danger peut provenir de deux sources. Il y a d'une part les représailles que les victimes et les témoins peuvent craindre de la part des criminels présumés et de leurs partisans. Ils cherchent dans ce cas à préserver principalement leur sécurité physique, leur tranquillité d'esprit de même que le bien-être de leurs proches en demandant des mesures de protection. La particularité de la justice internationale pénale est en effet de juger les crimes qui sont commis dans des contextes de conflit armé dont les causes les plus profondes sont l'animosité et la

---

<sup>797</sup> David Donat-Cattin, « Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their participation in the proceedings » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* – 2ème éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1275 à la p 1281 [Donat-Cattin, «Article 68»].

<sup>798</sup> Voir *Prentice c Canada*, (2006) 3 RCF 135 (CA), 2005 CAF 395 (« Le droit à la sécurité de la personne inclut tant la sécurité physique que psychologique »); *Rodriguez c Colombie Britannique (Procureur général)*, (19993) 3 RCS 519 (« La notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui a trait au droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle de son intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale ». Voir de manière générale Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, *Charte des droits de la personne*, 26<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et LaFleur Ltée, 2013 aux pp 201 et s.

<sup>799</sup> *Charte canadienne des droits*, *supra* note 549.

<sup>800</sup> *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30 au para 17.

haine interethnique<sup>801</sup>. Même après leur fin, il arrive que ces conflits se poursuivent par l'entremise d'un procès devant un tribunal international.

D'autre part, le danger peut résulter de la victimisation secondaire. Il s'agit du préjudice que peut endurer une personne du fait des enquêtes ou des poursuites sur les crimes dont elle a été victime ou témoin<sup>802</sup>. Le plus souvent, cette victimisation est produite par la publicité du processus judiciaire. Est en conséquence la plus visée la protection du droit à la vie privée et le bien-être psychologique. Les personnes concernées par une telle protection sont considérées comme étant les plus vulnérables. La deuxième phrase de l'article 68-1 du *Statut de Rome* commande que la protection accordée tienne compte de certains facteurs, dont en particulier la nature du crime qu'aurait subi ou dont aurait été témoin la personne protégée. Sont ainsi particulièrement concernés les victimes et témoins de crimes sexuels et sexistes<sup>803</sup> et de crimes contre les enfants.

A priori, on serait tenté de conclure de l'examen de ce cadre qu'il vise avant tout le confort personnel des témoins et victimes. Certes cela est vrai, mais dans une certaine mesure seulement. Il existe un véritable intérêt public derrière ce dispositif. Dans un système tel celui de la CPI, qui n'a pas de règle de contrainte du témoin, la confidentialité constituera assurément une mesure incitative pour les personnes qui craignent pour leur sécurité et leur intégrité physique lorsqu'elles veulent contribuer à l'établissement de la vérité. La réalité est que sans leur concours, la justice internationale pénale aurait du mal à fonctionner. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le reconnaît fort opportunément dans sa recommandation de 2005 lorsqu'il affirme « qu'il ne peut être toléré que la justice pénale ne puisse parvenir à déférer l'accusé devant un tribunal et à obtenir un jugement parce que les témoins ont été efficacement dissuadés de témoigner librement et sincèrement »<sup>804</sup>. La protection conférée touche au cœur du processus pénal dans la mesure où elle contribue à la réalisation d'une justice de qualité.

Par ailleurs, la réalisation de l'un des objectifs de la CPI dépend de la possibilité pour les victimes de participer à la procédure. Il ne paraît pas non plus tolérable qu'une telle mission ne puisse être réalisée pour la simple raison que les victimes qui désirent prendre part aux procédures

---

<sup>801</sup> Markus Eikel, «Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice» (2012) 23 *Criminal Law Forum* 97 à la p 98 [Eikel, «Witness Protection»].

<sup>802</sup> Donat-Cattin, «Article 68», *supra* note 797 à la p 1282.

<sup>803</sup> Voir à ce propos: Amanda Beltz, « Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim's Rights with the Due Process Rights of the Accused » (2008) 23:1 *Journal of Civil Rights and Economic Development* 167.

<sup>804</sup> *Recommandation Rec(2005)9 du Conseil de l'Europe*, *supra* note 787.

de la Cour sont dissuadées par les menaces, intimidations et éventuelles représailles des auteurs présumés ou leurs partisans. Le témoignage est donc aussi important pour les victimes et témoins que pour la justice. Le cas des victimes de trauma l'est d'autant plus que l'environnement même du procès peut accroître leurs souffrances et annihiler leur capacité à reconstituer les faits suivant les exigences juridiques de cohérence et de consistance. Un auteur fait remarquer à cet égard qu'« [e]n plus des problèmes fonctionnels dans le souvenir, une sensation profonde de honte, d'humiliation et de culpabilité, pas exclusivement, mais particulièrement dans le contexte de violence sexuelle, peut avoir un impact immense sur la capacité d'un survivant à divulguer ou rapporter un abus »<sup>805</sup>.

Cela étant dit, s'il y a une justification à la confidentialité, la justification de cette mesure en tant que moyen de protection peut elle-même être interrogée. La protection ne s'effectue pas en effet uniquement par la confidentialité. Toutefois, force est de constater qu'il s'agit de loin de la mesure la plus utilisée. Un auteur faisait à ce propos remarquer en 2005, au sujet du TPIY, que « les ordonnances accordant des mesures de confidentialité représentent la majorité des décisions concernant les mesures de protection au tribunal »<sup>806</sup>. L'état des lieux n'a pas changé depuis lors.

La vérité est que de toutes les mesures de protection qui existent, elle est la moins onéreuse et la plus facile à mettre en œuvre. Elle pallie efficacement les limites structurelles de la Cour. La confidentialité consiste en effet à cacher au public ou à l'autre partie au procès tout élément ou tout renseignement établissant le lien avec la personne protégée. L'information extraite varie certes, mais concerne avant tout les éléments susceptibles de permettre l'identification des victimes, témoins, membres de leur famille. Cela s'entend du nom comme de la localisation d'un individu ou de ses proches. La Chambre de première instance rejette la demande de non-divulgence présentée par le Procureur et portant sur des éléments qui n'étaient pas en lien avec l'identité des témoins<sup>807</sup>. Dans la mesure où la divulgation de l'identité des membres de la famille et des tuteurs peut facilement permettre l'identification du témoin, les juges prononcent l'interdiction de les publier<sup>808</sup>. Ils adoptent une mesure similaire lorsque l'identité du témoin et sa localisation sont connues de la défense<sup>809</sup>.

---

<sup>805</sup> Ellie Smith, « L'impact du trauma sur le souvenir, la preuve et le témoignage » (2009) n°18 *Bulletin du Groupe de travail pour les droits des victimes* 3 à la p 3. Voir également Recours, « Les premiers témoins au procès Lubanga » *supra* note 632 à la p. 2.

<sup>806</sup> Bonnet, « La protection des témoins », *supra* note 785 à la p 19.

<sup>807</sup> *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-90-tFRA, Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins (7 décembre 2007) aux paras 24 et 28 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>808</sup> *Ibid* au para 31.

<sup>809</sup> *Ibid* aux paras 36 et 37.

En tout état de cause, si la justification de la confidentialité des victimes et témoins n'est plus contestée en droit international pénal, il reste que les discussions sont souvent vives sur le champ d'application de la mesure qu'il faut circonscrire pour éviter tout conflit avec les droits de la défense. Le problème du champ d'application porte entre autres sur la question de savoir quels victimes et témoins peuvent être bénéficiaires de la confidentialité. Si les textes font référence aux notions de victime et témoin, leur définition n'est pas sans poser des difficultés dans le cadre de la procédure, ceci au regard notamment des critères pour les définir. Il se pose en outre le problème de savoir sur quelle base circonscrire toutes autres personnes qui peuvent être mises en danger du fait du témoignage ou des relations avec les victimes et témoins. La question se pose au regard de la conception que la Cour a développée au sujet de la notion de victime<sup>810</sup>.

Le cadre du Statut de Rome relatif à la protection des victimes et témoins concerne, également, aux termes de l'article 43-6 « [...] les autres personnes auxquelles les dépositions de ces témoins peuvent faire courir un risque ». La protection des membres de leur famille est clairement admise par le Statut et le RPP<sup>811</sup>. Des difficultés ont cependant vu le jour relativement à ce qu'il fallait entendre par « les victimes qui comparaissent ». Clarifiant la première expression, une Chambre de la CPI a jugé, pour conclure au droit à la protection des victimes qui n'étaient pas encore effectivement admises à participer à la procédure, que le fait que leur formulaire de demande ait été reçu par la Cour fait partie intégrante du processus formel de comparution, indépendamment de l'accueil qui peut lui être réservé<sup>812</sup>. Dans le même esprit, la Cour considère que les témoins susceptibles d'être protégés incluent « [...] not only those witness on whom the Prosecution intends to rely at the confirmation hearing but also those on whom the Prosecution may decide to rely at trial

<sup>810</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-101, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 et VPRS6 (17 janvier 2006) au para 66 (CPI, Chambre préliminaire I). voir aussi *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-172, Décision sur les demandes de participation à la procédure présentées par les Demandeurs VPRS 1 à VPRS 6 dans l'affaire (29 juin 2006) aux pp 7-8 (CPI, Chambre préliminaire I); *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 aux paras 64, 91; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, *supra* note 486 au para 1 et *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, *supra* note 486 au para 35.

<sup>811</sup> *Statut de Rome*, art. 68-5; art. 79-1 (Fonds au profit des victimes [...] et de leurs familles); art. 86-4 (protection dans le cadre d'une demande de coopération à un État); *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 81-3 (non-divulgaration des mesures prises pour assurer la sécurité des témoins, des victimes et des membres de leur famille); règle 81-4 (possibilité pour la Chambre d'autoriser la non-divulgaration de l'identité des témoins, des victimes et des membres de leur famille pour assurer leur sécurité avant l'ouverture du procès); règle 107-3 (protection des victimes, témoins et membres de leur famille dans le contexte de la décision du Procureur de ne pas ouvrir une enquête en vertu de l'article 53-3); règle 223-d (prise en compte des risques que représente la libération de la personne condamnée pour les victimes et les membres de leur famille).

<sup>812</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 au para 137; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-494, public, Décision autorisant le dépôt d'observations sur les demandes de participation à la procédure a/0072/06 à a/0080/06 et a/0105/06 (29 septembre 2006) à la p 4 (CPI, Chambre préliminaire I).

if the charges [...] are confirmed »<sup>813</sup>. La Chambre d'instance dans *Lubanga* a admis par la suite la protection des témoins qui n'étaient pas cités à comparaître et de membres de leurs familles<sup>814</sup>. Même s'ils ne vont pas comparaître, il apparaît qu'ils doivent être protégés, pour la raison que le fait d'être connu de la Cour les expose à la violation potentielle de leurs droits.

#### 1.2.3.2. – Les droits des personnes exposées par le travail de la Cour

En matière de protection des droits fondamentaux de la personne, les textes de la CPI font la part belle aux personnes poursuivies, aux victimes et aux témoins. Naturellement, ainsi que nous l'avons vu, la protection des proches de ces personnes est possible au nom de leur droit à la vie privée et familiale. Plusieurs dispositions du Statut renvoient cependant à la protection des personnes de manière générique. Par exemple, lorsqu'en vertu de l'article 18-1 le Procureur sursoit à enquêter au profit d'un État territorialement compétent, il communique les documents nécessaires à cet État à titre confidentiel et restreint l'étendue des renseignements qu'il communique pour protéger « des personnes ». À ce stade précoce de la procédure, on peut imaginer que les personnes concernées ne sont ni des témoins, ni des victimes et encore moins des suspects.

L'article 43-6 du *Statut de Rome* sur les fonctions de la Division d'aide aux victimes et aux témoins prévoit également que sa mission s'étend aux témoins et victimes qui comparaissent devant la Cour, mais aussi aux « autres personnes auxquelles les dépositions de ces témoins peuvent faire courir un risque [...] ». Finalement, l'article 54-3-f, que la Cour a jugé applicable autant à la phase des enquêtes, puisqu'applicable aux pouvoirs du Procureur, qu'à la phase du procès<sup>815</sup>, autorise l'accusation à prendre ou demander que soient prises « des mesures nécessaires pour assurer [...], la protection des personnes [...] ».

La défense de Germain Katanga a prétendu en 2008, que la règle 81-4 relative au droit des parties de ne pas communiquer des informations sur les victimes, témoins et membres de leur famille, lue conjointement avec l'article 54-3-f ne pouvait être interprétée par la Chambre de sorte à

---

<sup>813</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR, Deuxième décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve (20 septembre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR].

<sup>814</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2465-Red-tFRA, version expurgée de la décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de non-communication d'informations contenues dans les transcriptions d'interrogatoires de témoins à charge (7 juin 2010) au para 21 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2465-Red-tFRA].

<sup>815</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1644, Reason for Oral Decision lifting the stay of proceedings, 1<sup>er</sup> janvier 2009 au para 39 (CPI, Chambre de première instance I).

autoriser cette dernière à accorder la non-divulgence de l'identité des « tiers innocents »<sup>816</sup> comme le sollicitait l'accusation. Se fondant sur les dispositions pertinentes du Statut et le RPP<sup>817</sup>, la Chambre d'appel a décidé le contraire en statuant que :

[L]es personnes autres que les témoins, les victimes et les membres de leur famille peuvent, à ce stade de la procédure, être protégées en voyant leur identité gardée confidentielle. Le but est d'assurer la protection des personnes courant un risque. Aussi, la règle devrait-elle être interprétée comme incluant l'expression « personnes courant un risque du fait des activités de la Cour » afin de traduire l'intention des États ayant adopté le Statut et le Règlement de procédure et de preuve – tel qu'elle ressort de l'article 54-3-f du Statut et d'autres parties du Statut et du Règlement – de protéger les personnes courant un risque<sup>818</sup>.

Adoptée dans le contexte de la procédure de confirmation des charges, cette règle est désormais appliquée *mutatis mutandis* par les Chambres d'instance<sup>819</sup>. La protection s'étend ainsi aux intermédiaires<sup>820</sup>, aux tierces personnes dont l'identité ou l'image peut apparaître dans les dépositions écrites ou audio/vidéo d'un témoin<sup>821</sup>, aux journalistes et aux personnes qui peuvent être considérées à tort comme des collaborateurs du Procureur<sup>822</sup>. En fonction des circonstances, la Chambre peut prononcer la non-divulgence définitive des informations concernant ces personnes si elle est convaincue que ces renseignements ne seront d'aucun intérêt au cours de la procédure et que le fait de les supprimer ne rendra pas le document inintelligible<sup>823</sup>.

---

<sup>816</sup> Par « tiers innocents », le Procureur entendait les « personnes qui ne sont ni des victimes, ni des témoins ou des sources de l'Accusation actuels ou potentiels, ni des membres de leur famille ». La Chambre d'appel substitue à cette expression qu'elle considère comme n'existant pas dans les textes, celles de « personnes susceptibles de courir un risque du fait des activités de la Cour, mais "qui ne sont ni des victimes, ni des témoins ou des sources de l'Accusation [- actuels ou potentiels -], ni des membres de leur famille" » : *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 40.

<sup>817</sup> La Chambre d'appel cite, outre l'article 54-3-f du Statut, les dispositions suivantes : *Statut de Rome*, art. 43-6, art. 68-4; *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règles 16 à 18, en particulier, règle 17-2-a, règle 87-1, règle 59-2.

<sup>818</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 56.

<sup>819</sup> *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1835, Public Redacted « Decision on « Prosecution's Application for Non-disclosure of Information » filed on 14 May 2008 » (5 mai 2009) au para 10 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1835]; *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2186-Red, Redacted Decision on the Prosecution's application for non-disclosure of information filed on 17 July 2009 (10 décembre 2009) au para 17 (CPI, Chambre de première instance I); *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2283-Red-tFRA, version expurgée de la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de non-communication de renseignements figurant dans les déclarations de trois personnes fournissant des informations relevant de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (24 février 2010) au para 12 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2283-Red-tFRA].

<sup>820</sup> Les intermédiaires sont « les acteurs locaux sur le terrain [qui] sont essentiels pour notifier aux victimes les procédures, [...] pour organiser les événements de sensibilisation, réunir des preuves, contacter les témoins potentiels ou assister les victimes à demander à participer aux procédures ou à demander réparations » : Gaëlle Carayon, « Nouvel appel pour des politiques claires sur les intermédiaires alors que leur anonymat fait débat dans les procès » (2010) 16 *Bulletin du Groupe de travail pour les droits des victimes* à la p 3.

<sup>821</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1835, *supra* note 819 aux paras 24, 38, 39.

<sup>822</sup> *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-16-tFRA, Décision relative à la requête introduite par l'Accusation en vertu des règles 81-2 et 81-4 (29 août 2007) à la p 3 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>823</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1835, *supra* note 819 aux paras 11, 13-17; *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1980 An2, Redacted Decision the « Prosecution's Request for Non-disclosure of the Identity of Eight Individuals providing Rule 77 Information » of 5 December 2008 and « Prosecution's Request for Non-disclosure of Information in One Witness



En fait, la question de l'article 54-3-f ne s'est posée que parce que le Procureur n'était pas en mesure de faire entrer les personnes dont il souhaitait la protection dans les autres dispositions du cadre normatif de la CPI. Le régime des secrets professionnels en vertu de la règle 73 semble en effet avoir un champ d'application personnel étendu. Par exemple, le secret de l'avocat-client recouvre « les communications entre une personne et son conseil [...] ». Il n'est donc pas entendu que ce privilège s'applique uniquement à la relation de l'accusé et son avocat devant la CPI. Il se peut que la Cour interprète cette disposition de sorte à admettre la confidentialité au profit des relations avocats-client qui ont lieu en dehors du processus judiciaire qu'elle administre.

L'exception au régime de la publicité des procès est un autre exemple de prise en compte des intérêts des tiers. L'article 64-7 prévoit que le procès est public, mais qu'il est possible de tenir des audiences à huis clos dans l'intérêt des victimes et témoins ou « en vue de protéger des renseignements confidentiels ou sensibles donnés dans les dépositions ». En ajoutant à la suite de la protection des victimes et témoins les renseignements confidentiels et sensibles, les rédacteurs du Statut de Rome vont plus loin que la CDI<sup>824</sup>. Il est intéressant de noter que l'exception au titre de l'article 64-7 relève des pouvoirs de la Chambre de première instance. C'est donc un pouvoir inhérent qui lui est reconnu<sup>825</sup>. Ce pouvoir est essentiel, puisqu'aux termes de l'article 67-1 sur la publicité des audiences en tant que droit de l'accusé, le *Statut* n'énonce aucune exception. La tentative lors des négociations à Rome avait échoué. Il était alors entendu que la Chambre pourrait déroger à la publicité pour protéger, outre l'accusé, les victimes, les témoins, ses délibérations, la dignité humaine<sup>826</sup>. Cette dernière notion permettrait sans aucun doute la prise en compte des intérêts des tiers. L'absence des exceptions à l'article 67-1 est donc en fin de compte sans conséquence puisque c'est à la même chambre de première instance que l'article 64-7 reconnaît le pouvoir de restreindre la publicité.

En tout état de cause, une interprétation compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus justifierait une mise en balance des droits de l'accusé avec ceux des tiers. Le *Statut* abonde de dispositions renvoyant à la protection, sans qualification, de

---

Statement containing Rule 77 Information » of 12 March 2009 (24 juin 2009) au para 46 (CPI, Chambre de première instance) [Lubanga, ICC-01/04-01/06-1980 An2]; *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2179-Red2, Redacted Decision on the « Prosecution's Application for Non-disclosure of Sources contained in the meta-data in compliance with the Consolidated E-Court Protocol » of 16 April 2009 (11 novembre 2009) au para 18 (CPI, Chambre de première instance I) [Lubanga, ICC-01/04-01/06-2179-Red2]; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2465-Red-tFRA, *supra* note 814 aux paras 12 et 19.

<sup>824</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 769.

<sup>825</sup> *Ibid* à la p 798.

<sup>826</sup> *Ibid* à la p 797.

renseignements confidentiels<sup>827</sup>. La Cour n'aura certainement aucune difficulté à les utiliser dans l'intérêt des droits d'autres personnes que les victimes et les témoins.

Le *Statut de Rome* garantit le respect des secrets d'autres personnes dont l'identification peut être plus précise. Pour être exact, il reconnaît le pouvoir au Procureur de s'engager à ne pas divulguer des informations obtenues confidentiellement, « à moins que celui qui a fourni l'information ne consente à leur divulgation ». Cette disposition de l'article 54-3-e vise le secret des sources du BdP. L'utilisation du pronom démonstratif « celui » est suffisamment neutre pour recouvrir autant des personnes morales que des personnes physiques. Leur choix de communiquer confidentiellement avec le Procureur peut être dicté par une volonté, au-delà de ne pas être identifié comme un collaborateur de la justice, de protéger un droit fondamental tel le droit à la sécurité de personnes<sup>828</sup>.

Dans la pratique des tribunaux *ad hoc*, le droit de protéger ses sources a été reconnu à d'autres catégories professionnelles et à d'autres organisations telles le Comité international de la Croix-Rouge<sup>829</sup>, les correspondants de guerre<sup>830</sup> et le fonctionnaire des droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme<sup>831</sup>. Il y a derrière le secret professionnel attaché à ces deux derniers métiers une considération de sécurité humaine, soit pour les sources du fonctionnaire des droits de l'homme, soit pour le correspondant de guerre et ses sources à la fois<sup>832</sup>. Et de fait, au risque que tarisse la source d'information, s'additionne souvent celui qu'une vie soit mise en danger<sup>833</sup>. S'il est vrai qu'en tout temps une source qui collabore avec la justice peut craindre des représailles ou vouloir protéger des données relatives à sa vie privée, le contexte particulier du conflit armé met davantage en évidence les craintes pour la sécurité et l'intégrité physique de la personne. Les correspondants de guerre et les fonctionnaires de droits de l'homme

---

<sup>827</sup> *Statut de Rome*, art. 18-1; art 64-6-c; 93-8-a

<sup>828</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 42.

<sup>829</sup> *Simić*, Confidentialité du CICR, *supra* note 115.

<sup>830</sup> *Brdjanin*, immunités d'un correspondant de guerre, *supra* note 115.

<sup>831</sup> *Prosecutor v Alex Tamba Brima et al.*, SCSL-2004-16-AR73, Decision on Prosecution Appeal against Decision on Oral Application for Witness TF1-150 to Testify without Being Compelled to Answer Questions on Grounds of Confidentiality (26 mai 2006) (TSSL, Chambre d'appel) [Brima, Appel sur les immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme].

<sup>832</sup> Cees Banning et Petra de Koning, Commentaire de la décision *Prosecutor v Brdanin and Talic*, IT-99-36-AR73.9, Decision on Interlocutory Appeal (11 décembre 2002) (TPIY, Chambre d'appel) et Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, (2007) 11 ALC 344 à la p 345.

<sup>833</sup> Goreth Kyakuwa, Commentaire des décisions *Prosecutor v Brdanin*, IT-99-36-T, Decision on Prosecution's Second Request for a Subpoena of Jonathan Randal (30 juin 2003) (TPIY, Chambre de première instance II) et Separate Opinion Judge Chikako Taya; *Prosecutor v Brdanin*, IT-99-36-T, Subpoena ad Testificandum - Confidential Ex Parte (17 juillet 2003) (TPIY, Chambre de première instance II), (2008) 14 ALC 335 à la p 336.

qui ont invoqué le secret professionnel devant les tribunaux pénaux internationaux se sont souvent fondés sur une expectative de confidentialité de la part de leur source<sup>834</sup>.

Les tribunaux ont cependant tenté de bâtir l'octroi de telles formes de confidentialité sur d'autres droits de l'homme que la sécurité de la personne des fonctionnaires des organisations humanitaires, des journalistes et leurs sources. Ils ont évoqué le droit du public de recevoir des informations sur les situations de violation des règles du droit international humanitaire. Interprétant le cadre européen protégeant la liberté de la presse<sup>835</sup>, la Cour EDH a jugé que le secret des sources constitue « l'une des garanties essentielles »<sup>836</sup> de la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ». Il ne s'agit de rien de moins, selon elle, qu'une pierre angulaire de la liberté de la presse sans laquelle les sources ne se confieraient pas au journaliste. Ces considérations sont applicables au correspondant de guerre autant qu'au fonctionnaire des droits de l'homme des Nations Unies. En dépit de la différence de corporation, de déontologie et d'éthique professionnelle à laquelle ils appartiennent, leur mandat d'enquête en situation de conflit armé s'apparente considérablement. Et si les rapports des fonctionnaires des droits de l'homme sont avant tout destinés aux décideurs politiques, ils finissent généralement en diffusion grand public au même titre que les reportages journalistiques; contribuant ainsi à la même finalité d'information et de « chien de garde ».

De fait, les fonctionnaires des droits de l'homme ou les correspondants de guerre ont plaidé pour la protection de leurs sources en ayant égard à l'intérêt de leur fonction. En conséquence, quand bien même ils se montrent préoccupés par la confidentialité de leurs sources, l'intérêt de leur travail est souvent primordial. Cela explique pourquoi il n'a pas fallu au correspondant de guerre dans l'affaire *Brdanin* une entente préalable de confidentialité pour qu'il refuse de comparaître comme témoin. En voulant ne pas apparaître comme un délateur, l'idée était d'une certaine manière d'assurer son indépendance<sup>837</sup>. Cette notion d'indépendance, visiblement absente du privilège du

---

<sup>834</sup> *Brima*, Appel sur les immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme, *supra* note 831 au para 13 et *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-1-T, Decision on the Defence Motion for the Disclosure of the Identity of a Confidential 'Source' Raised During Cross-Examination of TF1-355 (6 mars 2009) au para 24 (TSSL, Chambre de première instance) [*Taylor*, Disclosure of confidential source].

<sup>835</sup> Voir CEDH, art 10; Conseil de l'Europe, *Résolution n°2 : Les libertés journalistiques et les droits de l'homme*, 4<sup>ème</sup> Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, Prague, 7-8 décembre 1994, Doc CM(94)204, Strasbourg, 23 décembre 1994; Recommandation n°R(2000)7 du Comité des Ministres aux États membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adopté par le Comité des Ministres, 8 mars 2000, 701<sup>e</sup> réunion du Comité des Ministres.

<sup>836</sup> Cour EDH, *Sanoma Uitgevers B.V. c Pays-Bas*, [GC], n°38224/03 (14 septembre 2010) au para 50.

<sup>837</sup> Chrisje Brants, Commentaire des décisions *Prosecutor v. Milošević*, IT-02-54-T, Decision on the Prosecution Motion for Provisional Protective Measures Pursuant to Rule 69 (19 février 2002) (TPIY, Chambre de première instance III); *Brdjanin et*

fonctionnaire des droits de l'homme des Nations Unies, se rapproche de la neutralité revendiquée par le CICR dans l'affaire *Simić* devant le TPIY. Ces valeurs ont la particularité d'être à l'interface de la garantie des droits fondamentaux (sécurité du correspondant de guerre et de ses sources ou intervention humanitaire du CICR auprès des victimes) et de l'effectivité des missions d'intérêt public qu'accomplissent ces différents acteurs. Envisageons dans le chapitre suivant la dimension d'intérêt public dans la profusion de la confidentialité dans la procédure devant la CPI.

---

*Talić*, Motion to set aside subpoena, *supra* note 922; *Prosecutor v Brđanin and Talić*, IT-99-36-AR73.9, Decision on the Request for Extension of Time Limit and Authorising Applications as Amici Curiae (1<sup>er</sup> août 2002) (TPIY, Chambre d'appel), (2005) 8 ALC 254 à la p 255. Voir l'argumentation des *amici curiae* dans *Brđjanin*, immunités d'un correspondant de guerre, *supra* note 115 au para 17.

## Chapitre II. – Le respect du secret: un enjeu d'intérêt public

Les fondements de la plupart des secrets ont évolué d'une philosophie utilitariste, consistant en la promotion de certaines fonctions sociales, à un appui sur la protection des droits fondamentaux de la personne<sup>838</sup>. Pour autant, les deux formes de justification sont intimement liées. S'il existe un intérêt pour le patient que des éléments de sa vie privée ne soient pas divulgués, il existe également un intérêt social de la santé publique à ce que les pathologies soient traitées<sup>839</sup>. Il en va de même du secret de la confession religieuse comme d'autres secrets professionnels<sup>840</sup>. Ainsi que le reconnaît un commentateur, la confidentialité engage une collectivité. Elle érige en norme commune la protection de l'intimité : « [e]lle consacre l'idée que le vis-à-vis du malade ou de l'utilisateur n'est plus une personne spécifiquement choisie, le confident, mais une institution dans sa globalité »<sup>841</sup>. La confidentialité serait, conclut-il, « la façon institutionnelle de tenir la confidence », se faisant une garantie de la bonne exécution de la mission sociale du professionnel. Cela est vrai du secret professionnel comme de la confidentialité en général.

On doit cependant souligner la difficulté à reproduire dans le cadre de la justice internationale pénale la dimension d'ordre public qui caractérise la protection du secret en droit interne. Non pas que l'enjeu de la protection de la dignité humaine ne soit pas en lui-même un élément de l'ordre public international, mais parce qu'il n'y a pas dans la société internationale l'institutionnalisation des professions dont le droit garantit le secret des communications. L'intérêt social du secret médical repose par exemple sur l'idée que la santé publique serait affectée si à défaut de leur garantir la confidentialité, les patients ne communiquent plus librement avec le professionnel de sorte à permettre à ce dernier de lui prodiguer les meilleurs soins. Or on ne peut pas trouver à côté de la justice internationale pénale une véritable institution dédiée à la promotion de la santé publique internationale dotée de ses propres patients et médecins.

Pour autant, en l'absence de l'affirmation de la dimension d'intérêt public des secrets professionnels, les promoteurs de la CPI n'ont pas moins brassé large en étendant le droit d'invoquer le secret aux États et aux organisations dans l'intérêt de ce qui pourrait constituer la protection de certains enjeux de dimension internationale. Nous évoquerons ainsi d'une part l'intérêt public de la

---

<sup>838</sup> Cassidy, « Sacred Secrets », *supra* note 68 à la p 1637.

<sup>839</sup> Ketels et Beken, « Entre le marteau et l'enclume », *supra* note 411 à la p 34.

<sup>840</sup> Cassidy, « Sacred Secrets », *supra* note 68 aux pp 1634-1635.

<sup>841</sup> Pierron, « Sous le sceau », *supra* note 744 à la p 633.

justice internationale pénale (2.1) et d'autre part les intérêts relatifs à stabilité des relations internationales comme catalyseurs de la profusion de la confidentialité (2.2.).

## 2.1. – Les intérêts consubstantiels à la justice internationale pénale

Comme la justice de droit interne, la justice internationale pénale a besoin de confidentialité pour fonctionner. Il n'y a rien de particulier à cela. Toutefois, il est propre au cas des tribunaux pénaux internationaux qu'en plus de la confidentialité inhérente à la conduite de leurs procédures (2.1.1.), ils voient reconnaître une forme de confidentialité auxiliaire à leur finalité (2.1.2.).

### 2.1.1. – Les intérêts inhérents à la justice internationale pénale

Deux intérêts propres à la justice internationale pénale vont être soulignés dans la présente section. D'une part, la confidentialité peut agir comme gage d'intégrité et d'indépendance de la justice (2.1.1.1.), d'autre part, elle peut contribuer à son efficacité (2.1.1.2.).

#### 2.1.1.1. – L'intégrité et l'indépendance de la justice

La communauté internationale a intérêt à ce que la justice rendue par la CPI soit intègre et indépendante. Le secret qui participe à forger ces caractères est principalement le secret du délibéré.

Dans une affaire devant la Cour suprême judiciaire de l'État du Massachusetts, une commission indépendante qui enquêtait sur les allégations de partialité d'un juge dans plusieurs affaires requérait de celui-ci qu'il produise des notes et autres documents concernant son processus décisionnel dans les affaires qu'il a jugées. La Commission cherchait à comprendre le processus, la méthodologie et la conduite suivie par le juge dans le règlement des litiges pour lesquels il était accusé de partialité. Pour annuler l'assignation enjoignant au juge de produire les documents, la Cour suprême judiciaire du Massachusetts a abondamment discuté des fondements du secret du délibéré. Ceux-ci comporteraient plus d'une considération dont le caractère définitif des jugements, la qualité et l'intégrité du processus décisionnel et l'indépendance et l'impartialité des juges<sup>842</sup>. Ces éléments se retrouvent également dans un privilège semblable à celui du délibéré des juges, à savoir le secret du délibéré de la branche exécutive du gouvernement que les pays de *common law* désignent par « *deliberative process privilege* »<sup>843</sup>.

---

<sup>842</sup> *In Re: the Enforcement of a Subpoena*, 463 Mass. 162 (Mass. Sup. Ct. 2012) [*Enforcement of a Subpoena*].

<sup>843</sup> Michael Ray Harris, «Standing in the Way of Judicial Review: Assertion of the Deliberative Process Privilege in APA Cases» (2009) 53 Saint Louis University Law Journal 340 [Harris, «Standing in the Way»]; Shilpa Narayan, «Proper Assertion of the

Le privilège s'applique non au résultat de la délibération, qui peut selon les cas être lui-même couvert ou non par une autre forme de secret, mais au processus par lequel les décideurs parviennent à leurs décisions. Il s'agit ainsi dans le cadre de la justice de préserver la confidentialité du moment marquant la fin des plaidoiries des parties et le prononcé public de la décision pendant lequel les juges forment leurs conclusions sur une question en litige. D'après le fondement finaliste du privilège, un jugement est un dossier officiel auquel les parties doivent pouvoir se fier sans craindre de sa remise en cause par le témoignage d'un juge ou d'un juré sur les considérations qui ont dicté sa décision au moment où il l'a prise<sup>844</sup>. De fait, si les intentions ou les motivations du juge ne sont pas apparentes dans la décision rendue publique, on ne saurait le forcer à s'expliquer sur son état d'esprit sans porter atteinte à l'intégrité de la justice. Le faire conduirait à une sorte de révisionnisme judiciaire incompatible avec la qualité des décisions attendue par les justiciables.

À défaut de la confiance que les propos tenus au cours du processus délibératif ne seront pas divulgués, les juges pourraient ne pas débattre avec la liberté nécessaire pour parvenir à une décision judiciaire de qualité. Il est donc de bon ton de créer par la règle du privilège, les conditions propices à un échange fructueux dans le cadre des délibérations. Ce n'est pas une sorte de vie privée du juge que l'on protège, mais l'intégrité du processus judiciaire qui tire nécessairement profit d'un échange de vues ouvert et honnête des juges entre eux. Or, la suspicion que les débats privés qu'ils entretiennent soient rendus public aurait un effet d'inhibition préjudiciable, au fond, à l'intérêt public de la bonne administration de la justice. Selon l'origine de l'intrusion dans la délibération secrète, c'est l'indépendance et l'impartialité des juges qui pourraient en pâtir.

L'un des critères de l'indépendance de la justice consiste en ce qu'elle ne soit pas l'objet de l'ingérence ou de pressions externes. Si l'ingérence est tolérable en amont, parce que dans bien des systèmes le pouvoir exécutif exerce une mainmise sur les décisions de poursuivre, elle est cependant mal vue si en aval la décision des juges est influencée. À défaut d'avoir cette indépendance, leur impartialité est remise en question<sup>845</sup>. Une atteinte au secret du délibéré aura indiscutablement l'effet d'affaiblir la justice vis-à-vis d'autres pouvoirs.

Dans la pratique des tribunaux *ad hoc*, le secret du délibéré est apparu sous le concept de secret judiciaire. Il ne se restreint pas à couvrir les seules communications que peuvent avoir les

---

Deliberative Process Privilege: the Agency Head Requirement» (2008) 77 Fordham Law Rev 1183 [Narayan, «Deliberative Process Privilege»].

<sup>844</sup> *Enforcement of a Subpoena*, *supra* note 842.

<sup>845</sup> Guidicelli-Delage, « Juridictions militaires », *supra* note 268 à la p 248.

juges entre eux au moment de la prise de décision dans une affaire. Ce secret s'étend de manière plus large à l'institution judiciaire et couvre les juges, les fonctionnaires travaillant pour leur compte et même le greffier du tribunal<sup>846</sup>. C'est donc une conception du secret du délibéré au sens plus large où il est entendu dans les systèmes de *common law*, à savoir un privilège visant à protéger « *the most sensitive of internal deliberations of high-ranking, policymaking officials in the government* »<sup>847</sup>. Il s'entend ainsi qu'il ne s'agit pas uniquement de préserver l'intégrité du processus de délibération sur une affaire particulière. Le privilège protège le Tribunal en tant qu'institution. En conséquence, comme les agents de l'État, les fonctionnaires des tribunaux pénaux internationaux jouissent d'une immunité testimoniale devant leurs employeurs. Se prononçant dans le cas d'un interprète du Tribunal, le TPIY justifiera ce privilège en ces termes :

Il ne serait pas seulement peu souhaitable, mais aussi injuste d'obliger un interprète à descendre dans l'arène pour le compte de l'une ou l'autre des parties au procès, afin de trancher une question procédant des débats. Un tel procédé ne doit pas être encouragé lorsque d'autres méthodes sont disponibles pour statuer sur une question donnée. L'on ne peut compter sur l'interprète pour témoigner sur les paroles évanescences qu'il a employées au cours d'une procédure entre les parties. Dans l'administration de la justice, il convient encore de prendre en compte la nécessité de mettre l'interprète et les autres auxiliaires du Tribunal international à l'abri de la crainte constante de se trouver personnellement impliqués dans le conflit, d'un bord ou de l'autre, suite à des actes relevant de l'exercice de leurs fonctions. Par ces deux motifs, l'intérêt de la justice s'oppose à ce que l'une ou l'autre des parties puisse citer un interprète comme témoin<sup>848</sup>.

Il découle que le privilège ne vise pas uniquement à éviter un embarras au fonctionnaire du tribunal international. Le préserver de prendre position entre les parties contribue à asseoir l'indépendance et l'impartialité de l'institution au service de laquelle il travaille de façon générale. C'est en des termes similaires que la Chambre d'appel, dans la même affaire, répond à la défense qui souhaitait se faire communiquer des communications échangées entre un ancien président du Tribunal pénal international et le juriste de la Chambre de première instance. Elle entendait par cette démarche établir qu'en mettant ces dernières personnes au courant, elle n'avait pas renoncé à son droit de se plaindre en appel du comportement du juge-président de la Chambre d'instance qui somnolait au cours des audiences, privant, selon elle, l'accusé de recevoir un procès équitable. La

---

<sup>846</sup> Voir *Le Procureur c Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête non contradictoire du Conseil de Zdravko Mucić concernant la délivrance d'une assignation à comparaître à un interprète (8 juillet 1997) (TPIY, Chambre de première instance) [*Delalić*, assignation à comparaître à un interprète]; *Le Procureur c Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt relatif à la requête aux fins de conservation et de communication d'éléments de preuve (22 avril 1999) (TPIY, Chambre d'appel) [*Delalić*, arrêt conservation et communication de preuves]; *Prosecutor v Vidoje Blagojević*, IT-02-60-AR73-4, Public and Redacted Reasons for Decision on Appeal by Vidoje Blagojević to Replace His Defence Team (7 novembre 2003) (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>847</sup> Harris, «Standing in the Way», *supra* note 843 à la p 351.

<sup>848</sup> *Delalić*, assignation à comparaître à un interprète, *supra* note 846 au para 20.



Chambre d'appel rejeta l'idée que les propos de l'ancien président et du juriste de la Chambre de première instance soient versés au dossier, considérant que « la confidentialité qui protège leur travail revêt une importance fondamentale pour le fonctionnement du Tribunal »<sup>849</sup>.

Entendu de cette manière, le fonctionnement du Tribunal international pourrait se trouver en contradiction avec ses propres finalités, dont celle de protéger les droits de l'accusé, entre autres. Dans les deux affaires citées, la protection de l'impartialité et de l'indépendance semble se réaliser aux dépens de ce dernier. Ne trouvant aucun fondement en droit interne à ce privilège, un auteur estime que le respect du secret des fonctionnaires du tribunal étant fondé sur des considérations d'ordre public plutôt que juridique, il devrait s'effacer s'il apparaît que la preuve recherchée est cruciale pour la détermination d'une question fondamentale dans le procès<sup>850</sup>.

Toujours est-il que le lien entre les droits de la personne accusée et l'indépendance de la justice n'est pas aussi distendu qu'on pourrait le penser. Dans la même affaire *Delalić*, en cherchant à établir les fondements du droit au secret des fonctionnaires du Tribunal, la Chambre de première instance n'hésite pas à prendre appui sur le privilège des communications avocat-client, qui selon elle ne se fonde pas moins « sur le principe selon lequel le cours de la justice doit demeurer pur et à l'abri de la contamination de facteurs extrinsèques [...] »<sup>851</sup>. Or il apparaît que cette préoccupation, quand bien même elle participe de l'indépendance du « cours de la justice », loin de s'insérer effectivement dans le privilège de l'avocat-client, est plutôt garantie par une autre règle du secret qui protège spécifiquement les délibérations des parties dans une procédure judiciaire.

En effet, la règle 81-1 du RPP de la CPI prévoit que « [l]es rapports, mémoires et autres documents internes établis par une partie, ses assistants ou ses représentants dans le cadre de l'enquête ou de la mise en état de l'affaire n'ont pas à être communiqués »<sup>852</sup>. Cette clause codifie la pratique des pays de *common law* où la garantie du caractère accusatoire du procès repose également sur la non-divulgence des stratégies des parties, donc de leurs documents internes<sup>853</sup>. Ces documents ont en commun avec les délibérations judiciaire, administrative ou politique, le fait

---

<sup>849</sup> *Ibid.*

<sup>850</sup> Steven Powles, « International Criminal Courts: Practice, Procedure and Problems Relating to Evidence – Privilege from Testimony at the ICTY and the ICTR » (2003) 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 467 à la p 474. Également dans Steven Powles, « Testify or not to Testify – Privilege from Testimony at the Ad Hoc Tribunals: The Randal Decision » (2003) 16:3 *LJIL* 511 à la p 514.

<sup>851</sup> *Delalić*, assignation à comparaître à un interprète, *supra* note 846.

<sup>852</sup> Voir également l'article 70-A des RPP du TPIY et du TPIR.

<sup>853</sup> Schuon, *Clash of Legal Cultures*, *supra* note 424 à la p 122.

qu'ils sont « *'predecisional' – limited to communications occurring before policy adoption – and 'deliberative' – reflecting the processes by which policy alternatives are assessed* »<sup>854</sup>. La philosophie est la même, à savoir que la perspective que les documents soient rendus publics peut empêcher une réflexion libre et honnête au sein des groupes qui prennent des décisions. Les intérêts en jeu peuvent toutefois diverger, ce qui justifie par exemple que le privilège de la règle 81-1 obéisse aux mêmes garanties procédurales que le secret de l'avocat-client<sup>855</sup>.

Les buts poursuivis par chacun des secrets déterminent la construction de leur régime juridique. Ainsi, au TPIR, une chambre a jugé que le secret du délibéré des parties n'était pas applicable aux informations fournies ou préparées par le Greffier<sup>856</sup>. En dépit de sa position d'organe administratif neutre au sein du Tribunal, la Chambre a considéré qu'il peut lui être imposé de communiquer des informations lorsque, comme en l'espèce, il s'agit de garantir le droit de l'accusé à un procès équitable<sup>857</sup>. De même, en dépit du risque de révélation indirecte des discussions entre l'avocat et son client que l'on peut redouter, les communications orales entre un avocat et un témoin dans le cadre de la préparation de ce dernier à déposer ne sont pas couvertes par le secret<sup>858</sup>. Dans une autre espèce, une chambre du TPIY a jugé que le secret des délibérations des parties invoqué par l'accusation ne saurait se fonder sur le principe de l'indépendance du Procureur<sup>859</sup>.

La question en jeu se rapportait au conflit d'intérêts concernant un ancien membre du BdP devenu avocat de la défense. L'un des coaccusés de l'affaire souhaitait que le Procureur communique à la Chambre toutes les informations concernant l'implication de l'avocat, alors membre du BdP, dans l'affaire *Gotovina*. Si le Procureur ne s'oppose pas à produire les documents, il conteste cependant que l'exécution de l'ordonnance doive inclure les informations protégées par le secret des documents internes. Il suggérerait que la recherche sur le conflit d'intérêts de son ancien personnel s'effectue par tout moyen qui ne serait pas intrusif dans l'indépendance ou le secret de l'accusation, soit qu'il ne soit pas donné à la Chambre de connaître de la teneur de ces documents.

---

<sup>854</sup> Narayan, «Deliberative Process Privilege», *supra* note 843 à la p 1184.

<sup>855</sup> *Gotovina*, Permanent Restraining Orders, *supra* note 771 au para 35. En pratique cependant, le privilège des délibérations des parties et le privilège de l'avocat-client ne recouvrent pas nécessairement les mêmes éléments : *Ibid* au para 39.

<sup>856</sup> *Prosecutor v Léonidas Nshogoza*, ICTR-07-91-T, Decision on Defence Motion for Order to Registrar to Provide Information to the Defence Regarding Prosecution Visits to Witness GAA at UNDF (28 avril 2009) au para 6 (TPIR, Chambre d'instance III)

<sup>857</sup> *Ibid* au para 16.

<sup>858</sup> *Bizimungu*, Denial of Prosecutor's Objection, *supra* note 391 au para 30.

<sup>859</sup> *Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, IT-06-90-PT, Public Decision on Motion for Clarification, Reconsideration or Certification to Appeal (18 septembre 2007) au para 5 (TPIY, Chambre de première instance I).

Pour la Chambre, l'argument fondé sur l'indépendance n'est pas justifié. Elle concède que « *the maintaining of confidentiality of internal work products is essential to the functioning of the Office of the Prosecutor* ». Toutefois, elle rejette l'idée que le Procureur perdrait toute capacité de fonctionner si les documents étaient soumis à l'évaluation de la Chambre dans l'exercice de ses obligations en vertu du Statut et du RPP. D'après elle, « *when there are other interests at stake which are of greater importance, then the materials may be provided to the Trial Chamber* »<sup>860</sup>. Il semble au regard de cette affirmation que la question du conflit d'intérêts était particulièrement importante aux yeux des juges de la Chambre pour justifier un rejet de la confidentialité absolue des délibérations internes d'une partie. La question peut toutefois se poser de savoir pourquoi, si la même préoccupation de conflit d'intérêts se posait au sein d'un banc de juges, on ne saurait enfreindre le principe du secret du délibéré judiciaire.

En tout état de cause, il est également permis de voir dans certains secrets consacrés dans le cadre juridique de la CPI un souci d'efficacité de la justice internationale pénale. Examinons à présent cette considération.

#### 2.1.1.2. – L'efficacité de la justice

S'insurgeant contre la publicité et le débat contradictoire dans la conduite de la procédure pénale, Garofalo disait que « [c]'est le plus souvent par le secret le plus rigoureux que l'on parvient à connaître la vérité »<sup>861</sup>. Cette préoccupation pour l'efficacité de la justice n'est pas étrangère à la justice internationale pénale. Cette efficacité est recherchée à toutes les phases du procès devant la CPI. Certaines règles de confidentialité y contribuent ainsi utilement.

À la phase des enquêtes, phase policière par excellence dans les principaux systèmes de droit, prévaut une forme de secret d'après lequel, « dans la phase préparatoire du procès pénal, les pièces d'un dossier [...] soient couvertes par le secret et qu'en dehors de leur utilisation judiciaire normale par des acteurs tenus au secret professionnel, nul ne peut en prendre connaissance, sauf les exceptions prévues par la loi »<sup>862</sup>. Ce secret a donc une dimension interne, tenant au fait que les acteurs du processus judiciaire qui de droit ont accès au dossier préparatoire ne peuvent en divulguer le contenu. Sont naturellement concernés le Procureur et son personnel, mais également

---

<sup>860</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>861</sup> Cité par Françoise Tulkens, « La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux » dans Mireille Delmas-Marty, *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1991, 33 à la p 36.

<sup>862</sup> Bosly, Vandermeesch et Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, *supra* note 123 aux pp 324-325.

les juges, l'avocat de la personne inculpée et dans le contexte de la CPI, les représentants légaux des victimes. Mais toujours dans cette dimension interne aux acteurs de la justice, il se peut que le secret de l'instruction soit opposé par la poursuite aux autres parties concernées, cela, à ce moment dans l'intérêt de l'efficacité de ses enquêtes. Le droit à la contradiction, élément indispensable du procès équitable serait en conséquence ignoré dans l'intérêt de la manifestation de la vérité<sup>863</sup>.

Dans le cadre de la CPI, on perçoit aisément la protection de cette dimension interne du secret de l'enquête dans les termes des paragraphes 1 et 2 de la règle 81 du RPP. Ils prévoient respectivement que les parties n'ont pas à se communiquer les rapports, mémoires et autres documents internes établis dans le cadre de l'enquête ou de la mise en état de l'affaire et que le Procureur peut surseoir à la divulgation d'éléments de preuve si leur communication peut être préjudiciable à des enquêtes en cours ou à venir.

Dans sa dimension externe par contre, le secret des enquêtes poursuivrait, a-t-on soutenu, non l'efficacité, mais la protection de la vie privée et la présomption d'innocence de la personne accusée<sup>864</sup>. Le secret restreint dans cette hypothèse la publicité à l'égard des tiers et des médias par l'interdiction qui est faite aux acteurs de la justice de communiquer des éléments du dossier de l'affaire dont ils ont connaissance. Pour autant, ce souci pour la réputation de l'accusé et la présomption d'innocence ne traduit pas moins l'intérêt des autorités de poursuite pour l'issue de la procédure qui serait compromise si une violation grossière des droits de l'accusé venait à être constatée. Il ne s'agit donc plus uniquement de la seule efficacité des enquêtes, mais de l'efficacité du processus de justice dans son ensemble. À ce titre, d'autres formes de secret, dont le droit de garder le silence du témoin et la protection du secret des informateurs s'avèrent tout aussi utiles.

En consacrant une immunité des poursuites au profit du témoin, la règle conférant le droit au témoin de garder le silence vise manifestement à encourager ce dernier à coopérer avec la justice. L'article 93-2 du *Statut de Rome* prévoit ainsi que « [l]a Cour est habilitée à fournir à un témoin ou à un expert comparaisant devant elle l'assurance qu'il ne sera ni poursuivi, ni détenu, ni soumis par elle à une restriction quelconque de sa liberté personnelle pour un acte ou une omission antérieure à son départ de l'État requis ». On retrouve des dispositions similaires dans des traités de coopération

---

<sup>863</sup> *Ibid* à la p 324.

<sup>864</sup> *Ibid*. Voir également Castérôt, « Droits de la défense », *supra* note 341 aux pp 897 et 901 et s.

en matière pénale<sup>865</sup>. Il est toutefois exceptionnel au cas de l'espèce que la Cour détenait la discrétion d'accorder l'immunité de juridiction<sup>866</sup>. Le projet de disposition de l'article 93-2 à Rome garantissait un droit absolu à l'immunité de juridiction de la Cour pour le témoin<sup>867</sup>. Jugée inacceptable au regard de la nature des crimes en jeu, la proposition a été reformée pour laisser une large discrétion à une Chambre d'exercer son jugement quant à l'opportunité d'accorder l'immunité ou non. Il est généralement entendu que la clause de l'article 93-2 favoriserait le témoignage des auteurs de crimes internationaux de rang inférieur contre leurs supérieurs hiérarchiques<sup>868</sup>. De même, les assurances de ne pas poursuivre que peut offrir la Cour ne lient pas l'État requis de sorte qu'il peut toujours engager des poursuites contre le témoin à son retour<sup>869</sup>.

Le lien entre ces assurances d'immunité de juridiction et le droit du témoin de garder le silence apparaît à la règle 74 du RPP de la CPI. Lorsque la Cour demande aux États de prendre des mesures pour faciliter la comparution volontaire des témoins<sup>870</sup>, elle doit veiller à leur notifier les dispositions de la règle 74 relative aux témoignages incriminant leur auteur<sup>871</sup>. Les assurances de non-incrimination et le privilège de garder le silence sont censés contribuer à l'effectivité de la répression des crimes internationaux. Il se peut cependant qu'ils contredisent cette finalité en pratique. En raison de la gravité des crimes relevant de la compétence de la Cour, il est en effet possible de soutenir que la discrétion du Procureur de poursuivre est limitée et que les garanties de non-incrimination contreviennent au principe de lutte contre l'impunité lorsque la preuve établit une responsabilité potentielle du témoin. Les termes du *Statut* et du RPP ne semblent d'ailleurs pas poser de distinction fondée sur la nature des crimes quand il s'agit pour la Cour de déterminer si l'octroi de garanties est opportun. De toutes les façons, la Cour n'aurait pas l'autorité de consacrer une immunité de juridiction relativement à un crime de droit interne. Il s'ensuit dès lors que le principe de la mise en balance des intérêts de la règle 74-4 conduit la Cour à devoir opérer un choix fondé sur la proportionnalité.

---

<sup>865</sup> Voir par exemple *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 novembre 2000, art. 18 paragraphe 27, dans *Recueil d'accords bilatéraux, régionaux et internationaux en matière d'entraide judiciaire et d'extradition*, t. 2, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Vienne, 2008 aux pp. 610 et s.

<sup>866</sup> Kreß et Prost, «Article 93», *supra* note 168 à la p 1580.

<sup>867</sup> *Ibid* à la p 1580; Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 1022.

<sup>868</sup> Oosterveld, Perry et McManus, «The Cooperation of States», *supra* note 158 à la p 791.

<sup>869</sup> Kreß et Prost, «Article 93», *supra* note 168 à la p 1580.

<sup>870</sup> *Statut de Rome*, art 93-1-e

<sup>871</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règles 74-1 et 190.

En vérité, il n'est pas certain que la mise en balance des critères énumérés à l'article 74-4 aboutira toujours à une solution préservant l'effectivité de la répression des crimes. Le choix de reconnaître le privilège et non d'accorder les assurances de non-incrimination peut apparemment se fonder sur le fait qu'il sera possible par des moyens alternatifs d'établir la responsabilité pénale du témoin s'il est poursuivi. Toutefois, en pratique, il se peut qu'une chambre soit confrontée à des choix beaucoup moins évidents.

Il n'est vrai qu'à moitié, contrairement à ce qu'a prétendu Valerie Oosterveld<sup>872</sup>, que les assurances de non-incrimination visent à encourager les « petits poissons » à livrer à la justice internationale pénale « les plus gros ». À supposer que se présente devant la barre un « gros poisson » qui détient selon les critères de la règle 74-4 des preuves uniques établissant la culpabilité d'un accusé, mais qui par ailleurs établissent sa propre responsabilité, il devient évident que le fait de lui reconnaître le droit au silence serait faire une croix sur la possibilité de l'inculper. Or dans le même temps, si l'on ne lui concède pas des garanties de non-incrimination, l'absence d'éléments de preuve peut conduire à l'acquittement de l'accusé.

Le privilège de l'informateur pose un problème similaire, puisque la promesse de confidentialité de la partie qui souhaite obtenir une information s'apparente à une garantie, dans ce cas de ne pas appeler ultérieurement l'informateur comme témoin à la barre. La philosophie qui sous-tend cette règle est de favoriser l'informateur en lui garantissant qu'il ne sera pas exposé à la publicité de la justice susceptible de lui porter préjudice. Dans la mesure où ils ne doivent pas être appelés en preuve, leur coopération n'est qu'instrumentale pour la conduite des enquêtes. La considération d'intérêt public qui gouverne la protection des informateurs est sensiblement la même en droit interne et en droit international pénal. Il s'agit d'encourager les citoyens à contribuer à la lutte contre l'impunité sans craindre qu'ils soient subséquemment l'objet de représailles. Écrivant pour la majorité dans *Leipert*, la juge McLachlin de la Cour suprême du Canada a évoqué l'importance du privilège des indicateurs de la police en ces termes :

[L]e privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d'application de la loi. Cette protection est fondée sur l'obligation qui incombe à tous les citoyens de contribuer à l'application de la loi. S'acquitter de cette obligation comporte un risque de vengeance de la part des criminels. La règle du privilège

---

<sup>872</sup> Oosterveld, Perry et McManus, «The Cooperation of States», *supra* note 158 à la p 791.

relatif aux indicateurs de police a donc été adoptée pour protéger les citoyens qui collaborent à l'application des lois et encourager les autres à en faire autant<sup>873</sup>.

La règle permet au citoyen de remplir son devoir de collaborer avec la justice à la recherche et à la prévention des crimes. Le bon fonctionnement du système de justice criminelle en dépend<sup>874</sup>, surtout s'il s'agit de crimes organisés caractérisés par le perfectionnement des moyens utilisés par les criminels pour contourner l'action de la police<sup>875</sup>. Le privilège jouit d'une sacralisation telle « qu'il ne saurait être soupesé en fonction d'autres intérêts. Une fois que son existence est établie, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre »<sup>876</sup>, concluait la juge McLachlin dans *Leipert*.

Dans le contexte de la procédure pénale internationale, la protection des informateurs est d'une indéniable utilité. Elle incite les États, les organisations et les diverses autres entités à coopérer avec la Cour. Parfois, l'information recherchée par le procureur auprès de la source fait déjà l'objet d'une mesure de confidentialité. C'est le cas notamment des secrets d'État et des informations obtenues par les ONG auprès de leurs propres sources, des victimes et des témoins de violations de droits de la personne. Dans ce cas, l'information est inaccessible, car confidentielle. Sans l'assurance pour les informateurs qu'ils seront protégés, le procureur perdrait des renseignements utiles<sup>877</sup>. Dans *Milosevic*, le TPIY a reconnu que la règle permet le partage d'informations sur une base confidentielle et garantit à leurs pourvoyeurs que leurs informations ainsi que leur source seront protégées<sup>878</sup>. Sans cette garantie, a jugé la Chambre d'appel, le Tribunal ne serait pas en mesure de remplir ses fonctions<sup>879</sup>. La Chambre d'appel de la CPI s'est fait l'écho de cette justification dans l'affaire *Lubanga* lorsqu'elle affirme que « [l']article 54-3-e peut assurément

---

<sup>873</sup> *R c Leipert*, [1997] 1 RCS 281 au para 9 [*Leipert*]. Voir aussi *Barros*, *supra* note 331 au para 28 : « le privilège relatif aux indicateurs de police est reconnu comme un élément essentiel des enquêtes criminelles et de la protection du public ». Plus généralement au Canada, voir Yvon Dandurand et Kristin Farr, *Revue de certains programmes de protection des témoins*, Rapport n° 001, Division de la recherche et de la coordination nationale sur le crime organisé, Secteur de la police et de l'application de la loi, Sécurité Publique Canada, 2010 à la p 4.

<sup>874</sup> *Biscaillon c Keable*, [1983] 2 RCS 60 à la p 105.

<sup>875</sup> *R c Scott*, [1990] 3 RCS 979 à la p 994.

<sup>876</sup> *Leipert*, *supra* note 873 au para 14.

<sup>877</sup> Vladimir Tochilovsky, « Prosecution Disclosure Obligations in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad hoc Tribunals » dans José Doria, Hans-Peter Gasser et Cherif Bassiouni, dir, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blischenko*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 843 à la p 859.

<sup>878</sup> *Karadžić*, Motion to Unseal, *supra* note 330 aux paras 15 et 28; *Milosević*, appel sur l'article 70 RPP, *supra* note 325 au para 19; *Brdanin et Talić*, illégalité présumée de l'article 70, *supra* note 105 aux paras 17-18.

<sup>879</sup> *The Prosecutor v Milosević*, IT-99-36-T, Public version of the Confidential Decision on the Admission of Rule 92bis Statements dated May 2002 (23 mai 2002) aux paras 17-18 (TPIY, Chambre de première instance II); *The Prosecutor v Blaskić*, IT-95-14-PT, Decision of Trial Chamber I on the Prosecutor's Motion for Video Deposition and Protective Measures (11 novembre 1997) au para 10 (TPIY, Chambre de première instance I).

être un instrument important pour les enquêtes du Procureur, qui sont souvent menées dans des circonstances difficiles »<sup>880</sup>.

Dans ce contexte en particulier, le système de la CPI a vu émerger une nouvelle catégorie de collaborateurs connus sous l'appellation « intermédiaires ». Il s'agit d'individus ou de petites organisations de défense de droits de l'homme qui interviennent directement sur le terrain des conflits armés auprès des victimes et témoins pour faciliter leur contact avec la Cour<sup>881</sup>. En dépit des admonestations que le Procureur a essuyées de la part des juges pour avoir fait un recours abusif à leurs services dans la situation en RDC<sup>882</sup>, ces acteurs sont devenus incontournables pour la conduite des enquêtes et des procédures de la Cour. Ils le sont, selon la FIDH, « compte tenu de leur accès aux populations locales, leur compréhension des langues locales et du contexte, la situation sécuritaire délicate leur permettant de s'entretenir avec des victimes et témoins sans attirer l'attention »<sup>883</sup>. Les services qu'ils fournissent à leurs bénéficiaires, et dont se seraient normalement chargés la Cour et ses organes compétents, comprennent, entre autres tâches, l'information des victimes et témoins sur les activités de la Cour et sur leurs droits, l'aide à remplir des formulaires de participation ou à entrer en contact avec des victimes et témoins et le suivi auprès de ces derniers sur les progrès concernant les enquêtes ou leurs demandes<sup>884</sup>. Consciente que ces activités les exposent à des représailles au même titre que les victimes et témoins, la CPI a fini, après une brève tergiversation<sup>885</sup>, par prendre en compte leur situation au titre d'« autres personnes auxquelles les dépositions de ces témoins peuvent faire courir un risque »<sup>886</sup>.

N'eût été l'intérêt que représente la protection des intermédiaires pour l'effectivité du mandat de la Cour à plusieurs égards, il est presque certain que celle-ci ne serait pas allée aussi loin dans son interprétation de l'article 43-6. En tout état de cause, tout comme les informateurs, la protection qui est offerte, quelles que soient ses autres justifications, concilie la volonté de collaborer avec la

---

<sup>880</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 42.

<sup>881</sup> Ces contacts ne se limitent pas à l'organe des poursuites, mais s'étendent également au Greffe, notamment les sections de protection et de participation des victimes et témoins. Voir Mariana Pena, « L'heure est venue pour la CPI de se pencher sur la protection des intermédiaires et des avocats » (2008) 13 Bulletin du Groupe de travail pour les victimes 4 à la p 4.

<sup>882</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 168; Pena, « L'heure est venue », *supra* note 881 à la p 4.

<sup>883</sup> FIDH, *La Cour pénale internationale, 2002-2012 : 10 ans, 10 recommandations pour une Cour pénale internationale efficace et indépendante* à la p 9. En ligne : FIDH < <http://fidh.org/IMG/pdf/cpi10ansfr.pdf> >.

<sup>884</sup> *Situation in the Democratic Republic of Congo*, ICC-01/04-374, Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on Application Process for Victims' Participation and Legal Representation (17 août 2007) aux para 30 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>885</sup> *Ibid* au para 31 (Jugeant qu'elle n'a pas de base pour faire droit à la non-divulgaration de l'identité des intermédiaires).

<sup>886</sup> *Statut de Rome*, art. 43-6; *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 43.



Cour ou de partager les informations avec celle-ci avec le besoin de protection des intermédiaires ou des informateurs contre les représailles, les menaces et les éventuelles intimidations<sup>887</sup>. Ce faisant, ils contribuent à la réalisation des objectifs d'intérêt général.

### 2.1.2. – Les intérêts auxiliaires à la justice internationale pénale

Certaines formes de confidentialité ne participent ni de l'indépendance de la justice internationale pénale ni directement de son efficacité, mais contribuent cependant, même de loin, à l'accomplissement de ses missions. Elles sont envisagées par la règle 73-2 du RPP de la CPI qui confère à la Cour la discrétion de reconnaître comme couverts par le secret professionnel d'autres types de communications. La découverte de ces nouveaux secrets doit tenir compte de certains facteurs qui sont (i) l'expectative de confidentialité (ii) l'importance de la confidentialité dans la tenue de la communication ou relation protégée et enfin (iii) le fait que « la reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement ».

La règle 73-2 est directement inspirée d'une approche similaire en droit interne des pays de *common law* qui reconnaissent aux tribunaux la discrétion de déterminer l'existence de nouveaux privilèges à la lumière des critères établis par le juriste Wigmore. Si elle s'en inspire clairement, on ne peut s'empêcher de s'attarder sur le critère selon lequel la reconnaissance du secret doit servir les fins du Statut et du Règlement. Cette exigence d'utilité d'autres secrets à la Cour (2.1.2.1) donne lieu à l'instrumentalisation d'organisations et de personnes dont les missions sont voisines de celles de la justice internationale pénale (2.1.2.2.).

#### 2.1.2.1. – L'exigence d'utilité de nouveaux secrets pour la Cour

Dans son traité sur le droit de la preuve, le juriste John Henry Wigmore a écrit que les tribunaux pouvaient déterminer l'existence de communications privilégiées, en dehors de celles reconnues en *common law*, à condition :

(i) que les communications aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées, (ii) que le caractère confidentiel soit un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties, (iii) que les rapports soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment, et (iv) que le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications soit plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision<sup>888</sup>.

---

<sup>887</sup> Ambos, « Confidential Investigations », *supra* note 336 à la p 550.

<sup>888</sup> Wigmore, *Evidence in Trials*, *supra* note 761. Traduction française tirée de l'arrêt de la CSC dans *Gruenke*, *supra* note 308 à la p 4. Voir aussi Buchanan, « Freedom of Expression », *supra* note 114 à la p 623.

Ces critères ont en commun avec la règle 73-2 d'admettre la distinction qu'opèrent les pays de *common law* entre les secrets professionnels génériques, *prima facie* ou de *common law* et les secrets professionnels déterminés *selon les circonstances de chaque cas*. Écrivant pour l'opinion majoritaire dans *Gruenke*, le juge Lamer de la CSC a défini la première catégorie comme faisant référence au secret « qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) [à moins d'une exception à la règle générale] » tandis que le secret « fondé sur les circonstances de chaque cas » vise « les communications à l'égard desquelles il y a une présomption à première vue qu'elles ne sont pas privilégiées c'est-à-dire qu'elles sont admissibles »<sup>889</sup>. D'après la Cour, dans cette dernière catégorie, c'est l'analyse de chaque cas qui permet de déterminer si les conditions de principe d'exclure les éléments de preuve par ailleurs admissibles sont réunies.

Cette catégorisation, et les critères de Wigmore qui en résultent, met en évidence la difficulté de classer comme ne méritant pas *a priori* la protection découlant du secret professionnel certaines communications qui dans une circonstance donnée mériteraient d'être protégées. Et le moins que l'on puisse dire, c'est que cette classification est largement tributaire de l'importance que tel système de droit accorde à telle valeur. Il est frappant à ce propos qu'alors que la CPI assimile aux secrets génériques les privilèges de l'avocat-client, du CICR, du professionnel de la santé et de la confession religieuse, au Canada, seul le secret de l'avocat-client ait reçu cette protection *prima facie*. L'explication se trouve sans doute dans la place prépondérante que les victimes ont acquise dans le système de justice internationale pénale. Le texte de la règle 73 du RPP de la CPI apparaît ainsi avoir été rédigé en ayant à l'esprit la considération que la protection efficace des victimes justifierait la non-divulgence des informations relatives à leur vie privée. Ainsi, au titre des secrets génériques, le RPP aurait globalement codifié les situations où les intérêts des victimes de crimes internationaux sont susceptibles d'être en jeu. Le secret bancaire, le secret commercial, des comptables ou tout autre secret professionnel n'auraient pas été explicitement protégés sous la considération qu'il serait le moins susceptible de concerner les victimes.

En France, c'est en conséquence des limites d'une approche énumérative des secrets professionnels qu'une modification du Code pénal ne fait plus référence aux professions spécifiquement visées par la protection. Dans un texte d'une portée plutôt large, il est entendu simplement que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est le

---

<sup>889</sup> *Gruenke*, *supra* note 308 à la p 32.

dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie [...] »<sup>890</sup>. Si cette clause ouvre la porte à une protection plus généreuse des secrets, elle confère par la même occasion une discrétion plus étendue au juge, là où précisément les critères de Wigmore et la règle 73-2 tentent de baliser son intervention. D'après Massy, ce n'est donc plus seulement la confiance qui est protégée, « mais toute information secrète découverte dans l'exercice d'une activité professionnelle, d'une fonction quelconque, voire d'une mission »<sup>891</sup>. Ainsi qu'affirme en effet Pierron, « le secret professionnel rappelle que celui qui se trouve détenteur de secrets ne l'est pas en vertu de sa personne, mais de sa profession »<sup>892</sup>.

À vrai dire, cette considération met en avant le fait qu'il est indispensable que le secret à protéger soit découvert dans l'accomplissement d'une mission qui revêt un certain intérêt social. C'est à ce titre que la qualité personnelle de celui qui en devient dépositaire doit se dissimuler derrière la figure ou le rôle que lui reconnaît la société. Les critères de Wigmore opèrent à cet égard une démarcation intéressante, exigeant seulement que les rapports dans lesquels la confidentialité joue un rôle essentiel « soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment », critère (iii). Il ne semble pas découler de ce critère qu'il faut, comme le prévoit la formulation française, qu'une des parties dans la relation soit inscrite dans le schéma de la représentation sociale. Ce serait certes plus aisé pour le juge appeler à déterminer s'il y a un intérêt social en cause, mais on ne saurait préjuger l'absence de cet intérêt du seul fait que le secret n'est pas connu en raison de l'état, de la profession, de la fonction ou de la mission.

Dans cet esprit, la protection de journaux intimes pourrait tout à fait se justifier sur le fondement de la fonction sociale qu'ils remplissent pour les personnes qui s'en servent. Il n'y aurait pas de même un empêchement impératif que la confiance à un proche ou à un ami bénéficie de la même protection pour autant que cela serve un but social accepté. Par exemple, s'il s'agit pour la personne qui se confie de trouver conseil, soutien et réconfort auprès de cet ami, pourquoi la relation ne serait-elle pas protégée au même titre que celle du membre du clergé et du pénitent? Après tout, qu'est-ce qui est véritablement d'intérêt social? Le fait que la personne qui se confie trouve le réconfort recherché ou que le seul professionnel désigné soit dépositaire de ses secrets?

---

<sup>890</sup> Massy, « La transparence et le secret », *supra* note 744 à la p 759.

<sup>891</sup> *Ibid.*

<sup>892</sup> Pierron, « Sous le sceau », *supra* note 744 à la p 634.

En tout état de cause, les critères de la règle 73-2 du RPP de la CPI adoptent une conception bien restrictive de l'utilité sociale de la protection du secret professionnel. Il est entendu aux termes de cette disposition que les chambres ne protègent que les relations dont « la reconnaissance du secret [...] servirait les fins du Statut et du Règlement ». Il n'est pas spécifié avec grande clarté quelles fins du Statut et du Règlement en particulier seraient servies par la confidentialité. Le contexte immédiat de la règle 73 permet de penser que la protection des victimes bénéficierait à coup sûr de la confidentialité. Il ne faut probablement pas s'y limiter. Aux termes de l'article 21-3, le Statut envisage lui-même une finalité plus ultime, à savoir que l'interprétation et l'application du droit applicable doivent être conformes aux droits de l'homme internationalement reconnus<sup>893</sup>. Il est incontestable qu'on ne saurait dès lors réduire l'utilité sociale de la reconnaissance d'autres secrets professionnels à la prise en compte des intérêts des seules victimes de crimes internationaux. Les buts de la Cour sont beaucoup plus larges. En exigeant que les nouveaux secrets qu'elle reconnaîtra s'inscrivent dans cette logique, les rédacteurs du *Statut de Rome* détournent dans l'intérêt des finalités de la Cour, est-on en droit de conclure, d'autres formes de confidentialité.

#### 2.1.2.2. – Le détournement d'autres missions d'intérêt général

Les juridictions pénales internationales veillent, lorsqu'elles reconnaissent les secrets professionnels, à établir que la confidentialité est appréhendée dans l'exercice de la profession en cause « comme condition générale indispensable à l'exercice efficace d'une mission d'intérêt général pour la communauté internationale »<sup>894</sup>. En postulant que la reconnaissance d'autres formes de confidentialité doit servir les buts du *Statut de Rome* ou du RPP, la règle 73-2 envisage en conséquence que si la Cour devait reconnaître la pertinence de ces autres missions d'intérêt général, ce serait dans la mesure où elles contribuent d'une façon ou d'une autre à la finalité de la justice internationale pénale. De fait, il ne suffit pas aux termes de cette disposition que la Chambre détermine qu'une certaine relation entretenue avec une expectative de confidentialité existe. Que la confidentialité soit un aspect essentiel de la nature et de la qualité des relations n'est pas non plus concluant. La détermination n'est décisive que si « la reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement ».

---

<sup>893</sup> Buchanan, «Freedom of Expression», *supra* note 114 à la p 652.

<sup>894</sup> Cosnard, « Les immunités », *supra* note 107 à la p 153.

Quand bien même il est entendu que les fins du cadre normatif de la Cour ne sont pas marquées du sceau de l'homogénéité<sup>895</sup>, la règle 73-3 reconnaissant le secret médical et le secret de la confession religieuse invite les Chambres de la Cour à une attention particulière « lorsque les communications concernent ou impliquent des victimes ». La protection de ces dernières constitue, incontestablement, aux termes du *Statut de Rome* et du RPP de la Cour, une mission d'intérêt général pour la communauté internationale. La question à laquelle devra sans doute répondre la Cour est de savoir s'il s'agit des seules victimes concernées par une procédure devant elle, par un crime relevant plus généralement de sa compétence, quand bien même l'affaire ne serait pas en instance devant elle, ou encore de toute victime de tout crime, de droit international ou non.

Si l'on devait interpréter la règle 73-3 comme visant les communications confidentielles des victimes de crimes, indépendamment des rapports avec une procédure devant la Cour, son champ d'application s'en trouverait considérablement étendu. Dès lors, il serait possible de lui opposer le secret médical ou religieux de toute personne, même lorsque celle-ci n'est pas concernée par un témoignage devant une Chambre de la Cour, mais dont le dossier médical ou la correspondance religieuse doit être produit pour la détermination de la cause. L'article 21-3 du *Statut de Rome* qui impose une interprétation du droit applicable conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus conforte cette conception à certains égards. Toutefois, la conformité aux droits de l'homme ne suppose pas nécessairement la reconnaissance d'un secret professionnel. Les considérations attachées à la situation particulière des victimes directement concernées par les procédures de la Cour peuvent justifier une protection distincte de toute autre personne.

À la vérité, la Cour ne saurait prétendre apparaître ici comme un tribunal régissant la société mondiale. Du moins, sur les aspects relatifs au secret professionnel, il se comprend qu'elle se limite à la protection des intérêts en lien immédiat avec l'accomplissement de son mandat. La protection offerte par le secret médical ou le secret religieux touche directement aux victimes qu'elle a par ailleurs l'obligation de protéger aux termes de son *Statut* lorsque celles-ci sont concernées par ses procédures. Imaginer un champ d'application plus général serait faire la protection des milieux professionnels de la santé et de la religion, qui sont loin d'avoir une institutionnalisation internationale nécessitant la protection contre la publicité de la justice.

---

<sup>895</sup> Calvo-Coller, *The Trial Proceedings*, *supra* note 591 à la p 261.

Dans *Mbarushimana*, la CPI a pourtant laisser entrevoir qu'elle pourrait reconnaître sur la base de la règle 73 de son RPP les secrets professionnels de l'avocat-client et de la confession religieuse produits à l'occasion de communications échangées uniquement dans le cadre de procédures nationales. La question qu'on peut se poser est de savoir dans quelle mesure les professionnels en relation avec l'accusé dans des procédures autres que celles qui se tiennent devant la Cour exercent une mission d'intérêt général pour la communauté internationale. À notre avis, la relation établie entre l'accusé et son avocat dans un procès de droit interne distinct de celui devant la Cour pourrait être protégée différemment. Cette relation forme devant la CPI une considération relative au droit à la vie privée qui peut être autrement protégée que par le secret professionnel. Par exemple, si l'élément de preuve est admis, sa production peut être assortie d'une interdiction de publication ou d'un *huis clos*. La situation inverse est arrivée au TPIY.

Dans *Gotovina*, l'équipe de la défense avait été arrêtée en Croatie pour avoir détruit les documents des archives de ce pays. Dans le cadre de la procédure nationale contre eux, les autorités croates s'étaient saisies de documents des avocats relevant du secret professionnel. Le TPIY a jugé en l'espèce que la perquisition et la saisie réalisées par les autorités croates contre les avocats de l'accusé avaient conduit à la situation où « *the protection under Rule 97 is not ensured* »<sup>896</sup>. La Chambre a mis sur pied une procédure aux termes de laquelle la Croatie devait s'abstenir d'inspecter le contenu des documents saisis, s'accorder avec la défense afin que celle-ci lui indique quels documents sont protégés, envisager la nomination d'un conseiller indépendant en mesure de confirmer la concordance entre la description de la défense et les documents protégés par le secret professionnel ainsi que la saisie du président du Tribunal en cas de contestation<sup>897</sup>. Il s'agit de l'opposition au gouvernement croate d'un secret professionnel internationalement protégé. Le Tribunal privilégie ainsi le fonctionnement de l'administration de la justice internationale pénale à celle de la Croatie. Elle a affirmé qu'elle n'hésiterait pas, dans des circonstances exceptionnelles, à recourir à son pouvoir coercitif de l'article 54 du RPP lorsqu'un État exerce sa compétence « *in a way that would infringe the right to a fair trial of an accused before the Tribunal [...]* »<sup>898</sup>.

En réalité, comme en droit interne, le secret de l'avocat-client ne participe pas seulement de l'efficacité de la défense. Il en va de l'ensemble même de la bonne administration de la justice

---

<sup>896</sup> *Gotovina*, Permanent Restraining Orders, *supra* note 771 au para 37.

<sup>897</sup> *Ibid* aux paras 42-43.

<sup>898</sup> *Ibid* au para 27.

internationale pénale. Dans l'affaire *Šešelj* en effet, le Greffier avait décidé d'exercer son pouvoir en vertu de l'article 65 du Règlement de détention du TPIY<sup>899</sup> de placer sous surveillance les communications de l'accusé avec les personnes associées à sa défense. Il invoquait comme motif de cette restriction que l'accusé exerçait son droit aux communications privilégiées non pas pour sa défense, mais « à des fins politiques et pour intimider et harceler des témoins »<sup>900</sup>.

La décision de placer sous surveillance l'accusé et les collaborateurs à sa défense avait été renouvelée plusieurs fois. Le Greffier entendait la prolonger tant et aussi longtemps que c'était nécessaire. En guise de protestation, l'accusé avait cessé de recevoir ses collaborateurs, arguant qu'il n'était pas assuré qu'ils communiqueraient confidentiellement. Il saisit la Chambre afin qu'il soit statué que « la mise sur écoute de ses communications privilégiées l'empêche d'exercer ses droits de la défense »<sup>901</sup>. Il n'entendait pas reprendre la communication avec ses collaborateurs et ainsi poursuivre la préparation de sa défense si la mesure d'écoute n'était pas levée. Considérant les risques de blocage de la procédure, rendue à la « phase finale de la présentation des derniers moyens de preuve à charge par l'accusation, et qui peut se prolonger encore durant la présentation des moyens de preuve à décharge »<sup>902</sup>, la Chambre a ordonné la levée de la surveillance des communications de l'accusé. Il est évident qu'en raison de la révolte de l'accusé, la question avait débordé le cadre des droits de la défense pour toucher à l'effectivité même des procédures.

Au demeurant, si la protection du secret de l'avocat-client ne se fonde pas nécessairement sur l'efficacité de la justice internationale pénale, certains secrets professionnels reconnus devant les juridictions *ad hoc* l'ont été souvent dans l'intérêt de la lutte contre l'impunité des crimes graves. À vrai dire, l'exigence de la règle 73-2-c selon laquelle la Cour n'accorde la protection du secret professionnel qu'aux communications qui serviraient les fins du *Statut* et du Règlement semble s'inscrire dans cette logique. Dans leur reconnaissance des secrets professionnels du CICR, des correspondants de guerre ou de fonctionnaires de droits de l'homme des Nations Unies, les juridictions *ad hoc* n'ont souvent vu rien de moins que des acteurs agissant en soutien de l'effort de la justice internationale pénale. Ainsi évoque-t-on le rôle du CICR comme « complémentaire de celui

---

<sup>899</sup> *Règlement portant régime de détention des personnes en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal ou détenues sur l'ordre du Tribunal*, adopté le 15 mai 1994, amendé le 21 juillet 2005.

<sup>900</sup> *Šešelj*, écoute des communications privilégiées, *supra* note 388 au para 13.

<sup>901</sup> *Ibid* au para 7.

<sup>902</sup> *Ibid* au para 32.

des TPI et de la future CPI »<sup>903</sup>. L'instrumentalisation de l'organisation humanitaire et des journalistes de guerre est critiquée comme faisant de ces derniers des « auxiliaires de justice, qui aideraient à faire connaître la vérité en amont, sans laquelle la juridiction internationale ne pourrait intervenir »<sup>904</sup>. Dans le cas du CICR par exemple, les juges diront à propos des fonctions du TPIY et de l'organisation humanitaire que « *both mandates are based on international humanitarian law and ultimately geared towards the better implementation thereof. Although both share common goals, their functions and tasks are different. The ICRC's activities have been described as « preventive », while the International Tribunal is empowered to prosecute breaches of international humanitarian law once they have occurred* »<sup>905</sup>.

Une situation quasi identique s'est présentée au TSSL concernant un ancien fonctionnaire des droits de l'homme des Nations Unies qui avait exercé en Sierra Leone de 1998 à 2001. En raison de ce statut, il jouissait de l'immunité de juridiction, à savoir qu'il n'était pas contraignable pour comparaître en justice soit comme accusé, soit comme témoin. Le Secrétaire général des Nations Unies leva cette immunité, sous réserve cependant que le fonctionnaire des droits de l'homme témoigne à *huis clos* compte tenu du caractère sensible et confidentiel de certaines informations. La Chambre de première instance fit droit à cette mesure spéciale. Mais avant d'appeler le témoin à la barre, le Procureur requit de la Chambre d'instance qu'elle concède qu'elle ne contraindra pas le fonctionnaire à révéler l'identité de ses sources confidentielles.

La Chambre a rejeté cette demande du Procureur, se fondant sur une interprétation presque littérale de l'article 70 du RPP. Cet article prévoit dans sa lettre B que si le Procureur est en possession d'informations qui lui ont été communiquées à titre confidentiel pour générer de nouvelles preuves, il ne peut divulguer ces informations initiales au cours de la procédure à moins d'obtenir le consentement de la source. La lettre D de la même disposition prévoit en plus que si le pourvoyeur de l'information est appelé à témoigner, le juge ne peut le contraindre à répondre aux questions auxquelles il refuse de répondre pour des raisons de confidentialité. La Chambre d'instance a jugé que pour que l'article 70 s'applique, il fallait prouver que l'identité des sources du témoin faisait partie des informations initiales communiquées au Procureur, cette disposition protégeant uniquement les informations et non ses sources. Bien que reconnaissant la relation spéciale des fonctionnaires des

---

<sup>903</sup> Rémy Prouvèze, « L'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au statut du Comité international de la Croix-Rouge : la règle de la confidentialité en question » (2001) 10 *L'observateur des Nations Unies* 143 à la p 148.

<sup>904</sup> Cosnard, « Les immunités », *supra* note 107 à la p 151.

<sup>905</sup> Simić, Confidentialité du CICR, *supra* note 115 au para 79.



droits de l'homme avec leurs sources et l'intérêt de leurs missions, la Chambre conclut que ces facteurs ne sauraient primer le droit de l'accusé au procès équitable garanti par les textes du Tribunal et que le témoignage à *huis clos* constitue une mesure appropriée pour assurer la confidentialité des informations que pourrait révéler le témoin<sup>906</sup>.

La décision a été critiquée comme donnant une interprétation trop restrictive de l'article 70 du RPP. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, intervenant comme *amicus curiae*, a estimé qu'il n'était pas nécessaire aux fins de l'application de cette disposition, que le pourvoyeur de l'information en soit également la source<sup>907</sup>. Human Rights Watch faisait valoir que chaque fois qu'un motif de confidentialité apparaîtrait, le témoin qui est ou a été fonctionnaire des droits de l'homme ne devrait pas être contraint de répondre aux questions<sup>908</sup>. Ces deux entités ont insisté sur les fonctions du témoin qui sont d'importance fondamentale pour la restauration et le maintien de la paix et la sécurité internationales, l'état de droit et l'administration de la justice<sup>909</sup>. En conséquence, le secret des sources du fonctionnaire des droits de l'homme, qui ne peut être levé par le Secrétaire général de l'ONU ou même le Haut-Commissaire aux droits de l'homme, ne devait pas être mis en balance avec une autre valeur, sauf en cas d'éléments de preuve à décharge<sup>910</sup>. Pour Human Rights Watch et Amnesty International, la seule balance possible serait d'affecter au témoignage du fonctionnaire une valeur probante faible pour protéger les droits de l'accusé<sup>911</sup>.

Répondant au premier moyen d'appel du Procureur sur l'applicabilité de l'article 70 du RPP, la Chambre d'appel s'est positionnée en faveur d'une interprétation libérale de cette disposition ainsi qu'il résulte de la jurisprudence *Milosevic* du TPIY. Pour elle, son application n'est pas déterminée par le fait de savoir si le Procureur est ou non en possession d'informations initiales, mais si les informations ont été communiquées sur une base confidentielle<sup>912</sup>. De plus, il est antinomique de protéger les informations reçues confidentiellement sans protéger ses sources<sup>913</sup>. En outre, il est incohérent de distinguer au titre de l'article 70(D) si le témoin est la source de l'information ou un simple dépositaire pour lui reconnaître le droit à la confidentialité de ses sources. D'après la

---

<sup>906</sup> *Brima*, immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme, *supra* note 115 au para 20.

<sup>907</sup> *Brima*, Appel sur les immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme, *supra* note 831 au para 9.

<sup>908</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>909</sup> *Ibid* au para 13.

<sup>910</sup> *Ibid*.

<sup>911</sup> *Brima*, Appel sur les immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme, *supra* note 831 aux paras 14-15.

<sup>912</sup> *Ibid* au para 20.

<sup>913</sup> *Ibid* au para 21.

Chambre d'appel, le but de cette disposition est de laisser au pourvoyeur des informations la discrétion de partager avec le Procureur l'identité de ses sources. Ce faisant, on permet au « *witness to remain faithful to the pact of confidentiality, thus preserving the conditions under which the information provided to the Prosecutor may have been obtained* »<sup>914</sup>.

Le second moyen d'appel permettait d'amener un fondement juridique différent du droit au secret des fonctionnaires des droits de l'homme sur l'identité de leurs sources. Différent de l'article 70 du RPP, ce fondement prenait appui dans l'intérêt des fonctions des fonctionnaires des droits de l'homme. Il s'agissait, en d'autres termes, de la reconnaissance du caractère confidentiel des relations entre ces derniers et leurs sources sur la base des critères de Wigmore. La Chambre d'instance, après avoir écarté l'application de l'article 70, s'était rabattue sur ce fondement, l'avantage étant de permettre cependant une mise en balance du droit au secret avec d'autres intérêts publics fondamentaux, en l'espèce le droit de l'accusé à un procès équitable. La Chambre d'appel approuve une telle approche<sup>915</sup>. Elle la remet cependant rapidement en cause. L'article 70 étant applicable, elle juge que le privilège qui aurait pu être déduit de la règle de Wigmore est déjà pris en compte par cette disposition. Ce fondement présente un double avantage : la généralité, puisque l'article 70 vise la protection de toutes les sources confidentielles et non uniquement la confidentialité d'une classe particulière de relations professionnelles<sup>916</sup>; le caractère absolu de la confidentialité, dans la mesure où le témoignage à *huis clos* ne répond pas au besoin de protection. La Chambre d'appel récuse une mise en balance consistant à écarter le privilège découlant de 70(D) et approuve une approche qui consisterait à accorder à la preuve reçue dans ce contexte une valeur probante amoindrie<sup>917</sup>.

Bien que cette décision affirme l'article 70(D) comme base du secret du fonctionnaire des droits de l'homme, les circonstances particulières de l'affaire démontrent qu'en dehors d'un accord de confidentialité, le privilège aurait été reconnu au nom de l'intérêt de la fonction qu'exerce le témoin. Ce droit serait indépendant de celui que détient l'employeur de lever l'immunité juridictionnelle du témoin afin de lui permettre de comparaître. Dans le cas d'espèce en effet, l'employeur ne faisait pas une telle distinction et autorisait le fonctionnaire des droits de l'homme à répondre librement aux questions qui lui seraient posées au cours de l'audience, ce qui incluait la

---

<sup>914</sup> *Ibid* au para 30.

<sup>915</sup> *Ibid* au para 33.

<sup>916</sup> *Ibid*.

<sup>917</sup> *Ibid* au para 34.

possibilité de révéler ses sources<sup>918</sup>. La Chambre d'instance reconnaissait le droit au privilège testimonial indépendant de l'immunité juridictionnelle, mais ne lui conférait pas une portée absolue en admettant une mise en balance avec les droits de l'accusé. À l'inverse de la confidentialité du CICR, on peut constater que le caractère complémentaire des fonctions de l'officier des droits de l'homme n'empêche pas le Tribunal de relativiser la portée de son droit au secret. C'est là probablement une approche différente de la complémentarité. Il apparaît en effet que tandis que le CICR et le TPIY sont complémentaires en s'empêchant d'empiéter sur leurs fonctions respectives, les fonctionnaires des droits de l'homme et le TSSL le seraient en mettant en commun leurs efforts, le travail d'une telle personne pouvant tout à fait appuyer celui de la juridiction internationale.

Cette possibilité apparaît déjà dans la reconnaissance du privilège testimonial des journalistes en 2002 devant le TPIY dans l'affaire *Radislav Brdjanin*<sup>919</sup> au sujet du droit d'un ancien correspondant de guerre de ne pas être contraint de comparaître devant le TPIY pour corroborer les propos de l'accusé qu'il avait interviewé à l'époque du conflit. L'article publié par le *Washington Post* en 1993<sup>920</sup> rapportait des déclarations de l'accusé qui étaient de nature à établir son intention criminelle. Le Procureur estima que l'élément de preuve était pertinent pour l'affaire. Le Procureur requit l'émission d'une citation enjoignant l'ancien correspondant de guerre, Jonathan Randal, à comparaître<sup>921</sup>. Ce dernier s'opposa, soutenant devant la Chambre qu'il jouissait d'une immunité testimoniale fondée sur l'intérêt public, pour la justice et la communauté internationale, que constitue le travail d'information des journalistes en zones de conflit<sup>922</sup>.

Le 7 juin 2002, bien que reconnaissant le rôle des correspondants de guerre, la Chambre rejeta la prétention à une immunité testimoniale. Elle considérait, entre autres, que dans la mesure où la protection de la confidentialité des sources journalistiques n'était pas en cause, l'article de Randal ayant été rendu public depuis longtemps, seul le critère de la pertinence de la preuve devait déterminer la décision de contraindre sa comparution<sup>923</sup>. Elle admettait donc implicitement que si la

---

<sup>918</sup> *Brima*, immunités d'un fonctionnaire des droits de l'homme, *supra* note 115 au para 18.

<sup>919</sup> *Brdjanin*, immunités d'un correspondant de guerre, *supra* note 115.

<sup>920</sup> Jonathan C. Randal, *Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing; Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Process as Beyond Reversal*, *Washington Post*, 11 février 1993.

<sup>921</sup> *Prosecutor v Radoslav Brdjanin and Momir Talic*, IT-99-36-T, Confidential Subpoena to Give Evidence (29 janvier 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>922</sup> *Prosecutor v Radoslav Brdjanin and Momir Talic*, IT-99-36-T, Decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence (7 juin 2002) au para 8 (TPIY, Chambre de première instance) [*Brdjanin et Talic*, Motion to set aside subpoena].

<sup>923</sup> *Ibid* au para 29.

protection des sources avait été en jeu, elle aurait accédé à la demande de Randal<sup>924</sup>. Pour affirmer son autorité à reconnaître un tel privilège, la Chambre se réfère pour l'essentiel à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Goodwin c Royaume-Uni*<sup>925</sup> estimant que bien qu'elle ne soit pas liée par le droit d'aucun État, « *it has a duty to keep itself abreast with the developments in the field of international human rights* »<sup>926</sup>.

Mais l'appui sur cette jurisprudence de la Cour européenne n'est pas jugé pertinent, Randal revendiquant un privilège testimonial bien plus étendu que la confidentialité des sources journalistiques qui était en cause dans *Goodwin*<sup>927</sup>. Toujours est-il qu'en appel, l'interprétation minimaliste des immunités testimoniales des journalistes<sup>928</sup> est renversée au profit de la conception mise de l'avant par Randal. La Chambre d'appel, reconnaissant que la question de l'immunité testimoniale des correspondants de guerre devant les tribunaux internationaux était nouvelle<sup>929</sup>, qu'aucun de ses textes de base n'offrait de directives à cet égard<sup>930</sup>, conclut tout de même que si la plupart des systèmes de droit interne ne protègent que la confidentialité des sources journalistes, il en existe qui protègent tout autant les informations non confidentielles<sup>931</sup>. Pour reconnaître le droit au secret des correspondants de guerre, la Chambre d'appel s'est demandée s'il existait un intérêt public dans le travail de cette catégorie professionnelle. Elle répond sans ambages de manière affirmative à cette question. À ce sujet, elle a considéré la liberté de la presse de manière générale, mais le rôle spécifique des correspondants de guerre dans les situations de conflit armé et l'appui qu'ils peuvent apporter à la répression des crimes internationaux. Elle déclare :

In war zones, accurate information is often difficult to obtain and may be difficult to distribute or disseminate as well. The transmission of that information is essential to keeping the international public informed about matters of life and death. It may also be vital to assisting those who would prevent or punish the crimes under international humanitarian law that fall within the jurisdiction of this Tribunal<sup>932</sup>.

---

<sup>924</sup> *Ibid* au para 8.

<sup>925</sup> *Goodwin c Royaume-Uni*, requête n°17488/90, [GC] arrêt du 27 mars 1996.

<sup>926</sup> *Brdjanin et Talic*, Motion to set aside subpoena, *supra* note 922 au para 30.

<sup>927</sup> Pour un commentaire détaillé de cette affaire, voir Alexis Guedj, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp 151-185.

<sup>928</sup> Megan A. Fairlic, « Rule Making from the Bench: a Place for Minimalism at the ICTY » (2004) 39 *Tex Int'l L J* 257 [Fairlic, «Rule Making from the Bench»].

<sup>929</sup> *Brdjanin*, immunités d'un correspondant de guerre, *supra* note 115 au para 30.

<sup>930</sup> *Ibid* au para 31.

<sup>931</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>932</sup> *Ibid* au para 36.

Pour autant, de l'information, dont a souvent pu tirer profit le Procureur international, à la comparution du journaliste de guerre à sa demande comme témoin à charge, il y a un écart qui ne devrait pas être trop facilement réduit selon la Chambre d'appel. L'approche adoptée par cette dernière se situe à mi-chemin entre un droit au secret absolu et un privilège relatif. La Chambre juge en effet que la protection des journalistes de guerre doit dépasser la simple protection de leurs sources dans la mesure où il est impératif qu'ils soient perçus dans l'exercice de leurs fonctions comme étant indépendants et non comme des témoins d'un tribunal international<sup>933</sup>. Il en va de leur protection et de celle de leurs sources. C'est là une préoccupation qui selon la Chambre subsiste à celle de la confidentialité des sources<sup>934</sup>. Pour cette raison, elle a jugé que le journaliste de guerre ne serait pas appelé à témoigner de manière routinière, mais seulement lorsque,

the Trial Chamber finds that the evidence sought by the party seeking the subpoena is direct and important to the core issues of the case [...]. The adoption of this criterion should ensure that all evidence that is really significant to a case is available to Trial Chambers. On the other hand, it should prevent war correspondents from being subpoenaed unnecessarily.

Furthermore, if the evidence sought is reasonably available from a source other than a war correspondent, the Trial Chamber should look first to that alternative source<sup>935</sup>.

En limitant la reconnaissance du privilège aux seuls correspondants de guerre, la décision de la Chambre d'appel du TPIY établit un lien direct avec les fonctions propres à la justice internationale de réprimer les violations du droit de la guerre. Il semble en conséquence que le secret des sources journalistiques en d'autres contextes ne lui sera pas opposable. Dans les cas où le privilège n'était pas fondé sur un texte international, la démarche des tribunaux internationaux se situe dans un processus de légitimation du caractère d'intérêt général véritable des fonctions assumées par des acteurs à qui manquent une institutionnalisation internationale. Que le mandat du CICR et celui des juridictions pénales internationales soient complémentaires est une vérité qui n'avait pas besoin d'être rappelée pour affirmer le droit au secret de l'organisation humanitaire dès lors qu'il existe selon la coutume. Par contre, cette approche était indispensable dans le cas des fonctionnaires des droits de l'homme et des journalistes de guerre. Parce qu'ils contribuent à la découverte des crimes et à l'effort de la justice internationale pénale, leurs fonctions revêtent un intérêt général international certain. La question se pose de savoir si l'habilitation d'un texte de droit international est indispensable à l'affirmation d'une telle fonction lorsqu'on sait qu'« un intérêt général repose

---

<sup>933</sup> *Ibid* au para 42.

<sup>934</sup> *Ibid*.

<sup>935</sup> *Ibid* aux paras 48-50. Voir également *Taylor*, Disclosure of confidential source, *supra* note 834 au para 30.

nécessairement sur des préoccupations non juridiques, intimement liées à une certaine perception de la société »<sup>936</sup>. Cette perception, en raison de sa vigueur, peut rendre compte de l'importance de la valeur et ainsi justifier une protection par le droit. Tel est le cas lorsqu'il n'existe aucun rapport de complémentarité directe avec la justice internationale pénale.

## 2.2. – *Les intérêts relatifs à la stabilité des relations internationales*

S'il est possible d'établir le lien entre les fonctions d'un correspondant de guerre, d'un officier des droits de l'homme de l'ONU ou du CICR avec la lutte contre l'impunité, une telle connexité peut être absente de la consécration d'autres formes de secret. Toutefois, le fait que certains de ces secrets sont, comme le secret de l'informateur, fondé sur l'efficacité de l'enquête et de la poursuite des crimes internationaux, n'exclut pas leur détournement pour le compte d'autres intérêts. En effet, les sources qui fournissent des renseignements ou des éléments de preuve au cours de la procédure sont également des personnes morales. Elles ont alors des intérêts de confidentialité qui débordent la protection des droits individuels. Si le mandat des organisations humanitaires est auxiliaire à celui de la justice internationale pénale, il n'en est pas de même d'autres sujets de droit international que sont les États et les Organisations internationales. La Cour peut leur reconnaître la confidentialité pour encourager leur collaboration avec elle, mais du point de vue de ces entités, il s'agit de préserver leurs propres intérêts. Toutefois, en raison de leur statut dans la société internationale, ces intérêts entretiennent un lien étroit avec ceux de la communauté internationale, en l'occurrence la stabilité des relations internationales. C'est dans cet esprit qu'il convient sans doute de comprendre la protection de la sécurité nationale des États (2.2.1.) et la protection des missions d'organisations internationales (2.2.2.) par le moyen de la confidentialité.

### 2.2.1. – La protection de la sécurité nationale des États

Les secrets d'État, dont nous avons exposé le régime juridique ci-dessus<sup>937</sup>, apparaissent dans le Statut de Rome sous une formulation beaucoup plus explicite. Les textes évoquent en effet « les renseignements touchant à la sécurité nationale ». Les préoccupations liées à leur protection essaient l'ensemble du *Statut de Rome*. Dans le cadre des enquêtes, le Procureur est autorisé à prendre ou demander que soient prises des mesures pour assurer la confidentialité des

---

<sup>936</sup> Cosnard, « Les immunités », *supra* note 107 à la p 150.

<sup>937</sup> Voir nos développements aux pages 39 et suivants.

renseignements recueillis<sup>938</sup>. Au cours de la procédure préliminaire, la Chambre compétente peut « en cas de besoin assurer [...] la protection des renseignements touchant à la sécurité nationale »<sup>939</sup>. Une obligation similaire pèse, aux termes de l'article 64-6-c, sur la Chambre d'instance qui en plus, selon l'article 64-3-c, tient compte de ces mesures au moment d'ordonner aux parties la divulgation des documents qui seront nécessaires à la préparation du procès.

Les États parties au *Statut de Rome* n'ont cependant pas eu à l'égard des juges une confiance béate qu'ils seront toujours soucieux de leurs intérêts. D'après l'article 68-6 du *Statut de Rome*, ils peuvent eux-mêmes intervenir pour demander à une chambre de prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection, entre autres, des informations confidentielles ou sensibles. Ce droit d'intervention est mieux formalisé dans les dispositions de l'article 72 qui systématise le régime juridique épars de la protection des renseignements touchant à la sécurité nationale. L'esprit de cet article est le suivant : l'État qui estime que la divulgation de renseignements est susceptible de porter atteinte à sa sécurité nationale peut exercer un droit d'intervention.

En vertu de ce droit, il doit s'efforcer de trouver avec la Cour et les parties des arrangements sur la façon de communiquer les informations sans porter préjudice à ses intérêts. Si aucun moyen envisagé n'est à son avis satisfaisant, il est en droit de ne pas communiquer les éléments de preuve en question. La Cour n'aura alors qu'une marge de manœuvre très réduite. Elle peut ordonner la divulgation des éléments de preuve qui sont entre les mains des parties au procès, mais doit se résigner au refus de l'État quand ils sont en sa possession. Dans le meilleur des cas, elle peut saisir le Conseil de sécurité et l'Assemblée des États parties (AEP) au *Statut de Rome* du défaut de coopération ou « tirer toute conclusion qu'elle estime appropriée [...] lorsqu'elle juge l'accusé, quant à l'existence ou la non-existence d'un fait »<sup>940</sup>.

À cette étape où nous examinons la nature des règles de confidentialité, on peut se limiter à deux analyses. La protection des secrets d'État ne figurait guère dans les textes des juridictions pénales internationales *ad hoc* avant un célèbre arrêt *Blaskić*. Si depuis lors il y a eu dans le cadre de la justice internationale pénale la reconnaissance de la nécessité de protéger les secrets d'État (2.2.1.1.), il demeure que la question de la définition de l'objet protégé, à savoir la sécurité nationale, est loin d'avoir été résolue (2.2.1.2.).

---

<sup>938</sup> *Statut de Rome*, art 54-3-f).

<sup>939</sup> *Ibid*, art 57-3-c.

<sup>940</sup> *Ibid*, art 72-7-a-iii), art 72-7-b-ii.

### 2.2.1.1. – Une préoccupation reconnue

La protection de la sécurité nationale des États n'est pas étrangère au droit international. En matière de responsabilité internationale, l'exception de sécurité nationale peut être invoquée pour justifier un fait internationalement illicite à travers la notion d'état de nécessité. L'article 25 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* prévoit à cet égard que l'État peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales « [...] si ce fait : a) [c]onstitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent [...] »<sup>941</sup>. La CIJ a jugé en 1997 que cette disposition codifiait le droit coutumier international<sup>942</sup>. Il résulte de cette conclusion de la Cour que sans besoin de se fonder sur un traité international, dans les termes et les conditions du *Projet d'articles 25* de la CDI, la sécurité nationale pouvant tout à fait être qualifiée « d'intérêt essentiel », une menace grave et imminente la concernant est susceptible de créer un état de nécessité exonérant l'État de sa responsabilité internationale<sup>943</sup>.

Toutefois, aujourd'hui, la plupart des traités internationaux prennent en compte les préoccupations de sécurité nationale des États de sorte que la référence à la norme coutumière ne sera pertinente qu'en présence du silence du droit écrit. La prise en compte opère *grosso modo* de deux façons : dans certains cas, certaines matières sont exclues du traité parce qu'elles touchent directement à la sécurité nationale, comme les armements; dans d'autres cas, le traité permet à l'État d'invoquer la sécurité nationale pour limiter ou pour déroger aux obligations qui en découlent<sup>944</sup>. Cette dernière approche existe à l'égard de toute sorte de conventions internationales, y compris celles relatives à la protection des droits fondamentaux de la personne.

Par exemple, l'exception de sécurité nationale apparaît à six dispositions du PIDCP<sup>945</sup>, à quatre dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>946</sup>, à deux

---

<sup>941</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-troisième session, en 2001 et soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, 56<sup>ème</sup> session, supp. n°10(A/56/10), Résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

<sup>942</sup> *Projet Gabikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, [1997] CIJ rec 7 au para 51 : «La Cour considère tout d'abord que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel».

<sup>943</sup> Dapo Akande, Sope Williams, «International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?» (2002-2003) 43 *Va J Int'l L* 365 à la p 366 [Akande et Sope, «Adjudication on National Security»].

<sup>944</sup> *Ibid* à la p 367.

<sup>945</sup> *PIDCP*, *supra* note 21, arts 12 (liberté de mouvement), 13 (garanties en matière d'expulsion d'étrangers), 14 (droit au procès équitable), 19 (liberté d'expression), 21 (droit de réunion pacifique), 22 (droit d'association).



dispositions de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*<sup>947</sup> et à quatre dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme*<sup>948</sup>. Si elle constitue dans ces cas une base de limitation interne de la jouissance du droit protégé, la sécurité nationale peut donner lieu à la suspension ou à la dérogation d'un ensemble plus large de droits « en cas de guerre ou en cas de danger public menaçant la vie de la nation »<sup>949</sup>.

De ce qui précède, les secrets d'État, sans se confondre avec la sécurité nationale, seraient un moyen d'en garantir la protection. En les protégeant, c'est la sécurité nationale de l'État qui est sauvegardée par ricochet. C'est ce qu'évoque explicitement l'article 72 du *Statut de Rome* en faisant nommément référence aux « renseignements touchant la sécurité nationale ». Bien que cette disposition n'ait que le souci de ces renseignements et non la sécurité nationale elle-même, il n'en demeure pas moins que cette dernière se trouve prise en compte corrélativement. Très peu d'instruments multilatéraux évoquent en effet aussi explicitement la sécurité nationale par la protection de secrets des renseignements.

Les auteurs Akande et Sope ont identifié trois traités économiques multilatéraux faisant référence au droit de l'État de refuser de communiquer des informations en se fondant sur le motif de sécurité nationale<sup>950</sup>. Il s'agit du traité du GATT, du Traité instituant la communauté européenne et de l'ALENA. Ils contiennent tous une clause similaire portant soit « exceptions concernant la sécurité » soit « sécurité nationale ». Ces clauses prévoient qu'« [a]ucune disposition [...] ne sera interprétée a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité; [...] »<sup>951</sup>. Cette formulation explicite, semblable à quelques exceptions près à l'article 72 du *Statut de Rome*, n'était pas aussi formellement prévue dans le *Statut* et les textes du TPIY, justifiant que la Chambre d'appel précise la portée de la protection de la sécurité nationale dans le contexte de l'administration de la justice internationale pénale.

---

<sup>946</sup> *CADH*, arts 13 (liberté de pensée et d'expression), 15 (droit de réunion), 16 (liberté d'association), 22 (droit de déplacement et de résidence).

<sup>947</sup> *CADHP*, arts 11 (droit de se réunir librement), art 12 (droit de circuler et de choisir sa résidence).

<sup>948</sup> *CEDH*, arts 6 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion et d'association).

<sup>949</sup> *Ibid*, art 15. L'article 27 de la *CADH* évoque la suspension des garanties « en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie [...] », tandis que l'article 4 du *PIDCP* fait état de la dérogation « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation [...] ».

<sup>950</sup> Akande et Sope, « Adjudication on National Security », *supra* note 943 aux pp 367-68.

<sup>951</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)*, art XXI-a; *version consolidée du Traité instituant la Communauté Européenne*, JOCE C 325/33, 24 décembre 2012 art 296-a; *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, art 2102-1-a, 32 ILM 605, 699-700 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994).

L'article 72 du *Statut de Rome* constitue une réaction à l'arrêt *Blaškić*<sup>952</sup>. Cette décision énonce un principe d'accommodement des secrets d'État dans la procédure pénale internationale, rejetant la revendication par la Croatie de leur exclusion pure et simple. La question apparaît dans les négociations visant la création de la CPI seulement en 1995 à l'initiative des États-Unis, le projet de statut élaboré par la CDI<sup>953</sup> l'ayant explicitement ignorée<sup>954</sup>. La proposition américaine visait cependant à garantir que le Procureur ne soit pas contraint de divulguer des informations obtenues d'un État sur une base confidentielle<sup>955</sup>. En 1997, le Royaume-Uni a introduit une proposition qui se rapproche de l'actuel article 72. À la différence du projet américain, le projet britannique visait à trouver des accommodements aux préoccupations de sécurité nationale qui émergeraient, sans exclure la possibilité que la Cour ait accès à des renseignements confidentiels des États. C'est cette idée qui sous-tend les dispositions relatives à l'obligation que les organes de la Cour ont de prendre des mesures pour protéger ces renseignements. On la retrouve également dans les termes de l'article 72-5 qui prévoit qu'un État qui intervient cherche d'abord les voies par lesquelles une divulgation peut se faire dans le respect de sa sécurité nationale. Il s'ensuit, par exemple, que dans une procédure devant la Cour, une partie ne possède pas un droit illimité de se voir communiquer des éléments de preuve. Une Chambre préliminaire a jugé en 2011 que

When disclosing such documents regard must be had to the need to protect national security interests of the State from which the document originated. Pursuant to article 72(1) of the Statute, this process may in some cases necessitate consultations with the State with a view to establishing whether or not the disclosure of information or documents would prejudice that State's national security and taking appropriate measures if necessary<sup>956</sup>.

Tel est également, à quelques nuances près, le droit en vigueur devant le TPIY qui a dû se montrer créatif dans l'affaire *Blaškić* selon Megan Fairlic<sup>957</sup>.

L'affaire concerne un certain Tihomir Blaškić, accusé de crimes contre les musulmans alors qu'il était colonel dans une milice bosniaque croate. En réponse aux requêtes non contradictoires

---

<sup>952</sup> Schabas, « Nation Security and the Rights of the Accused » *supra* note 201 à la p 113; Asa W Markel, «The Future of States Secrets in War Crimes Prosecutions» (2008) 16 Mich St J Int'l L 411 à la p 419 [Markel, «The Future of States Secrets»].

<sup>953</sup> *Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, annexe et appendices I à III*, 46<sup>e</sup> session de la Commission du droit international de 1994 dans « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session », *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. 2 (deuxième partie).

<sup>954</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 863.

<sup>955</sup> *Ibid* à la p 864.

<sup>956</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-47, *supra* note 426 au para 18. Dans une autre affaire, la même Chambre juge que la sécurité nationale constitue, sous réserve de proportionnalité, une restriction admise aux modalités de participation des victimes : *Prosecutor v Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-136, Decision on Victims' Modalities of Participation at the Pre-Trial Stage of the Case (6 octobre 2009) au para 9 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>957</sup> Fairlic, «Rule Making from the Bench», *supra* note 928 à la p 269.

introduites par le BdP, un juge du TPIY a délivré, le 15 janvier 1997, une injonction de produire des documents (*subpoena duces tecum*) à la République de Croatie et à son ministre de la défense<sup>958</sup>. Dans sa réponse du 10 février 1997, la Croatie a contesté l'injonction, arguant, entre autres, qu'elle se réservait le droit d'organiser sa coopération d'une manière à protéger ses intérêts de sécurité nationale<sup>959</sup>. Au regard de l'importance de ces questions, le juge a décidé d'en saisir la Chambre de première instance II<sup>960</sup>. Mais cette dernière a systématiquement infirmé les prétentions de l'État.

La Croatie prétendait que la protection de sa sécurité nationale lui conférait une immunité qui la libère de l'obligation de se conformer à l'injonction de produire de la Chambre d'instance<sup>961</sup>. Reconnaisant qu'une telle exception existe en droit interne, le Procureur a quant à lui souligné que les intérêts de sécurité nationale de l'État devaient être mis en balance avec l'intérêt du Conseil de sécurité des Nations Unies d'assurer la répression effective des violations graves du droit international<sup>962</sup>. Il s'agissait donc, selon la Chambre, de déterminer l'étendue de la protection due à la sécurité nationale dans le contexte d'une procédure pénale, à savoir s'il s'agit d'une immunité absolue signifiant que son assertion par l'État est concluante ou d'une immunité relative susceptible de mise en balance avec d'autres intérêts, en l'occurrence la répression des crimes graves.

La Chambre d'instance commence par reconnaître que l'immunité des secrets d'État est une règle de preuve bien admise en droit comparé. Relevant qu'aux termes du RPP, le Procureur peut, sur autorisation d'une chambre, être dispensé de l'obligation de communiquer des informations ou éléments de preuve dans l'intérêt de la sécurité nationale de l'État<sup>963</sup>, elle souligne toutefois qu'on ne peut supposer qu'il s'agisse d'une immunité, puisque prises ensemble, ces dispositions « *contemplates that the information is already in possession of the Prosecutor and therefore the assumption is that States made it available, in spite of its confidential nature* »<sup>964</sup>. Elle a jugé en conséquence que si les juges du tribunal, en élaborant le RPP, ont reconnu le besoin de protéger la confidentialité des informations touchant à la sécurité nationale, « *the lack of a provision stipulating*

---

<sup>958</sup> *Blaskic*, Injonction de production, *supra* note 345; *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 1.

<sup>959</sup> *Blaskic*, objection à l'injonction, *supra* note 346 au para 3; *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 3.

<sup>960</sup> *Ibid* au para 8.

<sup>961</sup> *Ibid* au para 107.

<sup>962</sup> *Ibid* au para 109.

<sup>963</sup> *RPP du TPIY*, arts 66-A, 66-C, 70-B.

<sup>964</sup> *Blaskic*, objection à l'injonction, *supra* note 346 au para 113, note de bas de page 188.

*the privilege as such is an implicit recognition that claims of national security cannot encumber the capacity of the International Tribunal to carry out its mandate effectively* »<sup>965</sup>.

En somme, à la différence du *Statut de Rome* qui reconnaît le droit de l'État de refuser de communiquer des informations touchant à sa sécurité nationale, le TPIY considère que quand bien même cette sécurité nationale serait digne de protection au regard du droit international coutumier, elle ne saurait inclure dans son cadre juridique particulier un droit de l'État de refuser de communiquer des documents confidentiels. La Croatie a pourtant prétendu le contraire, obligeant la Chambre à passer en revue, tour à tour, la jurisprudence de la CIJ, des mécanismes de droits de l'homme, de règlement de litiges de droit du travail au niveau international et les principaux systèmes de droit interne. Elle aboutit à la conclusion que « *national security privilege may be invoked in certain circumstances and with certain safeguards* »<sup>966</sup>.

La protection, même limitée, tient du fait que la communauté internationale a elle-même intérêt dans la préservation de la sécurité nationale des États. Cet intérêt découle de leur dimension externe. Dans le cas du Canada par exemple, une distinction est généralement maintenue entre défense nationale, sécurité nationale et relations internationales<sup>967</sup>, ce qui traduit la prise en compte des intérêts d'autres États<sup>968</sup>. La CPI devra en conséquence interpréter la notion de sécurité nationale de manière large pour capter également la protection des renseignements touchant les relations internationales des États. Il ne saurait en être autrement dans la mesure où les États considèrent qu'ils protègent « la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationale »<sup>969</sup>. De la même manière, les mêmes renseignements protégés au nom de la sécurité nationale peuvent l'être dans l'intérêt de bonnes relations internationales entre les États.

Dans un cas en effet, le refus de communiquer des informations sensibles à la justice, interne comme internationale, résulte d'une préoccupation plus profonde pour la paix et la sécurité

---

<sup>965</sup> *Ibid* au para 115.

<sup>966</sup> *Ibid* au para 130.

<sup>967</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 38.

<sup>968</sup> D'après la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, les renseignements potentiellement préjudiciables désignent « [l]es renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Pour sa part, les « renseignements sensibles » comprennent « [l]es renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection ».

<sup>969</sup> *Ahmad, supra* note 175 au para 1.

internationales parce que la publicité pourrait dévoiler des faits susceptibles d'engendrer une tension internationale. De manière tout à fait spéculative, il est évident qu'aucun État n'aimerait voir exposer son système de défense ou encore ses positions militaires stratégiques aux yeux du monde. Il se rendrait par la même occasion vulnérable à l'attaque d'États et d'entités ennemis. Il apparaît évident qu'un État ne peut s'appuyer uniquement sur les garanties de l'ordre international pour assurer sa protection contre les ingérences d'autres États<sup>970</sup>, puisqu'il risquerait de faire face, s'il s'en remettait, à la paralysie du système international dont l'efficacité repose sur les grandes puissances préoccupées le plus souvent par leurs intérêts stratégiques.

Dans d'autres cas, il ne faut pas s'attendre à ce que la menace à la paix et à la sécurité internationales, du fait de la divulgation de renseignements de sécurité nationale, soit aussi éloignée dans le temps. Les crimes internationaux par leur caractère organisationnel mettent en cause les entités étatiques dans une proportion importante. Ils peuvent à juste titre être considérés comme un terreau fertile à la production des renseignements de sécurité nationale. Si l'État ne commet pas directement les crimes, il peut avoir joué un rôle dans le conflit et la publicité sur ces faits envenimerait ses rapports avec d'autres États ou entretiendrait le conflit et l'instabilité.

En tout état de cause, s'il n'est pas contesté que la sécurité nationale englobe la stabilité des relations internationales, c'est par contre sur sa définition que les divergences sont souvent les plus vives. Ce qu'il faut entendre par sécurité nationale demeure une Arlésienne.

#### 2.2.1.2. – Une absence de définition de la sécurité nationale

Le *Statut de Rome* laisse le pouvoir à l'État d'apprécier s'il communique ou non ses secrets à la Cour tandis qu'à l'inverse, si le TPIY conclut que ces renseignements sont indispensables, l'État n'a de choix que de coopérer. Dans les deux systèmes cependant, le bien-fondé de la prétention de l'État est examiné par les juges. Il est question de déterminer dans le cadre de la Cour si, en refusant de coopérer, il agit de bonne foi, c'est-à-dire que le risque pour sa sécurité nationale est réel. Or la question qui se pose est celle de savoir comment s'assurer que les standards d'appréciation sont les mêmes entre l'État et la Cour quant à savoir si les renseignements touchent aux intérêts de sécurité nationale. Cette dernière notion est en effet difficile à définir.

---

<sup>970</sup> Par exemple l'interdiction du recours à la force de l'article 2-4 de la *Charte des Nations Unies*, la réponse du Conseil de sécurité aux menaces à la paix et la sécurité internationales en vertu du chapitre VII de la *Charte* ou encore la répression du crime d'agression en vertu du *Statut de Rome*.

Les rédacteurs du *Statut de Rome* ont délibérément éludé la question en 1998<sup>971</sup>. Il est ainsi loisible à chaque État de construire ce qu'il entend par sécurité nationale. Les termes mêmes de l'article 72 confortent cette conclusion, car il « s'applique dans tous les cas où la divulgation de renseignements ou de documents d'un État porterait atteinte, *de l'avis de cet État*, aux intérêts de sécurité nationale » [nos italiques]. Il s'agit, semble-t-il, d'une appréciation subjective.

Dans beaucoup de pays, ce sont les secrets qui font en premier lieu l'objet de définition alors que la valeur à protéger est la sécurité nationale<sup>972</sup>. Une approche énumérative a très tôt montré ses limites<sup>973</sup>. La France évoquait ainsi dans un décret de 1939 la protection des renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel alors même qu'ils n'étaient pas les seuls dont la divulgation menacerait la sécurité nationale<sup>974</sup>. Dans une note sur une décision du Conseil d'État de 1955, des auteurs français diront à ce propos que « [l]e secret est aujourd'hui si divers et si complexe, il touche à tant de domaines, il prend tant de formes que la loi ne peut plus dresser une liste précise et exhaustive de ce que les besoins de la défense nationale interdisent de révéler »<sup>975</sup>.

En réponse à cette approche énumérative, le Code pénal français de 1994 prévoit que :

Présentent un caractère de secret de la défense nationale [...] les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion. Peuvent faire l'objet de telles mesures, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers, dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale<sup>976</sup>.

On retrouve une définition similaire en droit américain. En vertu du *Classified Information Procedures Act*, constitue un secret d'État « *any information or material that has been determined by the United States Government pursuant to an Executive order, statute, or regulation to require protection against unauthorized disclosure for reasons of national security [...]* »<sup>977</sup>.

---

<sup>971</sup> Sabina Swoboda, « Confidentiality for the protection of national security interests » (2010) 81:1 RIDP 209 à la p 217 [Swoboda, « Confidentiality for National Security »].

<sup>972</sup> Triffterer, « Security Interests », *supra* note 114 à la p 58.

<sup>973</sup> Swoboda, « Confidentiality for National Security », *supra* note 971 à la p 215. Selon cette auteure par exemple, constitue un secret d'État ou un intérêt de sécurité nationale « *any 'military, economic, political, scientific, technological and other aspects of foreign developments that pose actual or potential threats to national interests'* ».

<sup>974</sup> Olivier Dutheillet de Lamothe, *Observations sur la loi sur le secret d'État (1994) de la République de Moldova*, Commission Européenne pour la démocratie par le droit, Avis No. 458/2007, Doc. CDL(2008)031, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 5 mars 2008 au para 3, en ligne : Commission de Venise <<http://www.venice.coe.int>> [Lamothe, *Loi moldave sur le secret d'État*].

<sup>975</sup> De Soto et Léauté, note sous Cons. d'État, 11 mars 1955, D. 1955 558.

<sup>976</sup> Lamothe, *Loi moldave sur le secret d'État*, *supra* note 974 au para 4.

<sup>977</sup> CIPA, *supra* note 207, Sec 1-a. Voir également Stephen C. Thaman, « Official Privilege; State Security and the Right to a Fair Trial in the USA » dans Herwig Roggermann et Petar Šarčević, dir, *National Security and International Criminal Justice*, La Haye/La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002 à la p 26.

Ces définitions laissent sous-entendre qu'il peut exister autant de secrets qu'il existe de conception de la sécurité nationale. La sécurité nationale n'est pas monolithique. D'après Burke-White, elle se rapporte à la politique étrangère et englobe les intérêts économiques, politiques et stratégiques<sup>978</sup>. La loi américaine ne s'y limite cependant pas. Elle définit la sécurité nationale comme signifiant « *the national defense and foreign relations of the United States* »<sup>979</sup>. Elle se rapproche ainsi de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>980</sup> qui reconnaît en son article 38, comme nous l'avons évoqué ci-dessus<sup>981</sup>, une immunité de divulgation fondée sur les relations internationales, la défense et la sécurité nationales<sup>982</sup>. Il y aurait donc une sécurité nationale interne et une sécurité nationale externe. Pour autant, la seule distinction entre ces deux grandes catégories renseigne peu sur leur nature précise. Il est difficile de contester que la sécurité nationale, interne ou externe, peut couvrir des domaines aussi divers que l'intégrité territoriale, la santé, l'armée, la diplomatie, l'économie, l'industrie, l'agriculture, etc. Il est donc illusoire de la définir.

En réalité, il conviendrait de souscrire à une approche au cas par cas, à savoir une mise en balance de l'intérêt d'une part d'obtenir l'élément de preuve nécessaire et d'autre part de protéger la sécurité nationale. Le seul fait que la divulgation puisse porter atteinte à la sécurité nationale ne doit pas être déterminant. C'est l'ampleur du préjudice qui doit être prise en compte. Un peu comme dans son avis consultatif<sup>983</sup> la CIJ a statué qu'on ne peut conclure à l'illicéité de l'emploi ou de la menace de l'emploi de l'arme nucléaire lorsque la survie de la nation est en cause<sup>984</sup>, il serait utile, en matière de secrets d'État, de se demander si l'intérêt de sécurité nationale est suffisamment fondamental pour justifier une non-divulgation. Un simple embarras ne doit en conséquence pas déclencher une prétention au regard de l'article 72<sup>985</sup>. Pour déterminer le caractère vital des intérêts de l'État, la Cour

<sup>978</sup> William W. Burke-White, «Human Rights and National Security: the Strategic Correlation» (2004) 17 Harvard Hum Rts J 249 à la p 251.

<sup>979</sup> *CIPA*, *supra* note 207, Sec 1-b.

<sup>980</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.

<sup>981</sup> Voir le chapitre 1, section 1.1.2.1. à la p 55.

<sup>982</sup> Belleau, « L'immunité de divulgation », *supra* note 107 à la p 21.

<sup>983</sup> Doc. off. AG NU, 49<sup>e</sup> sess., 90<sup>e</sup> séance, Doc. NU A/RES/49/75 (1995).

<sup>984</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 263. L'AG NU voulait savoir s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances. Au paragraphe 97 de son avis, la Cour répond « qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un État dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie serait en cause ».

<sup>985</sup> Swoboda, «Confidentiality for National Security», *supra* note 971 aux pp 217-18. Voir également *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, adoptés par l'organisation Article 19 en novembre 1996. N'est pas un intérêt de sécurité nationale légitime aux termes du principe 2-b l'intérêt dont « *genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security, including, for example, to protect a government from embarrassment or exposure of wrongdoing, or to conceal information about the functioning of its public institutions, or to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest* » : en ligne: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/joburgprinciples.pdf>>.

pourrait alors utilement s'appuyer sur les clauses dérogatoires aux traités internationaux dont la mise en œuvre se fonde généralement sur le « critère de la menace de l'indépendance de l'État ou à l'existence de la Nation »<sup>986</sup>.

Le TPIY a souscrit à cette approche, considérant que la sécurité nationale ne devrait pas être construite de façon à priver la juridiction internationale d'exercer ses fonctions<sup>987</sup>. Mais curieusement, les juges ont fait droit à la prétention de la Serbie que l'intérêt « *not to damage its case before the ICJ* »<sup>988</sup> était un intérêt national vital justifiant une mesure de protection par la confidentialité<sup>989</sup>. Considérer, ainsi que l'a accepté le TPIY, que si de tels documents étaient divulgués devant lui, la cause de la Serbie serait en danger devant la CIJ, est une interprétation plutôt souple de la sécurité nationale. On est proprement dans une situation où l'État a voulu éviter un embarras.

Dans une de ses toutes premières affaires dans laquelle un État a invoqué la sécurité nationale pour intervenir dans la procédure, la CPI s'est montrée moins généreuse à admettre une acception flexible de cette notion. Dans une affaire kenyane en effet, le gouvernement de ce pays sollicitait le droit d'être présent durant les audiences publiques et privées pour être en mesure de s'opposer à la divulgation de renseignements qui toucheraient à ses intérêts de sécurité nationale. Il fondait sa crainte que les informations de sécurité nationale soient entre les mains du Procureur sur le simple fait que ce dernier alléguait l'implication du sérail du pouvoir (*State house*) dans la commission des crimes<sup>990</sup>. La Chambre rejette en bloc toute interprétation tendant à assimiler l'implication du sommet de l'État dans la commission des crimes retenus par l'acte d'accusation au risque de divulgation des renseignements de sécurité nationale. D'après elle,

The assertion put forth by the Government of Kenya, namely the purported implication of the "State House", seems to be based on a particular reading of the document containing the charges and is not convincing in itself to justify an automatic reference to national security interests. Further, the simple mention of the word "State House" in the document containing the charges cannot compensate the lack of any proper substantiation of the existence of

---

<sup>986</sup> Laurent Sermet, « De la carence dans la Charte Africaine des Droits de l'homme et de peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme » (2005) 2 RGDIP 389 à la p 395 [Sermet, « Carence de la Charte Africaine »].

<sup>987</sup> *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 aux paras 64-65.

<sup>988</sup> Swoboda, « Confidentiality for National Security », *supra* note 971 à la p 222.

<sup>989</sup> La Serbie était en effet opposée à la Bosnie dans une affaire devant la CIJ où elle s'était refusée de produire un document pour le même motif de sécurité nationale: *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ rec 43 à la p 129 [*Application de la Convention sur le génocide*].

<sup>990</sup> *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-340, Decision on the "Request by the Government of Kenya in respect of the Confirmation of Charges Proceedings" (20 septembre 2011) au para 10 (CPI, Chambre préliminaire II).



"information or documents of a State" which would satisfy the legal requirements of article 72 of the Statute<sup>991</sup>.

Une telle lecture, si elle ne définit pas le contenu exact de la notion de sécurité nationale, préfigure une approche restrictive que la Cour adopte en application de l'article 72.

Envisageons maintenant les cas où la confidentialité participe à la protection des missions d'organisations internationales.

### 2.2.2. – La protection des missions d'organisations internationales

Les missions d'organisations internationales ne se détachent pas des intérêts des États. Une organisation internationale est « toujours constituée par des États en vue d'atteindre en commun certains objectifs »<sup>992</sup>. Mais la communauté des buts n'exclut pas qu'un État veuille y rechercher des fins individuelles. Il se peut que cette considération soit primordiale dans son choix d'adhérer à une telle organisation. De fait, cette dernière est aussi « un instrument par lequel [les États] cherchent à atteindre leurs propres fins »<sup>993</sup>. Il existe ainsi une ambivalence de la fonction des organisations internationales qui devant réaliser les missions qui leur sont assignées (2.2.2.1.), ont besoin d'indépendance et de neutralité tant des États, qui les créent, que d'autres sujets au statut semblable en droit international, comme une cour pénale (2.2.2.2.).

#### 2.2.2.1. – Un intérêt pour l'accomplissement des fonctions

À l'image des États ou des administrations étatiques, les organisations sont des destinataires d'information et renseignements par lesquels elles peuvent accomplir leurs missions. Ces renseignements peuvent provenir des États membres, d'autres organisations ou de particuliers. Les Nations Unies ont à plusieurs reprises, sans succès, faute du soutien des États, tenté d'établir leur propre système de collecte des renseignements<sup>994</sup>. En tant qu'entités autonomes des États, les Oi n'ont pas moins besoin de tels renseignements. Or le fait qu'elles doivent dépendre des États les oblige à opposer à la justice internationale pénale les documents qui leur ont été communiqués, le plus souvent à titre confidentiel. Les titulaires des secrets sont ainsi protégés, mais l'organisation internationale bénéficie en contrepartie des moyens de fonctionner. Prenant pour cadre les Nations

---

<sup>991</sup> *Ibid* au para 11.

<sup>992</sup> Michel Virally, « Le rôle des organisations internationales dans l'atténuation et le règlement des crises internationales » (1976) 41:6 *Politique étrangère* 529 à la p 530.

<sup>993</sup> *Ibid*.

<sup>994</sup> Simon Chesterman, « The United Nations has no intelligence » (2010) 29:2 *L'Observateur des Nations Unies* 33 aux pp 34 et s.

Unies, Chesterman démontre que les renseignements sont indispensables à l'organisation pour la réalisation d'une multitude de fonctions d'intérêt pour la communauté internationale dont le dénominateur commun se résume au maintien de la paix et la sécurité internationales<sup>995</sup>.

Dans le domaine des opérations de maintien de la paix par exemple, à la faveur de la fin de la guerre froide, les Nations Unies assument des responsabilités de plus en plus importantes. Elles ont établi à travers le monde des missions dont la complexité dépasse le simple cessez-le-feu. Leurs fonctions sont aussi complexes, d'où la nécessité d'un flot de renseignements et d'information pour la prise de décision en temps réel. Le fait que ces missions doivent être conduites dans le respect de la souveraineté des États aboutit à nier aux Nations Unies toute initiative en matière de collectes d'information. La crainte partagée par les États a été de tout temps que les Nations Unies se transforment en « super espion ». Ainsi, bien que l'enthousiasme des années 1990 ait donné lieu à des initiatives telles une salle de crise ou l'unité de recherche et d'information dans le contexte de la crise en Somalie, les États, dont les plus puissants avaient une certaine mainmise sur ces systèmes embryonnaires, ont rapidement déchanté.

De fait, les OI ne sont jamais que des titulaires fonctionnels des renseignements sur la base desquels elles accomplissent leurs missions. Les actions de sécurité collective peuvent prendre des formes différentes. Elles peuvent être conduites par les États sur la base des résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII. Dès lors, ce sont des forces nationales qui sont déployées directement dans une situation donnée. Elles peuvent également être menées par l'entremise des organisations internationales spécialisées, telles l'OTAN ou l'ECOMOG. Dans tous les cas, ce sont avant tout les personnels militaires des États qui sont détachés à l'action internationale. Le plus souvent, ils obéissent à une double hiérarchie, celle des Nations Unies ou de l'organisation internationale étant la moins directe. Du moins, s'il existe un processus décisionnel commun, les informations militaires et les renseignements sont pourvus par les États. À partir du moment où le personnel militaire au service d'une force internationale se sert des renseignements de son État ou d'un groupe d'États, il est plus que probable que cet État aura un intérêt dans la restriction de son usage, notamment s'il s'agit d'une production dans une procédure pénale internationale<sup>996</sup>.

Dans la pratique des tribunaux *ad hoc*, la Chambre d'appel du TPIY n'a pas hésité à affirmer qu'une chambre d'instance avait exercé de manière abusive son pouvoir discrétionnaire en

---

<sup>995</sup> *Ibid.*

<sup>996</sup> Bank, «Cooperation with the ICTY», *supra* note 348 à la p 260.

ordonnant à l'OTAN la production forcée de renseignements qui bien qu'en la possession de l'organisation militaire, lui avaient été communiqués par ses États membres. Le 27 juin 2005 en effet, l'accusé Dragoliub Ojdanić demandait par requête que le tribunal ordonne à l'OTAN et à certains de ses États membres la production de documents. Le 17 novembre 2005, la Chambre de première instance, à la majorité y faisant droit, ordonnait au Canada, à l'Islande, au Luxembourg, aux États-Unis de même qu'à l'OTAN de produire à Ojdanić les communications interceptées dans lesquelles il était mentionné<sup>997</sup>. La Chambre soulignait que l'OTAN doit produire les documents en tant que détentrice, qu'elle en soit ou non la propriétaire réelle.

En demandant le réexamen de la décision à la Chambre d'appel, l'OTAN a soutenu, outre le fait qu'elle ne considérait pas que les organisations internationales avaient l'obligation de coopérer avec le TPIY, que dans la mesure où elle n'a pas de capacité individuelle de collecte des renseignements et que ceux dont elle est détentrice appartiennent et sont contrôlés par les États membres, c'est à ces derniers uniquement que la Chambre de première instance aurait dû adresser son ordonnance en production forcée. Elle a en outre souligné qu'il était d'autant plus important que ce soient les États qui consentent à la divulgation des renseignements en leur possession qu'il en va de sa mission d'alliance importante pour le maintien de la paix et la sécurité internationale en application de la Charte des Nations Unies<sup>998</sup>.

Après avoir rejeté l'argument de l'OTAN selon lequel elle ne pouvait être destinataire de l'obligation de coopération en vertu de l'article 29 du Statut du Tribunal, la Chambre d'appel a accordé une suite favorable à son argument relatif à l'intérêt pour la paix et la sécurité internationale que les États membres consentent au préalable à ce qu'elle partage leurs renseignements avec la justice internationale pénale. La Chambre d'appel reconnaît en effet que la mission de l'organisation de contribuer au maintien de la paix serait compromise si l'alliance militaire divulgue les renseignements des États en violation de leur consentement. Pour la Chambre, une ordonnance visant uniquement les États membres aurait suffi. La Chambre d'appel a ainsi infirmé la décision de la Chambre d'instance. En conséquence, si en vertu de l'article 29 l'organisation internationale peut

---

<sup>997</sup> *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT-05-87-PT, Decision on Second Application of Dragoliub Ojdanić for Binding Orders Pursuant to Rule 54bis (17 novembre 2005) au para 36 et s. (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>998</sup> *Prosecutor v. Milutinović et al.*, IT-05-87-AR108bis.1, Decision on Request of the North Atlantic Treaty Organisation for Review (15 mai 2006) au para 19 (TPIY, Chambre d'appel)

être destinataire des demandes de coopération, ces demandes ne sauraient viser les informations qu'elle tient des États membres<sup>999</sup>.

En réalité, si la Chambre d'appel avait maintenu la décision d'instance, elle aurait placé les organisations internationales dans une situation de violation des engagements que celles-ci auront le plus souvent pris avec les États. Dans tous les cas, si ce ne sont des engagements formels, la disposition des États à partager des renseignements avec ces organisations est le plus souvent déterminée, non seulement par leurs intérêts nationaux, mais par ailleurs et probablement surtout, par la capacité de l'organisation à en assurer la gestion appropriée et effective<sup>1000</sup>. L'expectative de confidentialité relève indubitablement de ces déterminants. La Cour doit avoir d'autant plus de considération dans ces circonstances en fonction surtout du domaine dans lequel cette expectative est entretenue. L'intérêt pour la sécurité internationale que l'OTAN ne soit pas destinataire des demandes de coopération concernant les informations de sécurité nationale des États dans l'affaire *Milutinović* peut tout à fait être transposé dans le domaine du désarmement. Il y est probablement encore plus perceptible, car si les États qui communiquent à l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) les renseignements sur la base desquels l'organisation internationale conduit ses missions d'inspection n'avaient aucune garantie de confidentialité de cette dernière, ils ne coopéreraient probablement pas avec elle. Pour préserver le flux d'information avec les États et toute autre source et ainsi remplir ses missions, l'organisation doit en conséquence, par principe, leur assurer la confidentialité.

Cela est vrai dans le domaine de la sécurité collective, du désarmement ou de toute autre mission d'intérêt public international. D'après une chambre de première instance du TPIY, tous les intérêts ne sont pas susceptibles de protection, seuls ceux qui jouissent d'une reconnaissance juridique autorisent les organisations à ne pas divulguer les renseignements obtenus dans le cadre de leurs missions<sup>1001</sup>. La proposition n'est plus absolument véridique dans le contexte de la CPI. Le cadre normatif de la Cour protège les informations des tiers aux mains d'un État, d'une personne ou d'une organisation à laquelle elle peut demander la coopération.

Il découle en effet de l'article 73 du *Statut de Rome* qu'un État partie qui a reçu d'un autre État des documents ou renseignements à titre confidentiel ne peut les communiquer à la Cour sans

---

<sup>999</sup> Guido Acquaviva, « Non-state Actors in the Practice of International Criminal Tribunals » dans Jean D'Aspremont, dir, *Participants in the International legal system*, New York, Routledge, 2011, 188 à la p 193.

<sup>1000</sup> Chesterman, « The United Nations », *supra* note 994 à la p 45.

<sup>1001</sup> Bank, « Cooperation with the ICTY », *supra* note 348 à la p 264.

obtenir de l'État dont il les tient l'autorisation de le faire. Il importe peu que l'État tiers auxquels appartiennent les renseignements confidentiels soit partie au *Statut de Rome*, son consentement est requis, quoique l'État partie, à la différence de celui qui ne l'est pas, doive consentir à coopérer avec la Cour en vertu du régime ordinaire.

La légitimité de la règle ne souffre d'aucune contestation. Il est clair que si la coopération avec la Cour devait être réalisée au mépris de l'engagement de confidentialité pris par ailleurs avec d'autres sujets de droit international, ce serait briser la confiance dont ont besoin ces derniers dans la conduite de leurs relations internationales qui lorsqu'elles sont pacifiques contribuent au bien-être du monde<sup>1002</sup>. Comme le reconnaît en effet Théodore Christakis, les mécanismes qui accompagnent la protection de la sécurité nationale, parmi lesquels le secret « incitent les États à s'engager et contribuent de ce fait à l'universalité du droit international »<sup>1003</sup>. C'est sans doute la raison pour laquelle les organisations internationales détentrices de secrets d'État ne peuvent coopérer directement avec les tribunaux pénaux internationaux sans la médiation des États. Il n'est cependant pas exclu, comme dans le cas des Nations Unies, qu'elles aient elles-mêmes directement un intérêt pour la paix et la sécurité internationale.

En dépit de l'importance de la justice internationale pénale, l'ONU n'a en effet pas renoncé au respect de ses secrets au moment de conclure l'accord régissant les relations avec la CPI le 4 octobre 2004. Bien que la Cour puisse tirer profit de la conclusion d'un tel accord, celui-ci ne part pas du principe que la justice internationale aura droit d'accéder sans limites aux documents et renseignements en possession des Nations Unies. Aux termes de l'article 3 sur l'obligation de coopération et de coordination, il est en effet entendu que les deux organisations ont conclu l'accord « en vue de faciliter l'exercice effectif de leurs responsabilités respectives, de collaborer étroitement, en tant que de besoin, et de se consulter sur des questions d'intérêt mutuel [...] »<sup>1004</sup>. Il s'ensuit que lorsque les missions des Nations Unies seraient en jeu dans une demande de coopération de la Cour, il n'existe aucune certitude que celle-ci se voit communiquer les documents qu'elle demande. Les termes de l'article 15-3 de l'Accord le démontrent fort pertinemment :

---

<sup>1002</sup> L'article 73 tient plus simplement encore de l'effet relatif des traités consacré à l'article 34 de la CVDI: Charlotte Beaucillon, « Article 73 Renseignements ou documents émanant de tiers » dans Julian Fernandez, Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1631 à la p 1632.

<sup>1003</sup> Théodore Christakis, « L'État avant le droit? L'exception de « sécurité nationale » en droit international » (2008) t CXII RGDIP 5 à la p 8.

<sup>1004</sup> *Accord négocié*, *supra* note 225, art. 3.

Au cas où la communication d'informations ou de documents ou toute autre forme de coopération mettrait en danger la sécurité de personnels employés ou ayant été employés par l'Organisation des Nations Unies ou compromettrait autrement la sécurité ou le bon déroulement de toute opération ou activité de l'Organisation, la Cour pourra ordonner, en particulier à la demande de l'Organisation des Nations Unies, des mesures de protection appropriées. En l'absence de telles mesures, l'Organisation s'efforce de communiquer les informations ou documents ou d'apporter la coopération demandée, tout en se réservant le droit de prendre ses propres mesures de protection, lesquelles peuvent inclure la rétention de certaines informations ou de certains documents ou leur communication sous une forme adaptée, et notamment expurgée<sup>1005</sup>.

Cette réserve de l'intérêt de la mission, qui se manifeste par l'opposition du secret ou de sa sollicitation, s'exprime plus clairement en matière de témoignage des fonctionnaires de l'ONU. Il est possible que celle-ci lève l'obligation de confidentialité qui les lie. Elle peut cependant la réintroduire à sa guise puisque la levée se fait « en tenant dûment compte des responsabilités et compétences que lui confèrent la Charte et la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies et sous réserve de ses règles [...] »<sup>1006</sup>. Le régime de coopération de l'Organisation mondiale avec le BdP n'échappe pas à cette logique de circularité qui fait de la protection des missions de l'ONU le baromètre de la décision de concéder le partage de documents<sup>1007</sup>.

En effet, le respect du secret de l'ONU ne sera pas plus atténué si les demandes de coopération portaient sur des domaines de responsabilités et de compétences communs. Au contraire, il se dégage des accords spécifiques conclus avec certaines opérations de maintien de la paix, dont les mandats consistent par ailleurs à protéger les droits de l'homme et à soutenir la lutte contre l'impunité dans les pays où elles sont installées, l'impression que le secret est le principe de base de fonctionnement de la coopération avec la Cour. Dans un tel accord avec la MONUC par exemple<sup>1008</sup>, il est entendu que l'accès aux documents détenus par cette mission de paix est gouverné par l'article 18 de l'*Accord régissant les relations entre les Nations Unies et la Cour*<sup>1009</sup>. Le principe de la communication au Procureur de documents sous condition de confidentialité, prévu au paragraphe 3 de cette dernière disposition, est transposé dans le régime de coopération avec la MONUC. Les documents ainsi communiqués portent toujours le sceau « 'Article 54 Confidential –

---

<sup>1005</sup> *Ibid*, art. 15-3.

<sup>1006</sup> *Ibid*, art. 16-1.

<sup>1007</sup> *Ibid*, art. 18.

<sup>1008</sup> Un accord similaire existerait également avec l'ONUCI. Voir *Report of the International Criminal Court to the United Nations for 2011/12*, 67<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Doc A/67/308, 14 août 2012 au para 94.

<sup>1009</sup> *Memorandum of understanding between the United Nations and the International Criminal Court concerning the Cooperation between the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC) and the International Criminal Court*, Doc CPI n°ICC-01/04-01/06-1267-Anx2 du 7 avril 2008, art. 10-1 [*Mémoire de la CPI avec la MONUC*].

United Nations (MONUC)' »<sup>1010</sup>, en référence à l'article 54 du *Statut de Rome* qui autorise le Procureur à s'engager auprès de ses sources à ne pas divulguer les informations qu'il obtient d'elles à moins qu'elles n'aient consenti expressément par écrit.

L'interrogatoire comme témoin du personnel de la MONUC est gouverné par la même règle<sup>1011</sup>. En outre, en matière de témoignage, les fonctionnaires de la mission ne sont appelés à déposer que si la Cour démontre que le contenu de leur déposition ne peut être obtenu d'autres sources<sup>1012</sup>. Encore que cette preuve soit faite, un tel témoignage relève par ailleurs de l'article 16 de l'*Accord régissant les relations*<sup>1013</sup>, qui tout en admettant la possibilité que l'ONU lève l'immunité testimoniale de ses fonctionnaires, lui reconnaît le droit de mettre fin à cette levée si l'intérêt de ses missions le commande.

Cette primauté de l'intérêt des fonctions donne lieu à ce qu'un auteur a appelé la quadrature du cercle<sup>1014</sup>. Cette situation se traduit par le fait que d'un côté elles ne sont pas insensibles aux idéaux de lutte contre l'impunité de la Cour et veulent bien y contribuer, mais d'autre part n'entendent pas perdre de vue la réalisation de leurs propres mandats qui n'auraient plus de pertinence s'ils devaient se diluer dans la poursuite des objectifs de la justice internationale pénale. Tel est le dilemme auquel sont confrontées les organisations humanitaires<sup>1015</sup>. Lorsqu'elles ne sont pas des organisations internationales, elles n'ont pas dans leur majorité le statut en droit international du CICR ou de l'ONU et sont en principe soumises à l'obligation de coopérer si la Cour sollicitait leur assistance. Cette obligation ne serait pas simplement écartée parce qu'elles auraient développé des politiques de non-coopération ainsi que le suggère Anne-Marie Larosa<sup>1016</sup>. Ces organisations sont soumises au droit interne de l'État sur le territoire duquel elles se trouvent. Elles peuvent donc être l'objet des mesures de contrainte en cas d'obstruction à l'administration de la justice. C'est pour éviter cet écueil qu'elles recherchent désormais systématiquement la conclusion des accords de confidentialité avec le Procureur de la CPI. Ce dernier ne peut non plus s'en détourner en raison du caractère incertain et parfois difficile de la coopération étatique. En tout état de cause, le souci de

---

<sup>1010</sup> *Ibid*, art. 10-6.

<sup>1011</sup> *Ibid*, art. 11.

<sup>1012</sup> *Ibid*, art. 12-3.

<sup>1013</sup> *Ibid*, art. 12-4.

<sup>1014</sup> La Rosa, « Organisations humanitaires », *supra* note 114 à la p 185.

<sup>1015</sup> *A Humanitarian Dilemma: Protecting Civilians and Promoting Justice*, UNITAR Peace and Security Series, Briefing Report Organized Jointly with the Friends of the International Criminal Court (ICC), 30 octobre 2007. En ligne: < [http://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/final%20Summary%2030%20Oct\(1\).pdf](http://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/final%20Summary%2030%20Oct(1).pdf) > [UNITAR, *A Humanitarian Dilemma*].

<sup>1016</sup> *Ibid* à la p 3.

maintenir leur indépendance n'est pas étranger à la recherche de la confidentialité, qu'il s'agisse d'organisations étatiques ou non gouvernementales.

#### 2.2.2.2. – Un enjeu d'indépendance de l'organisation

Il n'y a pas que le souci des intérêts d'entités tierces qui permet à l'organisation internationale de fonctionner. D'autres types de missions et de finalités ne nécessitent pas toujours la contribution des tiers. En tout état de cause, les organisations jouissent d'une autonomie à l'égard des États. Elles peuvent en conséquence être elles-mêmes source d'information et de renseignements. Comme le disait Paul Reuter, s'exprimant sur le secret dans les institutions internationales, « chaque institution en tant que foyer d'activité, en tant qu'organisme doué d'une vie propre, doit recevoir une certaine protection contre la curiosité et l'inquisition extérieures »<sup>1017</sup>. Il en va donc de leur indépendance, car ainsi que l'affirmait Nguyen Quoc Dinh, « [l]es organismes internationaux ne peuvent mener à bien leurs tâches d'intérêt international que s'ils jouissent d'une réelle indépendance vis-à-vis de tous les États »<sup>1018</sup>.

En effet, en dehors de la sécurité internationale où les États exercent une grande attraction sur les renseignements qui déterminent l'action des OI, certaines missions de certaines organisations sont conduites avec plus ou moins d'autonomie vis-à-vis des États. C'est le cas des institutions spécialisées des Nations Unies qui interviennent dans le domaine humanitaire ou des droits de l'homme, tel le Haut-Commissariat pour les réfugiés ou le Haut-Commissariat pour les droits de l'homme. Elles opèrent sur une base de confidentialité, d'objectivité et de neutralité, et ont ainsi pu développer des relations de confiance avec les États sur le territoire de leur implantation. La collecte d'information, les investigations sont généralement au centre de leurs missions.

L'indépendance que l'organisation peut réclamer tient de la finalité précise de ses missions et des rapports qu'elle entretient avec les sources des renseignements qui peuvent être en sa possession. Lorsqu'elle a pour interlocuteur les États, même en l'absence d'une obligation de confidentialité explicite, ainsi que nous l'avons vu à la section précédente, ces derniers nourrissent généralement l'expectative que cette confidentialité doit être garantie par l'organisation internationale. S'il ne s'agit pas d'une expectative aussi certaine que lorsqu'il existe un engagement

---

<sup>1017</sup> Reuter, « Le droit au secret », *supra* note 78 à la p 51.

<sup>1018</sup> Nguyen Quoc Dinh, « Les privilèges et immunités des organisations internationales d'après les jurisprudences nationales depuis 1945 » (1957) 3 AFDI 262 à la p 263.



formel, il y a au moins la croyance chez les États sur les territoires desquels opère l'organisation que cette dernière n'est pas l'auxiliaire d'une juridiction pénale internationale. La confidentialité de l'organisation repose alors sur une obligation qui, si elle n'est pas légale, est au moins morale, à savoir la loyauté qui devrait caractériser ses rapports avec l'État hôte.

La situation est la même si en refusant de communiquer des informations à la justice l'organisation allègue les intérêts des sources, à savoir les victimes de crimes et autres témoins auprès desquelles des organisations collectent leurs informations. Il n'est donc pas indispensable qu'un engagement de confidentialité existe entre ces organisations et leurs sources avant qu'elles n'opposent à un tribunal la non-divulgence des renseignements les concernant. L'intérêt pour leur indépendance est à deux niveaux : à l'égard de leurs sources et à l'égard de la justice.

À défaut d'avoir égard pour les attentes de leur source en matière de sécurité et de loyauté, les OI pourraient perdre leur confiance et être coupées de toute information utile à leur fonctionnement. Elles sont certes dépendantes de ces diverses sources quant aux informations dont elles ont besoin, mais corrélativement, leur indépendance, à savoir leur capacité à fonctionner de manière autonome, justifie la confidentialité. Il en est de même à l'égard de la justice, qui, comme l'a si bien dit Paul Reuter<sup>1019</sup>, devrait admettre que l'organisation internationale maintienne l'obstacle au franchissement de la bulle à l'intérieur de laquelle elle se déploie. Cette bulle contient non seulement les informations que l'organisation a pu produire en interaction avec des sources extérieures, mais aussi des informations internes, résultant des délibérations de ses organes décisionnels ou encore des documents relatifs à la vie privée de son personnel.

La nécessité de préserver la « vie privée » de l'organisation découle en conséquence en une obligation de confidentialité imposée à ses employés. En vertu de l'article 1.2-i du *Statut du personnel de l'ONU* par exemple, l'obligation de confidentialité du personnel est formulée sous forme de devoir de discrétion. Dans l'exercice de leurs fonctions, les fonctionnaires de l'Organisation « ne doivent communiquer à qui que ce soit, gouvernement, entité, personne ou toute autre source, aucun renseignement dont ils ont eu connaissance du fait de leur situation officielle et dont ils savent ou devraient savoir qu'il n'a pas été rendu public »<sup>1020</sup>. Il s'agit d'une obligation du personnel envers l'organisation, mais qui également du fait qu'elle-même est tenue à un devoir de discrétion à l'égard

---

<sup>1019</sup> Reuter, « Le droit au secret », *supra* note 78 à la p 51.

<sup>1020</sup> *Statut du personnel de l'Organisation des Nations Unies*, Doc ST/SGB/2009/6, 27 mai 2009. Voir aussi *Statut et Règlement du personnel de l'UNESCO*, Doc HRM/SRR/1, 2009.

des tiers, notamment les États, les particuliers, dont les intérêts pourraient souffrir de certaines divulgations<sup>1021</sup>. Plus la personnalité juridique des organisations s'est développée, plus leur obligation de confidentialité s'est renforcée. La personnalité juridique est non seulement un élément important de leur autonomie, mais elle donne par ailleurs le moyen de leur attacher une quelconque obligation et de pouvoir en sanctionner la violation. Avec l'avis de la CIJ de 1949 concernant les dommages subis au service des Nations Unies, la Cour de La Haye a consacré la personnalité juridique de l'organisation internationale, lui assoyant ainsi son droit de pouvoir exercer une réclamation internationale. L'inverse est cependant aussi vrai, à savoir qu'en cas de manquement à ses obligations, une organisation dotée d'une personnalité juridique s'expose à une action en responsabilité internationale contre elle.

Toutefois, à la place d'une action en responsabilité, si la discrétion n'est pas fondée sur une obligation légale, il n'est pas à exclure que les tiers intéressés, les États ou particuliers, prennent plutôt contre l'organisation, qui ne respecte pas leur secret, des « contremesures » qui auront pour effet de la priver de toute capacité de fonctionnement. La cessation de la collaboration apparaît comme la « contremesure » la moins drastique. On peut imaginer qu'un État retire à l'organisation son agrément et lui demande de quitter son territoire.

Pour se prémunir de la situation où l'organisation pourrait devoir être soumise au pouvoir d'une juridiction, les États qui les créent leur reconnaissent généralement des privilèges et immunités dont l'exemption de l'obligation de témoigner ou de produire des documents. Ces privilèges sont opposables devant les juridictions nationales. Toutefois, on peut soutenir avec Bank que par analogie de la règle *par in parem non habet imperium*, l'absence de hiérarchie entre les organisations internationales fait obstacle à ce que la CPI puisse émettre des ordonnances de comparution ou de divulgation forcée à l'encontre d'une organisation internationale où au fonctionnaire de celle-ci<sup>1022</sup>. La pratique du TPIY va d'ailleurs dans ce sens. Une chambre de première instance reconnaissait en 1998, alors que la défense demandait la production de documents en possession de l'Organisation pour la Coopération et la Sécurité en Europe (OSCE) que celle-ci se refusait de produire, que « le Tribunal international n'a aucune compétence pour délivrer une telle injonction de produire à l'OSCE,

---

<sup>1021</sup> Reuter, « Le droit au secret », *supra* note 78 à la p 51

<sup>1022</sup> Bank, « Cooperation with the ICTY », *supra* note 348 à la p 262.

s'agissant d'une organisation internationale et non d'un État »<sup>1023</sup>. La Chambre ne considère pas ainsi qu'elle puisse exiger l'exécution forcée de sujets de droit international à part entière, surtout lorsque ceux-ci ne sont pas membres ou n'agissent pas sous l'autorité du Conseil de sécurité. Elle ne peut l'exiger de l'organisation elle-même pas plus que de ses fonctionnaires agissant en son nom. Dans *Blaskić*, le Tribunal a ainsi décidé de contraindre la comparution du chef, de nationalité française, de la Mission d'observation de la Communauté européenne, qui ne l'était pas au moment des faits, en sa qualité personnelle et non en tant que fonctionnaire de la Mission internationale<sup>1024</sup>.

La teneur de quelques accords de coopération entre la CPI et certaines OI tend cependant à démentir l'importance que revêtirait l'indépendance pour ces dernières. On peut par exemple lire dans l'accord avec l'Union européenne qu'en dehors de toute demande de coopération, l'OI s'engage à fournir à la Cour « des renseignements ou des documents qui pourraient être pertinents pour le travail de la Cour »<sup>1025</sup>. Il s'ensuit que les organisations interétatiques, sans doute en raison de leur statut politique et militaire, ne cachent pas leur association avec la justice internationale pénale. La coopération ne semble leur poser de difficultés que lorsqu'il en résulterait un risque pour l'exécution de leurs missions, notamment si leur personnel ou les sources desquelles elles tiennent les informations sont exposées à un danger. Telle n'est cependant pas la situation des organisations internationales ou non gouvernementales exerçant des fonctions humanitaires. Pour ces dernières, la coopération avec la justice internationale « *poses a security problem for their staff and local partners, and jeopardizes their local appearance as neutral and independant* »<sup>1026</sup>. La capacité opérationnelle de bien de ces organisations repose en effet souvent sur les principes de neutralité et d'indépendance. Il en a été ainsi abondamment question lors de la reconnaissance du privilège du CICR et des fonctionnaires de droits de l'homme de l'ONU.

\*

\*   \*

Somme toute, l'étude qui précède démontre une chose : la confidentialité dans la procédure devant la CPI en particulier et devant les juridictions internationales en général se fonde sur la poursuite d'autres intérêts aussi fondamentaux que la réalisation de la justice elle-même. Dans la

---

<sup>1023</sup> *Le Procureur c Milan Kovacević*, IT-97-24, Décision portant refus d'une requête de la défense relative à la délivrance d'une injonction de produire (23 juin 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1024</sup> *Le Procureur c Tihomir Blaskić*, IT-95-14, Décision de la Chambre de première instance I aux fins de comparution de M. Jean-Pierre Thebault (25 mars 1999) (TPIY, Chambre de première instance I).

<sup>1025</sup> *Accord CPI-UE*, *supra* note 365, art. 7-3. Voir également *Mémoire de la CPI avec la MONUC*, *supra* note 1009, art. 10-5.

<sup>1026</sup> UNITAR, *A Humanitarian Dilemma*, *supra* note 1015 à la p 2.

première section (2.1.), nous avons vu que ces intérêts sont parfois très proches de la justice. La confidentialité nourrit en effet l'intégrité, l'indépendance et l'efficacité de la justice internationale pénale. D'autres intérêts qui ne sont pas directement en lien avec ces valeurs touchent de près au domaine de la justice. Nous avons considéré le cas de la confidentialité des sources d'organisations ou d'entités telles les institutions des Nations Unies œuvrant dans la protection des droits fondamentaux ou les correspondants de guerre. Dans la deuxième section (2.2.), nous avons examiné les intérêts consubstantiels aux finalités des organisations internationales. Celles-ci auraient besoin de confidentialité pour la réalisation effective de leur mandat, mais également pour assurer leur indépendance contre les intrusions de la justice internationale pénale.

## Conclusion à la première partie

Dans le titre premier de cette première partie, nous avons examiné de près les diverses articulations de la confidentialité. Nous avons vu qu'elles agissaient comme une sorte d'immunité, entendue au sens de dérogation. Nous avons défini la dérogation dans ce contexte dans le sens de « la possibilité d'écarter la règle applicable dans un cas particulier »<sup>1027</sup>. À cette étape, il nous a paru logique d'examiner dans chaque cas de dérogation induite de la confidentialité, la règle générale applicable. Sur ce point, nos recherches nous ont permis d'insister sur deux dérogations particulières. D'une part la dérogation aux règles de production de la preuve et d'autre part la dérogation aux règles d'administration de la justice. L'étude s'est particulièrement appesantie sur les manifestations des deux formes de dérogation, ceci en examinant comment les bénéficiaires de la confidentialité pouvaient faire valoir les intérêts déterminés.

Il découle de l'étude que les considérations liées aux droits de l'homme ou aux intérêts de fonctions internationales sont amenées tant sous l'angle de la dérogation à la production de la preuve que sous l'angle de la dérogation à leur administration. Nous avons d'abord considéré brièvement les règles juridiques et les obligations auxquelles dérogeait la confidentialité. Est en jeu l'obligation de coopération, dont la nature horizontale du régime dans le contexte de la CPI est au fond propice à sa dérogation par la confidentialité, notamment sous couvert de l'exception de sécurité nationale des États ou de secrets des organisations internationales. D'un autre côté, l'obligation de témoigner est neutralisée par une codification extensive d'immunités testimoniales fondées sur la confidentialité. Tout au long de cette analyse, nous avons également souligné les défis qui se posaient à la Cour de contrôler l'invocation de chaque dérogation.

La dérogation aux règles d'administration de la preuve s'articule quant à elle autour de la mise en échec de deux principes fondamentaux de justice : la règle de la communication *inter partes* et la règle de la publicité. Après avoir présenté l'intérêt et la teneur de ces règles, nous avons envisagé de quelle manière elles étaient mises en échec par la confidentialité. Il s'agit d'une part de la restriction de l'obligation de communication des parties et d'autre part, du pouvoir de la Cour de tenir des procédures ou de produire des documents dont le public ne peut prendre connaissance au nom de la protection d'un intérêt primordial. La mesure dans laquelle ces pratiques fragilisent l'effectivité de la justice appelle une restriction de la confidentialité.

---

<sup>1027</sup> Théry, « Dérogation », *supra* note 149 à la p 363.

Le but du titre deuxième de cette étude était de brosser un panorama des justifications de la profusion de la confidentialité dans la procédure devant la CPI. Il nous a paru opportun d'explorer la question du « pourquoi ». La démarche peut s'associer à une définition du concept de justification en tant que processus visant, de manière discursive, à établir la légitimité de quelque chose. Mais comme nous l'avons vu, la confidentialité est loin de reposer sur une simple rhétorique. Ses multiples utilités n'ont d'égale que la diversité des réalités qu'elle a pour ambition de capter. Outre en effet sa fonction de protection, elle a, le reconnaissent des commentateurs, « pour but de favoriser l'échange des informations et la sincérité des discussions; elle est aussi [...] une condition de la confiance »<sup>1028</sup>. Mais de toutes ces considérations, la protection apparaît indubitablement être au cœur de la confidentialité. Nous nous sommes en conséquence intéressé à ce qu'elle prétendait protéger.

À partir des textes fondamentaux de la CPI, de la pratique des tribunaux *ad hoc* et de la littérature sur le secret, nous avons relevé que dans sa dimension fonctionnelle, la confidentialité vise la protection des intérêts individuels d'une part et la protection des intérêts collectifs d'autre part. Dans le premier cas, elle recouvre essentiellement la protection des droits fondamentaux de la personne. À cet égard, nous avons recherché d'abord, dans le premier chapitre, les fondements de l'obligation de protéger les droits de l'homme qui incomberait à la Cour, avant de voir quels droits de l'homme sont effectivement protégés par la confidentialité. Il en découle qu'en tant que sujet de droit international, la CPI n'aurait pu ignorer les droits des individus dans la conduite de ses activités, considérant le fait que la sujétion de ces derniers au droit international est croissante et que les droits de l'homme, par leur importance, sont opposables à tout sujet de droit international sans dérogation. La protection dont bénéficient les personnes peut se réduire à un droit de non-divulgaration ayant la finalité de sauvegarder de nombreux intérêts juridiquement protégés, à savoir, entre autres, la vie privée, l'autonomie de la personne ou les droits de la défense.

Dans le deuxième chapitre, nous avons examiné le caractère d'ordre public de la confidentialité en considérant ses finalités au regard de l'intérêt général. Il s'agit à la fois d'un instrument de la justice et d'un moyen de garantir le fonctionnement d'institutions internationales. Ayant ainsi établi la nécessité de la confidentialité, il importe maintenant de voir comment sa profusion est traitée dans le procès devant la CPI.

---

<sup>1028</sup> Loïc Cadiet, Jacques Normand, Soraya Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Thémis, 2010 aux pp 215-216.

## **DEUXIÈME PARTIE. – UN FOISONNEMENT À CONCILIER AVEC L’EFFECTIVITÉ DE LA COUR**





## **Introduction à la deuxième partie**

Après avoir mis en évidence l'abondance de la confidentialité dans les développements qui précèdent, la présente partie s'intéresse au traitement de cette abondance par la Cour pénale internationale. La confidentialité représente surtout un danger pour le fonctionnement de la Cour. Celle-ci semble avoir pris la mesure de la situation. Elle s'efforce en conséquence, en dépit d'une codification généreuse du respect du secret qui ne lui est pas favorable, de contenir la confidentialité dans des proportions qui ne soient pas problématiques pour l'administration de la justice.

Dans les développements qui suivent, nous tenterons d'abord de comprendre les défis que l'abondance du secret représente pour le fonctionnement de la justice administrée par la CPI. En effet, la volonté de restriction de la confidentialité ne se manifeste qu'à partir du moment où le phénomène du secret étend ses tentacules au-delà de la garantie du seul intérêt pour lequel il est reconnu pour empiéter sur d'autres considérations. Il semble à cet égard que les tentacules de la confidentialité dans les procédures de la CPI soient trop larges. Il en va ainsi parce que le secret ne s'analyse plus simplement en la dérogation d'une obligation à laquelle elle porte directement atteinte, mais surtout à raison des implications de la dérogation sur d'autres enjeux. Nous considérerons dans les lignes qui suivent les enjeux spécifiques à la CPI. Pour cela, nous verrons dans le titre premier que l'effectivité de la CPI sur le plan formel et matériel rend la restriction nécessaire.

Par la suite, il conviendra d'examiner en profondeur comment la CPI s'efforce d'éviter les risques étudiés en restreignant la confidentialité. Le cœur du débat se trouve dans l'efficacité de la solution choisie en réponse à la profusion du secret. Est-il susceptible de restriction? Comment? Le deuxième titre de cette partie s'attardera en conséquence à examiner la construction par la Cour de la restriction de la confidentialité. Cette étude permettra de voir si la Cour réussit ou non à harmoniser la garantie des intérêts protégés par le respect du secret et la conduite efficace et effective des poursuites pénales internationales.

En effet, un enjeu majeur de la question se trouve dans ce deuxième titre. Jusqu'où peuvent aller les dérogations induites de l'invocation du secret? Au-delà, l'exclusion de la preuve ou l'impossibilité de l'obtenir à raison de l'érection du secret est-elle suffisante pour mettre un terme aux poursuites contre les suspects de crimes graves? La Cour s'efforce de construire des solutions fort classiques dans un contexte où elle a peu de leviers pour les imposer. Il s'ensuit, comme nous le démontrerons, que si la conciliation est bien nécessaire (Titre I), elle reste à parfaire (Titre II).



## TITRE I. – UNE CONCILIATION NÉCESSAIRE

La conciliation de la confidentialité avec l'effectivité de la CPI passe par la restriction de la consécration du secret. La restriction est nécessaire pour une raison fondamentale. Il est connu que l'application d'une exception ou d'une dérogation, que constitue dans notre cas l'invocation du secret, ne saurait avoir pour effet de vider le principe auquel il fait exception ou déroge de son sens. Le principe doit demeurer dans son essence<sup>1029</sup>. Dans les lignes qui suivent, nous ferons valoir que la proportionnalité ainsi voulue de l'application d'une règle d'exception, en l'occurrence la confidentialité, est écornée à raison de la mise en danger de deux préoccupations majeures au cœur du fonctionnement de la CPI.

Dans un premier temps, nous ferons valoir que la restriction de la confidentialité est indispensable pour limiter les atteintes à la bonne administration de la justice (Chapitre I). Dans ce chapitre, nous définissons d'abord ce qu'il faut entendre par principe de bonne administration de la justice. Nous la définirons sur le plan matériel et sur le plan fonctionnel. Dans le premier sens, nous arguerons que la confidentialité, telle qu'elle apparaît dans la pratique de la CPI, est susceptible de porter atteinte aux droits de l'accusé. Nous nous gardons cependant de faire l'inventaire exhaustif des droits reconnus par les textes pertinents pour concentrer l'analyse sur deux principes qui catalysent la protection de l'accusé: le principe de l'égalité des armes et le droit d'être jugé dans un délai rapide. Au sens fonctionnel, le principe de bonne administration de la justice reflète la qualité de la justice du point de vue la perception sociale. Nous ferons à cet égard valoir que l'apparence de justice qui est attendue de tout tribunal est dénaturée par une confidentialité trop ombrageante.

Dans un deuxième temps, nous établissons la nécessité de la restriction de la confidentialité (Chapitre II). Nous ferons à cet égard valoir que la confidentialité pose deux problèmes importants au processus pénal. Dans un cas, le secret est susceptible de frustrer l'établissement des faits. Il en est ainsi lorsque à raison de la confidentialité la preuve doit être exclue ou les charges retirées. Dans un deuxième cas, le secret est susceptible de frustrer la détermination de la responsabilité pénale et de garantir l'impunité à l'accusé. Cela arrive lorsque la valeur probante de la preuve est atténuée ou encore lorsque à raison de la violation des droits de l'accusé du fait de la confidentialité, la suspension de la confirmation des charges ou l'arrêt des procédures s'impose.

---

<sup>1029</sup> François Saint-Bonnet, «Exception, nécessité, urgence» dans Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 673 à la p 674.



## Chapitre I. – Le risque pour la bonne administration de la justice

Le principe de bonne administration de la justice a fait l'objet d'une étude doctrinale intéressante quant à ses applications dans l'ordre juridique international<sup>1030</sup>. Il fait référence, a-t-on soutenu, à l'application de la notion de bonne administration à l'administration de la justice<sup>1031</sup>. Le droit à une bonne administration est aujourd'hui reconnu comme un droit fondamental de la personne<sup>1032</sup>. Il se distingue du droit à la bonne administration de la justice quant à son champ d'application<sup>1033</sup>. Les sources de ce dernier principe ne sont pas l'objet de controverses. En France, il a valeur constitutionnelle<sup>1034</sup>. Dans l'ordre international, le principe de la bonne administration de la justice trouve son origine tant dans les dispositions conventionnelles, même implicites, que dans les principes généraux du droit<sup>1035</sup>. Comme il fallait s'y attendre, c'est sur son contenu que la définition de la bonne administration de la justice est difficile à cerner<sup>1036</sup>. Le débat est celui de savoir si le principe fixe un objectif ou établit des critères en conformité desquels une justice peut être reconnue « bien administrée ». Indissociablement lié à la notion de justice elle-même<sup>1037</sup>, le principe de bonne administration de la justice ferait référence à ces deux acceptions.

Adhérant à cette conception, Émmanuelle Jouannet a soutenu que les deux sens du principe de la bonne administration de la justice étaient contenus dans le terme administrer. Il s'entend ainsi d'une part comme respect des critères et conditions d'une bonne justice, soit sa dimension interne; et d'autre part, dans sa dimension externe, comme « produit de la justice et [...] perception que les

---

<sup>1030</sup> Voir à ce propos le numéro 27 de *L'Observateur des Nations Unies* de 2009 consacré à ce sujet; en particulier les contributions de Robert Kolb, «La maxime de la "bonne administration de la justice" dans la jurisprudence internationale» (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 5 [Kolb, «La maxime»]; Aurélia Lelarge, « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 23 [Lelarge, «L'émergence d'un principe»]; Julien Cazala, « Adaptation des règles et principes probatoires au nom d'une bonne administration de la justice internationale » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 55 [Cazala, «Adaptation à la justice internationale»]; Guillaume Le Floch, « L'urgence et la bonne administration de la justice internationale » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 143 [Le Floch, «L'urgence»].

<sup>1031</sup> Rhita Boustia, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, Harmattan, 2010 à la p 235 [Boustia, *La bonne administration de la justice*].

<sup>1032</sup> Voir *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, JO de l'UE, C 326/93, art 41 [*Charte des droits fondamentaux*].

<sup>1033</sup> « [I]l paraît admissible de considérer que la bonne administration de la justice n'est qu'une modalité particulière de la bonne administration du service public de la justice » : Maryse Deguerge, « Les dysfonctionnements du service public de la justice » (2008) n°25 *RFAP* 151 à la p 152. Voir aussi Boustia, *La bonne administration de la justice*, *supra* note 1031 aux pp 237-238

<sup>1034</sup> Cons. constitutionnel, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, J. O. 11 décembre 2009. 21381, 2009-595 D.C, considérant 4.

<sup>1035</sup> Kolb, «La maxime», *supra* note 1030 à la p 8; Lelarge, «L'émergence d'un principe», *supra* note 1030 aux pp 29-31.

<sup>1036</sup> Un auteur parle d'une notion « polyvalente » : Cazala, «Adaptation à la justice internationale», *supra* note 1030 à la p 55.

<sup>1037</sup> Lelarge, «L'émergence d'un principe», *supra* note 1030 à la p 23.

parties et les tiers peuvent en avoir »<sup>1038</sup>. Le professeur Robert Kolb a développé une analyse conceptualisant le principe d'un point de vue fonctionnel<sup>1039</sup>. Il lui reconnaît ainsi une fonction générale, en ce qu'il se traduit comme « idée de la bonne et juste procédure »<sup>1040</sup>, et des fonctions spécifiques qui nécessitent l'application d'un ensemble de règles procédurales. Cette perspective fonctionnelle est déjà présente dans les travaux de Georges Vedel<sup>1041</sup>, même si elle a pu être combattue comme insistant trop sur le résultat et feignant de préciser les critères matériels de la bonne administration de la justice<sup>1042</sup>. On peut dire aujourd'hui que la convergence doctrinale vers une double acception clôt le débat. La bonne administration de la justice se définit en conséquence « soit comme objectif pour lequel elle est mobilisée, soit plus fréquemment [comme] moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif »<sup>1043</sup>.

Comme moyens en effet, elle se définit comme « référence à des lignes directrices, et à des lignes de conduite pour le juge ou l'arbitre »<sup>1044</sup>. Ce sont les conditions et critères à remplir pour que la justice apparaisse comme bien administrée<sup>1045</sup>. C'est le sens étroit de la bonne administration de la justice selon Le Floch, correspondant « à la bonne gestion de la justice »<sup>1046</sup>. À cela, il oppose un sens large, à savoir « l'exigence de bien rendre la justice »<sup>1047</sup>. Cette exigence suppose au fond la réalisation de l'objectif d'équité<sup>1048</sup> qui, à défaut de se voir, doit être perçue en apparence. Les règles du procès équitable internationalement reconnues qui codifient les canons de la bonne administration

---

<sup>1038</sup> Cazala, «Adaptation à la justice internationale», *supra* note 1030 à la p 57; Émmanuelle Jouannet, « Quelques perspectives théoriques : incertitudes sur les tiers et désordres de la justice internationale » dans Helène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel, dir, *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, 255 à la p 261.

<sup>1039</sup> Voir aussi Jacques Robert, « La bonne administration de la justice » (1995) numéro spécial, *L'actualité juridique – Droit administratif* 117 à la p 117 qui entend par bonne administration de la justice « un objectif à atteindre, [...], une finalité que servirait l'emploi de moyens techniques appropriés » [Robert, «La bonne administration de la justice»].

<sup>1040</sup> Kolb, «La maxime», *supra* note 1030 à la p 19.

<sup>1041</sup> René Chapus, « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (2003) n°1 *Revue du droit public* 3 à la p 3 : les notions fonctionnelles « ne sont définissables que par leur fonction » ; Le Floch, «L'urgence», *supra* note 1030 à la p 143 : une notion fonctionnelle est celle « dont l'intérêt tient plus à leur utilité pratique qu'à leur contenu formel ».

<sup>1042</sup> Boustia, *La bonne administration de la justice*, *supra* note 1031 à la p 235.

<sup>1043</sup> Cazala, «Adaptation à la justice internationale», *supra* note 1030 à la p 55; Robert, «La bonne administration de la justice», *supra* note 1039 à la p 117.

<sup>1044</sup> Lelarge, «L'émergence d'un principe», *supra* note 1030 à la p 49.

<sup>1045</sup> Cazala, «Adaptation à la justice internationale», *supra* note 1030 aux pp 56-57; Robert, «La bonne administration de la justice», *supra* note 1039 à la p 118.

<sup>1046</sup> Le Floch, «L'urgence», *supra* note 1030 à la p 143.

<sup>1047</sup> *Ibid.*

<sup>1048</sup> En ce sens, le procès équitable serait plus un objectif à atteindre qu'un critère à appliquer. Voir Cour EDH, *Colozza c Italie*, n°9024/80 (12 février 1985) au para 30. Voir aussi Gilbert Bitti. « Article 64: Functions and Powers of the Trial Chamber » dans Triffierer, *Commentary*, *supra* note 44, 1199 à la p 1203 [Bitti, «Functions and Powers»].

de la justice traduisent bien l'idée que celle-ci revêt à la fois un sens matériel et fonctionnel<sup>1049</sup>. La Cour EDH a jugé qu'« eu égard à la place éminente qu'occupe le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire »<sup>1050</sup>. Il en résulte que la restriction de certains éléments du procès équitable ne porte pas nécessairement atteinte à l'apparence d'équité<sup>1051</sup> telle qu'elle doit être perçue par le public en général<sup>1052</sup>. Force est pourtant de constater, relativement à la confidentialité dans la procédure pénale internationale, que cette dernière constitue une menace tant pour la garantie des droits de la personne accusée, qui relève incontestablement de la bonne administration de la justice (1.1), que pour l'apparence de justice (1.2).

### 1.1. – L'atteinte aux droits de la personne poursuivie

Les critères et conditions d'une bonne administration de la justice sont énoncés dans les dispositions des instruments des droits de l'homme relatives au droit au procès équitable. Ils sont consacrés à l'article 67 du *Statut de Rome*. Il s'agit de garanties minimales, susceptibles donc d'être accrues. Toutefois, en général, les éléments matériels de la bonne administration de la justice ne sauraient être déterminés de manière exhaustive. Quelques-uns reviennent cependant constamment. Le professeur Robert Kolb, évoquant le principe de bonne administration de la justice dans la jurisprudence de la CIJ, a cité comme éléments constitutifs le principe de l'égalité des parties à l'instance, comprenant le principe du contradictoire ou d'une procédure rapide et le principe de fonctionnement adéquat de la procédure, visant à ce que la Cour dispose de tous les éléments pour trancher un litige dans des délais raisonnables<sup>1053</sup>.

Aurélia Lelarge abonde dans le même sens lorsqu'elle évoque la bonne administration de la justice comme élément de l'état de droit. Elle inclut dans cette notion les principes de droits de la défense qu'elle décline en égalité des armes, équilibre de la charge de la preuve et principe du contradictoire<sup>1054</sup>. Régulièrement toutefois, la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux

---

<sup>1049</sup> Sur la différence entre bonne administration de la justice et procès équitable cependant, voir Catherine Colard-Fabregoule, Anne Muxart et Sonia Parayre, «Le procès équitable devant la Cour internationale de Justice» dans Fabri Hélène Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 343 aux pp 352-353.

<sup>1050</sup> Cour EDH, *Van Mechelen et autres c Pays-Bas*, n°21363/93 et autres (23 avril 1997) au para 58.

<sup>1051</sup> Il est entendu que «l'équité porte sur le résultat du procès – la sanction – et non le procès lui-même». Voir Mathonnet, «Le procès équitable», *supra* note 14 à la p 120.

<sup>1052</sup> Franklin Kutu, *Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, vol 1, Bruxelles, Larcier, 2007 à la p IX [Kutu, *Justice et procès équitable*].

<sup>1053</sup> Kolb, «La maxime», *supra* note 1030 à la p 12.

<sup>1054</sup> Lelarge, «L'émergence d'un principe», *supra* note 1030 aux pp 45-48.

synthétise la notion de bonne administration de la justice en droit à l'égalité devant les tribunaux<sup>1055</sup> et droit d'être jugé dans un délai rapide<sup>1056</sup>.

La présente section analyse en conséquence dans quelle mesure la confidentialité peut influencer la rupture du principe de l'égalité des parties à l'instance d'une part (1.1.1.) et d'autre part ralentir la procédure (1.1.2.). Ces deux atteintes aux droits de l'accusé constituent les manifestations les plus visibles de violations plus spécifiques des règles du procès équitable inscrits à l'article 67 du *Statut de Rome*. Mais soulignons en guise de mise en garde que ces violations sont moins le fait de la confidentialité en tant que telle que des manifestations du secret qui emprunte des formes qui limitent l'exercice des droits de l'accusé.

### 1.1.1. – La rupture de l'égalité des parties à l'instance

Le principe de l'égalité des armes, qui découle de l'égalité de tous devant la justice<sup>1057</sup>, construit pour éviter les désavantages susceptibles de rendre la procédure inéquitable, signifie dans une procédure pénale, que les parties ont droit en toute égalité aux moyens juridiques nécessaires pour plaider leur cause ou se défendre<sup>1058</sup>. Au cœur de l'égalité des armes se trouve ainsi le principe de la divulgation<sup>1059</sup>. L'existence d'un intérêt de confidentialité peut justifier la non-divulgation d'une information ou d'un document, ce qui s'analyse du point de vue de l'égalité des armes comme une atteinte au droit d'avoir le temps et les facilités nécessaires à la préparation de l'affaire (1.1.1.1.). Aussi, le défaut d'accès à ces facilités est susceptible de restreindre le principe du contradictoire en vertu duquel une partie a le droit de répondre en connaissance de cause à l'autre (1.1.1.2.).

#### 1.1.1.1. – La compression du temps et des facilités

C'est dans le contexte du « droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » que le droit à la divulgation revêt son importance la plus significative

---

<sup>1055</sup> Pour une analyse de cet aspect dans la pratique des juridictions *ad hoc*, voir notamment Adjovi et De La Morte, «Le procès équitable», *supra* note 49 aux pp 222-225.

<sup>1056</sup> *Le Procureur c Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1, Arrêt relatif à l'appel du Procureur concernant l'admissibilité d'éléments de preuve (16 février 1999) au para 19 (TPIY, Chambre d'appel) [*Aleksovski*, arrêt sur l'admissibilité des preuves]: « Le Règlement a pour objet de favoriser un procès équitable et rapide [...] ». Pour le CDH, voir *Yves Morael c France*, n°207/1986 (4 novembre 1988), Doc NU Supp N°40 (A/44/40) à la p 210, cité par Bitti, «Functions and Powers», *supra* note 1048 à la p 1203. Voir cependant l'énumération des éléments du procès équitable par le CDH qui y inclut «l'égalité des armes, le respect du débat contradictoire, l'interdiction de l'aggravation d'office des condamnations et la rapidité de la procédure»: CDH, *Morael c France*, n°207/1986 (28 juillet 1989) au para 9(3).

<sup>1057</sup> Eudes, « Article 14 », *supra* note 540 à la p 333.

<sup>1058</sup> CDH, *Campbell c Jamaïque*, n°307/1988 (12 mai 1993) au para 6(4).

<sup>1059</sup> Sur l'égalité et l'inégalité des armes dans les procès pénaux internationaux de manière plus large, voir Manirakiza, « Les défis de la défense », *supra* note 14 aux pp 54 à 59. Stefania Negri, « The Principle of 'Equality of Arms' and the Evolving Law of International Criminal Procedure » (2005) 5 ICLR 513.



pour le respect du principe de l'égalité des armes. D'une part, le droit à la divulgation est inclus dans « les facilités nécessaires » à la préparation de la défense. Selon le CDH, ces facilités « doivent comprendre l'accès aux documents et autres éléments de preuve, à tous les éléments à charge que l'accusation compte produire à l'audience, ou à décharge »<sup>1060</sup>. Ensuite, le temps nécessaire à la préparation ne peut être fixé à la légère. Reconnaissant que ce temps dépendrait du cas d'espèce, le CDH a toutefois précisé dans une situation où la peine de mort était en jeu que quelques jours ou quelques minutes ne suffisent pas<sup>1061</sup>. Le temps alloué pour la préparation tient donc compte de la complexité de l'affaire, caractéristique de la procédure pénale internationale. Il revêt une double importance pour la défense qui doit non seulement étudier la preuve communiquée par l'accusation, mais engager, si besoin est, ses propres enquêtes.

Le droit au procès équitable implique que les parties disposent du temps pour se préparer au procès ou, dans le cas de la CPI, à l'audience de confirmation des charges. La divulgation d'éléments de preuve et autres documents doit en conséquence se faire à l'avance pour faciliter cette préparation. La question de savoir à quel moment exactement dépend de la nature de la procédure au regard de laquelle la préparation est considérée.

Pour l'audience de confirmation des charges, il est prévu aux termes de l'article 61-3 que la personne sous mandat d'arrêt reçoive notification des charges et soit informée des éléments de preuve sur lesquels le Procureur entend se fonder « [d]ans un délai raisonnable avant l'audience [...] ». Le RPP, qui envisage une divulgation réciproque dans l'esprit de l'égalité des armes et du contradictoire, fixe des délais plus précis qui diffèrent d'une partie à l'autre. La divulgation par l'accusation doit être réalisée plus tôt que celle de la défense. Aux termes de la règle 121-3, elle communique à la défense et à la Chambre « 30 jours au plus tard avant la date de l'audience, un état détaillé des charges et l'inventaire des preuves qu'il entend produire à l'audience ». En cas de modification des charges, la communication des charges modifiées et l'inventaire des éléments de preuve qui s'y rattachent ont lieu « au plus tard 15 jours avant la date de l'audience »<sup>1062</sup>. Ce dernier délai s'applique également si le Procureur entend présenter de nouveaux éléments de preuve à l'audience. C'est le seul délai imposé à la défense aux termes de la règle 121-6 si elle souhaite

---

<sup>1060</sup> CDH, *Observation générale n°32 (Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable)*, Doc NU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007 aux paras 32-34.

<sup>1061</sup> CDH, *Little c Jamaïque*, n°283/1988 (19 novembre 1991) aux paras 8(3) et 8(4).

<sup>1062</sup> Sur le régime de communication, voir nos développements à la section 2.1 du chapitre II du premier titre de la première partie *supra* aux pp 100 et s.

contester les charges, les éléments de preuve de l'accusation ou présenter ses éléments de preuve. Les deux parties sont soumises au même délai si elles souhaitent présenter des conclusions écrites sur des éléments de fait et de droit dont les moyens de défense, à savoir « au plus tard trois jours avant la date de l'audience » selon la règle 121-9.

Dans le cadre du procès, l'article 64-3-c dispose que la Chambre devant laquelle l'affaire doit être jugée assure la divulgation de documents non divulgués « suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour permettre une préparation suffisante de celui-ci ». Contrairement à la confirmation des charges, aucun délai franc n'est spécifié pour la divulgation à la phase préalable au procès. Dans les dispositions du RPP, qui se rapportent aux diverses phases de la procédure, le même critère, exigeant une divulgation « suffisamment tôt » revient; qu'il s'agisse de la divulgation par l'accusation des renseignements concernant les témoins à charge ou de la notification par la défense de son intention d'invoquer un alibi ou un motif d'exonération de responsabilité.

La juge unique de la Chambre préliminaire dans *Lubanga* a jugé au sujet de la divulgation en vertu de la règle 76 que le délai « suffisamment tôt » correspondait à celui de la notification des charges et l'inventaire des éléments de preuve à charge 30 jours au plus tard avant la date de l'audience ou 15 jours au plus tard en cas de nouveaux éléments de preuve ou de modification des charges<sup>1063</sup>. La divulgation de l'alibi et des moyens d'exonération de responsabilité de la défense étant toujours conditionnée par celle de l'accusation, puisque c'est de cette communication qu'elle peut préciser les éléments de preuve qu'elle produira à l'audience de confirmation des charges, elle doit avoir lieu selon les délais prévus au RPP, soit au plus tard 15 jours avant la date de l'audience. Par contre, la divulgation par inspection prévue à la règle 77 n'étant assortie d'aucun délai, il a été jugé que la communication dont elle prévoit l'inspection par la défense devait avoir lieu « dès lors » que l'accusation décide de s'y fonder à l'audience de confirmation des charges<sup>1064</sup>. La juge unique de la Chambre préliminaire dans *Lubanga* a statué qu'un délai similaire s'appliquait à l'inspection des pièces en possession de la défense au sens de la règle 78<sup>1065</sup>. Ce délai correspond à celui de la divulgation des éléments de preuve susceptible d'innocenter l'accusé ou d'atténuer sa responsabilité qui doit se faire selon l'article 67-2 « dès que possible »<sup>1066</sup>.

---

<sup>1063</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 105.

<sup>1064</sup> *Ibid* au para 117.

<sup>1065</sup> *Ibid* au para 139.

<sup>1066</sup> *Ibid* au para 125.

Toutefois, alors que ces mesures visent à faciliter la divulgation entre les parties et leur permettre de se préparer « dès que possible »<sup>1067</sup>, le respect des délais et de l'échéancier de la communication est systématiquement mis en échec par l'application des restrictions à la divulgation fondée sur la protection des intérêts de confidentialité. La divulgation est suspendue et aucune préparation n'est possible lorsque les parties sollicitent l'obtention des mesures de protection pour les témoins ou la non-divulgation d'éléments de preuve pour des raisons de confidentialité. La juge unique de la Chambre préliminaire dans *Lubanga* a admis la possibilité qu'une partie invoque l'exception à l'obligation de divulgation en vertu de la règle 81 lorsque les documents en cause relèvent des accords de confidentialité ou des secrets d'État et sont par ailleurs de nature à innocenter le suspect ou à atténuer sa responsabilité pénale<sup>1068</sup>. L'obligation de l'article 67-2 ne revêtirait donc pas à cette étape de la procédure un caractère absolu.

*A priori*, le calendrier de la divulgation n'influence pas l'exercice du droit d'avoir le temps nécessaire à la préparation de sa défense en tant que tel. Il est toujours possible à une chambre de procéder à des ajustements de sorte que les parties puissent adéquatement se préparer. La restriction de la divulgation par des mesures de confidentialité peut tout au plus retarder le début de cette préparation qui n'aurait pas lieu selon le critère du « dès que possible » de la juge unique de la Chambre préliminaire dans *Lubanga*. Ainsi, dans cette même affaire, compte tenu des retards que la poursuite a accusés pour honorer son obligation de divulgation, la Chambre d'instance a concédé à la défense qu'elle disposerait de trois mois au moins à compter de la date à laquelle l'ensemble des pièces serait communiqué par l'accusation<sup>1069</sup>.

Toutefois, dans bien des cas, cet ensemble de documents n'est pas libre de confidentialité, car il peut être permis au Procureur de présenter une version expurgée de l'une quelconque des pièces<sup>1070</sup>. À moins de porter sur un élément ou un renseignement sans pertinence, l'expurgation ne revêt qu'un caractère temporaire. Elle doit généralement être levée à l'approche de l'ouverture du procès si elle porte sur un élément qu'une partie introduira au procès ou qui y jouera un rôle important. À défaut de cette levée, la Chambre sera contrainte d'exclure l'élément en question.

---

<sup>1067</sup> *Ibid* au para 128.

<sup>1068</sup> *Ibid* au para 2.

<sup>1069</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, Décision fixant le calendrier et les modalités de la communication des pièces et la date du procès (9 novembre 2007) au para 23(CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA]. De manière générale, pour corriger le défaut de divulgation ou la divulgation tardive, la Chambre se réserve le droit de reporter la tenue d'une audience pour permettre une meilleure préparation de la partie à laquelle l'obligation de divulgation est due : *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 29.

<sup>1070</sup> *Ibid* au para 27.

Lorsqu'on considère l'anonymat temporaire, qui vise dans la pratique la protection d'éléments précis contenus dans les dépositions et déclarations de témoins et victimes de crimes internationaux, le problème ne se pose pas tant en terme de temps nécessaire à la préparation de la défense, mais de la disposition de ce temps « en toute égalité » entre les parties. Celle qui requiert la non-divulgaration jouit indiscutablement d'un avantage sur celle qui devra attendre jusqu'à une date fixée par le tribunal pour se voir communiquer ces éléments, généralement lorsque la victime ou le témoin ou la source confidentielle aura bénéficié de mesures de protection adéquates.

La confidentialité est en soi un motif d'exclusion de la preuve<sup>1071</sup>. Dans ces circonstances, elle n'a simplement plus besoin d'être communiquée. Dans l'absolu, elle est rendue inexploitable dans le contexte de la préparation des parties. À côté de cette situation plus radicale, la confidentialité peut n'avoir affecté la divulgation que de manière partielle ou temporaire. Lorsque tel est le cas, il est difficile de penser que les documents divulgués seront véritablement utiles à la préparation des parties. La règle aux termes du *Statut* et des textes internationaux pertinents est que la divulgation offre aux parties les facilités nécessaires à la préparation du procès. On sait que pour des raisons légitimes, la restriction à la divulgation oblige les parties à altérer les documents communiqués pour en extraire des éléments qui seront divulgués ultérieurement ou non. La question se pose donc de savoir si une communication suivant cette modalité facilite la préparation des parties ou la contradiction au cours de l'instance.

Comme a pu le dire la Cour EDH, la divulgation fragmentaire réduit la capacité de contradiction<sup>1072</sup>. Il va sans dire que la communication de l'original des documents serait de loin la meilleure option. Le cadre juridique de la CPI entretient à ce sujet une ambiguïté constructive. En ce qui concerne la communication des renseignements concernant les témoins à charge au stade préliminaire, la règle 76 prévoit que le Procureur communique les noms des témoins et « une copie de leurs déclarations ». Seulement, aux termes du paragraphe 3 de la même règle, « les déclarations des témoins à charge sont communiquées à l'intéressé *dans leur texte original* et dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement ». De ce qui précède, l'idée de copie des déclarations peut être confondue avec celle de photocopie, ce alors que la traduction, également envisagée, modifie nécessairement le texte original.

---

<sup>1071</sup> Voir nos développements *infra* à la section 2.1.1.1 du chapitre II du présent titre aux pp 294 et s.

<sup>1072</sup> Cour EDH, *Kerojärvi c Finlande*, n°17506/90 (19 juillet 1995) au para 42.

Dans *Lubanga*, la Chambre préliminaire I a précisé que l'obligation découlant de la règle 76 exigeait de l'accusation de transmettre « le nom du témoin et la copie de sa déclaration dans son texte original et dans une langue que Thomas Lubanga Dyilo comprend et parle parfaitement »<sup>1073</sup> aussitôt qu'elle choisit de se fonder sur un témoin à l'audience de confirmation des charges. D'après cette formulation, la notion de copie de déclarations doit s'interpréter au sens d'exemplaire de déclarations. Plusieurs exemplaires peuvent en effet être des originaux. Cela est rendu possible non nécessairement en raison de l'existence de plusieurs copies authentiques, mais du fait du recours à un système de divulgation électronique qui permet de dématérialiser les pièces à conviction<sup>1074</sup>. Le droit de la CPI considère les multiples copies susceptibles de résulter de cette dématérialisation comme constituant autant d'originaux. Ce sont eux qui sont divulgués *inter partes* et utilisés à l'audience et non les documents ou objets physiques de base.

Le Greffe maintient cependant une chambre forte dans laquelle elle conserve les objets et documents primaires. Elle ne saurait se limiter à conserver les versions électroniques<sup>1075</sup>. Il est en effet arrivé que la Cour EDH constate la violation du droit au procès équitable parce qu'« aucune des juridictions qui ont eu à connaître de l'affaire n'a été en mesure d'examiner l'original des pièces à conviction et de vérifier si les copies dont elles avaient eu connaissance étaient conformes aux originaux alors que ces pièces constituaient l'élément de preuve fondamental à la base de la condamnation du prévenu »<sup>1076</sup>.

En tout état de cause, l'original numérique de documents n'est communiqué dans son intégralité que si une exception de confidentialité n'a pas donné lieu à son altération. Lorsque tel est le cas, se pose naturellement le problème de savoir à quel degré d'altération les informations ainsi divulguées cessent de faciliter véritablement le travail des parties. En d'autres termes, comment la CPI s'assure-t-elle que les mesures de protection des témoins et victimes ainsi que des documents et renseignements confidentiels ne soient ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial?

---

<sup>1073</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 7.

<sup>1074</sup> Dans *Lubanga* par exemple, il était fait obligation à l'accusation de « déposer dans le dossier de l'affaire concernant Thomas Lubanga Dyilo l'original et la copie électronique des éléments de preuve pertinents, ou une photographie numérique s'il s'agit d'un objet [...] » : *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 6.

<sup>1075</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, *supra* note 1069 au para 22: « Le Règlement du Greffe ne laisse aucun doute quant à l'obligation de déposer et de conserver les originaux dans la chambre forte du Greffe ».

<sup>1076</sup> Kutu, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 à la p 508; voir *Papageorgiou c Grèce*, n°59506/00 (9 mai 2003) au para 37.

Les altérations portent le plus souvent sur les éléments dont a besoin une des parties pour sa préparation, à savoir l'identité des personnes ou les éléments susceptibles de permettre leur identification. D'après la Chambre d'appel, la défense a le droit de contacter les personnes que le Procureur a interrogées ou qu'il est sur le point d'interroger avant qu'elles deviennent des témoins à charge, puisque ces personnes peuvent détenir des renseignements utiles à la défense<sup>1077</sup>.

La nature de la procédure détermine la solution adoptée. Il découle de la jurisprudence que l'altération des documents peut être d'une ampleur plus importante à l'étape de la confirmation des charges qu'à la phase du procès<sup>1078</sup>. Toujours est-il que quelle que soit la phase de la procédure, l'altération ne doit pas anéantir la capacité de la défense d'examiner le document concerné qui doit par ailleurs demeurer utilisable et intelligible<sup>1079</sup>. Toutefois, même lorsque l'ampleur de l'altération du document original est telle qu'il ne satisferait plus le critère d'intelligibilité s'il était communiqué, il est possible de remplacer les documents expurgés, par des résumés.

Pour être intelligibles, les résumés doivent fournir « les informations à charge pertinentes, ainsi que tous les éléments de preuve susceptibles d'être à décharge ou de disculper les accusés »<sup>1080</sup>. Il en est de même s'ils concernent spécifiquement des éléments susceptibles d'innocenter le suspect ou de l'aider dans la préparation de sa défense<sup>1081</sup>. Allant dans le même sens, la Chambre d'instance a jugé dans *Katanga-Chui* que le résumé de déclarations de témoins, pour être accepté comme mesure compensatoire de la divulgation différée, devait être suffisamment exhaustif et précis<sup>1082</sup>. Dans la même affaire cependant, relevant le caractère limitatif des résumés, la juge unique statuait à la phase préliminaire que si la défense décide d'inclure les résumés qui ont été divulgués par l'accusation dans son inventaire des preuves à décharge, elle est tenue se fonder uniquement sur les informations qui y figurent<sup>1083</sup>.

Cette position de la juge unique démontre qu'il y a lieu d'accueillir avec réserve les critères d'intelligibilité et d'exhaustivité suffisante des preuves tronquées. Ces concepts se réfèrent sans

---

<sup>1077</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-476-tFRA, *supra* note 109 au para 62.

<sup>1078</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-774-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Deuxième décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve » (14 décembre 2006) au para 47 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-774-tFRA]; *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 68.

<sup>1079</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2283-Red-tFRA, *supra* note 819 au para 15.

<sup>1080</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 90.

<sup>1081</sup> *Ibid* au para 111.

<sup>1082</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1179, *supra* note 516 au para 51.

<sup>1083</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 122.

doute à une compréhension globale des documents. Rien ne garantit cependant qu'ils assurent à l'autre partie l'exhaustivité réelle de l'information. La règle de l'intelligibilité est fondée sur la prémisse que certaines informations dont une partie sollicite la non-divulgaration ne sont pas pertinentes pour le règlement d'une question précise. Or il est arrivé qu'une information apparemment banale à un moment donné de la procédure devienne par la suite cruciale à la faveur d'un concours de circonstances. Pour les informations pertinentes, mais dont la divulgation doit être différée, leur non-divulgaration ne rend que plus onéreux le travail de préparation des parties qui ne sera pas nécessairement efficace. Très souvent aussi, les éléments tronqués se rapportent au contexte et aux circonstances factuelles plus générales. À première vue sans intérêt pour une question précise, ces données ne permettent pas moins la compréhension plus juste et équilibrée de la situation. Elles donnent, nous sommes tenté de convenir, des moyens plus affûtés aux parties de s'engager dans un débat pleinement contradictoire.

#### 1.1.1.2. – La restriction du principe du contradictoire

S'il n'est pas l'équité lui-même, le principe du contradictoire en est « la clé de voûte », « l'une des principales garanties », « un aspect fondamental », ainsi que n'a eu de cesse de le répéter la Cour EDH<sup>1084</sup>. Droit de prendre connaissance des éléments de preuve et des arguments à charge et de les contredire, ce principe « est une composante essentielle [...] du concept de procès équitable »<sup>1085</sup>. En tant que tel, il permet de réaliser l'égalité des armes<sup>1086</sup> dont il est un élément constitutif<sup>1087</sup>. Nous avons vu dans les sections précédentes la première dimension de l'égalité des armes qui est celle de « prendre connaissance » de la preuve et des arguments de la partie adverse. L'analyse s'est limitée à la divulgation de la preuve. Cette dimension est une condition préalable de la contradiction si cette dernière doit être réelle et effective<sup>1088</sup>.

En effet, la contradiction n'aura d'effectivité que si l'accusé se voit communiquer tous les éléments à charge ou à décharge en leur possession<sup>1089</sup>. La Cour IADH a jugé que les autorités ont violé les droits de la défense des victimes « en refusant de leur communiquer clairement les charges

---

<sup>1084</sup> Voir Kutly, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 aux pp 559-560.

<sup>1085</sup> Serge Guinchard, « Principe du contradictoire » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 154 à la p 154 [Guinchard, «Principe du contradictoire»].

<sup>1086</sup> *Ibid.* Voir également Cour EDH, *Werner c Autriche*, n° 21835/93 (24 novembre 1997) au para 63; Comm EDH, *Mantovanelli c France* (29 novembre 1995) au para 43.

<sup>1087</sup> Eudes, « Article 14 », *supra* note 540 à la p 345.

<sup>1088</sup> Cour EDH, *Goktepe c Belgique*, n° 50372/99 (2 juin 2005) au para 25 [*Goktepe*].

<sup>1089</sup> Cour EDH, *P.G. et J.H. c Royaume-Uni*, n° 44787/98 (25 septembre 2001) au para 67 [*P G et J H*].

qui portaient contre elles, en refusant leur droit d'effectuer des contre-interrogatoires et en leur octroyant un délai jugé trop court, à la lumière de la complexité de l'affaire, pour préparer leur défense »<sup>1090</sup>. La Cour EDH juge quant à elle qu'il est contraire aux exigences du procès équitable que « des éléments de preuve très importants (n'ont pas été) produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public »<sup>1091</sup>.

Le principe du contradictoire s'entend de « l'obligation de soumettre à l'examen et à la libre discussion des parties tout élément susceptible d'avoir une influence sur l'issue du procès »<sup>1092</sup>. L'accusé ou la personne poursuivie a ainsi le droit de contredire, de réfuter et de présenter les arguments contre les accusations qui pèsent contre lui. Le principe du contradictoire exige que le juge forme son intime conviction uniquement sur les éléments de preuve que les parties ont pu librement contredire<sup>1093</sup>. Il s'entend également du droit d'avoir accès, outre aux éléments de preuve, aux écritures de la procédure qui pourraient être produites par les parties ou les juges<sup>1094</sup>. Car sur la base de ces écritures, une contestation ou une contradiction peut être élevée. Dans le cadre de la CPI, le dépôt des écritures est souvent non contradictoire de même que la tenue de certains débats.

On sait que par l'effet des expurgations ou des documents tronqués, la divulgation des éléments de preuve n'est pas entièrement contradictoire, puisque la partie adverse n'a pas accès à l'intégralité de la preuve. La question qui se pose avec les écritures est de savoir si les arguments des parties, dont leurs requêtes et réponses, ainsi que les décisions des juges peuvent eux aussi être non contradictoires. Le principe du contradictoire implique le droit de pouvoir les réfuter. Or si ces documents ne sont pas déposés dans leur intégralité et donc entièrement accessibles aux parties, l'exercice de la contradiction pourrait ne pas être efficace. Le cadre normatif de la CPI admet cependant que les parties autant que la Cour puissent déposer des écritures *ex parte*.

Le dépôt d'écritures *ex parte* par les parties est une conséquence logique du droit de demander la non-divulgence de certains éléments de preuve. La règle 81 du RPP de la CPI qui organise cette restriction à la divulgation a limitativement prévu les cas dans lesquels les parties

---

<sup>1090</sup> Ludovic Hennebel, *La Convention américaine des droits de l'homme: mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 518-519 [Hennebel, *La Convention américaine*], citant *Caso del Tribunal Constitucional (Pérou)* (2001), Cour IADH (Sér C) n°71 au para 80 et 83; *Lori Berenson Mejia (Pérou)* (2004), Cour IADH (Sér C) n°119 au para 184.

<sup>1091</sup> Cour EDH, *Barberà, Messegue et Jabardo c Espagne*, n° 10590/83 (6 décembre 1988) au para 89 [Barberà].

<sup>1092</sup> Catherine Marie, « Droits de la défense » dans Joël Andriantsimbazovina et consorts, dir, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 204 à la p 259; Guinchard, «Principe du contradictoire», *supra* note 1085 à la p 155.

<sup>1093</sup> Kutu, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 à la p 551.

<sup>1094</sup> Guinchard, «Principe du contradictoire», *supra* note 1085 à la p 154.



peuvent solliciter des audiences *ex parte*, et donc introduire des requêtes qui ne seront pas nécessairement communiquées à la partie adverse dans son intégralité. La règle 81-2 est relative à ce type de procédure lorsque l'accusation demande des restrictions à l'obligation de communiquer des éléments de preuve pour ne pas porter préjudice à des enquêtes en cours ou à venir. Il s'est posé dans la pratique de la CPI la question de savoir si ces procédures *ex parte* s'étendaient en vertu de la règle 81-4 au cas où la non-divulgaration vise à assurer la sécurité des témoins, des victimes et des membres de leur famille. La question découlait du fait que la règle 81-4 ne fait pas mention d'une procédure *ex parte*, en plus de ce que d'après la règle 87-2-a, les demandes de protection des victimes et témoins ne peuvent être présentées *ex parte*.

En effet, en ce qui a trait aux demandes de protection des victimes et témoins, le droit à la contradiction est garanti. D'après les termes de la règle 87, qu'importe que la demande de protection émane d'une victime, de son représentant légal, ou soit prise d'office par une chambre, elle « doit être notifiée au Procureur et à la défense, qui ont la possibilité d'y répondre » (règle 87-2-b). Le témoin ou la victime concernée par la demande doit lui aussi en être notifié et pouvoir y répondre. La règle 87 admet les demandes sous pli scellé, donc confidentielles. Dans ce cas, les réponses d'autres participants doivent être produites de la même manière. La protection en vertu de cette règle postule essentiellement une non-divulgaration d'éléments susceptibles d'identifier les témoins et les victimes à l'égard du public et des médias. Il est uniquement fait interdiction aux participants à la procédure de violer cette mesure de non-divulgaration.

Dans l'affaire *Lubanga*, la défense s'est prévaluée de la portée de cette règle 87 pour alléguer que le Procureur ne pouvait introduire une demande de non-divulgaration visant la protection des témoins et des victimes *ex parte*, puisque la protection visée aux termes de la règle 87 est dirigée contre le public et non contre les participants au procès. La Chambre préliminaire a rejeté en bloc cette interprétation. Si la règle 81-4 ne fait pas expressément référence aux procédures *ex parte*, elle s'applique conformément aux articles 54, 72, 93 et 68 qui prévoient « explicitement la tenue de procédures *ex parte* dans le cadre de l'examen de questions relatives à des renseignements touchant à la sécurité nationale et à la protection des victimes et des témoins »<sup>1095</sup>.

---

<sup>1095</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, 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 (19 mai 2006) au para 11 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR].

La conséquence qui découle du fait qu'une procédure doive être tenue *ex parte* est de trois ordres. Premièrement, elle implique la confidentialité de la teneur des écritures à la base d'une telle procédure. Deuxièmement, si une audience doit être tenue sur une demande *ex parte*, l'une des parties en sera exclue en violation du droit de tout accusé d'être défendu par un avocat, même lorsqu'il est absent des débats<sup>1096</sup>. À défaut de présence à l'audience, la procédure ne peut être considérée comme contradictoire<sup>1097</sup>. En troisième lieu, une procédure *ex parte* aboutira nécessairement à une décision confidentielle du juge. Pour nuancer cet état des choses, la Chambre préliminaire dans *Lubanga* a estimé que le but de la procédure *ex parte* était « d'empêcher la défense d'avoir accès au contenu spécifique des procédures [...], et non pas celui de la priver de toute connaissance de l'existence de ces procédures [...] »<sup>1098</sup>. Elle a cependant conclu que si on pouvait notifier à l'autre partie l'existence d'une telle procédure, il n'était pas question qu'elle obtienne les documents déposés *ex parte*, « parce que le sens même de l'expression *ex parte* exclut toute possibilité pour elle de présenter des arguments, documents, pièces ou ordonnances concernant le contenu même de la requête déposée *ex parte* [...] »<sup>1099</sup>.

La tentative de la Chambre préliminaire I d'imposer la notification de l'existence des procédures *ex parte* en règle absolue a été renversée en appel. Les juges d'appel ont trouvé la solution trop radicale, estimant que compte tenu des droits de l'homme internationalement reconnus, elle pourrait être inappropriée dans certains cas<sup>1100</sup>. La règle applicable est finalement celle dégagée par la Chambre d'instance aux termes de laquelle la notification est le principe et l'absence de notification l'exception<sup>1101</sup>. Dans la mesure où elles sont admises à participer, les victimes doivent également être destinataires de la notification à moins que la décision de ne pas les inclure soit suffisamment justifiée<sup>1102</sup>.

Du fait du caractère *ex parte* de la procédure, il est donc versé au dossier d'une affaire deux versions du même document. La version altérée, qui est communiquée à l'autre partie, est naturellement incluse. Le document complet y est également versé, mais avec la mention « *ex parte*,

---

<sup>1096</sup> Guinchard, «Principe du contradictoire», *supra* note 1085 à la p 156.

<sup>1097</sup> Jean-Philippe Kot, « Les droits de la défense » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 909 à la p 918.

<sup>1098</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 16.

<sup>1099</sup> *Ibid* au para 18.

<sup>1100</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, *supra* note 109 au para 67.

<sup>1101</sup> *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1058, Public Decision on the procedures to be adopted for *ex parte* proceedings (6 décembre 2007) au para 12 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1058].

<sup>1102</sup> *Ibid*.

réservé à [la partie qui le dépose] ». Cette approche a été adoptée dans l'affaire *Lubanga* à la phase préliminaire menant à l'audience de confirmation des charges. Ainsi, si une partie qui a demandé d'être exonérée de la divulgation complète est autorisée à communiquer une version expurgée d'un document; elle dépose non seulement cette version expurgée au dossier de l'affaire, mais également son original, avec cependant la mention « *ex parte* »<sup>1103</sup>. Cette mention constitue une marque de restriction, puisque pour les besoins de la procédure, si les parties peuvent avoir accès aux versions expurgées en toute égalité, celle qui aura déposé les documents au dossier possède un avantage découlant de ce que son adversaire n'a pas droit à la version intégrale<sup>1104</sup>.

L'influence du caractère *ex parte* de la procédure porte sur deux éléments de la décision qui en résulte. D'une part, les motivations de la décision peuvent être rendues *ex parte*. Une partie se voit communiquer la décision, mais sans ses motifs. C'est le cas en général des décisions autorisant les expurgations. La Chambre d'appel a rendu une décision le 14 décembre 2006 faisant obligation aux juges de chambres préliminaires de motiver les décisions par lesquelles elles restreignent le droit de l'accusé à une communication intégrale. La mise en œuvre de cette décision étant susceptible de conduire à la divulgation des informations supprimées, le juge unique dans *Katanga-Chui* a estimé que pour se conformer à l'arrêt d'appel du 14 décembre 2006, il devait « au moins dans une annexe *ex parte* à laquelle la défense n'a pas accès, expliquer spécifiquement dans chaque cas pourquoi un élément d'information est supprimé [...] »<sup>1105</sup>.

D'autre part, la décision elle-même peut être communiquée *ex parte*, en ce sens qu'une partie n'en reçoit qu'une version expurgée. Il est arrivé que pour des raisons de confidentialité, les chambres préliminaires rendent des décisions portant la mention « confidentielle, *ex parte* réservé [à une partie] ». Le plus souvent, la décision est réservée à l'accusation. Il s'agit de la décision dans sa version intégrale, qui sera par la suite expurgée à des degrés divers pour être communiquée à l'autre partie. Dans ce cas, la classification devient plus inclusive, soit une « version confidentielle expurgée, réservée au BdP et à la défense ». De cette dernière version, des expurgations supplémentaires sont effectuées pour obtenir une version qui sera rendue accessible au public<sup>1106</sup>.

---

<sup>1103</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 49.

<sup>1104</sup> *Ibid* au para 136.

<sup>1105</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 66.

<sup>1106</sup> Voir par exemple *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-123-Conf-Exp-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger les déclarations des témoins 4 et 9 (21 décembre 2007) (CPI, Chambre préliminaire I).

Dans tous les cas, soit que les motivations sont *ex parte* ou que la décision n'est pas communiquée dans son intégralité, les choix opérés par la Cour posent des problèmes d'égalité des armes. Les parties peuvent en effet être privées, du fait que certains éléments des écritures sont réservés, des informations nécessaires pour pouvoir véritablement entretenir avec l'adversaire et la Cour un débat contradictoire.

Dans la pratique de la Cour EDH, le principe du débat contradictoire suppose que le tribunal qui juge l'affaire donne l'opportunité aux parties de faire des commentaires sur leurs documents et arguments respectifs, notamment ceux qui sont susceptibles d'influencer la décision du juge<sup>1107</sup>. Les commentaires peuvent porter, d'après Franklin Kutu sur « l'existence des pièces de la procédure, leur contenu et leur authenticité ». Il peut également s'agir de discuter des conclusions des experts, de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur au moment de la déposition ou ultérieurement. La contradiction doit se faire d'une manière appropriée, avec un délai suffisant et, si nécessaire, par écrit<sup>1108</sup>.

Les parties ont la discrétion de formuler des commentaires. La seule présence à l'audience garantit le respect du contradictoire<sup>1109</sup>. Toutefois, la règle de la contradiction crée l'attente légitime que les parties soient consultées par le juge lorsqu'il y a lieu qu'elles fournissent leurs commentaires sur un document précis<sup>1110</sup>. Si cette invitation n'est pas expressément formulée par le tribunal, les parties ne sont pas pour autant privées de leur droit<sup>1111</sup>. Le devoir de diligence de l'avocat l'y contraint d'ailleurs.

La complexité de la procédure pénale internationale et les nombreuses questions incidentes qui peuvent surgir au cours de celle-ci invitent à se demander s'il est réellement nécessaire que les parties aient à répondre à tous les débats possibles ou se limiter à ceux où sont en cause les enjeux directement liés au cœur du procès, à savoir la détermination de la responsabilité pénale ou de l'innocence de l'accusé. En d'autres termes, doit-on considérer que le principe est violé lorsqu'il n'est pas reconnu à une partie de participer à un débat sur l'octroi ou non de mesures de protection aux victimes et témoins de la même manière qu'un refus se rapportant à l'admissibilité ou l'inadmissibilité d'un élément de preuve à charge ou à décharge? La Cour EDH a statué en 1989 que le principe du

---

<sup>1107</sup> Kutu, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 à la p 572.

<sup>1108</sup> Cour EDH, *Krcmar et consorts c République Tchèque*, n° 35376/97 (3 mars 2000) au para 42 [*Krcmar*].

<sup>1109</sup> Kutu, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 à la p 577.

<sup>1110</sup> *Krcmar*, *supra* note 1108 au para 43.

<sup>1111</sup> Kutu, *Justice et procès équitable*, *supra* note 1052 à la p 562.

contradictoire s'appliquait à un aspect de procédure même si celui-ci ne se rapportait pas à l'infraction incriminée en tant que telle<sup>1112</sup>. Plus récemment, elle a jugé qu'il n'y a pas violation du principe du contradictoire si le document du dossier répressif n'est pas déterminant pour conclure à la culpabilité de l'accusé<sup>1113</sup>.

À notre avis, cette conception restrictive doit être relativisée dans le contexte de la CPI au regard de l'ampleur de la confidentialité. Le cadre normatif de la Cour ne garantit pas le respect du contradictoire avec rigueur. Les textes fondamentaux codifient les procédures non contradictoires d'une manière extensive<sup>1114</sup>. Le cas le plus contestable est sans doute le droit que l'accusation possède en vertu de la règle 83 d'être entendue *ex parte* par la Chambre de l'affaire afin que celle-ci prenne une décision concernant les éléments de preuve à décharge, c'est-à-dire qui se rapportent à l'innocence ou qui discréditent potentiellement la cause contre l'accusé.

La norme 24-4 du *Règlement du Greffe* définit la procédure non contradictoire ou *ex parte* de deux manières. Dans un cas, plusieurs participants ont connaissance de sa tenue, mais ne peuvent s'y faire entendre. Dans un autre cas, un ou plusieurs participants n'en ont pas simplement connaissance<sup>1115</sup>. Le principe du contradictoire impose non seulement d'avoir connaissance des arguments et des éléments de preuve de la partie adverse, mais également le droit d'y répondre. L'idée qu'on puisse seulement être informé sans pouvoir se faire entendre ne satisfait absolument pas le principe du contradictoire. Le fait de ne pas avoir connaissance de l'existence d'une procédure viole cette règle à plus forte raison. La Chambre d'appel de la CPI a reconnu la difficulté pour l'accusé d'exercer son droit à la contradiction lorsqu'il n'avait pas eu connaissance de la procédure tenue *ex parte* ayant donné lieu à la décision contestée devant elle<sup>1116</sup>.

La Cour s'est efforcée dès le début d'atténuer les termes de la norme 24-4 du *Règlement du Greffe*. Le droit de répondre lorsqu'il est notifié de la tenue d'une procédure *ex parte* est désormais

---

<sup>1112</sup> Cour EDH, *Kamasinski c Autriche*, n° 9783/82 (19 décembre 1989) au para 102.

<sup>1113</sup> *Goktepe*, *supra* note 1088 au para 30.

<sup>1114</sup> Voir l'article 72 du *Statut de Rome* (recours aux procédures à huis clos ou *ex parte* pour trouver une solution à la communication de renseignements touchant la sécurité nationale), les règles 57 (examen *ex parte* et à huis clos de la demande du Procureur de prendre des mesures d'enquête nécessaires pour préserver des éléments de preuve en attendant la décision sur la recevabilité), 74 (avis du Procureur *ex parte* sur l'opportunité d'accorder des garanties de non-incrimination à un témoin), 81 (droit du Procureur d'être entendu *ex parte* au sujet d'une demande de non-divulgaration pour ne pas porter préjudice aux enquêtes en cours et à venir), 88 (audience *ex parte* pour déterminer l'application de mesures spéciales de protection aux victimes et témoins) et 134 (exception à l'obligation de notifier une requête se rapportant à la procédure lorsqu'elle a pour objet une procédure *ex parte*) du RPP; les normes 23bis du *Règlement de la Cour* (niveau de classification des soumissions des parties) et 24-4 du *Règlement du Greffe*.

<sup>1115</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 14.

<sup>1116</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-476-tFRA, *supra* note 109 au para 19.

plus généralisé qu'en vertu de la norme 24-4. Les principales décisions prises à ce sujet l'ont été essentiellement dans le cadre de la restriction à l'obligation de divulgation en vertu des règles 81-2 et 81-4 du RPP. La jurisprudence rappelle que les procédures non contradictoires en vertu de ces dispositions doivent être l'exception et non la règle<sup>1117</sup>. Le droit de contredire est assuré par le fait que la défense doit :

- i. être informé de l'existence et du fondement juridique de toute requête déposée ex parte par l'accusation [...];
- ii. se voir accorder la possibilité de présenter des conclusions sur i) la portée générale des dispositions qui constituent le fondement juridique de la requête déposée ex parte par l'accusation, et ii) toute autre question générale qui, selon elle, pourrait influencer sur la suite donnée à la requête de l'accusation;
- iii. recevoir, à tout le moins, une version expurgée de toute décision prise par la Chambre concernant l'une quelconque des procédures ex parte visées [...]<sup>1118</sup>

Cette approche correspond à la démarche de la Cour EDH qui considère que la règle de la communication est sujette à des exceptions, sous réserve que les difficultés causées à la défense soient compensées par la procédure suivie par les autorités judiciaires<sup>1119</sup>. Le moyen par lequel la compensation est opérée dépend essentiellement de la pertinence des documents non divulgués. Lorsque les documents en cause ne sont pas pertinents pour la défense de l'accusé, un contrôle judiciaire assorti de la possibilité pour la défense d'être tenue informée, de formuler ses observations et de participer au processus décisionnel sans que lui soient divulgués les documents litigieux est suffisant<sup>1120</sup>. Si au contraire les documents secrets sont directement pertinents pour fonder l'intime conviction du tribunal, l'accès aux documents secrets ou à toute information relative à leur contenu s'impose au nom du respect du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>1121</sup>.

L'effort de la CPI est louable, mais il faut convenir qu'il n'est pas suffisant pour assurer la pleine efficacité du principe de contradiction. Il s'agit en effet pour la défense de répondre sans s'être vu notifier les documents qui fondent la requête *ex parte*, car comme le reconnaît bien la Chambre, si ces requêtes devaient lui être communiquées, l'idée de procédure *ex parte* n'aurait plus de sens<sup>1122</sup>. Il nous apparaît douteux que la contradiction soit entretenue à son plein potentiel lorsque la défense se prononce uniquement sur la portée générale des dispositions qui fondent la requête de l'autre

---

<sup>1117</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1058, *supra* note 1101 au para 12.

<sup>1118</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 17.

<sup>1119</sup> Cour EDH, *Edwards et Lewis c Royaume Uni*, n° 39647/98 40461/98 (22 juillet 2003) au para 52 [*Edwards et Lewis*]; *Dowsett c Royaume Uni*, n° 39482/98 (24 juin 2003) au para 42 [*Dowsett*]; *P G et J H*, *supra* note 1089 au para 68; *Atlan c Royaume-Uni*, n° 36533/97 (19 juin 2001) au para 40; *Rowe et Davis c Royaume-Unis*, n° 28901/95 (16 février 2000) au para 61; *Fitt*, *supra* note 108 au para 45; *Jasper*, *supra* note 108 au para 52.

<sup>1120</sup> *Fitt*, *supra* note 108 aux paras 48-49; *Jasper*, *supra* note 108 aux paras 55-56.

<sup>1121</sup> *Edwards et Lewis*, *supra* note 1119 au para 58.

<sup>1122</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 17.

partie. Il s'agit en d'autres mots de recueillir son interprétation de la règle de droit. En somme un exercice d'exégèse sans base factuelle. Autant dire une navigation à vue.

### 1.1.2. – L'obstacle à la rapidité de la procédure

La bonne administration de la justice est mesurée non seulement à sa qualité, ainsi que nous l'avons vu en examinant la question de l'égalité des armes, mais aussi à son efficacité<sup>1123</sup>. D'après Jacques Robert, « [l']efficacité d'une justice dépend à la fois de la rapidité du traitement des affaires et de l'exécution effective de ses décisions »<sup>1124</sup>. Nous nous limiterons dans la présente analyse à la question de la rapidité. Systématiquement invoquée, elle fait partie des critères d'une bonne administration de la justice<sup>1125</sup>. Comme le dit avec justesse un commentateur, « la justice ne peut pas être juste si elle tarde trop »<sup>1126</sup>. L'absence de décision dans un délai raisonnable constitue un déni de justice<sup>1127</sup>. Il ne suffit donc pas que l'égalité des armes soit respectée. Encore faut-il qu'elle soit garantie dans un délai raisonnable.

La célérité comme droit de l'accusé est reconnue en droit international. Elle figure au nombre des garanties du procès équitable auxquelles le CICR a reconnu un caractère coutumier<sup>1128</sup>. Il découle en effet des trois branches de droit que sont le droit humanitaire<sup>1129</sup>, le droit international des droits de l'homme<sup>1130</sup> et le droit international pénal<sup>1131</sup> que la personne qui fait l'objet d'accusations en matière pénale a le droit d'être jugée sans retard excessif. Aucun de ces cadres normatifs ne fixe cependant une longueur précise à la durée du procès. Les instruments de droits de l'homme en Afrique, en Amérique et en Europe posent l'exigence de « délai raisonnable ». Les textes des tribunaux pénaux internationaux, notamment le TPIY, le TPIR et la CPI font référence, lorsqu'ils

---

<sup>1123</sup> Soraya Amrani-Mekki, « Le principe de célérité » (2008) n°125-1 RFAP 43 à la p 45 [Amrani-Mekki, « Le principe de célérité »].

<sup>1124</sup> Robert, «La bonne administration de la justice», *supra* note 1039 à la p 124.

<sup>1125</sup> Hélène Apchain, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice » (2012) AJDA 587 [Apchain, « Retour sur la notion »]; Olivier Gabarda, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice » (2006) numéro spécial Revue de droit public 153 à la p 156.

<sup>1126</sup> Hervé Lehman, *Justice : une lenteur coupable*, Paris, PUF, 2002 à la p 9.

<sup>1127</sup> Mathonnet, «Le procès équitable», *supra* note 14 à la p 134.

<sup>1128</sup> Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, règle 100 à la p 467.

<sup>1129</sup> *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, art. 103-1 et *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, art. 71- 2, dans *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, vol I, Berne, Département Politique Fédéral, aux pp 243-335 .

<sup>1130</sup> PIDCP, *supra* note 21, arts 9-3 et art 14-3-c; *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989 1577 RTNU 3, art. 40-2-b-iii; CEDH, art. 5-3 et 6-1; CADH, art. 8-1; CADHP, art. 7-1-d; *Charte des droits fondamentaux*, *supra* note 1032, art 47; Nations Unies, *Ensemble des principes*, *supra* note 298, Principe 38.

<sup>1131</sup> *Statut de Rome*, art. 64-2 et 3 et art. 67-1-c; *Statut du TPIY*, art. 20-1, 21-4-c; *Statut du TPIR*, arts 19-1, 20-4-C; *Statut du TSSL*, art 17-4-c; *Statut du TSL*, art. 18-2.

évoquent le procès de la personne accusée, au droit d'être jugé « sans retard excessif » (*without undue delay*). Trechel considère qu'en dépit de cette nuance, être jugé « dans un délai raisonnable » ou « sans retard excessif » signifie la même chose<sup>1132</sup>.

Il est généralement reconnu que le délai raisonnable d'un procès ne peut être établi dans l'abstrait et qu'aucun nombre d'années ne saurait être imposé comme seuil<sup>1133</sup>. Norme d'intérêt public imposable au tribunal<sup>1134</sup>, le caractère raisonnable des délais s'évalue au cas par cas<sup>1135</sup>, compte tenu notamment de l'exigence d'équité<sup>1136</sup>. Les organes de protection des droits de l'homme ont développé des critères pour aiguiller l'analyse de ce délai par les juges. Il s'agit de la complexité de l'affaire<sup>1137</sup>, le comportement de la défense<sup>1138</sup>, l'enjeu du litige pour l'intéressé, et le

<sup>1132</sup> Stefan Treschel, « Rights in Criminal Proceedings under the ECHR and the ICTY Statute – A Precarious Comparison » dans Bert Swart, Alexander Zahar et Göran Sluiter, dir, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford, OUP, 2011, 149 à la p 166 [Treschel, «Rights in Criminal Proceedings»].

<sup>1133</sup> *Ibid* à la p 167. Dans une affaire qu'elle a jugée complexe, la Cour EDH a estimé que le délai d'un an et huit mois était raisonnable: Cour EDH, *Idalov c Russie* [GC], n° 5826/03 (22 mai 2012) au para 190 [*Idalov*].

<sup>1134</sup> Salvatore Zappalà, « The Rights of the Accused » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John RWD Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol II, Oxford, OUP, 2002, 1319 à la p 1339; Karolina Kremis, «The Protection of the Accused in International Criminal Law According to the Human Rights Law Standard» (2011) 1:2 *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 26 à la p 40. À titre de règle d'intérêt public, le délai raisonnable peut être un motif de rejet d'une requête de la défense si y donner suite aura la conséquence de ralentir la procédure : *Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1666-Conf-Exp, Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure (20 novembre 2009) au para 42 (CPI, Chambre de première instance II); *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (12 juillet 2010) aux paras 40-43 (CPI, Chambre d'appel). Voir aussi *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 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 », Opinion dissidente de M. le juge Georgios M. Pikis (21 octobre 2008) au para 15 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA].

<sup>1135</sup> La Cour EDH fait référence à une analyse globale: *Idalov*, *supra* note 1133 au para 191. Voir aussi Louise Doswald-Beck, « Fair Trial, Right to, International Protection » dans Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, OUP. En ligne <www.mpepil.com>. Le champ temporel se situe entre l'inculpation officielle et l'exercice du dernier moyen de recours : Cour EDH, *Hamer c Belgique*, n° 21861/03 (27 novembre 2007) au para 61.

<sup>1136</sup> « La rapidité doit s'accommoder du temps nécessaire à la qualité du système »: Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *supra* note 1123 à la p 44. Un juge de mise en état du TSL, pour reporter l'ouverture du procès sur la demande de la défense qui ne s'était encore vu communiquer l'intégralité de la preuve a statué que maintenir la date initialement prévue « privilégierait excessivement l'impératif de rapidité au détriment de celui d'équité de la procédure » : *Le Procureur c Salim Jamil Ayyah et consorts*, STL-11-01/PT/PTJ, Décision relative à la requête de la défense en ajournement de la date d'ouverture du procès (21 février 2013) au para 21 (TSL, Juge de la mise en état).

<sup>1137</sup> La complexité serait accrue par des jonctions d'instance, l'étendue des charges: Wolfgang Schomburg, « The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights » (2009) 8:1 *Northwestern Journal of International Human Rights* 1 aux pp 14-15 [Schomburg, « Respect for Fair Trial Rights »]. Au TPIY, sur un échantillon représentatif de 16 affaires, Treschel relève que les procédures durent entre 3 et 8 ans et demi: Treschel, «Rights in Criminal Proceedings», *supra* note 1132 aux pp 168-9.

<sup>1138</sup> La pratique épingle un ensemble de comportements, notamment les requêtes dilatoires ou tardives : *Idalov*, *supra* note 1133 au para 189; le droit absolu des accusés d'assurer eux-mêmes leur défense : Schomburg, « Respect for Fair Trial Rights », *supra* note 1137 à la p 15, Göran Sluiter, « Le procès Seselj et la compromission de la justice pénale internationale » (2007) 2 :1 *Hague Justice Journal* 1.



comportement des autorités compétentes<sup>1139</sup>. Il se peut que d'autres causes de lenteur caractérisent le fonctionnement de la justice internationale pénale <sup>1140</sup>. D'après la Cour EDH toutefois, « seules les lenteurs imputables à l'État peuvent amener à conclure à l'inobservation du "délai raisonnable" »<sup>1141</sup>. L'analyse en deux temps consiste à voir quelle a été la durée de la phase préliminaire d'une part et quelle a été la durée de la phase de jugement d'autre part<sup>1142</sup>. L'organe de contrôle vérifie alors si la lenteur est imputable au procureur ou au juge. Dans la brève pratique de la CPI, les mesures mettant en œuvre la confidentialité comme cause de lenteur sont en majorité imputables au BdP (1.1.2.1)<sup>1143</sup>. Toutefois, en raison du contrôle relâché qu'exercent le plus souvent les chambres, il ne serait pas exagéré de les tenir également fautives de ces manquements (1.1.2.2.).

### 1.1.2.1. – La lenteur imputable à l'organe de poursuite

La confidentialité, ainsi que nous l'avons vu, a un impact plus préjudiciable sur le processus de divulgation des éléments de preuve ou des renseignements dont ont besoin les parties pour se préparer dans la perspective du procès. En tant que débiteur de la partie la plus onéreuse de cette obligation, il est presque logique que le Procureur ne s'en décharge pas toujours dans le délai imposé par les règles ou les juges. Tous les retards ne sont pas nécessairement attribuables à une question de confidentialité. Dans bien des cas, les demandes du Procureur afin de faire reporter la date butoir de divulgation ont été fondées sur d'autres considérations qu'un impératif de confidentialité. Dans *Katanga-Chui*, il s'agissait de la découverte tardive d'éléments de preuve

<sup>1139</sup> Cour EDH, *Pélissier et Sassi c France* [GC], n° 25444/94 (25 mars 1999) au para 67; *Philis c Grèce*, n° 12750/87 13780/88 14003/88 (27 août 1991). Voir aussi CDH, *Johnson c Jamaïque*, n°588/1994 (29 mai 1998) au para 8.8, *Saw c Jamaïque*, n°704/1996 (2 avril 1998) au para 7.4; *Suarez Rosero* (Équateur) (1997), Cour IADH (Sér C) n°35 au para 72-73.

<sup>1140</sup> Par exemple la célérité est une composante majeure de l'obligation de coopération: *Le Procureur c Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A, Arrêt (23 mai 2005) au para 221 (TPIR, Chambre d'appel). Le modèle procédural de la CPI est également pointé du doigt: Schomburg, « Respect for Fair Trial Rights », *supra* note 1137 à la p 15; War Crimes Research Office, *Expediting Proceedings at the International Criminal Court*, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, American University Washington, juin 2011 [WCRO, *Expediting Proceedings*]. Voir surtout *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 61-7-c-i du Statut (3 juin 2013) au para 41 (CPI, Chambre préliminaire I) [Gbagbo, ICC-02/11-01/11-432-tFRA]

<sup>1141</sup> *Idalov*, *supra* note 1133 au para 67; Cour EDH, *Pedersen et Baadsgaard c Danemark* [GC], n° 49017/99 (17 décembre 2004) au para 49.

<sup>1142</sup> Dans l'affaire *Gbagbo*, la Chambre préliminaire a fixé le début de la période à partir de laquelle commence à courir le délai raisonnable au moment où le suspect s'est vu notifier le mandat d'arrêt : *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 au para 38. Pour la pratique du CDH, voir Eudes, « Article 14 », *supra* note 540 à la p 353.

<sup>1143</sup> Le comportement de la défense est aussi souvent, pour d'autres motifs, la source de retards. Dans *Mbarushimana*, la Chambre préliminaire lui reproche le retard consécutif à ce qu'elle a « demandé que soient à nouveau admis des éléments de preuve dont elle avait demandé, et obtenu, l'exclusion au motif de violation des droits du suspect [...] » : *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 36. Dans un autre cas, un report d'audience a été ordonné au motif que la défense manquait de ressources pour se préparer correctement : *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 au para 5. Dans cette dernière affaire, la Chambre préliminaire fait également référence au fait que la défense ait indûment demandé une expertise sur l'aptitude de l'accusé à subir son procès comme un motif de retard : *Ibid* au para 40.

pertinents pour la préparation de la défense<sup>1144</sup>. Dans la même affaire, rappelant la jurisprudence de la Cour EDH, la Chambre de première instance I a souligné qu'« une charge de travail excessive ou une insuffisance de moyens ne saurait justifier la violation du droit d'être jugé sans retard excessif »<sup>1145</sup> lorsque le Procureur a prétendu que la communication tardive de traductions et transcriptions de documents audio et vidéo était attribuable à des restrictions budgétaires. Dans *Lubanga*, la découverte tardive d'éléments utiles à la défense reposait sur un manque d'attention du Procureur dans le dépouillement des documents en sa possession<sup>1146</sup>.

Dans la pratique cependant, le processus de divulgation est ralenti par des enjeux de confidentialité. La démarche est légale si l'on en croit les textes fondamentaux de la Cour, à savoir que les parties peuvent demander à la Chambre compétente de surseoir à la divulgation complète pour préserver l'identité des victimes, témoins et personnes à risque du fait des activités de la Cour ou encore des sources du BdP dont la révélation de l'identité porterait préjudice aux enquêtes en cours ou à venir. Le problème qui se pose le plus souvent n'est pas le principe de la divulgation différée de ce type de renseignements. L'interprétation des dispositions qui s'y rapportent et la mise en œuvre de la solution qu'elles édictent sont des causes d'allongement des procédures, ceci souvent dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice<sup>1147</sup>.

La divulgation différée vise à placer les personnes protégées sous l'autorité de la Cour avant de procéder à toute divulgation complète. Dans *Katanga-Chui*, une saga a opposé le Procureur et le Greffe sur le point de savoir si l'organe de poursuite pouvait de son propre chef prendre des mesures de réinstallation provisoire des témoins et victimes, la réinstallation étant une des mesures utilisées pour garantir l'intérêt de confidentialité des victimes. Tandis que le cadre normatif confère au Greffe la gestion du programme de protection de la Cour, toute inclusion dans un tel programme étant assujettie à la décision de l'organe administratif<sup>1148</sup>, l'accusation prétendait au contraire que les textes, notamment l'article 68 du *Statut*, lui reconnaissent une responsabilité spéciale de protéger les témoins. À ce titre, il considérait qu'il était habilité à prendre des mesures provisoires de protection,

---

<sup>1144</sup> Voir *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1423-tFRA, *supra* note 461.

<sup>1145</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1336-tFRA, Décision relative à la requête urgente de l'Accusation aux fins d'autorisation de présenter comme éléments de preuve à charge des transcriptions et des traductions d'enregistrements vidéo, ainsi que l'enregistrement vidéo DRC-OTP-1042-0006 en vertu de la norme 35 et à sa demande d'expurgation (ICC-01/04-01/07-1260) (27 juillet 2009) au para 6 (CPI, Chambre de première instance I).

<sup>1146</sup> *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1377, Public Decision on prosecution's requests to add items to the evidence to be relied on at trial filed on 21 April and 8 May 2008 (4 juin 2008) (CPI, Chambre de première instance I).

<sup>1147</sup> Yves Beigbeder, *International Criminal Tribunals: Justice and Politics*, New York, Palgrave Macmillan, 2011 à la p 82.

<sup>1148</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 12.

en attendant que le Greffe se prononce sur une demande à cet effet. La Chambre préliminaire s'est opposée à cette interprétation du *Statut*, se fondant non seulement sur la lettre de l'article 68-1, qui n'accorde pas expressément à l'accusation le pouvoir de réinstaller des témoins à titre préventif<sup>1149</sup>, mais également sur les conséquences relatives à la coordination institutionnelle qu'engendrerait une telle pratique. Dans le cas d'espèce, après que le Greffe eut rejeté la demande d'admission d'un témoin au programme de protection de la Cour, le BdP avait procédé à sa réinstallation préventive, ce qui contrevenait à la décision de l'organe normalement compétent aux termes du *Statut*. Entre le 18 avril, date de la décision de la juge unique de la Chambre préliminaire et le 26 novembre 2008, date du règlement définitif par la Chambre d'appel<sup>1150</sup>, il s'est écoulé près de 6 mois. Le principe qui prévaut désormais interdit à l'accusation d'offrir des garanties d'anonymat aux témoins<sup>1151</sup>.

Le processus qui mène lui-même à l'insertion d'une personne dans le programme de protection de la Cour est loin d'être des plus rapides. Il faut compter deux à trois mois entre une demande d'admission au programme de protection de la Cour et la réinstallation effective. Le retard s'accroît en fonction du nombre de témoins à réinstaller<sup>1152</sup>. Dans *Lubanga*, ce sont 28 témoins de l'accusation qui ont été admis dans le programme de protection<sup>1153</sup> tandis que 19 sur 25 l'étaient dans le procès *Katanga-Chui*<sup>1154</sup>. C'est après la réinstallation que l'accusation peut demander la restriction à la divulgation d'éléments se rapportant aux témoins. Il faut plusieurs semaines selon la Chambre préliminaire dans *Katanga-Chui* pour se prononcer sur de telles demandes<sup>1155</sup>. La Chambre préliminaire dans *Mbarushimana* n'a pas manqué de souligner à l'endroit du Procureur les délais qu'entraînait le fait d'être « inutilement saisie par l'accusation d'une requête aux fins d'obtenir l'autorisation d'expurger un document qui avait déjà été communiqué sous une forme non

---

<sup>1149</sup> *Ibid* au para 24.

<sup>1150</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-776-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la portée des éléments de preuve qui seront présentés à l'audience de confirmation des charges, à la réinstallation préventive et à la communication en application de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement rendue par la Chambre préliminaire I (26 novembre 2008) au para 99 (CPI, Chambre d'appel) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-776-tFRA]. La Chambre d'appel confirme la décision de la juge unique de la Chambre préliminaire : « le Procureur ne peut pas procéder unilatéralement à la « réinstallation préventive » des témoins, que ce soit avant que le Greffier n'ait décidé de réinstaller un témoin particulier ou après que le Greffier a décidé qu'il ne devait pas l'être ».

<sup>1151</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 17.

<sup>1152</sup> *Ibid* au para 61.

<sup>1153</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-T-104, conférence de mise en état (16 janvier 2009) au para 1 (CPI, Chambre de première instance I).

<sup>1154</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-52, conférence de mise en état (27 novembre 2008) aux paras 67-70 (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>1155</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 67.

expurgée »<sup>1156</sup>. Chaque autorisation de surseoir à la divulgation doit être motivée par le juge, ce qui implique un temps de délibération non négligeable. Il s'ensuit que si les demandes de protection sont introduites tardivement, le processus judiciaire sera conséquemment ralenti.

Dans *Lubanga*, les demandes tardives de protection ont été à l'origine du report de l'ouverture de l'audience de confirmation des charges au moins une fois. Après un premier report au 28 septembre 2006 alors qu'il était prévu qu'elle débute le 27 juin 2006, le Procureur a obtenu un nouveau report jusqu'au 9 novembre 2006 après avoir soumis des demandes d'expurgation 7 jours seulement avant la date butoir de divulgation<sup>1157</sup>. Les demandes tardives de protection ont également été à l'origine de reports dans les affaires *Kantanga-Chui* et *Bemba*.

Dans la première de ces deux dernières affaires, la confirmation des charges qui devait débiter le 28 février 2008 était renvoyée *sine die* le 30 janvier 2008 parce que l'Unité de protection des victimes et témoins n'avait pas terminé son évaluation des demandes de relocation de la moitié de témoins que le Procureur entendait appeler à témoigner. Pour expliquer ce retard, l'Unité faisait valoir entre autres que les demandes de réinstallation avaient été soumises tardivement par l'accusation<sup>1158</sup>. Dans cette affaire, l'accusation avait continué de demander des mesures de protection des témoins plusieurs mois après le transfert de l'accusé sous l'autorité du Tribunal. En raison de la tardiveté de ces requêtes, la Chambre d'instance n'a été en mesure de fixer la date d'ouverture du procès que près de 5 mois après la décision sur la confirmation des charges<sup>1159</sup>.

Dans *Bemba*, une situation similaire s'est produite. Après avoir fixé l'audience de confirmation des charges au 4 novembre 2008, la Cour dut revoir sa position, considérant que les requêtes tardives de divulgation avaient placé l'accusation dans une situation où elle n'était plus désormais en mesure de se conformer au délai prescrit<sup>1160</sup>.

La décision de la Chambre apparaît comme une excuse anticipée au reproche qu'on pourrait lui faire de ne pas elle-même trancher promptement les demandes d'expurgation. Dans bien des cas,

---

<sup>1156</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 36.

<sup>1157</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-ICC-01/04-01/06-126-tFR, Décision relative au report de l'audience de confirmation des charges et à la modification de l'échéancier établi dans la décision relative au système définitif de divulgation (24 mai 2006) à la p 6 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-ICC-01/04-01/06-126-tFR].

<sup>1158</sup> *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-172-tFRA, Décision de suspension des délais courant avant l'ouverture de l'audience de confirmation des charges (30 janvier 2008) aux pp 6 et 8 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>1159</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-999, Décision fixant la date du procès (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve) (27 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>1160</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-170-tENG, Décision sur le report de l'audience de confirmation des charges (17 octobre 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).

il a pris aux chambres saisies un peu plus d'un mois pour donner suite à une requête de l'accusation sollicitant des mesures de confidentialité<sup>1161</sup>. Mais compte tenu de la complexité de l'analyse à laquelle doit se livrer la Chambre en pareille circonstance, il est difficile de dire s'il peut être conclu qu'un tel délai n'est pas justifié. Il en est de même en ce qui concerne le rôle du Greffe dans l'approbation des mesures de protection. Dans *Lubanga*, le premier report de l'audience de confirmation des charges d'environ trois mois se justifiait du fait que l'Unité de protection n'avait pas encore approuvé l'admission de témoins de l'accusation dans le programme de protection<sup>1162</sup>.

Dans la situation au Kenya, le début du procès de l'accusé a dû être reporté parce que la communication différée avait visé la majorité des témoins de l'accusation de sorte qu'il fallait plus de temps à la défense pour mener ses propres enquêtes. L'adoption de la communication différée découlait de nouveau du fait que le Procureur avait trainé à saisir l'UVT pour l'évaluation du besoin de protection des témoins<sup>1163</sup>.

À la différence de la confidentialité comme mesure de protection dont les retards qu'elle cause peuvent se justifier au regard de la complexité des affaires jugées, la confidentialité qui affecte une preuve *ab initio* pose des défis redoutables à la garantie du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Premièrement, qu'il s'agisse d'une confidentialité absolue ou d'une confidentialité relative, la détermination de son bien-fondé donnera nécessairement lieu à une procédure incidente qui ralentira la conduite de la procédure principale<sup>1164</sup>. Deuxièmement, dans bien des cas, lorsque la confidentialité est absolue, certaines dispositions qui les proclament entretiennent la possibilité d'un règlement négocié entre la Cour et les détenteurs des secrets. Tel est le cas en particulier des secrets d'État ou des documents confidentiels du CICR. On ne peut véritablement estimer le temps que prendraient de telles négociations<sup>1165</sup>. Elles tiendront d'autant la procédure principale en l'est qu'elles ne sont envisagées que dans l'hypothèse où les éléments de preuve sont nécessaires et pertinents pour la détermination de la cause.

---

<sup>1161</sup> WCRO, *Expediting Proceedings*, *supra* note 1140 à la p 65.

<sup>1162</sup> *Lubanga*, ICC-ICC-01/04-01/06-126-tFR, *supra* note 1157 à la p 2.

<sup>1163</sup> *Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-763-Red, Public Redacted Version of 'Decision on Commencement Date of Trial' (20 juin 2013) au para 31 (CPI, Chambre de première instance V(B)).

<sup>1164</sup> Dans l'affaire *Mbarushimana*, l'audience de confirmation des charges a été ralentie par les débats sur la protection des communications relevant du secret professionnel qui ont abouti à près d'une dizaine de décisions interlocutoires.

<sup>1165</sup> Dans *Lubanga*, le Procureur promettait à la Chambre de première instance le 11 septembre 2007 qu'il négocierait avec ses sources la levée de la confidentialité sur des documents à décharge à communiquer à la défense avant la fin du mois d'octobre 2007. En juin 2008, ces négociations n'avaient pas abouti, amenant la Chambre à ordonner un arrêt conditionnel de l'affaire pour abus de procédure. L'Accusation fera valoir que l'issue des pourparlers avec les sources échappe à son contrôle. Voir *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 14.

Les accords de confidentialité en vertu de la règle 54-3-e ne prévoient pas une procédure de règlement négocié lorsque les sources refusent tout usage ultérieur dans la procédure des renseignements qu'elles ont communiqués à titre confidentiel. Toutefois, parce qu'il est entendu que de tels éléments ne peuvent être utilisés que si les sources consentent, cela laisse la place à une éventuelle négociation. Le Procureur s'est engouffré dans cette brèche dans les affaires *Lubanga* et *Katanga-Chui* pour conclure un maximum d'accords de confidentialité en espérant négocier par la suite avec les sources pour obtenir leur consentement à l'introduction des informations reçues à titre confidentiel en élément de preuve. La pratique de la négociation a d'ailleurs été consacrée par la Cour, les chambres ayant pris pour habitude de concéder à l'accusation des reports de délais afin qu'elle poursuive les discussions engagées avec des sources de documents. L'issue n'est pas toujours heureuse, car souvent, les pourparlers en s'éternisant allongent le temps de la justice. Il est arrivé qu'ils aboutissent à une impasse justifiant un arrêt des poursuites.

Dans *Lubanga*, en face du refus des sources de consentir à la divulgation de documents obtenus par l'accusation en vertu de l'article 54-3-e, la procédure fut suspendue de juin 2008 à janvier 2009, soit près de 6 mois. Toujours dans la même affaire, un nouveau coup d'arrêt fut donné aux poursuites pendant 3 mois. Cette fois-ci, le Procureur refusait de se conformer à un ordre de divulgation de la Cour lui enjoignant de communiquer à la défense l'identité d'un intermédiaire soupçonné de subornation de témoins. La procédure ne reprit qu'à la suite d'un arrêt de la Chambre d'appel, soit exactement après 93 jours<sup>1166</sup>. La gravité de ce type de retard n'a aucune commune mesure avec ceux qui découlent des mesures de protection des personnes à risque du fait des activités de la Cour et des éléments dont la divulgation porterait atteinte aux enquêtes en cours et à venir. Il importe en conséquence d'évoquer l'attitude des organes judiciaires à leur égard.

#### 1.1.2.2. – Le contrôle peu exigeant du juge

L'élaboration d'un calendrier de divulgation constitue sans aucun doute le meilleur moyen pour le juge de veiller à ce que le procès soit conduit sans retard excessif. La question qui survient est la modalité de sanction du non-respect de ces délais. En principe, la preuve soumise au-delà du délai prescrit devrait être exclue. Il faut, pour que la Chambre autorise sa recevabilité, que le Procureur fasse la preuve de « circonstances exceptionnelles », à savoir des motifs sur lesquels il

---

<sup>1166</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2949, Mémoire de la défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012 (3 décembre 2012) au para 70 (CPI, défense Lubanga) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2949].

n'avait aucun contrôle. Or ainsi que nous l'avons remarqué plus haut en ce qui concerne les retards relatifs à la confidentialité, la responsabilité de l'accusation est régulièrement mise en cause.

Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a considéré que les manquements imputables à l'accusation n'avaient pas atteint la gravité suffisante pour justifier une décision d'exclusion d'éléments de preuve. Elle a jugé que les remèdes qu'elle avait apportés à la communication incomplète ou tardive de pièces constituaient une réparation de tout préjudice que la défense a pu endurer<sup>1167</sup>. La justification des retards par des mesures occasionnant elles aussi des retards est pour le moins surprenante. La Chambre estime en effet qu'en suspendant par deux fois le procès lorsque l'accusation n'était pas en mesure de communiquer des éléments de preuve, elle a évité toute injustice à l'accusé. La communication tardive n'a pas moins été réparée par des mesures rallongeant elles aussi la durée du procès. Par exemple, elle a rappelé à la barre un témoin dont la déposition était achevée, mais dont des documents se rapportant à lui n'avaient pas été communiqués à la défense. De la même manière, elle s'est dite disposée à repousser la date de dépôt des conclusions finales au cas où en raison d'une communication tardive de la part de l'accusation, la défense aurait besoin de faire la présentation de preuves supplémentaires<sup>1168</sup>.

Il découle de ce qui précède que la Chambre de première instance voit dans le temps un puissant moyen d'assurer le respect des garanties du procès équitable. En effet, les suspensions et retards l'ont été souvent sur le fondement de la protection des droits de l'accusé. Il n'en demeure pas moins, ainsi que le prétend la défense de Lubanga, que « pareille situation a conduit à prolonger considérablement la durée du procès »<sup>1169</sup>. S'il est incontestable que le manquement à ce seul droit ne saurait emporter la mise en échec des poursuites, il n'est pas moins contestable que la solution consistant à y apporter des remèdes procéduraux, dont la conséquence se traduit elle aussi en allongement des délais, soit suffisante. Le message envoyé à l'accusation est au fond qu'elle peut toujours agir tardivement, la Chambre pouvant compenser tout éventuel préjudice en allouant à la défense le temps dont elle a besoin pour riposter.

Une telle approche semble ignorer l'enjeu au cœur du droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif. Il s'agit en réalité de la question plus substantielle de la liberté de l'individu, qui ne saurait être uniquement réglée par la garantie procédurale du droit de contradiction. Le paradoxe de

---

<sup>1167</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 121.

<sup>1168</sup> *Ibid*, au para 122.

<sup>1169</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2949, *supra* note 1166 au para 72.

la décision de la Chambre de première instance I résulte de ce qu'alors qu'elle admet que les retards de communication des éléments à décharge et de ceux relevant de la règle 77 du Règlement ont été considérables au cours du procès *Lubanga*<sup>1170</sup>, elle n'y apporte pas la réponse adéquate qui sur l'ensemble de la procédure aurait pu être compensé, ainsi que le souhaite la défense, par une réduction de la sentence<sup>1171</sup>. La question à laquelle devra certainement répondre la Chambre d'appel sera celle de savoir si le choix de la Chambre de première instance I peut être justifié au regard de la complexité de l'affaire *Lubanga*.

Quelle que soit la conclusion de la Chambre d'appel, il va sans dire que la spécificité de la procédure pénale internationale est un élément qui devra entrer en ligne de compte de l'analyse. Le fait que les conditions de sécurité ne facilitent pas la conduite des enquêtes *in situ* ou que les États ne coopèrent pas promptement pourrait être un facteur d'aggravation des retards, sans oublier la participation des victimes qui dans le cas d'espèce ont été au total 129 à faire valoir leurs intérêts. Cela étant, l'analyse au cas par cas qui s'impose dans ces circonstances implique de lier la complexité de l'affaire au comportement des autorités de poursuites. Dans l'affaire *Lubanga*, c'est le manque de diligence de l'accusation pour solliciter les mesures de protection des victimes ou pour entreprendre les démarches de coopération auprès des sources confidentielles qui a été pointé du doigt<sup>1172</sup>. Il s'ensuit que la complexité de l'affaire ne peut à elle seule justifier les retards excessifs. Autrement d'ailleurs, on ne voit pas comment le procès pénal international pourrait un jour être rapide au regard de l'inhérence des facteurs de complexité des affaires qu'il traite.

Dans *Katanga-Chui*, l'affaire paraissait moins complexe au regard de ses paramètres spatio-temporels, puisque les crimes poursuivis ont été commis à date connue lors de l'attaque du village de Bogoro dans le district de l'Ituri à l'est de la RDC. La Cour ne s'est pas moins offusquée qu'en dépit du fait qu'il s'agissait d'un seul et unique incident, le comportement de l'accusation ait conduit à des retards en raison de la non-communication des preuves ou des divulgations tardives. La Chambre préliminaire a expliqué que la longueur de la procédure préalable à la confirmation des charges pouvait s'expliquer par la volonté du Procureur de se fonder sur un grand nombre de témoins qui nécessitaient des mesures de protection extrêmement coûteuses en temps et en ressources. La juge unique de cette Chambre a été plus proactive dans le contrôle de l'organe de

---

<sup>1170</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2433-tFRA, Décision relative à l'interview de M<sup>me</sup> Le Fraper du Hellen (12 mai 2010) au para 43 (CPI, Chambre de première instance I).

<sup>1171</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2949, *supra* note 1166 au para 39.

<sup>1172</sup> *Ibid* au para 73.



poursuite. Elle a presque suggéré l'instauration d'une procédure inquisitoire à cette étape de la procédure en rappelant que, comme à Nuremberg et Tokyo, il était possible de se fonder en majorité sur la preuve documentaire et ne faire appel qu'à des « témoins clés »<sup>1173</sup>. Cette règle dite « [d]es meilleurs éléments de preuve »<sup>1174</sup> n'a pourtant de chance de faciliter une procédure rapide que s'ils ne sont pas eux-mêmes émaillés de confidentialité.

Au sujet de la demande d'anonymat des déclarations de témoins à charge, la juge unique faisait remarquer qu'« il faut un temps et des moyens considérables pour statuer sur ces demandes d'expurgation en suivant le modèle justificatif détaillé requis dans les arrêts de la Chambre d'appel du 14 décembre 2006, ce qui, inévitablement, ralentit encore la procédure »<sup>1175</sup>. Étant donné le caractère fastidieux de l'expurgation et le temps qu'une telle opération nécessite, la juge unique a exprimé sa préférence pour l'usage des résumés qui bien qu'ayant une valeur probante moindre que les documents expurgés répond aux attentes et objectifs de la confirmation des charges. Cette décision était prise au nom du droit du suspect de voir l'audience se dérouler dans un délai raisonnable après sa remise à la Cour<sup>1176</sup>. La juge unique applique également ce raisonnement à la divulgation d'éléments de preuve de l'article 67-2 et de la règle 77 du RPP de la CPI<sup>1177</sup>. L'avantage des résumés, contrairement aux expurgations, est qu'ils n'ont pas besoin d'être approuvés par la Chambre préliminaire avant leur présentation à l'audience de confirmation des charges<sup>1178</sup>.

Toujours dans l'intention de gagner du temps, la juge unique a approuvé une proposition du Procureur tendant à modifier les modalités d'expurgation d'éléments de preuve à décharge sur lesquels il ne se fonderait pas au cours de la confirmation des charges. D'après cette procédure, au lieu d'une demande d'approbation préalable des expurgations à la Chambre, l'accusation s'engageait à produire directement à la défense les documents expurgés, quitte à ce que cette dernière saisisse la Chambre si elle souhaite contester les suppressions effectuées. La défense de Mathieu Ngudjolo Chui a rejeté cette proposition, estimant que l'approche adoptée dans *Lubanga* en vertu de laquelle les seules suppressions admises devaient être autorisées par la Chambre était suffisamment

---

<sup>1173</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 78.

<sup>1174</sup> *Ibid* au para 81.

<sup>1175</sup> *Ibid* au para 86.

<sup>1176</sup> *Ibid* au para 87.

<sup>1177</sup> *Ibid* au para 110.

<sup>1178</sup> *Ibid* aux paras 112 et 118; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve » (14 décembre 2006) au para 43 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR].

protectrice des droits de l'accusé. La juge unique a accepté la proposition de l'accusation sur le fondement du droit des suspects de voir leur audience de confirmation des charges se dérouler dans un délai raisonnable<sup>1179</sup>. Pour éviter un usage tactique de cette nouvelle procédure par la défense, qui pourrait indûment et tardivement contester les suppressions effectuées par l'accusation, la juge l'a obligée à saisir la chambre 15 jours après réception des documents pour faire valoir toute demande de levée des suppressions de l'accusation<sup>1180</sup>.

Somme toute, ainsi qu'il résulte de l'analyse qui précède, la Cour ne semble pas répondre aux violations des éléments du droit au procès équitable de l'accusé par des remèdes véritablement curatifs. Le plus souvent, elle relativise leur gravité et réajuste les atteintes aux droits protégés par des mesures compensatoires d'ordre procédural. Elle s'intéresse davantage à l'« équité globale » de l'affaire. Pour autant, les effets de l'abondance de confidentialité donnent à cette approche une perception d'équité tronquée. Il s'agit pensons-nous de l'atteinte même à l'apparence de justice.

### *1.2. – L'atteinte à l'apparence de justice*

Nous avons examiné dans les sections qui précèdent les critères procéduraux d'une bonne administration de la justice, considérant deux des plus fondamentaux particulièrement affectés par les règles de confidentialité. La bonne administration de la justice ne s'y limite cependant pas. La Cour EDH inclut dans cette notion la sensibilité du public quant à la mise en œuvre des garanties évoquées ci-dessus dans le cadre de cette étude. Conformément à l'adage anglais<sup>1181</sup>, l'apparence de justice est un élément fondamental dans l'appréciation de l'équité de la procédure<sup>1182</sup>. En conséquence, que la CPI respecte le principe de l'égalité des armes ou celui de la rapidité des procès ne suffit pas en soi pour juger de la question de savoir si son administration de la justice peut être considérée comme « bonne ». Elle doit, si l'on en croit la Cour EDH, prendre en considération la perception sociale de son œuvre. C'est la question de l'apparence de justice qui est ainsi posée.

Il n'y a pas à notre sens un moyen aussi parlant que le traitement de la confidentialité pour mesurer si l'apparence de justice est sauvegardée dans la justice internationale pénale. Les enjeux soulevés par la question ne sont plus à démontrer. Elle peut se résumer en une question, à savoir si

---

<sup>1179</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 145.

<sup>1180</sup> *Ibid* au para 146.

<sup>1181</sup> *Sussex*, *supra* note 27.

<sup>1182</sup> Cour EDH, *Delcourt c Belgique*, n°2689/65 (17 janvier 1970) au para 31. Voir également Gérard Cohen-Jonathan, « L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme » (2002) n°238 LPA 21 à la p 22; Apchain, « Retour sur la notion », *supra* note 1125.

l'on peut véritablement considérer comme équitable le résultat d'un processus judiciaire considérablement émaillé de confidentialité. Prétendre apporter une réponse satisfaisante à cette préoccupation serait une gageure. Dans les sections ci-dessous, nous limitons l'analyse à la mise en évidence de ce que la confidentialité constitue une entorse au principe de la sérénité qui doit caractériser l'administration de la justice internationale d'une part (1.2.1.) et d'autre part qu'elle constitue une restriction au principe de transparence de la justice (1.2.2.).

### 1.2.1. – L'atteinte à la sérénité de l'administration de la justice

Ce serait probablement une insulte aux juges de La Haye que de remettre en cause leur indépendance et leur impartialité. Pour autant, on ne peut ne pas exprimer une certaine gêne relativement à ces vertus lorsqu'on considère l'ampleur avec laquelle la confidentialité apparaît dans les procédures qu'ils administrent. La confidentialité trouble la sérénité de ces procédures précisément parce qu'elles déclenchent des passions sur la Cour (1.2.1.1.), la mettant en conséquence sous pression vis-à-vis d'autres impératifs contradictoires (1.2.1.2.).

#### 1.2.1.1. – Le déclenchement des passions sur la Cour

De toutes les formes de justice qui existent, la justice pénale est de loin celle qui déclenche les passions. Un tel état de choses est en lui-même une menace à la sérénité de l'administration de la justice qui doit demeurer équilibrée et solennelle. On sait de toutes les façons qu'aucune justice ne se rend de manière éthérée, dans l'absolu et qu'il y a toujours au cœur de celle-ci, ce qu'un auteur appelle « des vies précaires d'êtres malheureux [...] »<sup>1183</sup>. Mais alors que traditionnellement la justice pénale, sans ignorer les passions qu'elle suscite, s'est limitée à la « dramaturgie » mettant en scène le juge, l'accusation et l'accusé<sup>1184</sup>, force est de constater que dans le cadre de la justice internationale pénale que nous étudions, les intérêts de confidentialité décuplent ces passions d'une manière susceptible d'affaiblir la capacité de détachement du juge. Celui-ci doit se montrer bienveillant à l'égard des victimes et témoins tout en tenant compte des secrets d'autres entités comme les organisations et les États.

Les chances de sérénité et de détachement sont plus accrues lorsque la finalité de la fonction de juger s'unifie autour d'un idéal bien identifié. Entre le 16<sup>e</sup> et le 20<sup>e</sup> siècle, cet idéal

---

<sup>1183</sup> Robert, «La bonne administration de la justice», *supra* note 1039 à la p 121.

<sup>1184</sup> Adjovi et De La Morte, «Le procès équitable», *supra* note 49 à la p 219.

consistait, dans les sociétés européennes, à sévir pour rétablir un équilibre sociétal rompu par les auteurs des crimes ou délits au détriment des victimes. La place centrale qu'occupe la justice pénale dans l'élaboration de l'État<sup>1185</sup> a donné à définir cette dernière par ses objectifs. Dans la tradition accusatoire, ces objectifs concernent essentiellement ce qu'on appelle « *crime control* » ou « pragmatisme sécuritaire »<sup>1186</sup>. Cette finalité est connue dans la tradition continentale comme la protection de la société contre la criminalité. Sur cette base, la procédure pénale en tant que modalité de mise en oeuvre de cet objectif s'est définie comme devant « concilier deux intérêts qui sont souvent contradictoires : d'une part, protéger la société par des mesures efficaces dans la recherche des délinquants et, d'autre part, garantir les droits de la personne »<sup>1187</sup>. Ainsi, les exigences de la défense sociale et la nécessité du respect des droits de la personne poursuivie ont toujours formé la trame de la justice pénale.

L'enjeu de la justice pénale a été de tout temps de savoir à quel endroit placer le point d'équilibre entre ces impératifs contradictoires. Un premier effort de dépasser le caractère passionnel de cet enjeu a été l'institutionnalisation de la justice pénale. La procédure pénale constitue une ingérence d'un tiers impartial dans le règlement des conflits entre particuliers « afin de canaliser peu à peu la vengeance privée [...] »<sup>1188</sup>. Toutefois, en fonction des traditions juridiques, la charge émotionnelle pouvait continuer ou non de marquer le déroulement de la procédure en fonction du niveau de confiscation étatique de la procédure. Le modèle accusatoire laisse la place à l'implication sociale et citoyenne à travers les principes de publicité, d'oralité et de contradictoire. À l'inverse, le modèle inquisitoire, plus soucieux de la protection sociale, se traduit par une justice pénale rendue dans la sérénité d'une procédure secrète, écrite et non contradictoire.

L'évolution du procès de type inquisitoire semble en partie marquée par une volonté de dépassionner la justice pénale. Il n'est pas à cet égard fortuit qu'il apparaisse au cours de l'histoire comme un redressement du procès accusatoire qui laissait trop de place à la manifestation des intérêts privés. Par exemple, les éléments de cette dernière forme de procédure qui, d'une certaine façon, en forgeaient le caractère populiste sont tour à tour tombés au profit d'une étatisation, symbole de la neutralité. On peut citer la restriction de la place des jurys de jugement et la consécration des magistrats professionnels. Il en est de même du passage de l'initiative privée des

---

<sup>1185</sup> René Levy et Xavier Rousseaux, « États, justice et histoire: bilan et perspectives » (1992) 20:21 *Droit et société* 277 à la p 279.

<sup>1186</sup> Jean Cédras, « La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis » (2011) 82:3 RIDP 445 à la p 446.

<sup>1187</sup> Michel Franchimont, An Jacobs et Adrien Masset, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009 à la p 19.

<sup>1188</sup> *Ibid* à la p 21

poursuites à l'attribution au ministère public du pouvoir d'entamer l'action en justice. Ces fonctionnaires à qui sont délégués les intérêts de la communauté peuvent poursuivre les délinquants sans considération de l'opinion des citoyens. C'est encore au nom de l'intérêt général qu'ils ne peuvent exercer de droit l'action publique lorsque celle-ci troublerait la paix des familles ou l'honneur des particuliers<sup>1189</sup>. La considération primordiale semble dans ces cas être liée au fait que la question passionnelle, de surcroît d'intérêt privé sans enjeu social majeur, gagnerait à être résolue sur le plan éthique plutôt que par le droit qui pourrait davantage fragiliser l'équilibre sociétal.

Bien qu'une part de justice privée fût maintenue dans le cadre de la procédure romano-germanique par la constitution de partie civile, la place des victimes y était demeurée marginale avant les développements récents qui signalent un retour à l'affrontement entre les victimes réelles et les coupables supposés dans le procès pénal. Par exemple, la constitution de partie civile n'était qu'accessoire à l'action publique, la conséquence étant son extinction ou son irrecevabilité lorsque l'action publique est elle-même irrecevable ou éteinte. De plus, par ce caractère accessoire, le droit à la réparation dans le cadre de la procédure pénale était tributaire de l'issue de la question de la responsabilité ou de l'innocence de la personne accusée. C'est donc bien la question de la transgression et de la sanction de la règle pénale qui constituait le cœur de la procédure pénale.

Aujourd'hui, la réémergence de la victime sur la scène pénale emporte avec elle le fâcheux corollaire qu'elle conteste la domination étatique sur le crime. On a observé, à travers certains scandales judiciaires, comme un retour à la vengeance privée, à raison de la trop forte emprise des intérêts des victimes sur le processus pénal. Ce déferlement de passions pose le débat de la redéfinition du but de la justice pénale. Les intérêts des victimes tendent à lui donner une finalité restauratrice, à savoir le rétablissement du lien social rompu ou encore la restauration du lien entre l'auteur et la victime. Comparée à la finalité plutôt légale et modeste consistant à faire le lien entre le crime et la responsabilité, la justice pénale ainsi redéfinie apparaît nettement plus ambitieuse.

Au fond, le problème n'est pas tant qu'une société déterminée se donne un tel projet. L'enjeu est celui de sa concrétisation par le biais de la justice pénale, à savoir s'il peut être possible de parvenir à une justice restauratrice dans un équilibre entre « ceux qui ont un droit à la compassion sociale parce qu'ils ont été injustement frappés et ceux qui doivent être écoutés parce qu'ils ont, eux

---

<sup>1189</sup> *Ibid* à la p 27.

aussi, le droit fondamental à une défense libre et complète »<sup>1190</sup>. On se doute bien que la question se pose dans le contexte de la CPI dont le cadre juridique penche expressément en faveur de la réparation des victimes. Il n'a cependant pas fallu aux tribunaux *ad hoc* l'inscription explicite de cette fonction dans leurs textes pour que leurs jugements prennent en compte de multiples intérêts. Tel est la logique qui gouverne la confidentialité dans le cadre de la justice internationale pénale.

Nous avons vu qu'au cœur de la confidentialité reconnue par la CPI se trouve un ensemble d'intérêts sociaux légitimes auxquels le juge international doit également accorder une attention dans le processus de jugement des crimes graves. Dans cette logique, on doit se demander ce qu'est réellement la justice internationale pénale si elle ne se résume plus à la seule détermination de la responsabilité pénale de l'accusé. Historiquement, ainsi que nous l'avons dit, la justice pénale consistait à trouver le point d'équilibre entre l'intérêt de la protection sociale contre la délinquance et le droit fondamental de toute personne de ne pas être injustement broyée par la machine de la répression. Avec la confidentialité, il ne s'agit plus désormais d'un seul et unique point d'équilibre à trouver. Dans la mesure où elle n'est pas mise en œuvre au profit des seules parties, mais dans l'intérêt d'autres préoccupations portées par d'autres personnes et entités, il s'agit de leur rendre également justice. De fait, le potentiel conflit d'intérêts contradictoires, simple à la base, puisque mettant en cause deux enjeux d'importance sociale, à savoir la protection de la communauté et la garantie des droits de l'accusé, se fractionne au prorata des considérations sous-jacentes à la règle de confidentialité. Le débat judiciaire se trouve dès lors miné par des questions auxquelles il n'est pas certain que le juge pénal international répondra de manière satisfaisante.

Lorsqu'il s'est interrogé sur le sens de la justice, Hans Kelsen n'y a vu rien d'autre qu'un conflit d'intérêts, à savoir « lorsque deux valeurs entrent en conflit et qu'il n'est pas possible de les concrétiser toutes deux en même temps »<sup>1191</sup>. En tant que tel, ce conflit impose de choisir entre les valeurs en cause celle qui constitue la valeur suprême. Or d'après Kelsen, une telle solution n'est jamais construite rationnellement. La réponse à cette question, dit-il, « est toujours un jugement qui, en fin de compte, sera déterminé par des facteurs émotionnels et qui, pour cette raison, sera hautement subjectif »<sup>1192</sup>. En d'autres termes, la justice n'est qu'un jugement de valeur, c'est-à-dire « valable uniquement pour le sujet jugeant ».

---

<sup>1190</sup> Robert, «La bonne administration de la justice», *supra* note 1039 à la p 121.

<sup>1191</sup> Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* Genève, Marcus Haller, 2012 à la p 37.

<sup>1192</sup> *Ibid* à la p 38.

Si donc, ainsi que le postule Kelsen, il ne faut pas s'attendre à ce qu'une solution judiciaire soit totalement satisfaisante pour tout le monde, on perçoit le risque qu'il y ait à surcharger émotionnellement le juge pénal international de conflits d'intérêts subsidiaires à la question principale de la responsabilité pénale de l'accusé. En tout état de cause, cette dernière préoccupation pourrait ne pas être traitée en toute sérénité. Le défaut de pouvoir répondre de manière satisfaisante aux conflits satellites à l'objet du procès pénal est susceptible de porter un coup à la crédibilité de l'institution judiciaire dans son ensemble.

Le débat académique qui a suivi la décision *Tadić* de 1995 accordant l'anonymat à des témoins devant le TPIY illustre bien à quel point les conflits d'intérêts n'obtiennent jamais qu'un règlement relatif et par conséquent insatisfaisant. Pour rappel, le Tribunal international, statuant qu'il devait également justice aux témoins selon les termes de son statut avait décidé que leur identité ne sera révélée ni au public ni à l'accusé et son conseil. L'auteur Monroe Leigh a prétendu que l'opinion majoritaire dans cette affaire s'était trompée sur le point d'équilibre approprié entre les droits de l'accusé et l'intérêt public de la protection des victimes et témoins<sup>1193</sup>. Pour sa part, Christine Chinkin, alors *amicus curiae* dans l'affaire, jugea la position de Monroe erronée, partant de l'idée que les droits de l'accusé n'étaient pas absolus et qu'ils pouvaient être mis en balance avec d'autres intérêts<sup>1194</sup>. L'opposition entre les deux auteurs résidait précisément en ce que, tandis que Monroe considérait les droits de l'accusé comme une garantie minimale absolue opposable au Tribunal<sup>1195</sup>, Chinkin était d'avis contraire. Il s'agit là de prises de position qui ne peuvent se justifier que du point de vue du sujet jugeant, ainsi que l'affirme Kelsen.

Une apparence d'objectivité peut découler du fait que la solution adoptée par le juge pénal international est explicitement dictée par le droit applicable. Le statut du TPIY envisageait certes la protection des témoins, mais ne prescrivait pas des mesures aussi attentatoires aux droits de l'accusé que l'anonymat total. Le silence des textes de la CPI sur le sujet a été interprété comme autorisant au minimum un anonymat temporaire. Cela n'a pas moins déchaîné les passions entre ceux qui approuvent cette mesure et ceux qui la rejettent. Mais dans tous les cas, même lorsqu'une règle de confidentialité a imposé la solution à l'éventuel conflit d'intérêts, l'application de celle-ci par la Cour ne la placera pas moins au centre de la controverse si de l'avis de l'opinion publique les

---

<sup>1193</sup> Leigh, «The Yugoslav Tribunal», *supra* note 114 à la p 235.

<sup>1194</sup> Chinkin, «Due Process», *supra* note 114 à la p 75.

<sup>1195</sup> Leigh, «Witness Anonymity », *supra* note 114 à la p 81.

textes paraissent injustes. Ainsi, même partant de l'idée platonicienne du juste comme ce qui se conforme au droit, on a pu voir dans la crise des accords de confidentialité dans les affaires *Lubanga* et *Katanga-Chui* que si la Cour, se cantonnant à sa fonction judiciaire, n'a condamné que le comportement de l'accusation, l'opinion s'est avant tout questionnée sur l'attitude des Nations Unies et autres organisations qui refusaient de lever la confidentialité de leurs documents.

La vérité est que d'un point de vue légal, les solutions énoncées par les juges de la CPI ont rendu justice aux sources confidentielles de l'accusation ainsi qu'il résulte des textes de la Cour. C'est en effet une exigence impérative des textes que cette dernière respecte les accords de confidentialité conclus par le BdP. Toutefois, l'incompréhension de l'opinion en face de la préférence que fait la Cour suscite le débat sur la légitimité des choix législatifs des rédacteurs du *Statut de Rome*. En effet, le fait que les États aient été majoritaires à promouvoir la protection des intérêts de sécurité nationale au détriment, le cas échéant, de la répression des crimes graves ne signifie pas qu'ils aient nécessairement agi de manière correcte.

Or, puisque ces États ont institué la Cour pour dire le droit qu'ils ont écrit, cette dernière se trouvera inéluctablement au cœur de toute controverse dans la mesure où les solutions qu'elle édicte procèdent de la volonté de ses créateurs. La question devient à ce moment celle de la fin dernière de la confidentialité comme modalité de protection des intérêts de sécurité nationale ou de toute autre valeur définie. Sa suprématie sur la réalisation des objectifs de la justice internationale pénale se justifie-t-elle? Voilà à notre sens une préoccupation à laquelle il est presque impossible au juge d'apporter une réponse entièrement rationnelle. Était-il alors approprié d'en confier le traitement au juge de la CPI? Ne faut-il pas dans ce cas voir la Cour comme étant sous pression?

#### 1.2.1.2. – L'institution des pressions sur la Cour

Nous illustrerons de deux manières comment la confidentialité consacre des pressions sur la CPI et l'empêche d'administrer sereinement la justice internationale pénale. On remarque en effet un *locus standi* reconnu aux détenteurs de secrets et à toute autre personne ayant des intérêts de confidentialité à faire valoir de même qu'elles pèsent de leur poids dans l'effectivité de cette justice.

Les victimes de crimes relevant de la compétence de la CPI jouissent d'un droit de participation aux procédures de la Cour. Dès l'article 15-3 du *Statut de Rome*, il est entendu que lorsque le Procureur ouvre une enquête, elles peuvent faire des représentations devant la Chambre préliminaire quant aux crimes à enquêter. Le droit général de participation est énoncé à l'article 68-3



du *Statut*. Cette disposition leur reconnaît le droit d'exprimer leurs préoccupations et points de vue à toutes les phases de la procédure, sur autorisation de la chambre compétente, lorsque leurs intérêts sont concernés. Base du *locus standi* des victimes devant la CPI<sup>1196</sup>, l'article 68-3 pose le problème de savoir si le droit de participation ainsi conféré implique la possibilité de demander les mesures de protection incluant la confidentialité. La structure de l'ensemble de l'article 68 rend difficile toute réponse positive. L'article 68-3 qui semble évoquer une participation sur le fond prévoit une participation à travers des représentants légaux. Or, quant aux mesures de protection, les dispositions pertinentes ne précisent guère si les victimes ou leurs représentants légaux peuvent les solliciter. Il est au contraire exprès aux termes des autres dispositions de l'article 68 que de telles mesures puissent être prises par la Chambre d'office ou à l'initiative du Procureur.

Le droit d'action des victimes et témoins pour des mesures de protection est décrit plus en détail au RPP. Il résulte des dispositions pertinentes que les victimes et témoins peuvent requérir des mesures de protection par l'intermédiaire du Greffe, précisément la Division d'aide aux victimes et aux témoins qui peut, en vertu de la règle 17-2-a-ii du RPP, recommander aux organes de la Cour d'adopter des mesures adéquates. Ils peuvent cependant introduire directement des requêtes devant une Chambre qui se prononce alors après en avoir saisi la Division du Greffe. La règle 87, lue conjointement avec la règle 134, leur garantit une procédure contradictoire. Ainsi, leurs requêtes sont communiquées aux parties qui peuvent y répondre. De la même manière, si une requête émanant de l'accusation ou de la défense ou une décision d'office d'une Chambre porte sur des mesures de protection les concernant, ils en sont notifiés pour pouvoir y répondre. Ils disposent ainsi d'un puissant moyen de faire pression sur la Chambre afin que celle-ci adopte les mesures de protection qui les accommodent le plus. Celles-ci vont de la confidentialité à l'égard du public à la tenue d'audiences à huis clos en passant par des interdictions de publication adressés aux parties et autres participants, au témoignage par les moyens électroniques ou spéciaux et à l'usage de pseudonymes. En accordant ainsi la voix aux victimes et témoins, il est indéniable qu'il est question qu'ils s'en servent pour faire avancer leurs préoccupations auprès de la Chambre. Cette influence des tiers dans la procédure est plus marquée en matière de sécurité nationale des États.

L'article 72 du *Statut de Rome* de la CPI prévoit une procédure d'intervention des États lorsque de leur avis leurs renseignements de sécurité nationale risquent d'être divulgués au cours du

---

<sup>1196</sup> Mugambi Jouet, «Reconciling the Conflicting Rights of Victims and Defendants at the International Criminal Court» (2007) 26 Saint Louis University Public Law Review 249 à la p 253

processus judiciaire<sup>1197</sup>. Inexistante dans les travaux de la CDI, cette disposition est apparue à Rome à la suite de l'affaire *Blaškić* au TPIY où la Chambre d'appel avait statué pour se reconnaître le pouvoir de délivrer des ordonnances contraignantes contre les États. La rédaction de l'article 72 viserait précisément la situation inverse, à savoir empêcher que la CPI n'acquière ce pouvoir d'injonction contre les États afin qu'ils dévoilent leurs secrets militaires<sup>1198</sup>. Mais plus largement, en vertu du cadre normatif de la Cour, un État dispose de multiples voix d'action pour faire échec à la divulgation des informations de sécurité nationale.

D'abord, il se peut que l'information soit sur le point d'être divulguée dans la procédure par un tiers. L'État qui estime que ses renseignements de sécurité nationale sont à risque a le droit d'intervenir pour trouver un règlement négocié à la question. Il s'agit dans ce cas d'obtenir des conditions de divulgation qui préservent la confidentialité desdites informations.

Ensuite, si ayant été l'objet d'une demande de coopération l'État entend s'opposer parce qu'il divulguerait des informations de sécurité nationale en se conformant à la demande de la Cour, il cherche avec cette dernière les moyens d'atténuer les effets de la divulgation en requérant les mesures susceptibles d'assurer la confidentialité de ses informations. Si aucune de ces mesures ne lui convient, il est tenu d'en notifier la Cour. Si après avoir déterminé que les éléments recherchés sont pertinents pour la détermination de la cause, la Cour engage des consultations supplémentaires avec l'État qui débouchent sur une nouvelle impasse, elle est alors en droit d'en saisir le Conseil de sécurité ou l'AEP. L'État ne s'est pas vu reconnaître ici un quelconque droit d'appel ou une possibilité de faire réexaminer la décision de la Cour établissant son défaut de coopération. La raison en est que les textes lui reconnaissent le dernier mot dans la décision de coopérer ou non. Pour cette même raison, il ne peut intervenir avant qu'une demande de coopération n'ait été délivrée si ce n'est pour faire objection à la divulgation d'informations de sécurité nationale par un tiers dans le cadre de la procédure. C'est là quelques éléments de distinction d'avec le TPIY qui ne connaît pas moins la pression des États pour motif de sécurité nationale.

Devant ce tribunal, le droit a été réformé au lendemain de l'affaire *Blaskić* dans laquelle la Chambre d'appel du TPIY établissait qu'il n'existe pas en vertu de l'obligation impérative de coopérer avec le Tribunal international une exception fondée sur la sécurité nationale. À côté du mécanisme

---

<sup>1197</sup> Les autres occasions d'intervention des États incluent les procédures relatives à la contestation de la recevabilité ou de la compétence et les questions se rapportant à la protection de leurs agents et fonctionnaires. Voir Bitti, «Functions and Powers», *supra* note 1048 à la p 1206.

<sup>1198</sup> Markel, «The Future of States Secrets», *supra* note 952 à la p 419.

de l'article 54 du RPP qui permettait aux parties de recourir à l'assistance du tribunal pour la conduite de leurs enquêtes a été créé le régime spécifique de l'article 54 *bis* relatif en particulier aux demandes adressées aux États aux fins de production de documents. Il en découle trois moyens de dissuader le Tribunal international d'ordonner la production de documents de sécurité nationale. Premièrement, si l'ordonnance de production est déjà rendue, l'État peut en demander l'examen en application de l'article 108 *bis* du RPP qui permet aux États de saisir la Chambre d'appel sur toute décision interlocutoire d'une chambre de première instance lorsque celle-ci porte sur des questions d'intérêt général relatives aux pouvoirs du Tribunal<sup>1199</sup>.

Deuxièmement, l'État a le droit de se voir notifier la requête d'une partie en production de documents quinze jours au moins avant la tenue de l'audience sur celle-ci afin d'y être entendu. S'il a une objection au motif que la divulgation des documents porterait atteinte à ses intérêts de sécurité nationale, il dépose un acte d'opposition dans lequel il présente ses arguments et demande au juge d'instance d'ordonner les mesures de protection appropriées<sup>1200</sup>.

Enfin, si l'opposition n'a pas été possible parce que la Chambre a eu de bonnes raisons de ne pas notifier l'État d'une requête demandant la production de documents, ce dernier doit tout de même se voir signifier l'ordonnance de production. Il dispose alors de quinze jours à compter de cette signification pour demander l'annulation de l'ordonnance au motif que la divulgation mettrait en péril ses intérêts de sécurité nationale. Cette requête en annulation a un effet suspensif sur l'exécution de l'ordonnance<sup>1201</sup>.

Dans la pratique, le TPIY a régulièrement invité les parties à faire un usage parcimonieux de la procédure de coopération découlant de l'article 54 *bis* dans la mesure où elle donne lieu à un contentieux autonome susceptible de s'étendre dans la durée<sup>1202</sup>. Dans l'affaire *Karadžić*, la défense qui sollicitait de la Chambre une ordonnance contraignante contre les États-Unis pour obtenir la communication d'éléments de preuve a souhaité que le Tribunal décide de manière à permettre le règlement de l'éventuelle opposition des États-Unis avant l'ouverture de son procès au fond<sup>1203</sup>. La Chambre a répondu que compte tenu du temps que prenait généralement l'opposition des États à la

---

<sup>1199</sup> *RPP du TPIY*, art. 54 *bis* C).

<sup>1200</sup> *Ibid*, art. 54 *bis* D).

<sup>1201</sup> *Ibid*, art. 54 *bis* E).

<sup>1202</sup> *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on the Accused's Application for Binding Order Pursuant to Rules 54 *bis* (United States of America) (12 octobre 2009) au para 11 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1203</sup> *Ibid* au para 12.

divulgarion des informations de sécurité nationale, la procédure incidente et le procès au fond seraient conduits concomitamment dans l'éventualité d'une opposition.

En effet, dans la pratique du TPIY, s'il fallait suspendre la conduite des procès au règlement des oppositions à la divulgation des informations de sécurité nationale des États, c'est la juridiction internationale qui serait en otage. Dans *Milosević*, la clôture de l'affaire à la suite du décès de l'accusé a eu lieu sans qu'une décision définitive soit prise au sujet d'une procédure en vertu de l'article 54 *bis*. Débutée en 2002, celle-ci n'a pris fin qu'en 2006 lorsque le TPIY a cessé ses poursuites contre Milosevic<sup>1204</sup>.

Dans *Milutinović*, une requête similaire introduite par la défense le 13 novembre 2002 n'a connu son issue que le 23 mars 2005<sup>1205</sup>. Dans le cas d'espèce, le retard ne semblait pas se fonder sur une objection de sécurité nationale bien que des États membres de l'OTAN aient fait valoir cet argument, ceci de manière routinière selon le juge Bonomy<sup>1206</sup>. La pertinence des documents et la spécificité des documents demandés par la défense n'avaient pas été établies que quelques États excipaient déjà des motifs de sécurité nationale pour refuser de coopérer. La Chambre réserva la question pour ne la traiter que dans l'éventualité où les États introduiraient formellement des requêtes en opposition conformément aux termes de l'article 54 *bis*.

En fait, cette fuite en avant est loin d'être le fruit du hasard. Le Tribunal s'efforce d'éviter le plus longtemps possible une confrontation avec les États sur l'épineuse question de l'exception de sécurité nationale qui, tout en n'étant pas une excuse à la coopération selon le droit applicable des tribunaux *ad hoc*, n'en demeure pas moins une pomme de discorde récurrente. De fait, le long silence de la Chambre sur la requête de la défense peut s'analyser comme une mesure délibérément tactique<sup>1207</sup>. Il n'est pas à exclure que l'organe judiciaire entendît préserver la possibilité que se réalise la coopération sur d'autres enjeux encore plus pressants ou qu'il ait voulu donner une chance à la coopération volontaire puisque la procédure 54 *bis* est subsidiaire. En tout état de cause, de ce

---

<sup>1204</sup> *Prosecutor v Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Prosecution's Application for an Order Pursuant to Rule 54 *bis* Directing the Federal Republic of Yugoslavia to Comply with Outstanding Requests for Assistance (13 décembre 2002) (TPIY, Chambre de première instance); *Le Procureur c Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Ordonnance mettant fin à la procédure engagée contre Slobodan Milosevic (14 mars 2006) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1205</sup> *Milutinovic*, Ordonnances contraignantes, *supra* note 164. Voir Mariam Pathan, Commentaire de la décision *Prosecutor v Milutinović et al.*, IT-05-87-PT, Decision on Second Application of Dragoljub Odjanić for Binding Orders Pursuant to Rule 54bis (17 novembre 2005) (TPIY, Chambre de première instance III), (2012) 28 ALC 181 à la p 181 [Pathan, Commentaire de l'ordonnance de production Odjanić].

<sup>1206</sup> *Prosecutor v Milutinović*, IT-99-37-PT, Separate and Concurring Opinion of Judge Ian Bonomy in the Decision on Application of Dragoljub Odjanić for Binding Orders Pursuant to Rule 54Bis Dated 23 March 2005 (23 mars 2005) à la p 4 (TPIY, Juge Bonomy).

<sup>1207</sup> Pathan, Commentaire de l'ordonnance de production Odjanić, *supra* note 1205 à la p 181.

droit de contrarier les ordonnances de divulgation ou les demandes de coopération, les États en sont venus à dicter leur loi lorsque leur sécurité nationale est en jeu.

Les bénéficiaires de la confidentialité imposent pratiquement leur volonté au juge pénal international. Il en est ainsi que la confidentialité en cause résulte d'une opposition ou d'une décision du tribunal international. La CPI sera d'autant plus à leur merci qu'en l'absence de cette même garantie de secret, elle ne pourra autrement faire participer les États, les organisations et les témoins à sa procédure. Ces diverses entités ont souvent bien conscience du fait qu'elles sont *de facto* incontournables pour la Cour. La possibilité qu'elles abusent de la discrétion qui leur est ainsi reconnue se produira d'autant plus fréquemment que ni les textes ni la pratique des juridictions pénales internationales n'instaurent de véritables mesures dissuasives.

En matière de protection des victimes et des témoins par exemple, le cadre normatif de la CPI ne se limite pas à leur reconnaître un *locus standi*. En plus d'avoir le droit d'être entendus, ils doivent être consultés lorsque l'adoption d'une mesure de protection les concerne. D'après la règle 87-1 du RPP, lorsqu'une Chambre doit prendre une mesure de protection, elle « cherche autant que possible à obtenir le consentement de la personne qui en fera l'objet ». Le résultat est la situation rocambolesque où la Cour se trouve suspendue au vacillement de la volonté du bénéficiaire de la confidentialité. L'incident dans l'affaire *Lubanga* au sujet d'un intermédiaire portant le numéro 143 le démontre bien. Ce dernier, qui avait favorisé le contact entre l'accusation et un grand nombre de témoins, était appelé à la barre par la Chambre de première instance sur la base des soupçons de la défense qu'il aurait incité plusieurs témoins à faire des faux témoignages.

La Chambre ordonne à l'accusation de communiquer à titre confidentiel son identité à la défense « une fois prises les mesures de protection nécessaires »<sup>1208</sup>. Un peu plus de deux mois plus tard, l'ordonnance de la Chambre n'était pas exécutée par l'accusation. Si cette dernière prétend qu'elle jouit d'une prérogative autonome en vertu des textes en matière de protection de témoins, il y a en arrière-plan l'attitude de l'intermédiaire qui dicte au fond la décision du Procureur. Personne clé dans le dispositif d'accès de l'accusation aux témoins, l'intermédiaire n'était pas satisfait des mesures de protection pourtant recommandées par l'organe spécialisé du Tribunal, à savoir la Division d'aide aux victimes et témoins. À défaut de tenir compte de ses préférences, le BdP,

---

<sup>1208</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01304-01/06-2434-Red2-tFRA-Corr, version expurgée de la Décision relative aux intermédiaires (31 mai 2010) au para 150 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01304-01/06-2434-Red2-tFRA-Corr].

s'excusant, à tort selon la Chambre, d'être « tiraillé entre des obligations concurrentes »<sup>1209</sup>, courrait en réalité le risque de perdre entièrement la coopération de son intermédiaire. Au fond, l'offense à l'autorité de la Cour constituait le moindre mal.

La volonté des bénéficiaires de la confidentialité domine encore plus ostensiblement la Cour au titre des accords de confidentialité. Comme l'a si bien mis en évidence l'incident portant sur l'interprétation de l'article 54-3-e dans l'affaire *Lubanga*, quelle que soit la portée de ces accords, ils s'opposent à la Cour qui n'a eu en l'occurrence d'autres choix que de se contenter de sauvegarder ce sur quoi elle a un semblant de contrôle, à savoir sa fonction judiciaire. Aussi déloyaux que de tels accords puissent être, la Cour n'a pas le pouvoir de contrôler leur légalité qui est déterminée par la seule volonté des sources du Procureur. Celle-ci produit ses effets même lorsqu'après avoir consenti à ce que le Procureur introduise les éléments de preuve obtenus confidentiellement en justice, il est fait obligation à la Chambre de ne « pas ordonner la présentation d'éléments de preuve additionnels reçus de celui qui a fourni les pièces ou renseignements originels »; pas plus qu'elle ne peut citer cette source « ou ses représentants comme témoins ni ordonner leur comparution pour obtenir ces éléments de preuve additionnels »<sup>1210</sup>.

On doit concéder que de tels arrangements concourent à garantir la loyauté des engagements confidentiels. En ce qui concerne l'apparence de justice toutefois, il n'est pas certain que les tribunaux en tirent le meilleur profit. Cela leur assure la coopération des sources certes, mais seulement aussi longtemps que ces dernières se satisfont des conditions de la collaboration. Le TPIY, se prononçant sur l'article 70 de son RPP, disposition correspondant à l'article 54-3-e du *Statut de Rome*, a identifié pas moins de quatre restrictions attachées à la divulgation des preuves qui sont obtenues à titre confidentiel. Elle remarque que lorsqu'une chambre les examine, elle :

ne peut pas i) ordonner aux parties de produire des éléments de preuve additionnels reçus de l'État qui a fourni les informations originelles; ii) citer une personne ou un représentant de l'État comme témoin ou ordonner leur comparution aux fins d'obtenir ces éléments de preuve additionnels; iii) ordonner la comparution de témoins ou exiger la production de documents pour obtenir ces éléments de preuve additionnels; iv) obliger un témoin cité pour qu'il communique des informations fournies par un État au titre de l'article 70 à répondre à toute question relative

---

<sup>1209</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2517-Red-tFRA, version expurgée de la décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins (8 juillet 2010) au para 16 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2517-Red-tFRA].

<sup>1210</sup> *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règle 82-2.

à ces informations ou à leurs origines, si le témoin refuse de répondre en invoquant des motifs de confidentialité<sup>1211</sup>.

Dans la mesure où les personnes et organisations qui offrent leur coopération maintiennent un contrôle exclusif sur les informations et documents qu'ils communiquent à titre confidentiel, il est alors compréhensible que le Procureur de la CPI en ait fait un usage généralisé et systématique. Il n'apparaît pas qu'il a eu le choix si ses interlocuteurs savaient l'avantage sur la Cour que leur procurent les accords de confidentialité. Comme l'a si bien dit la Chambre d'appel du TPIY concernant le cas d'un État, il n'est pas nécessaire d'invoquer des intérêts touchant à la sécurité nationale ou autres pour demander le maintien de leur confidentialité. Un embarras moins important que l'atteinte à la sécurité nationale pourrait justifier que les sources collaborent systématiquement à condition de confidentialité. La conséquence serait non seulement une marge de manœuvre limitée de la Cour au moment d'examiner de tels documents si ses sources consentent à son introduction en instance, mais ces mêmes sources exigeraient d'autres conditions procédurales nuisant directement la perception publique de l'apparence de justice.

Dans *Milutinovic* au TPIY, la défense a soulevé que lorsque les États-Unis ont fait valoir qu'ils ne coopéreraient uniquement qu'à condition que la défense accepte de se voir communiquer les documents recherchés non en vertu de l'article 54*bis*, mais plutôt en vertu de l'article 70 du RPP. L'article 54*bis* ne reconnaît pas l'exception de sécurité nationale. L'État peut seulement faire opposition et exiger que des mesures soient prises pour préserver la confidentialité de ses informations. Or en vertu de l'article 70 du RPP, le contrôle sur les documents communiqués à titre confidentiel peut s'exercer de manière à s'arroger une telle exception<sup>1212</sup>. Il lui suffit, lorsqu'une chambre ou les parties demandent des informations additionnelles que l'État s'oppose à leur divulgation et il n'agirait pas de manière contraire à ses obligations puisque les textes autorisent une telle possibilité. Les États-Unis ont compris cette nuance entre les deux dispositions et exigé presque systématiquement, lorsqu'ils étaient visés par une demande de coopération, que les documents soient reçus sous le couvert de l'article 70. Craignant d'être ultérieurement confrontée aux restrictions qui caractérisent les informations obtenues par ce moyen, la défense a soutenu que les Américains ne se conformaient pas à leur obligation de coopération en leur imposant de recevoir les informations selon leurs conditions.

---

<sup>1211</sup> *Le Procureur c Milan Milutinović*, IT-05-87-AR108*bis*.2, Décision relative à la demande d'examen présentée par les États-Unis d'Amérique (12 mai 2006) au para 33 (TPIY, Chambre d'appel) [*Milutinović*, arrêt sur la demande de révision des États-Unis].

<sup>1212</sup> Pathan, Commentaire de l'ordonnance de production Odjanić, *supra* note 1205 aux pp 183 et s.

Dans la demande d'examen de la décision de la Chambre de première instance faisant droit à la prétention de la défense, les États-Unis n'ont pas hésité à demander à la Chambre d'appel de déclarer la mort de l'article 54*bis*. Les Américains ont en effet prétendu que le caractère plus radical de l'article 54*bis* n'encourage pas les parties à coopérer avec les États pour obtenir d'eux la communication volontaire d'informations sensibles dans le cadre des garanties offertes par l'article 70. Leur position était que l'exigence posée par la jurisprudence du TPIY selon laquelle une partie doit démontrer avant de saisir le tribunal d'une requête en coopération forcée qu'elle a entrepris des démarches raisonnables pour obtenir la coopération volontaire inclut que cette partie accepte la communication des documents à titre confidentiel si un État lui propose cette option.

La Chambre d'appel relève les différences entre la coopération obtenue en vertu de chacun des régimes juridiques. Elle fait remarquer que l'article 70 offre à l'État la possibilité de continuer, au cours du procès, à contrôler les informations qu'il fournit et à protéger leur confidentialité alors qu'en vertu de l'article 54*bis*, l'octroi de mesures de protection aux documents ou aux informations produits par l'État relève de l'appréciation du juge qui ne peut les ordonner qu'après avoir conclu que ces mesures sont nécessaires pour protéger des intérêts touchant la sécurité nationale<sup>1213</sup>. La Chambre d'appel conclut toutefois qu'« une partie ne saurait refuser l'aide d'un État pour obtenir certaines pièces confidentielles simplement parce qu'elle ne veut pas que celui-ci fasse usage des protections que lui offre l'article 70 »<sup>1214</sup>. Même si elle rappelle aux États que l'article 70 ne doit pas être utilisé de manière contraire à leur obligation de coopération, il reste que la Chambre donne sa caution à leur pratique systématique de confidentialité. Comment pourra-t-elle en effet s'assurer de la bonne foi des États si, contrairement aux garanties offertes par l'article 54*bis*, elle ne peut exercer aucun contrôle sur l'usage qu'ils font de cette disposition? Voilà qui consacre à notre avis le peu de place accordée à la transparence dans la procédure pénale internationale.

### 1.2.2. – L'effritement de la transparence des procédures

Nous avons démontré longuement dans le chapitre précédent l'intérêt de la transparence pour l'effectivité de la justice administrée par la CPI. La confidentialité menace cette transparence à plus d'un titre. Nous étudierons ici deux aspects. D'une part, elle est devenue en pratique trop

---

<sup>1213</sup> *Milutinović*, arrêt sur la demande de révision des États-Unis, *supra* note 1211 au para 35.

<sup>1214</sup> *Ibid* au para 37.



abondante (1.2.2.1), empêchant par ce fait même une large participation publique à la procédure, avec comme conséquence, le risque de déresponsabiliser des juges internationaux (1.2.2.2).

#### 1.2.2.1. – L'abondance de la confidentialité

La question de l'abondance de la confidentialité doit être d'autant prise au sérieux qu'elle aggrave ce que l'ancienne juge du TPIY a appelé « *remote justice* », entendue comme la justice rendue par un tribunal qui par la géographie, la langue et la procédure est éloigné des populations pour lesquelles elle est destinée<sup>1215</sup>. La transparence des procédures de la CPI est grandement affectée par l'ampleur de la confidentialité qui touche autant les documents produits dans le contexte des affaires que les audiences publiques. Il est vrai qu'on a reproché au Procureur son interprétation abusive de l'article 54-3-e du *Statut de Rome* qui lui permet de conduire dans des conditions exceptionnelles des enquêtes confidentielles<sup>1216</sup>. Mais parce que ces circonstances exceptionnelles sont inhérentes aux crimes internationaux, le jugement de la Chambre d'instance qu'a confirmé la Chambre d'appel<sup>1217</sup> doit être nuancé. Le problème est le suivant.

Les acteurs de terrain, dont les Nations Unies et autres sources de renseignements, sont confrontés à une insécurité quasi permanente. Leur seule option, malgré leur bonne volonté, est de coopérer avec la Cour uniquement à titre confidentiel. En présence de cette condition et conscient qu'il ne peut autrement accéder à ces éléments, le Procureur leur concède la confidentialité, quand bien même les renseignements couverts par l'accord avec les sources peuvent être de véritables preuves, à charge ou à décharge. Pressé souvent par l'opinion publique internationale, il s'engage sur une telle voie avec l'espoir qu'il obtiendra à l'avenir, par la négociation, le consentement des sources à ce que les documents soient introduits au procès. Ce faisant, il fait avancer les enquêtes. Mais pour autant, les raisons qui déterminent les sources à choisir la confidentialité ne changent généralement pas entre l'accord et l'ouverture du procès.

La position des juges veut qu'au moment de s'engager dans de tels accords, le Procureur veille à ne pas y inclure les éléments de preuve qu'il a l'obligation de divulguer. La construction tient juridiquement, mais bute sur une considération pratique. Si les sources ne sont pas disposées à

---

<sup>1215</sup> Gabrielle Kirk McDonald, «Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY» (2004) 2 JICJ 558-571 à la p 569. Voir aussi Payam Akhavan, «The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the first State Referral to the International Criminal Court» (2005) 99 AJIL 403-421 à la p 421.

<sup>1216</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 75.

<sup>1217</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 38.

coopérer en l'absence de la confidentialité, le Procureur et la Cour n'ont aucun levier pour forcer leur volonté. La bonne foi de l'accusation ne peut donc être contestée, pas plus qu'on ne doit nécessairement, comme c'est souvent le cas<sup>1218</sup>, attribuer la lenteur des enquêtes ou la procédure à une quelconque inertie ou légèreté. La difficulté et la complexité dans la poursuite des crimes graves sont rappelées, mais le plus souvent sous-estimées. La posture du Procureur est d'autant peu enviable qu'il est politiquement tenu par l'opinion d'une obligation de résultat d'une part et d'autre part contraint de s'acquitter d'une manière satisfaisante des exigences procédurales. La position des juges, en soi bien justifiée, est l'expression d'une préférence pour ce dernier aspect. Il aurait alors fallu que le Procureur s'assure, quel que soit le temps qu'il aurait mis à convaincre ses sources, d'avoir un dossier solide comprenant la preuve susceptible d'être divulguée sans restriction, avant de se présenter devant les juges. L'objectif de dissuasion ne serait cependant pas réalisable, car le suspect continuerait d'être en liberté.

On se rend dès lors compte que le problème est plus profond que l'égarement du Procureur de la CPI dans l'affaire *Lubanga*. Il résulte d'une déficience dans la construction institutionnelle de la Cour. Antonio Cassese définissait le TPIY comme un géant sans bras ni jambes<sup>1219</sup>. Cette assertion est encore plus vraie dans le cadre de la CPI qui est institutionnellement détachée des Nations Unies dont les organes politiques pourraient lui prêter leur appui à la mise en œuvre de ses décisions. La Cour est organisée de telle manière que c'est chaque État territorialement compétent qui détient le pouvoir exécutoire de ses décisions. Il est entendu qu'au titre du régime de coopération, l'État sur le territoire duquel se trouve un témoin ou une preuve, sur demande de la Cour, prenne les mesures nécessaires pour répondre à une demande d'assistance. Or on a bien ignoré la dimension politique des crimes et le contexte de leur commission. Il est pratiquement difficile de s'attendre à ce que le gouvernement de la RDC obtienne la coopération des organisations humanitaires qui se trouvent sur son territoire. Celles-ci opèrent souvent dans des zones occupées par les forces qui défient l'autorité centrale. Les acteurs humanitaires et les populations vivent sous le joug de telles forces. Le recours à toute forme de contrainte légale en plus de son efficacité douteuse serait stratégiquement inapproprié. La confidentialité constitue dans cette mesure un *soft power* utile pour contrer les

---

<sup>1218</sup> Rachel Katzman, « The Non-disclosure of Confidential Exculpatory Evidence and the *Lubanga* Proceedings: How the ICC Defence System Affects the Accused's Right to a Fair Trial » (2009) 8:1 Nw J Int'l Hum Rts 77.

<sup>1219</sup> Antonio Cassese, « On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law » (1998) 9 EJIL 2 à la p 13.

vellités de non-coopération des personnes et entités susceptibles de nourrir le processus pénal international en éléments de preuve.

La confidentialité qui est la règle pendant les enquêtes doit normalement disparaître au moment de l'ouverture des procédures devant les chambres. Seulement, les conditions qui déterminent son application ne disparaissent pas au rythme des procédures. C'est la loi du caractère inhérent des circonstances exceptionnelles évoquées ci-dessus. Leur impact est plus marqué à la phase de l'audience de confirmation des charges. À cette étape, si le suspect est sous le contrôle de la Cour, les témoins quant à eux ne sont souvent pas encore dans le programme de protection administré par le Greffe. L'accusation va en conséquence préférer la production de résumés et d'éléments caviardés à la divulgation totale. La confidentialité peut ainsi perdurer à la fois à l'égard de la défense et du public. Cela se justifie par la portée limitée de la confirmation des charges.

En effet, dans le contexte du procès, les exigences du procès équitable sont plus fermement respectées à l'égard des parties. Par exemple, l'anonymat des victimes dont l'identité est toujours connue des juges, n'est accepté que pour autant que leur participation n'est pas significative. Dans *Lubanga*, la Chambre de première instance a clairement marqué sa préférence pour les droits de la défense au moment de régler la question de la participation des victimes anonymes :

While the safety and security of victims is a central responsibility of the Court, their participation in the proceedings cannot be allowed to undermine the fundamental guarantee of a fair trial. The greater the extent and the significance of the proposed participation, the more likely it will be that the Chamber will require the victim to identify himself or herself<sup>1220</sup>.

Cette interprétation place les victimes dans le dilemme de choisir entre leur sécurité et leur participation à la procédure, ce qui paraît presque cynique. En conséquence en effet, dans *Lubanga*, sur 129 victimes admises à participer à la procédure au procès, 23 seulement ont vu leur identité communiquée aux parties tandis que seules trois d'entre elles ont choisi de témoigner<sup>1221</sup>. La protection des droits de l'accusé constitue donc un obstacle à ce que les victimes présentent leur récit des faits<sup>1222</sup>. Ce fut d'autant vrai en l'espèce que les victimes admises à témoigner se présentaient pour le compte d'une école et non à titre de personnes physiques<sup>1223</sup>. La Chambre ayant martelé qu'une personne n'avait pas plus de droits qu'une victime ou un témoin parce qu'elle

---

<sup>1220</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 au para 131; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 14.

<sup>1221</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 18.

<sup>1222</sup> Mais sur les conséquences plus larges de la participation des victimes sur les droits de l'accusé, voir Yvonne McDermott, « Some are More Equal than Others : Victim Participation in the ICC » (2008-2009) 5 :1 *Eyes on the ICC* 23.

<sup>1223</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 21.

comparaissait sous le double statut de victime et témoin<sup>1224</sup>, il y a fort à parier que dans le contexte de crimes graves, les victimes choisiront la forme de participation qui bien que moins efficace préservera leurs intérêts en matière de protection et de sécurité.

La façon dont les intérêts des victimes et de la défense sont mis en balance par la Cour est également la même en ce qui concerne l'intérêt du public dans la procédure. Les droits des parties l'emportent une fois de plus. L'illustre le domaine des mesures de protection à l'intention des victimes et témoins. Dans l'affaire *Lubanga*, au nombre de 129, les victimes ont toutes bénéficié de l'anonymat, sauf à l'égard des parties lorsqu'il a fallu, pour 23 d'entre elles, jouer un rôle plus actif au cours du procès. La situation a été la même relativement aux témoins. La Chambre a adopté la règle selon laquelle lorsque les mesures de protection sont accordées aux témoins, les parties et participants ont toujours connaissance des informations les identifiant<sup>1225</sup>. Il n'existe cependant pas un droit pour le public d'avoir d'office connaissance de l'identité des témoins.

Dans le procès *Lubanga*, sur les 67 témoins entendus, 28 seulement ont témoigné sans mesures de protection, soit 7 témoins experts, 7 témoins à charge et 14 témoins à décharge<sup>1226</sup>. C'est la preuve d'une normalisation de l'exception de confidentialité qui ne s'applique pas uniquement aux éléments identifiant les personnes, mais à l'apparence même de la procédure. En effet, pour assurer l'effectivité des mesures de non-divulgateion, les témoignages étaient « *frequently heard in 'private session', which the public was unable to follow* »<sup>1227</sup>. Les juges s'efforcent de compenser ce préjudice à l'égard du public en révisant les transcriptions d'audience et en ordonnant la publication des documents pour lesquels la confidentialité ne s'avère pas nécessaire. La solution est louable, mais elle ignore sans doute que la publicité ne joue sa véritable fonction que lorsqu'elle permet au public et aux médias d'observer en direct le déroulement de l'audience. Comme l'a si bien reconnu la Cour EDH, « la publicité de la procédure des organes judiciaires (...) protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser (...) le procès équitable, dont la garantie compte

---

<sup>1224</sup> *Ibid* au para 19.

<sup>1225</sup> *Ibid* au para 115.

<sup>1226</sup> *Ibid*.

<sup>1227</sup> *Ibid* au para 116.

parmi les principes de toute société démocratique »<sup>1228</sup>. L'abondance de la confidentialité dans les procédures de la CPI contredit ces objectifs de la publicité de la justice.

#### 1.2.2.2. – Le risque de déresponsabilisation des acteurs du procès

L'analyse des effets contreproductifs de l'ampleur de la confidentialité va au-delà de la mise en évidence des atteintes qu'elle peut porter à certains principes procéduraux. Dans le contexte de l'affaire *Lubanga*, on a vu, en ce qui concerne la transparence, que les droits de la défense pouvaient en pâtir, particulièrement le droit d'avoir le temps et les facilités nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé. La confidentialité prolonge et alourdit également les délais de procédure tout comme la mise en œuvre des mesures de protection a pour conséquence le déploiement d'importantes ressources humaines et financières<sup>1229</sup>. Toutefois, sur un plan strictement politique, elle emporte deux inconvénients sur lesquels nous allons nous attarder. D'une part en effet, la confidentialité empêche l'opinion d'exercer un contrôle sur le jugement de crimes graves et ne favorise ainsi guère la participation publique à l'effectivité de la justice internationale pénale.

La question du contrôle sur le processus pénal interroge en réalité la problématique de l'imputabilité à savoir que dans la plupart des ordres juridiques, la confiance à l'égard de la justice se mesure également à la possibilité que ses acteurs puissent répondre de leurs actes. Dans les ordres nationaux, il existe pour ce faire plusieurs leviers : les contre-pouvoirs politiques, les contrôles judiciaires devant les tribunaux supérieurs, les recours éventuels devant les mécanismes régionaux et internationaux et l'opinion publique. À la CPI, le contrôle judiciaire interne à travers la Chambre d'appel et le regard de l'opinion publique internationale sont les seuls mécanismes qui répondent aux exigences de transparence. Théoriquement, l'opinion s'avère être le seul vrai contre-pouvoir de la Cour<sup>1230</sup>. Beccaria disait à ce propos que « [l]es jugements doivent être publics; les preuves du crime doivent l'être également. Alors l'opinion, qui est une puissance et la base fondamentale de la société, impose un frein salutaire à la force et aux passions [...] »<sup>1231</sup>. Certains pays, tels les États-Unis, ont

---

<sup>1228</sup> Axen, *supra* note 541 au para 25.

<sup>1229</sup> Anne-Marie de Brouwer et Marc Groenhuijsen, « The Role of Victims in International Criminal Proceedings » dans Göran Sluiter, Sergey Vasiliev, dir, *International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law*, Londres, Cameron May, 2009, 149 à la p 199.

<sup>1230</sup> Ralph Zacklin, «The Failings of Ad Hoc International Tribunals» (2004) 2 JICJ 541 à la p 543 [Zacklin, «The Failings»] (affirmant au sujet des trois organes des juridictions *ad hoc*, les juges, le Procureur et le Greffe que « *it has proven extremely difficult for any of the principal organs of the United Nations, including the Tribunals' parent organ, the Security council, to hold any of the organs strickly accountable* »).

<sup>1231</sup> Beccaria, *Des délits et des peines*, *supra* note 121 à la p 27.

refusé d'être parties au *Statut de Rome* considérant, entre autres, qu'une Cour aussi indépendante ne jouit d'aucune légitimité démocratique<sup>1232</sup>. Or pour certains, cette légitimité ne doit pas se construire nécessairement sur le concept de démocratie tel qu'il est entendu en droit interne. La légitimité de la Cour doit se mesurer davantage *a posteriori* et précisément sur la question de savoir si elle se conforme aux exigences du procès équitable.

La réponse affirmative ou négative à cette question ne résout pas totalement le problème. Il se rapporte au fond à la question de savoir par qui et comment cette légitimité sera jugée. Les rapports aux organes politiques tels l'AEP et le Conseil de sécurité sont trop politiques pour offrir un jugement indépendant sur le travail de la Cour. C'est en effet à ce titre que le principe de la publicité a été historiquement considéré comme un outil de contrôle de l'exercice du pouvoir judiciaire. Autrement, le processus judiciaire serait laissé à la seule discrétion des juges. Aussi indépendants soient-ils, cela rendrait la justice imprévisible<sup>1233</sup>. L'identité des victimes et témoins n'étant presque jamais connue, la procédure pénale devant la CPI s'apparente à une délibération sur le sort de l'accusé où, à la différence du classique délibéré en secret, les parties et représentants légaux des victimes sont invités à dire leur mot. Or ainsi que le reconnaît bien un auteur, « tout cloisonnement entre justice et information se révèle de plus en plus insoutenable face à la logique de transparence et de connaissance que véhicule l'ordre démocratique »<sup>1234</sup>.

En effet, le principe de publicité participe aujourd'hui d'un processus de démocratisation de la société dans la mesure où il « vise à reconnaître et donner aux citoyens les outils nécessaires à l'exercice d'un contrôle les faisant participer à l'organisation de la société dans laquelle ils vivent »<sup>1235</sup>. L'opérationnalisation de cette conception bute cependant dans le contexte de la CPI sur le déficit démocratique qui caractérise la société internationale. En dépit des discours sur la place de l'individu, cette société demeure encore fortement interétatique. La légitimité démocratique de ses institutions ne s'évalue alors qu'au regard du contrôle que les États membres peuvent exercer sur elles. Pourtant, dans une certaine mesure, l'ordre démocratique international devrait s'ouvrir plus

---

<sup>1232</sup> William A Schabas, « United States Hostility to the International Criminal Court : It's All about the Security Council » (2004) 15:4 EJIL 701 à la p 714 (citant Lincoln P. Bloomfield Jr, Secrétaire américain adjoint aux affaires politico-militaires dans un discours à l'Assemblée consultative des parlementaires pour l'action globale, New York, 12 septembre 2003).

<sup>1233</sup> Michelle Caianiello, « Disclosure Before the ICC: the Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice? » (2010) 10 Int'l Crim L Rev 24 à la p 37.

<sup>1234</sup> Sandrine Roure, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires: une judiciarisation du débat public » (2006) 4:68 Revue française de droit constitutionnel 737 à la p 737; Matthew Simpson, *Open Justice and the English Criminal Process*, Thèse soumise à l'Université de Nottingham pour le grade de PhD, octobre 2007 à la p 5 [Simpson, « Open Justice »].

<sup>1235</sup> *Ibid* à la p 739.

largement à la société civile internationale et aux médias globaux. Or bien que ceux-ci jouent de fait un rôle de « chien de garde » dans le fonctionnement des institutions internationales, il leur manque l'appui juridique nécessaire pour établir un ancrage plus puissant sur la balance des pouvoirs. L'élargissement de l'ordre démocratique international serait d'autant plus légitime dans le contexte de la CPI que celle-ci juge directement des individus.

Il serait exagéré de croire que la publicité de la procédure pénale internationale constitue la panacée au déficit démocratique des juridictions qui l'administre. Elle l'est sûrement en droit interne parce que l'organisation institutionnelle offre les possibilités de faire sanctionner les atteintes aux droits, y compris lorsqu'elles sont le fait de tribunaux. En ce sens, la publicité est décrite comme un instrument vital de garantie de l'état de droit dans lequel personne n'est au dessus de la loi et ne peut causer de tort sans être sanctionné<sup>1236</sup>. Dans le contexte de la justice internationale pénale, elle doit opérer comme moyen de légitimation. Ce n'est pas là un moindre rôle quand on sait que les tribunaux pénaux internationaux sont souvent accusés de partialité dans l'intérêt des grandes puissances<sup>1237</sup> et d'encourager l'effectivité de la répression au détriment des droits de l'accusé<sup>1238</sup>. La transparence permet dans ces circonstances aux cours d'assurer les communautés affectées par les crimes et le monde en général qu'elles ne sont à la solde d'aucun pouvoir. Il ne s'agit pas de méconnaître les besoins de protection des victimes et témoins. La solution se trouve sans doute dans l'équilibre que propose Göran Sluiter :

While the smooth adoption of protective measures may be justified in light of the legitimacy of the Tribunal in the eyes of the rwandan victim population, it goes also to the detriment of that same legitimacy if, for example, substantive parts of proceedings take place behind close doors<sup>1239</sup>.

Il ne s'agit donc pas de répudier coûte que coûte la confidentialité, mais d'éviter qu'elle ne devienne la règle. C'est en effet par méfiance à l'égard de la justice secrète que le principe de la publicité des débats a progressivement irradié les principaux systèmes de droit<sup>1240</sup>. Car dans le secret, toute forme d'abus ou d'arbitraire est possible<sup>1241</sup>. Dans le cas des tribunaux pénaux internationaux, ces abus ne seront pas nécessairement la conséquence de la collusion des juges

---

<sup>1236</sup> Simpson, « Open Justice », *supra* note 1234 à la p 3.

<sup>1237</sup> Certains États africains, entre autres le Kenya et le Soudan, dont les présidents en exercice sont poursuivis par la CPI, accusent celle-ci de poursuites « impérialistes » et « racistes ». Voir, Jenny Vaughan et Audet Genet, « Africa Closes Ranks to Condemn "Racist" ICC on Kenya Cases », *AFP*, 27 mai 2013.

<sup>1238</sup> Voir les explications de Cogan, « Fair Trials », *supra* note 11 aux pp 112-113.

<sup>1239</sup> Göran Sluiter, « The ICTR and the Protection of Witnesses » (2005) 3 JICJ 962 à la p 976 [Sluiter, « The Protection of Witnesses »].

<sup>1240</sup> Thomas S Schattenfield, « The Right to a Public Trial » (1955-1956) 7 W Res L Rev 78 à la p 80.

<sup>1241</sup> Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2010 à la p 434 [Cryer, *An Introduction*].

avec les puissances étatiques. La confidentialité pourrait servir de paravent à ceux qui en sont les bénéficiaires pour commettre des actes attentatoires à la bonne administration de la justice. Le lien entre la confidentialité et cette atteinte n'a rien de systématique. Il peut toutefois se renforcer lorsque le secret est la norme. Comme le reconnaissait un avocat de la défense, « *'liberal use of protective measures' infringes an accused's right to a public trial by 'reducing the accountability of witnesses who can testify falsely behind pseudonym'* »<sup>1242</sup>.

La publicité comme outil de contrôle et de responsabilisation des juges pourrait également s'étendre à tous les acteurs du procès. Dans la salle d'audience réduite aux juges, à l'accusation et aux équipes de la défense, personne n'a souvent, mieux que les populations concernées, vécu les faits relatés par le témoin. Or lorsque les témoins déposent sous confidentialité, il existe plus de chance qu'un faux témoignage passe inaperçu. Beccaria disait à ce propos que la pratique des accusations secrètes « rend les hommes faux et dissimulés »<sup>1243</sup>. Plusieurs cas de faux témoignages ont été ainsi enregistrés qui auraient pu être évités si les procédures étaient publiques.

Dans l'affaire *Kamuhanda*, deux témoins à charge portant des pseudonymes avaient déposé contre l'accusé qui fut condamné à vie pour un massacre commis le 12 avril 1994 dans l'enceinte d'une paroisse de Gikomero au Rwanda. En appel, ils se sont rétractés, déclarant avoir menti sur la présence de l'accusé à cet endroit le jour du massacre<sup>1244</sup>. La Chambre d'appel a instruit une enquête pour outrage qui aboutit à la conclusion que les témoins avaient été payés par l'enquêteur de la défense pour avouer que leur témoignage en instance était faux. Dans *Ndindilyimana*, après avoir déposé devant la chambre d'instance, le témoin protégé GFR s'est par la suite rétracté, alléguant avoir été contraint par les autorités rwandaises à témoigner contre l'accusé. Là encore après des enquêtes indépendantes par un *amicus curiae*, la chambre a conclu que le témoin s'était librement rétracté et qu'en conséquence cela entamait la crédibilité de son témoignage<sup>1245</sup>.

Sans aller aussi loin que soutenir que la publicité est une assurance contre les risques de faux témoignage, il faut reconnaître qu'elle incite à la probité et à la vérité, surtout dans la mesure où le public renvoie chez le témoin l'éventualité que ses propos puissent être contredits. Elle peut

---

<sup>1242</sup> Radosa Milutinovic, «ICTY Trials come to Light» (2012) n°146 *International Justice Tribune* à la p 3 [Milutinović, «ICTY Trials»].

<sup>1243</sup> Beccaria, *Des délits et des peines*, *supra* note 121 à la p 33.

<sup>1244</sup> *Jean de Dieu Kamuhanda c Le Procureur*, ICTR-99-54A-R68, Décision sur la demande de divulgation (4 mars 2010) au para 3 (TPIR, Chambre d'appel).

<sup>1245</sup> *Le Procureur c Ndindilyimana et al.*, ICTR-00-56-T, Decision on Witness GFR's recantation of evidence (10 février 2010) au para 15 (TPIR, Chambre de première instance).



également remplir une fonction plus importante, celle de catalyser les finalités de la justice. Le propos n'est pas de soutenir que la publicité pourrait contribuer seule à la réalisation des objectifs de la justice internationale pénale. Les tribunaux pénaux internationaux pris dans leur globalité n'y concourent qu'insuffisamment<sup>1246</sup>. Il a toujours été soutenu qu'il est indispensable de leur associer les tribunaux nationaux et les commissions-vérité et réconciliation. Complémentaires, ces derniers sont caractérisés à la fois par leur proximité et la publicité de leurs procédures. Si ces éléments ne les rendent pas plus efficaces quant à d'autres buts, ils contribuent toutefois à forger une meilleure compréhension du rôle des mécanismes de justice au sein des populations concernées.

Dans les pays tels le Rwanda et la Sierra Leone où ces institutions ont fonctionné à côté des tribunaux *ad hoc* et mixtes, elles ont fait une part importante à la participation populaire, notamment par la tenue des audiences sur des places publiques. La question se pose de savoir comment la réconciliation peut être possible dans un cas comme l'affaire *Lubanga* où aucune victime n'est connue. Ne risque-t-on pas au contraire d'exacerber les antagonismes lorsque du fait de la confidentialité l'accusé apparaît comme livré à la vindicte du Procureur international?

Le contraste entre la lourde confidentialité des procédures pénales internationales et la large publicité des procédures nationales, au Rwanda ou en RDC par exemple, est saisissant. Pourtant, on juge dans ces diverses tribunes de mêmes crimes et parfois dans le même environnement de tensions politiques et ethniques. On a tenté de justifier la différence par le fait que les tribunaux internationaux jugeaient les plus hauts responsables jouissant souvent encore sur le terrain d'attaches avec le pouvoir ou des groupes politiques influents. On a également allégué que les mécanismes nationaux n'imposaient pas des sanctions pénales, qu'ils jugeaient des crimes mineurs. Mais c'est oublier que dans le cas du Rwanda, la répression assurée par les *Gacaca* a par moment été plus sévère, par exemple en imposant la prison à vie ou la peine capitale<sup>1247</sup>.

La réalité est que les poursuites internationales qui prétendent, par leurs objectifs, favoriser la réconciliation nationale, sont le plus souvent engagées sur le ton de la politisation. Les tribunaux pénaux internationaux n'ont ainsi pour justiciables que les vaincus d'une guerre. Se succèdent alors à leur barre des témoins qui ont été soit du camp des vaincus, soit du camp des vainqueurs, mais qui dans tous les cas ont besoin de protection par crainte de représailles. Dans ces conditions, la

---

<sup>1246</sup> Zacklin, «The Failings», *supra* note 1230 à la p 544.

<sup>1247</sup> Voir de manière générale à ce sujet Viviane Umutesi, *Les juridictions Gacaca au Rwanda et les garanties du procès équitable*, mémoire soumis à l'Université Laval pour le grade de Maîtrise en droit, 2012.

systématisation de la protection des témoins remet en cause le principe d'impartialité de la justice<sup>1248</sup>. À défaut de cette qualité, la réalisation de la réconciliation nationale est hypothéquée.

D'abord parce que la réconciliation nationale passe par le droit du public de savoir. Le droit de savoir ne doit pas se limiter à la teneur de ce qui est dit en audience. Ainsi que le reconnaît justement un auteur, « le public a besoin de savoir qui accuse et qui innocente, ne serait-ce que pour pouvoir apprécier la véracité des dépositions »<sup>1249</sup>. C'est à cette condition que peut être dissipée la croyance trop souvent ancrée dans la conscience des communautés concernées que les tribunaux internationaux sont à la solde des régimes victorieux.

En outre, ce qui est su par le public doit être suffisamment clair, cohérent et intelligible pour faciliter le processus de réconciliation nationale; ce que contredit l'abondance de la confidentialité. Le secret entretient en effet le doute au sein de l'opinion sur la véracité de ce qui a pu être dit, quoi qu'on puisse présumer les juges de la plus haute indépendance qui soit.

Enfin, la réconciliation nationale s'accommode mal d'une justice excessivement longue. Pour Philippe Lagrange, l'exigence de célérité à laquelle les nombreuses procédures relatives aux mesures de protection des témoins portent atteinte, tient d'un double impératif :

D'abord, la réconciliation nationale ne saurait attendre trop longtemps que la justice suive son cours : la population (...) a besoin de voir tous les criminels condamnés, pour que la réconciliation puisse être envisagée. Ensuite, le temps joue contre le devoir de mémoire : les témoins, très souvent malades, meurent chaque jour, et cette cadence à s'accélérer, privant la justice internationale de son principal moyen de preuve et l'Histoire d'éléments essentiels<sup>1250</sup>.

Or force est de constater que dans *Lubanga*, qui a duré sept ans, il a fallu attendre quatre années pendant lesquelles les parties débattaient essentiellement de divulgation et de protection des témoins et victimes pour voir s'ouvrir le procès. De là tout le sens du questionnement de Laurence Burgorgue-Larsen : « [l]a "justice secrète" n'est-elle pas depuis toujours considérée comme "imparfaite"? Si elle est imparfaite, comment l'impératif de réconciliation pourra-t-il voir le jour? »<sup>1251</sup> La question qui s'étend sans doute à l'ensemble des objectifs de la justice internationale pénale pose le problème de l'effectivité de cette dernière au regard de l'importance de la confidentialité. Elle mérite assurément qu'on s'attèle à y répondre.

---

<sup>1248</sup> Philippe Lagrange, « La protection des témoins : entre le possible et le souhaitable » dans Laurence Burgorgue-Larsen, dir, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 41 aux pp 77 et s.

<sup>1249</sup> *Ibid* à la p 80.

<sup>1250</sup> *Ibid* à la p 82.

<sup>1251</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, «Conclusions générales: une répression sous tension ou la dialectique des contraires» dans Laurence Burgorgue-Larsen, dir, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 301 à la p 310.

## Chapitre II. – Le risque pour la répression des crimes

Un des effets de la prise en compte du secret par la CPI est le risque que soit frustrée l'une de ses principales finalités, celle de réprimer les crimes. Le présent chapitre analyse les conséquences qui découlent de l'exonération des détenteurs de secrets de leurs obligations de produire des éléments de preuve au cours des divers stades de la procédure. Le procès pénal ne pouvant se tenir sans la preuve, la question peut être traitée en deux volets. Il est possible que l'exonération des obligations de production n'empêche pas la détermination de la cause. Dans la mesure où la preuve doit être établie à l'égard de chacune des charges portées contre la personne poursuivie, la Cour peut être confrontée à la situation où il lui serait impraticable de se prononcer sur l'établissement des faits relatifs à ces charges (2.1.). Dans un cas extrême, il peut arriver qu'en raison de l'ampleur du secret, soit qu'il empêche de faire la preuve de toutes les charges ou de répondre à une question cruciale, l'arrêt des poursuites doive être envisagé (2.2.).

Il s'agit de solutions qui se prennent avant tout dans l'intérêt des droits de l'accusé. De fait, si des documents ne peuvent lui être communiqués pour des raisons d'intérêt public, l'égalité des armes rompue est compensée par l'application des droits de l'homme reconnus<sup>1252</sup>. On n'envisage pas la tenue d'un procès au cours duquel les allégations et les preuves portées contre l'accusé seraient entièrement secrètes. En cas de conflit irréconciliable entre le besoin de confidentialité et l'équité de la procédure, les cours suprêmes du Royaume-Uni et du Canada jugent, dans le contexte des procédures de renvoi en matière d'immigration dans lesquelles il était question de ne pas communiquer des renseignements à un non-citoyen pour des raisons de sécurité nationale, que les autorités publiques devaient, selon le degré de la tension, soit exclure les preuves confidentielles, soit mettre un terme à l'instance<sup>1253</sup>. La solution est transposable à plus forte raison dans le procès pénal où l'enjeu est sinon plus, au moins tout autant élevé que le renvoi du territoire. La Cour EDH abonde dans le sens d'une telle solution<sup>1254</sup>. Ainsi, toute conception absolutiste du secret doit garder l'équité procédurale sauve. Ce faisant, l'objet du procès, qui consiste en la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, peut s'en trouver frustré.

---

<sup>1252</sup> Bitti, «Functions and Powers», *supra* note 1048 à la p 1208.

<sup>1253</sup> *Secretary of State for the Home Department c A F (No. 3)*, [2009] UKHL 28 3 All ER 643 au para 59 ; *Harkat*, *supra* note 334 au para 59.

<sup>1254</sup> *Rowe et Davis*, *supra* note 1119 paras 63-66; *Fitt*, *supra* note 108 au para 46; *Dowsett*, *supra* note 1119 au para 50.

## 2.1. – La frustration de l'établissement des faits

Lorsque certains éléments de preuve sont confidentiels, l'impossibilité de les introduire devant les juges a pour conséquence d'empêcher que la lumière soit faite sur les faits de la cause. Deux situations sont envisageables. D'une part, la confidentialité peut être la cause de l'exclusion de la preuve (2.1.1.) et, d'autre part, un motif de retrait des chefs d'accusation lorsqu'il n'existe pas pour les prouver d'autres moyens de preuve que ceux dont la production est impossible (2.1.2).

### 2.1.1. – L'exclusion des éléments de preuve confidentiels

L'obligation impérative d'exclusion qui pèse sur la Cour en vertu de ses textes fondamentaux (2.1.1.1.) n'épuise pas la possibilité qu'elle se fonde, pour établir le fait litigieux, sur des éléments de preuve dits « analogues » ou alternatifs (2.1.1.2).

#### 2.1.1.1. – L'obligation impérative d'exclusion

Les critères d'exclusion sont prévus à l'article 69-7 du *Statut de Rome* de la CPI. D'après cette disposition, une preuve est inadmissible si elle est obtenue « par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ». Encore faudra-t-il que cette violation (a) affecte sérieusement la crédibilité des éléments de preuve ou (b) encore que la prise en compte de la preuve ait l'effet de compromettre la procédure et porter gravement atteinte à son intégrité. Il s'ensuit, et la Chambre préliminaire l'a reconnu dans *Lubanga*, que la violation du *Statut* ou la violation des droits de l'homme internationalement reconnus n'emporte pas nécessairement l'inadmissibilité de l'élément de preuve. L'article 69-7 laisse au juge la discrétion d'opérer une mise en balance appropriée entre les valeurs en conflit dans chaque cas d'espèce<sup>1255</sup>. Il en est ainsi parce que l'exclusion de la preuve, à moins de préserver elle-même la vérité ou le droit à la vie privée<sup>1256</sup>, est susceptible d'empêcher la communauté et les victimes de connaître la vérité sur les faits<sup>1257</sup>. De ce fait, une fois la violation du *Statut* ou d'une norme de droits de l'homme établie, le juge procède ensuite à une mise en balance des valeurs contradictoires en cherchant à savoir si la crédibilité de la preuve en a pâti ou s'il en résulte un préjudice pour l'intégrité de la procédure.

---

<sup>1255</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 84.

<sup>1256</sup> Amar, «Against Exclusion», *supra* note 156 à la p 457.

<sup>1257</sup> Eileen Skinner, *Improperly or Illegally Obtained Evidence : The Exclusionary Evidence Rule in Canada*, Vancouver, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2005 à la p 23.

D'après le professeur Schabas, les cas typiques où l'exclusion fondée sur l'article 69-7 jouera sont les situations où la preuve est collectée par suite d'une perquisition illégale ou de l'usage de la torture ou la soumission de la personne à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>1258</sup>. Piragoff a ajouté à cela le cas où l'accusé a subi son interrogatoire en l'absence de son avocat. Il souligne toutefois que les droits de l'homme dont la violation est susceptible de déclencher l'exclusion sur le fondement de l'article 69-7 ne se limitent pas à ceux reconnus au *Statut*<sup>1259</sup>. La violation de ce dernier texte lui-même n'est pas restreinte à ses dispositions relatives à la protection des droits de l'accusé ou du suspect. Elle peut inclure également les droits des victimes ou toute autre disposition substantielle ou procédurale du *Statut*<sup>1260</sup>.

Les cas qui se sont présentés devant la CPI ont porté sur la violation alléguée des droits du suspect au moment de la collecte d'éléments de preuve, protégés tant par les normes de droit international que par les dispositions constitutionnelles de droit interne. Dans le cas *Lubanga*, la défense a allégué la violation du droit de l'accusé à sa vie privée, la perquisition opérée à son domicile par les autorités congolaises en présence d'un enquêteur de la CPI ayant été jugée inconstitutionnelle par les tribunaux nationaux. La Chambre reconnaît que la perquisition au domicile de l'accusé a été conduite en violation d'un droit de l'homme internationalement reconnu. Elle admet cependant les éléments de preuve estimant que la violation n'a affecté ni leur crédibilité ni porté gravement atteinte à l'intégrité de la procédure<sup>1261</sup>.

Dans *Katanga* où la défense souhaitait l'exclusion du procès-verbal d'un interrogatoire de l'accusé mené en l'absence de son avocat, la Chambre, se fondant sur la pratique des mécanismes de droits de l'homme, a jugé que l'absence de l'avocat à la phase initiale des procédures ne constitue pas généralement la violation d'un droit de l'homme internationalement reconnu<sup>1262</sup>.

Dans bien des cas cependant, l'exclusion de la preuve ne se fondera pas sur l'article 69-7. Certaines dispositions du *Statut*, par leur portée, opèrent directement l'exclusion d'éléments de preuve en raison de leur confidentialité, sans qu'il soit permis au juge d'exercer sa discrétion pour apprécier si la violation du *Statut* ou d'une norme de droits de l'homme affecte la crédibilité de la

---

<sup>1258</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 849.

<sup>1259</sup> Donald K Piragoff, « Article 69. Evidence » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* – 2ème éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1301 à la p 1333.

<sup>1260</sup> *Ibid* à la p 1332.

<sup>1261</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 aux paras 89-90.

<sup>1262</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 au para 79.

preuve ou l'intégrité des procédures. La plupart, sinon l'essentiel des règles de confidentialité ont cette portée. Se pose en effet la question de savoir si un élément de preuve produit en violation d'une règle de confidentialité emporte nécessairement son exclusion. Par exemple, si le Procureur, passant outre l'obligation de rechercher le consentement de ses sources confidentielles, décide de produire dans la procédure un élément de preuve qui lui a été fourni en vertu d'un accord de confidentialité, est-il possible d'invoquer son exclusion? Cette possibilité n'a rien d'inimaginable. En effet, l'accord est conclu entre le Procureur et les sources d'information qu'il introduit en preuve. On peut imaginer que le Procureur fasse le choix d'assumer les conséquences résultant du manquement à son obligation à l'égard de ses partenaires et décide d'introduire la preuve en justice.

Si une telle situation se produisait, il n'y aurait pas en principe de difficulté pour la Cour de conclure à la violation du *Statut*. Cette allégation peut être soulevée par les intéressés ou la défense ou constatée d'office par le juge<sup>1263</sup>. Dans la réalité, l'exclusion de la production de la preuve en justice est le véritable recours efficace dont disposent les sources d'information pour prévenir la divulgation d'éléments de preuve fournis à titre confidentiel. C'est cette assurance de confidentialité qui aura généralement déterminé la communication des pièces au Procureur ou à toute autre partie. Le défaut pour les partenaires de ces derniers d'avoir consenti à la production emporte directement l'exclusion que la Cour n'aura pas de mal à prononcer.

Tel est le sens de l'article 54-3-e. Il reconnaît le pouvoir au procureur de « s'engager à ne divulguer à aucun stade de la procédure les documents et 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 ». Il pouvait se poser la question de savoir si cette disposition ne fait que reconnaître au Procureur des pouvoirs de conclure de tels accords ou si la disposition emporte elle-même l'exclusion des éléments de preuve ainsi obtenus. Le professeur Schabas a pris position en faveur de la première option<sup>1264</sup>. Or l'article 54-3-e est lui-même précisé par la règle 82 du RPP qui interdit au Procureur d'introduire en justice les éléments de preuve obtenus en vertu de cet article si les sources n'ont consenti à leur divulgation à

---

<sup>1263</sup> Une chambre pourrait en effet refuser de recevoir en preuve de documents divulgués en violation du secret des sources sur la base de l'article 69-5 du *Statut de Rome* qui impose à la Cour le respect des règles de confidentialité. De même, la cause pourrait être plaidée par la défense sur la base de l'article 69-7 du *Statut de Rome*, à savoir que les éléments introduits par le Procureur sans le consentement des sources le sont en violation du Statut qui exige que ces dernières aient consenti à la divulgation.

<sup>1264</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 678. Pour un point de vue opposé, *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-774-tFRA, *supra* note 1078, opinion séparée du juge Pikis au para 12.

l'accusé<sup>1265</sup>. Il est évident qu'à défaut d'avoir été divulgués, de tels éléments de preuve ne pourront être utilisés par le Procureur dans le cadre de son argumentation. De même, s'ils étaient divulgués sans le consentement des sources, la Chambre serait elle-même liée par les dispositions statutaires qui les rendent directement inadmissibles à défaut de ce consentement. Ni le Procureur ni la chambre ne jouissent donc d'une quelconque discrétion en l'espèce. Quel que soit le sentiment de la Cour sur la conformité ou non des accords de confidentialité au *Statut*, elle ne peut rien faire d'autre qu'admettre qu'ils ont pour effet l'exclusion d'éléments de preuve.

En réalité, dans bien des cas, l'exclusion procédera de la neutralisation des pouvoirs du juge d'ordonner la production de la preuve. D'après l'article 69-5 du *Statut*, « la Cour respecte les règles de confidentialité telles qu'elles sont énoncées dans le Règlement de procédure et de preuve ». Or au RPP, la plupart des règles de confidentialité tendent à n'admettre aucune mise en balance. Dès lors que l'existence du secret professionnel est établie, cela emporte directement l'exclusion de l'élément de preuve considéré, faute pour le détenteur du secret d'avoir consenti à sa production dans le procès. Dans le cas du secret des sources, la règle 82 exclut que si le Procureur a décidé de présenter un élément de preuve obtenu confidentiellement ou un témoin pour qu'il communique un élément de preuve couvert par le secret, la Chambre ordonne la présentation d'éléments de preuve additionnels reçus de la source ou oblige le témoin à répondre à une question relative à ces pièces ou à leur origine. De la même manière, les garanties de non-incrimination du témoin, prévues à la règle 74, emportent les éléments résultant de sa déposition « ne seront pas utilisés directement ou indirectement contre lui dans le cadre de poursuites ultérieures devant la Cour [...] ».

Dans les exemples qui précèdent, l'engagement de confidentialité milite en faveur de l'exclusion de la preuve en ce sens qu'il existe une expectative réelle de confidentialité chez celui qui a choisi de se confier et une obligation de loyauté de la part de celui qui est dépositaire du secret. Dans les deux cas, le juge doit faire face à l'impératif d'intérêt public qui consacre le secret. Son autorité de pouvoir en ordonner la divulgation découle très directement de la portée de la règle qui stipule un tel privilège. Il est clair que tant pour le secret des sources que pour la personne qui risque l'auto-incrimination, à défaut de la confiance que ses propos ne seront pas produits en justice, il ne

---

<sup>1265</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, CC-01/04-01/07-543-tFR, Décision invitant au dépôt d'observations concernant les documents relevant de l'article 54-3-e du Statut identifiés comme potentiellement à décharge ou de toute autre manière nécessaires à la préparation de la défense aux fins de l'audience de confirmation des charges (2 juin 2008) au para 20 (CPI, Chambre préliminaire I).

coopérerait pas avec cette dernière. Si cette expectation devait être par la suite ignorée, il y aurait assurément violation du *Statut* ou de normes de droits fondamentaux de la personne.

À la vérité, l'exclusion apparaît comme une mesure sanctionnant la non-divulcation fondée sur la confidentialité. C'est le défaut de divulgation qui jette le doute sur la valeur probante ou la crédibilité de l'élément de preuve confidentiel de sorte que pour l'intégrité des procédures, il est prudent de l'exclure. L'exclusion joue dans ce cas une fonction de régularisation de la procédure. La production des moyens de preuve analogues, loin de rechercher uniquement à parfaire l'équité procédurale, vise quant à elle à rendre possible la détermination de la cause.

#### 2.1.1.2. – Le recours aux moyens de preuve analogues

La solution consistant à recourir à des mesures autres que la divulgation réelle a été affinée par les juges de la CPI pour compenser les atteintes aux droits de la défense. La diversité des solutions de remplacement aux moyens de preuve non communiqués n'implique pas nécessairement qu'elles satisfont toujours les exigences du procès équitable. Le contrôle du juge s'impose dès lors afin que leur mise en œuvre ne conduise pas à des abus.

En effet, les solutions de remplacement sont le plus souvent utilisées par l'accusation. Le souci est celui d'assurer la continuation des procédures. Certaines de ces solutions sont explicitement envisagées par les textes. C'est le cas de la production d'éléments de preuve analogues à ceux dont la divulgation est impossible. Le cas est prévu en matière d'exception de sécurité nationale et de secret professionnel du CICR.

En matière d'exception de sécurité nationale, lorsque l'État intervient pour demander la concertation avec la Cour alors qu'une partie au procès s'apprête à introduire en audience un élément de preuve dont la divulgation porterait atteinte à sa sécurité nationale, cette partie peut soumettre au jugement de la Cour qu'elle a obtenu les éléments de preuve concernés d'une autre source que l'État requis. De même, selon les termes de l'article 72-5, le règlement de la question peut consister à « [o]bténir les renseignements ou éléments de preuve d'une autre source [...] ». En théorie, la détermination par la Cour que de tels documents émanent d'autres sources devrait dissuader l'État concerné par la divulgation à faire opposition et en conséquence laisser la Cour admettre les éléments de preuve en jeu. Mais dans la mesure où d'après le paragraphe 6 de l'article 72 c'est à lui qu'appartient le dernier mot quant à la protection adéquate de sa sécurité nationale, l'obtention de mêmes éléments de preuve d'autres sources ne modifie pas



significativement la donne. Quelle que soit leur provenance, si de tels éléments représentent un danger pour la sécurité nationale, l'État est en droit de s'opposer à leur divulgation.

À l'inverse, la concession faite au CICR quant au secret professionnel n'est pas allée aussi loin. D'après le paragraphe 5 de la règle 73, son droit à la non-divulgation « n'affecte en rien l'admissibilité d'éléments de preuve semblables obtenus par des sources autres que le Comité international de la Croix-Rouge, ses représentants ou employés, lorsque ces éléments ont été recueillis par ces sources, indépendamment du Comité, de ses représentants et des employés ». La différence avec les secrets d'État nous apparaît cohérente. Les enjeux en présence ne sont pas les mêmes. La sécurité nationale peut être menacée indépendamment de la source qui divulgue une information qui lui est préjudiciable. En revanche, il n'en est pas de même quant à la neutralité recherchée par le CICR qui ne serait compromise que par l'effet de sa propre implication dans la divulgation de documents confidentiels. Le fait que des informations semblables à celles qu'il a collectées soient communiquées par d'autres sources importera peu.

À la vérité, la règle des preuves analogues est susceptible de s'appliquer à toutes les autres formes de secret professionnel. Une exception couramment admise à cette règle de confidentialité découle de la divulgation à un tiers d'une communication confidentielle qui, lui, la révèle par la suite. La logique procède de ce que la relation confidentielle est supposée concerner le professionnel et son client à l'exclusion de toute autre personne. La confidentialité serait perdue dès lors qu'un tiers qui n'est pas lié par le secret a connaissance du contenu de la communication. Son témoignage est de ce fait admissible en tant qu'élément de preuve.

Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir de documents similaires à ceux qui ne sont pas divulgués, il reste d'autres possibilités auxquelles peuvent recourir les juges. Pour commencer, certaines règles de confidentialité permettent que la Cour puisse tirer des déductions du silence ou du défaut de production de la preuve recherchée. Le cas le plus controversé est sans doute celui du droit de l'accusé de garder le silence dont nous discutons à la section 1.2.1.1.1 du premier chapitre de la première partie. Le caractère absolu de cette règle ne fait pas toujours l'unanimité<sup>1266</sup>. En Allemagne et au Royaume-Uni par exemple, il est reconnu que les juges peuvent tirer des

---

<sup>1266</sup> Jeremy Bentham désapprouvait le privilège de ne pas participer à sa propre incrimination comme « *a considerable impediment towards convicting the guilty* ». Pour lui en effet, « *innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence* »: Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence*, London, Baldwin, Graddock and Joy, 1825 à la p 241. Voir aussi Jackson et Summers, *Internationalisation*, *supra* note 244 à la p 242.

conclusions défavorables du silence de l'accusé dans certaines conditions<sup>1267</sup>. Le *Statut de Rome*, conforme à la pratique du TPIY<sup>1268</sup>, prend cependant position pour une approche absolue du droit de l'accusé de garder le silence et de ne pas participer à sa propre incrimination<sup>1269</sup>. Faisant écho à cela, la Chambre d'appel du TPIY a conclu dans une affaire « à une *interdiction* absolue de prendre en compte le silence d'un accusé pour décider de sa culpabilité ou de son innocence »<sup>1270</sup>.

Dans les deux premiers jugements de la CPI, les chambres d'instance ont décidé de prendre en compte le risque du témoin de se voir incriminé lui-même dans l'appréciation de ses dépositions orales<sup>1271</sup>. Le paragraphe 2 de la règle 75 du RPP permet expressément aux juges de tenir compte « du fait que le témoin [proche de l'accusé] a refusé de répondre à une question ». La pertinence de cette disposition, comme celle qui permet à la Cour des déductions en cas de refus de coopérer de l'État<sup>1272</sup>, peut être discutée au regard du pouvoir du juge en matière d'appréciation des preuves.

La production du résumé des documents confidentiels est une autre solution de remplacement à leur divulgation complète. Cette solution est généralement acceptée à l'audience de confirmation des charges en raison de la portée limitée du niveau de preuve exigé pour prendre une décision de poursuivre ou non le suspect<sup>1273</sup>. La Chambre préliminaire I a adopté le principe de la « *bulk rule* » en vertu de laquelle elle se contente des éléments de preuve essentiels de l'accusation (« *core evidence* ») et non de l'ensemble de sa preuve pour décider ou non d'envoyer le suspect en jugement<sup>1274</sup>. Elle n'exige pas à cet égard qu'il produise l'intégralité des preuves disculpatoires ou nécessaires à la préparation de la défense dans la mesure où elle n'y a pas accès. Conformément à l'article 61-5 du *Statut*, la pratique judiciaire de la Cour permet l'utilisation de résumés de déclarations de témoins à charge qui ne comparaitront pas à l'audience de confirmation des charges, mais au procès. Les résumés des preuves de témoins potentiels à charge servent également, à cette étape de la procédure, à satisfaire l'obligation du Procureur de communiquer à la défense les éléments

---

<sup>1267</sup> Michael Bohlander, *Principle of German Criminal Procedure*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012 aux pp 173-174; Schabas, « Tango », *supra* note 16 à la p 291.

<sup>1268</sup> Paul Mevis, Commentaire de la décision *Prosecutor v. Mucić*, IT-96-21-T, Decision on the Prosecution's Oral Requests for the Admission of Exhibit 155 into Evidence and for an Order to Compel the Accused, Zdravko Mucić, to provide a handwriting Sample (19 janvier 1998) (TPIY, Chambre de première instance II), (2001) 3 ALC 338 aux pp 339-341.

<sup>1269</sup> *Statut de Rome*, art 67-1-g, *Statut du TPIY*, art. 21-4-g.

<sup>1270</sup> *Delalić*, arrêt en appel, *supra* note 269 au para 783.

<sup>1271</sup> *Chui*, ICC-01/04-02/12-3, *supra* note 4 au para 51; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 106.

<sup>1272</sup> *Statut de Rome*, art 72-7-a-iii, art 72-7-b-ii.

<sup>1273</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 aux paras 65-66.

<sup>1274</sup> Voir à ce propos nos développements dans le contexte du régime de divulgation *supra* à la p 99.

relevant de l'article 67-2 et de la règle 77<sup>1275</sup>. Toutefois, la communication des résumés à la défense ne satisfait totalement cette obligation que si les juges de la Chambre préliminaire ont accès aux documents non communiqués<sup>1276</sup>.

Ce dernier principe, également appliqué par les chambres d'instance, laisse songeur quant à la possibilité que l'article 72-5-d reconnaisse aux États de consentir, lorsque leurs intérêts de sécurité nationale sont en jeu, à la communication de résumés ou de versions corrigées des documents qu'ils ne souhaitent pas communiquer. L'admission de tels moyens n'est pas explicitement limitée à la phase de confirmation des charges. Pour les mêmes raisons qu'ils refusent de se fonder uniquement sur de telles formes de preuve dans le cas des accords de l'article 54-3-e, on peut présumer que les juges exigeront nécessairement que leur soient communiqués ainsi qu'à la défense l'intégralité des renseignements de sécurité nationale si ceux-ci sont nécessaires à la détermination de la responsabilité ou de l'innocence de l'accusé. À défaut d'obtenir cette divulgation complète, ils pourront toujours faire usage de leur pouvoir de déduction.

En tout état de cause, l'usage de toutes ces diverses solutions n'est pas sans poser des difficultés, d'où l'intérêt de la Cour d'en contrôler l'application. Comme solution de remplacement, ces mesures peuvent ne pas refléter le niveau de précision qui caractérise les documents confidentiels qui ne sont pas susceptibles de divulgation. L'intervention du juge est dès lors indispensable pour superviser leur utilisation et garantir l'équité de la procédure.

Le contrôle du juge sur la mise en œuvre des solutions de remplacement est fondé sur l'autorité que lui confère l'article 64-2 de garantir l'équité de la procédure. Dans *Lubanga*, la Chambre de première instance I a estimé que tout litige portant sur la divulgation requerrait l'intervention du juge. D'une part, à défaut de statuer sur les éléments de preuve litigieux, la Chambre risquerait en effet de priver la personne poursuivie d'un procès équitable. D'autre part, la divulgation sous le contrôle du juge fournit une garantie supplémentaire, car celui-ci peut vérifier à tout moment que la non-divulgation n'est pas contraire à l'équité<sup>1277</sup>. Or le Procureur et les représentants légaux des victimes prétendaient dans le cas *Lubanga* que cette fonction judiciaire est neutralisée par sa prérogative, aux termes de l'article 54-3-e, de conclure des accords de confidentialité le dispensant

---

<sup>1275</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 71.

<sup>1276</sup> *Ibid* aux paras 73-74.

<sup>1277</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 aux paras 83-85.

de l'obligation de communication, y compris lorsque les éléments de preuve sont susceptibles d'innocenter l'accusé ou d'atténuer sa responsabilité pénale<sup>1278</sup>.

La situation était d'autant plus grave en raison de la portée excessivement étendue des accords de confidentialité conclus par le Procureur et ses sources. Ils prohibaient expressément l'accès de la défense et des juges aux éléments de preuve communiqués confidentiellement à l'accusation<sup>1279</sup>. Dans ces circonstances, la Chambre s'estimait dépossédée des moyens de pouvoir vérifier l'adéquation des éléments de preuve analogues avec les éléments de preuve non communiqués. Pour elle en effet, la communication de documents similaires peut ne pas suffire à garantir un procès équitable à l'accusé<sup>1280</sup>. En fait, la communication de ce type de documents ne signifie pas que l'accusation recourra plus aux éléments qui devaient normalement être communiqués. Il y a ainsi risque d'une divergence de sources ou même de contenu.

Consciente de cet état des choses, la Chambre préliminaire I n'admet la production de documents analogues comme solution compensatoire viable que dans la perspective limitée de l'audience de confirmation des charges<sup>1281</sup>. Pour la Chambre d'instance dans *Lubanga*, si elle juge que leur communication ne constitue pas un substitut adéquat à la communication d'un élément à décharge particulier, elle conclut que l'accusé a droit aux deux<sup>1282</sup>. La solution est tirée du TPIY qui, plus catégorique, affirmait : « [...] la Chambre d'appel réaffirme qu'elle ne saurait accepter l'idée que l'accusation n'est pas tenue de communiquer des éléments remplissant les conditions posées par l'article 68 lorsqu'il existe d'autres informations largement similaires »<sup>1283</sup>.

De la même manière, la Chambre de première instance I a jugé la production de résumés et de documents expurgés de sources anonymes insuffisante dans la mesure où elle ne connaissait pas leur identité et qu'une plus grande partie de documents potentiellement à décharge restaient non

---

<sup>1278</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 43.

<sup>1279</sup> Voir par exemple les termes de l'article 18-3 de l'accord du BdP avec les Nations Unies : « L'Organisation des Nations Unies et le Procureur peuvent convenir que l'Organisation fournira au Procureur des documents ou informations qui devront demeurer confidentiels, ne serviront qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve et ne pourront être communiqués à d'autres organes de la Cour ou à des tiers à aucun stade de la procédure ou par la suite que si l'Organisation y consent » : *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 65..

<sup>1280</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 60. Voir aussi *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 6.

<sup>1281</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 aux paras 85-86.

<sup>1282</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 60; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1311-Anx2-tFRA, 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) au para 94 (CPI, Chambre de première instance I).

<sup>1283</sup> *Le Procureur c Blaskić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) au para 266 (TPIY, Chambre d'appel).

communiqués. Elle a estimé qu'elle ne saurait être tributaire de l'appréciation que ferait l'accusation du caractère à décharge ou suffisant des éléments d'information<sup>1284</sup>. Il revient aux juges de se prononcer en dernier ressort sur l'établissement des faits. Par conséquent, ils doivent être en mesure d'apprécier « les effets que les preuves à décharge peuvent avoir sur leur décision finale [...] »<sup>1285</sup>.

Cet aspect est si fondamental que si l'accusation décide de ne pas communiquer de telles preuves à la défense, elle demeure tenue de les soumettre à la Chambre « dans leur forme originale et en version intégrale »<sup>1286</sup>. Cette communication intégrale au juge est de même de mise à la phase préliminaire du procès<sup>1287</sup>. Agir autrement empêcherait les juges d'exercer leurs fonctions de justice et d'équité qui ne sauraient être déléguées à l'accusation.

La Chambre d'appel abonde dans le même sens lorsqu'elle statue que « [...] lorsque le Procureur se fonde sur l'article 54-3-e, il doit garder à l'esprit les obligations que lui impose le Statut et appliquer cet article d'une manière qui permettra à la Cour de résoudre le conflit potentiel entre, d'une part, la confidentialité que le Procureur s'est engagé à respecter, et d'autre part, les exigences d'un procès équitable »<sup>1288</sup>. La Cour s'appuie abondamment sur la jurisprudence européenne aux termes de laquelle laisser le Procureur apprécier entre l'intérêt public de la confidentialité et celui de la divulgation à la défense ne satisfait pas les exigences du droit à un procès équitable. C'est le contrôle du juge qui constitue la garantie acceptable. La Chambre d'appel réitère à cet égard la procédure balisée par la Chambre d'instance qui consiste, lorsqu'un doute existe quant à la communication des documents à décharge, à faire examiner la question dans le cadre d'une procédure *ex parte* réservée au Procureur<sup>1289</sup>. C'est au terme de cette procédure que la Chambre détermine si les mesures compensatoires du défaut de divulgation répondent aux exigences du droit à un procès équitable<sup>1290</sup>.

Dans ce sens, les grandes lignes de la pratique des chambres en matière de mesures compensatoires à la divulgation complète sont dignes d'être soulignées. Par exemple, elles jugent que le recours à des solutions de rechange n'exonère pas le Procureur de déférer à son obligation

---

<sup>1284</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 65.

<sup>1285</sup> *Ibid* au para 87.

<sup>1286</sup> *Ibid* au para 88.

<sup>1287</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 aux paras 73-74.

<sup>1288</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 44.

<sup>1289</sup> *Ibid* au para 48.

<sup>1290</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red, Décision sur la requête aux fins de communication du document DRC-OTP-0020-0003 (10 janvier 2011) au para 15 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red].

de communication dans les délais<sup>1291</sup>. Le TPIY n'accepte pas la solution de remplacement consistant à se fonder sur des documents analogues d'autres sources si ces derniers ne sont pas facilement accessibles ou si leur production cause des retards dans la conduite de la procédure.<sup>1292</sup>

À la CPI en général, la défense doit déjà s'être vue ou être sur le point de se voir communiquer ces documents analogues au moment où la Chambre statue sur leur adéquation au regard des documents non communiqués. Le plus souvent, un résumé des documents dont on ne souhaite pas la divulgation est produit en plus de renvoyer la défense aux éléments analogues. La Chambre procède alors à un examen du résumé pour vérifier s'il reflète de manière suffisante et adéquate les informations à divulguer. Si tel n'est pas le cas, elle vérifie si ces dernières informations sont néanmoins contenues dans l'une des sources alternatives communiquées à la défense<sup>1293</sup>. Il doit avoir une correspondance suffisante entre les informations analogues et les informations confidentielles non communiquées. À défaut et selon l'ampleur du manquement, l'accusation se trouvera contrainte de retirer les charges auxquelles se rapportent de telles preuves.

#### 2.1.2. – Le retrait des charges affectées par la confidentialité

De manière générale, la décision de retirer des charges est discrétionnaire au Procureur. À partir du moment où cette initiative est attribuable à la confidentialité, cette marge de manœuvre s'en trouve considérablement limitée (2.1.2.1) en plus d'être soumise au contrôle du juge (2.1.2.2.).

##### 2.1.2.1. – La discrétion limitée du Procureur

Après la confirmation des charges contre un suspect, le Procureur de la CPI peut toujours solliciter leur modification. Les conditions dans lesquelles il peut ainsi procéder sont fixées par l'article 61-9 du *Statut de Rome* et la règle 128 du RPP. L'une d'elles concerne le moment de la modification. Les textes distinguent deux périodes : après la confirmation des charges avant le commencement du procès et après le début du procès.

Lorsque la modification des charges est demandée après leur confirmation, mais avant le début du procès, le Procureur peut « ajouter des charges supplémentaires ou substituer aux charges des charges plus graves ». Après l'ouverture du procès, il peut uniquement « retirer les charges ».

---

<sup>1291</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 18.

<sup>1292</sup> *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused' Motion for Subpoena to interview Miroslav Tudman (14 juillet 2011) au para 29 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1293</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red, *supra* note 1290 au para 23.

Les motifs justifiant les demandes de modification pourraient ne pas se limiter à l'ajout et au retrait des charges. La première phrase de l'article 61-9 du *Statut* est formulée d'une manière qui laisse sous-entendre que les deux dernières n'en constituent que des précisions laissant au Procureur une plus grande latitude. Aux termes de cette phrase , « [a]près confirmation des charges et avant que le procès ne commence, le Procureur peut modifier les charges avec l'autorisation de la Chambre préliminaire et après que l'accusé en a été avisé ». En pratique, l'acte d'accusation ou, dans le cas de la CPI, le document contenant les charges que doit produire le Procureur spécifie ces dernières. La modification peut porter ainsi sur une charge particulière. Dans ce cas, on ne se trouve pas dans l'hypothèse d'ajout, de substitution et de retrait des deux dernières phrases de l'article 61-9.

En effet, une modification peut porter sur les éléments et les paramètres mêmes de charges spécifiques. Généralement, une charge allègue un crime, des faits, des éléments de preuve, les modes de responsabilité, le cadre temporel de la commission des crimes et même les coaccusés ou complices. Ainsi, dans la pratique des juridictions *ad hoc*, elle s'est fondée sur un ensemble de raisons que des commentateurs résument comme visant :

[...] to reflect new trial strategies or additional evidence uncovered since the indictment was initially confirmed, to bring the legal allegations in the instrument into compliance with developments in the case law on the elements of crimes and forms of responsibility, and in particular, the law on cumulative charging; to add or remove accused to reflect joinder, recent rendition to the Tribunal, severance, or withdrawal of charges; and, [...], when ordered by a trial chamber in response of defence challenges to the form of the accusatory instrument<sup>1294</sup>.

Le retrait des charges concernées par des éléments de preuve confidentiels est avant tout un problème de validité formelle de l'acte d'accusation même si les conséquences en fin de compte sont substantielles, à savoir l'éventuel retrait de certaines charges. La validité formelle tient de deux considérations qui sont au cœur des droits de l'accusé. D'une part, ce qui est allégué doit être connu au nom du respect de son droit d'être informé de manière détaillée de la nature des charges portées contre lui. De fait, si une quelconque confidentialité devait être attachée aux renseignements et éléments qui permettent de satisfaire cette obligation fondamentale, les charges ne seraient pas alors suffisamment communiquées. S'il n'y a pas d'exigence de détail lorsqu'est délivré au suspect le mandat d'arrêt, la situation est toute autre dès lors que la première comparution a lieu et qu'il doit préparer l'audience de confirmation des charges.

D'autre part, après la comparution initiale, il ne s'agit plus en effet seulement de satisfaire le droit à l'information, mais également le droit fondamental de disposer du temps et des facilités

---

<sup>1294</sup> Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 187.

nécessaires à la préparation de sa défense. Dans ces circonstances, la validité de l'acte d'accusation se pose dans des termes ainsi résumés par des auteurs : « *does the indictment set forth the prosecution's allegations in sufficient detail to inform the accused of the case against him or her and allow the preparation of an adequate defence?* »<sup>1295</sup>. La validité formelle de l'acte d'accusation dépend de la réponse à cette question. Il est évident que si les charges sont libérées de toute considération de confidentialité, le Procureur n'aura aucune difficulté à satisfaire ses obligations de divulgation et d'information à l'endroit du suspect. À l'inverse, s'il anticipe des difficultés qui ne peuvent être remédiées sur ces deux points spécifiquement, il faudra considérer que des charges secrètes ne sont en rien différentes de charges qui n'existent pas.

D'après l'article 61-4 du *Statut de Rome*, le Procureur peut remédier à cette défectuosité avant la confirmation des charges. La comparution du suspect ne clôt pas ses enquêtes. Il peut s'efforcer à ce moment, après avoir obtenu le transfèrement du suspect, d'obtenir la levée du secret sur les preuves susceptibles de l'empêcher de satisfaire à ses obligations de divulgation et d'information. S'il n'y parvient pas, il lui reste l'option de l'article 61-4 de « modifier ou retirer des charges » en informant le suspect dans un délai raisonnable avant l'audience de confirmation des charges. La possibilité qu'offre cependant le *Statut de Rome* de ne pas divulguer dans leur intégralité les éléments de preuve en raison de la portée limitée de cette audience ne facilite guère les choses. En conséquence, le Procureur se retrouvera généralement à la phase d'après la confirmation des charges et d'avant l'ouverture du procès avec des charges pour lesquelles des preuves demeurent non communiquées. Cela lui laisse certes encore une certaine marge pour négocier la levée de la confidentialité, mais l'échec à cette étape emportera des conséquences plus radicales.

En effet, après la confirmation des charges, le Procureur a encore, ainsi que le prévoit l'article 61-9, la possibilité de remédier aux déficiences de l'acte d'accusation de sa propre initiative. Le retrait des charges est également possible au procès et l'on s' imagine que cette mesure peut être prise pour corriger les défauts tenant à la forme de l'acte d'accusation. Même s'il n'exerçait pas cette discrétion, le Procureur peut se voir opposer par l'accusé que les formes de l'acte d'accusation ne sont pas valides. Pour des raisons de confidentialité, il peut en effet être rédigé dans des termes vagues et imprécis de sorte à ne pas constituer une base d'information suffisante pour aider la défense à se préparer. Cette question de spécificité des charges a été l'objet des requêtes des

---

<sup>1295</sup> *Ibid* à la p 192.



équipes de la défense en contestation de la validité des documents contenant les charges<sup>1296</sup>. Aucune chambre n'a cependant estimé que le retrait des charges fût justifié.

En réalité, le retrait des charges pour manque d'éléments de preuve<sup>1297</sup>, puisque c'est à cela que conduit la confidentialité, est plutôt peu fréquent dans la pratique des juridictions pénales internationales<sup>1298</sup>. Au TPIY, un tel retrait a eu lieu dans l'affaire *Torodović*, mais sous le couvert d'un accord sur les accusations.

*Torodović* est inculpé le 21 juillet 1995 pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre contre les Bosniaques croates et Bosniaques musulmans lorsqu'il était chef de police dans une municipalité de Bosnie-Herzégovine. Le 27 septembre 1998, il est arrêté par des hommes masqués, apparemment des chasseurs de prime, en Serbie-et-Monténégro où il s'est enfui. Remis à la SFOR en Bosnie Herzégovine, il est transféré au TPIY devant lequel il conteste la légalité de son arrestation et demande à la SFOR à laquelle il attribue l'illégalité, la production de documents pour en établir la preuve. Anticipant l'obstination de la SFOR de ne pas coopérer, sous prétexte, entre autres, de la confidentialité des documents recherchés par *Torodović*, le Procureur conclut un accord sur les accusations avec le suspect en vertu duquel il ne retenait qu'une seule charge à son encontre en contrepartie de l'abandon de sa quête de documents nécessaires à la preuve de l'illégalité de son arrestation<sup>1299</sup>. La question de la détention apparaît certes périphérique à la détermination de la responsabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais on ne peut nier le fait que si elle avait été tranchée, il n'y aurait pas eu besoin pour le Procureur de faire un compromis qui permet à l'accusé de bénéficier d'une peine de prison légère de 10 ans.

Dans tous les cas, à la CPI, il est désormais de jurisprudence constante que si le procureur a en sa possession des éléments de preuve qu'il ne peut communiquer, mais qui sont déterminants quant à la décision sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, il doit « retirer toutes les charges sur

---

<sup>1296</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 aux paras 146-153; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* note 499 aux paras 63-70; *Prosecution v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-648, Decision on the Three Defenses's Requests Regarding the Prosecution's Amended Charging Document (25 juin 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>1297</sup> Les autres motifs donnant lieu au retrait sont le décès du suspect ou de l'accusé, les raisons de stratégie de poursuite ou d'accord sur le plaidoyer : Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 aux pp 195-197.

<sup>1298</sup> Voir par exemple *Prosecutor v Rusatira*, ICTR-2002-80-I, Decisions on the Prosecutor's *Ex Parte* Application for Leave to Withdraw the Indictment (14 août 2002) (TPIR, Chambre de première instance).

<sup>1299</sup> *Le Procureur c Todorović*, IT-95-9/1, 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) (TPIY, Chambre de première instance).

lesquelles les éléments à décharge non communiqués ont une incidence »<sup>1300</sup>. Il ne saurait cependant le faire sans le contrôle de la chambre compétente.

#### 2.1.2.2.. – Le contrôle de la chambre compétente

À partir du moment où les charges sont portées à l'attention de la chambre préliminaire et qu'elle autorise l'émission d'un mandat d'arrêt, le Procureur ne détient plus l'entière discrétion quant à la modification et au retrait des charges contenus dans l'acte d'accusation. Avant l'audience de confirmation des charges, s'il doit procéder à un retrait, il « informe la Chambre préliminaire des motifs de ce retrait », d'après les termes de l'article 61-4 du *Statut de Rome*. La tournure laisse quelque peu perplexe, car la portée d'une telle obligation d'information n'est pas précise. On peut présumer quant à la notification du suspect qu'il s'agit de garantir son droit d'avoir le temps et les moyens de préparer sa défense, parce qu'il s'épargnerait de devoir s'investir dans des charges qui ne sont plus l'objet de litige, mais rien n'est sûr quant à l'information du juge. On peut à tout le moins penser qu'à défaut de respecter cette obligation d'information, le retrait serait illégal. Il n'est cependant pas clair, de quelle manière cette illégalité doit être sanctionnée.

Après la confirmation des charges par contre, le rôle que jouent les chambres est plus explicite. Le retrait avant le commencement du procès ou après son ouverture doit se faire avec l'autorisation de la chambre préliminaire et après que l'accusé en a été avisé. L'intérêt de cette autorisation est indéniable lorsqu'il s'agit de modifications qui ajoutent aux charges et n'en soustraient pas. Le rôle du juge est de s'assurer que le tout se fait dans le respect des droits de l'accusé. Dans cet esprit, le TPIY, pour qui la modification a pour but « de “garantir que les questions réellement en jeu dans l'affaire seront tranchées” », a énoncé deux conditions de validité de la demande de modification. Celle-ci « ne doit pas injustement pénaliser l'accusé à la lumière des circonstances de l'espèce; d'autre part, elle doit, si elle est substantielle, être appuyée par une documentation ou des éléments [qui contiennent « des éléments crédibles qui (si la défense n'apporte pas à cet égard d'éléments contradictoires valables) serai[en]t une base assez solide pour établir la culpabilité de l'accusé] »<sup>1301</sup>. Le préjudice pour les droits de l'accusé ne peut en réalité résulter que de l'ajout de charges. Un retrait fondé sur la confidentialité des éléments permettant la preuve des charges ne saurait poser directement un problème pour l'accusé. Il s'envisage d'ailleurs

---

<sup>1300</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, *supra* note 1069 au para 28.

<sup>1301</sup> *Le Procureur c Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Décision relative à la demande de modification du premier acte d'accusation modifié présentée par l'Accusation (16 février 2009) aux paras 29 et 35 (TPIY, Chambre de première instance).

dans la pratique de la Cour comme un moyen d'assurer le respect de ses droits. L'exigence d'autorisation peut donc être remise en doute en l'espèce.

On peut en effet soutenir que l'intérêt de la justice commande une certaine équité non seulement au profit de l'accusé mais également des victimes et de la communauté internationale. Dans cette mesure, le retrait des charges ne devrait pas être fait de manière abusive, d'où le rôle reconnu aux chambres. Seulement, on ne voit pas comment, dans la circonstance d'une demande de retrait fondée sur la non-production d'éléments de preuve, une chambre ferait autrement qu'admettre que l'intérêt de la justice rend une telle solution appropriée.

Pour autant, son contrôle ne sera pas nécessairement inutile dans tous les cas. Une telle conclusion que le retrait des charges s'impose devrait avoir lieu en dernier ressort uniquement. En raison de l'impact de ce retrait, il peut s'avérer utile de s'enquérir auprès du juge de la meilleure option envisageable. De fait, le juge pourrait chercher à apprécier par son intervention si le Procureur a véritablement épuisé les voies de recours disponibles pour obtenir la coopération d'une source de renseignements qui, en raison de la confidentialité, refuse de collaborer avec la justice internationale pénale. Il en va en réalité du mandat de contribution à l'établissement de la vérité de la Cour. S'il est vrai que les procédures peuvent se poursuivre quant aux charges qui ne sont pas concernées par les éléments confidentiels, il est indispensable, pour une vue d'ensemble de celles-ci, de placer les poursuites engagées contre l'accusé dans le contexte élargi de la commission des crimes. De même, avec une politique de poursuites dite « poursuites ciblées », le cadre factuel peut se trouver tellement restreint que la moindre érection de la confidentialité jette de l'ombre sur l'ensemble des charges de l'acte d'accusation. Il ne s'agira plus dans ce cas de retrait de quelques charges seulement, mais de l'arrêt pur et simple des procédures.

## *2.2. – La frustration de la conduite des poursuites*

Exclure les éléments de preuve ou retirer des charges ne répond pas nécessairement au besoin de les produire. On peut imaginer deux situations : celle où l'ensemble de la preuve est confidentiel et le juge est incapable de se prononcer sur l'issue de la cause et celle où une preuve clé, indispensable pour la détermination de la cause, ne peut être produite pour confidentialité. Dans ces deux hypothèses, la conduite des poursuites devient impossible. Y mettre un terme est une

solution draconienne et extrême<sup>1302</sup> que le juge de la CPI ne semble envisager que parcimonieusement. En dépit de l'origine du problème dans la portée relativement préjudiciable de la confidentialité (2.2.1.), il apparaît qu'il a généralement tendance à moduler son intervention lorsque celle-ci consiste à envisager la cessation des poursuites (2.2.2.).

### 2.2.1. – Le rôle catalyseur de la confidentialité

En droit pénal, les conditions dans lesquelles la cessation des poursuites peut être prononcée, sans qu'il soit possible de conclure à la responsabilité ou à l'innocence de l'accusé, sont limitées. Naturellement, il y a l'hypothèse que la preuve produite ne soit pas probante. Nous verrons ainsi dans un premier temps que devant la CPI, la confidentialité a pu avoir un tel effet, celui d'affaiblir la valeur probante des preuves (2.2.1.1.).

Dans un second temps, il y a l'hypothèse de l'abus de procédure. Elle fait référence au détournement de la procédure par la poursuite<sup>1303</sup>. Le juge Nsereko définit l'abus de procédure comme « *something so unfair and wrong with the prosecution that the court should not allow the case to proceed despite the fact that the proceedings are regular in all other respects* »<sup>1304</sup>. L'abus peut être commis de deux façons. D'une part, les moyens légaux sont utilisés pour atteindre un but illégal et illégitime. C'est le cas, par exemple, de l'usage par la défense de tactiques prolongeant des délais procéduraux<sup>1305</sup>. Dans le cas de la situation en Libye, Alexander Knoops voit dans le renvoi (légal) devant la CPI par le Conseil de sécurité de l'ONU de l'ex-dictateur Kadhafi et certains membres de son régime un cas d'abus de procédure, car les poursuites seraient politiquement motivées<sup>1306</sup>. D'autre part, il y a abus de procédure lorsque l'auteur de l'abus utilise les moyens illégaux et

---

<sup>1302</sup> Masha Fedorova, Sten Verhoven et Jan Wouters, *Safeguarding the Rights of Suspects and Accused Persons in International Criminal Proceedings*, Katholieke Universiteit Leuven, Institute for International Law, Working Paper N°27, juin 2009. En ligne : < <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/wp137e.pdf> > à la p 21.

<sup>1303</sup> G.J. Alexander Knoops, *Miscarriages of Justice. Practice and Procedure in National and International Criminal Law*, New York, Ardshley, Transnational Publishers, Inc., 2006 aux pp 176-182 [Knoops, *Miscarriages of Justice*]; G.J. Alexander Knoops, « Prosecuting the Gaddafis: Swift or Political Justice? » (2012) 4:1 *Amsterdam Law Forum* 78 à la p 87 [Knoops, « Prosecuting the Gaddafis »].

<sup>1304</sup> Daniel David Ntanda Nsereko, « The Abuse of Process Doctrine in the Administration of Criminal Justice before National Courts and International Tribunals » (2008) 7 *U Bostwana L J* 29 à la p 30 [Nsereko, « The Abuse of Process Doctrine »].

<sup>1305</sup> Dans un cas au TPIR où la défense plaideait une question déjà tranchée par une autre chambre du tribunal, la Chambre compétente a jugé que la nouvelle demande était « *frivolous, an abuse of process, and without merit [...]* ». Comme sanction, la Chambre a instruit au Greffier de ne payer aucun honoraire lié à une telle procédure : *Prosecutor v Gratién Kabiligi and Aloys Ntabakuze*, ICTR-96-34-I, Decision on the Defence Motions Objecting to a lack of Jurisdiction and seeking to declare the indictment void ab initio (13 avril 2000) au para 53 (TPIR, Chambre de première instance III).

<sup>1306</sup> Knoops, « Prosecuting the Gaddafis », *supra* note 1303 à la p 87 : « *The most likely defence for Saif Al-Islam is to argue that the investigative prosecutorial authorities are abusing the process. The [...] political and economic reasons for the military intervention in Libya could constitute such a defence* ».

illégitimes pour atteindre un but juste et légitime. C'est le cas en général des autorités de poursuite qui font un usage zélé de leurs pouvoirs. Knoop dit au sujet de la situation en Libye que « *[b]y prosecuting solely, or to a decisive extent, on political or discriminatory grounds, basic defence rights of the accused are seriously circumvented* »<sup>1307</sup>. L'abus se traduit dans ce cas par les atteintes aux droits fondamentaux de l'accusé de même qu'à toute apparence de justice, justifiant l'arrêt des poursuites. Nous verrons ainsi que dans certains cas, la confidentialité peut être la cause de l'abus de procédure (2.2.1.2.).

#### 2.2.1.1. – L'affaiblissement de la valeur probante des preuves

Dans certaines circonstances, en lieu et place d'une exclusion pure et simple de l'élément de preuve, les textes permettent l'usage dans la procédure, tout en modulant la portée probatoire. L'affaiblissement de la valeur probante des éléments de preuve touche à leur évaluation ou appréciation plutôt qu'à leur admissibilité. Il s'agit d'un point de droit qu'ont dû trancher les chambres préliminaires de la CPI. Ce détour s'est avéré nécessaire dans la mesure où la confidentialité affecte les éléments de preuve dans des proportions diverses. L'exclusion est justifiée lorsque la confidentialité appliquée ou alléguée ne laisse aucune chance que les éléments de preuve soient introduits dans la procédure. À l'inverse, dans d'autres cas, il sera question de savoir quel poids accorder à des éléments de preuve dont certains aspects seulement sont dissimulés à l'une des parties. C'est le cas en particulier des éléments tels les déclarations de témoins, les transcriptions de leur audition, les notes et rapports des enquêteurs du BdP au moment de leur audition, qui sont communiqués dans leurs versions expurgées. C'est le cas également des résumés de tels éléments, lorsque l'expurgation n'est pas la solution adéquate pour protéger un intérêt de confidentialité. C'est en fin le cas d'éléments de preuve provenant d'organisations internationales ou non gouvernementales ainsi que des articles de presse dont les entités et personnes qui les partagent avec le BdP auraient requis l'anonymat de ses sources.

Pour la partie qui se voit communiquer de tels éléments de preuve, la difficulté à laquelle elle est confrontée est l'impossibilité de vérifier la véracité et l'authenticité des informations qu'ils contiennent<sup>1308</sup>. La défense dans l'affaire *Lubanga* estimait que compte tenu de ce facteur, de telles

---

<sup>1307</sup> *Ibid* à la p 87.

<sup>1308</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 99; *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 78; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 au para 29; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* note 499 au para 50; Mirjan Damaska, « Reflections on Fairness in International Criminal Justice » (2012) 10 JICJ 611 à la p 618;

preuves devaient simplement être jugées inadmissibles. Cette interprétation est récusée par la Chambre préliminaire. D'abord parce que selon elle, aucune disposition du Statut ou du Règlement ne dit expressément que des éléments pouvant être considérés comme des preuves indirectes émanant de sources anonymes sont inadmissibles en soi<sup>1309</sup>. Ensuite, plus que cet argument voulant que ce qui n'est pas interdit soit permis, la Chambre s'appuie sur la jurisprudence de la Chambre d'appel dans la même affaire et sur celle de la Cour EDH.

En effet, la Chambre préliminaire avait déjà eu à se prononcer sur les conséquences en matière d'évaluation des preuves des expurgations appliquées sur les déclarations de témoins et autres éléments de preuve. Dans une décision de 2006, autorisant le Procureur à appliquer des expurgations aux déclarations de témoins en vertu de la règle 81-2, elle avait conclu que lorsqu'elle a autorisé une telle mesure, « la valeur probante des parties non expurgées de ces documents peut être atténuée par les expurgations proposées par l'accusation et autorisées par la Chambre »<sup>1310</sup>. Pour l'appelant cependant, il ne s'agissait pas uniquement d'une question de valeur probante, mais d'admissibilité. Il entendait qu'à défaut de se voir communiquer les documents dans leur intégralité avant le début de l'audience de confirmation des charges, ceux-ci devaient être exclus. Se fondant sur une interprétation littérale de la règle 81-2, la Chambre d'appel a soutenu que n'étaient pas admissibles les parties des déclarations sur lesquelles des expurgations ont été appliquées. Quant aux parties non expurgées, elle jugeait que :

La question de savoir dans quelle mesure les expurgations peuvent être autorisées ou maintenues si le Procureur se propose de verser aux débats des renseignements qui n'ont été que partiellement communiqués à la défense devra être tranchée en fonction des faits de l'espèce, et compte tenu des intérêts de la défense et de l'exigence d'un procès équitable et impartial<sup>1311</sup>.

En d'autres mots, sans le dire explicitement, la Chambre d'appel renvoie au régime de l'appréciation les problèmes que peuvent susciter les éléments de preuve expurgés. Elle considère au surplus qu'en raison de la portée limitée de l'audience de confirmation des charges, « la fiabilité des témoins et d'autres éléments de preuve n'a pas [à être] totalement mise à l'épreuve »<sup>1312</sup>, puisqu'à cette phase, il s'agit d'abord de savoir si les charges peuvent être confirmées et non de déterminer la culpabilité ou l'innocence du suspect.

---

<sup>1309</sup> *Ibid* au para 101.

<sup>1310</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR, *supra* note 813.

<sup>1311</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-774-tFRA, *supra* note 1078 au para 46.

<sup>1312</sup> *Ibid* au para 47.

Cette approche est empruntée à la Cour EDH qui admet la possibilité de se fonder sur les indicateurs confidentiels au stade préparatoire des procès. Celle-ci a cependant précisé qu'au stade du procès, il serait incompatible à l'article 6 de la Convention européenne de se fonder de manière déterminante sur de telles preuves pour conclure à la condamnation d'un accusé<sup>1313</sup>. Cette jurisprudence conforte en conséquence la CPI dans l'idée que les preuves indirectes émanant de sources anonymes posent plus un problème de valeur probante que d'admissibilité<sup>1314</sup>. Compte tenu de la norme de preuve de la confirmation des charges, les chambres choisissent de compenser le désavantage que peut causer à la défense l'usage de telles preuves en leur affectant « une valeur probante plutôt faible »<sup>1315</sup>. Elles considèrent le plus souvent que de telles preuves « [...] seront appréciées au cas par cas, selon que les informations qu'elles contiennent sont corroborées ou étayées par d'autres éléments de preuve versés au dossier de l'affaire »<sup>1316</sup>.

Au stade du procès par contre, l'anonymat à l'égard des parties et participants est rejeté. Dans ses premiers jugements, la CPI a tenu à préciser que les parties et participants ont toujours eu connaissance des éléments d'identification pertinents des témoins<sup>1317</sup>. De fait, les témoins ou les victimes qui choisissent de demeurer anonymes voient leurs témoignages ou éléments de preuve exclus. La CPI rompt ainsi avec la jurisprudence *Tadić* et celle de la Cour EDH qui admettent au procès la preuve anonyme sous réserve qu'elle soit corroborée par d'autres éléments de preuve. En limitant explicitement l'usage de l'anonymat au stade préliminaire, les rédacteurs du *Statut de Rome* se seraient exprimés contre l'anonymat absolu<sup>1318</sup>.

Pour autant, les termes généraux de l'article 68-5 du *Statut de Rome* relatifs à la possibilité de présenter des éléments de preuve anonymes et des résumés à la phase préliminaire en raison d'un risque de danger pour des victimes ou témoins ne sont pas totalement respectés au stade préalable au procès. Les chambres d'instance semblent les interpréter comme prohibant

<sup>1313</sup> Cour EDH, *Kostovski c Pays-Bas*, n°11454/85 (20 novembre 1989) au para 44.

<sup>1314</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 aux paras 103, 106; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 au para 119.

<sup>1315</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* note 499 au para 50.

<sup>1316</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 aux paras 159, 160; *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 au para 52; *Nourain et Janus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, *supra* note 500 au para 41; *Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) au para 78 (CPI, Chambre préliminaire II); *Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) au para 90 (CPI, Chambre préliminaire II) [*Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-382-Red].

<sup>1317</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, *supra* note 4 au para 115; *Chui*, ICC-01/04-02/12-3, *supra* note 4 au para 63.

<sup>1318</sup> Croquet, «External Limitations», *supra* note 605 à la p 35.

l'admissibilité de témoignages anonymes en audience, mais elles admettent toutefois la production de résumés d'éléments de preuve confidentiels ou des formes expurgées de ceux-ci en lieu et place de leur communication intégrale<sup>1319</sup>. Même si elles permettent l'usage de résumés de manière parcimonieuse, les chambres d'instance les autorisent d'autant plus facilement qu'ils relèvent de la catégorie d'éléments qui ne seront utiles à l'accusé que pour la préparation de sa défense et que les informations rapportées sous cette forme sont autrement couvertes par des sources analogues.

Au-delà, le principe de l'atténuation de la valeur probante des éléments de preuve confidentiels découle du fait que les parties dissimulées affectent la force probatoire de celles qui demeurent accessibles. La jurisprudence tend à faire une distinction entre les trois catégories que sont (i) les éléments de preuve dont l'expurgation a été autorisée par une Chambre (ii) les résumés d'éléments de preuve qui ne nécessitent pas l'autorisation d'une Chambre et (iii) les éléments de preuve indirects provenant de sources anonymes dont la Chambre n'aura pas connaissance de leur identité parce qu'elles s'y sont opposées. Les motivations à l'origine de la valeur probante amoindrie semblent varier sensiblement d'une catégorie à l'autre. Dans les deux premières catégories, les chambres reprochent surtout le fait que la teneur des parties expurgées n'est pas connue de la défense<sup>1320</sup> et que les résumés peuvent être biaisés, la Chambre n'exerçant qu'un contrôle limité quant à leur contenu<sup>1321</sup>. Il est toutefois étonnant que relativement à leur valeur probante, les éléments expurgés et les résumés reçoivent un traitement presque identique. Il est en effet entendu qu'ils seront évalués au cas par cas, selon qu'ils sont corroborés ou étayés par d'autres éléments de preuve versés au dossier de l'affaire<sup>1322</sup>. Or, les éléments de preuve de la troisième catégorie, à savoir les éléments provenant de sources anonymes « ne seront utilisés que dans le seul but de corroborer d'autres éléments de preuve »<sup>1323</sup>.

La différence s'explique essentiellement par la maîtrise que la Chambre a sur chacune de ces catégories d'éléments de preuve. L'enjeu repose ici non sur l'anonymat à l'égard de la personne accusée, mais sur l'anonymat à l'égard des Chambres. Ces dernières considèrent que l'expurgation

---

<sup>1319</sup> Voir, *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1803-tFRA, Décision portant annexe à la Décision portant levée de la suspension de la procédure rendue le 23 janvier 2009 (23 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance I); *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red, *supra* note 1290 au para 11.

<sup>1320</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR, *supra* note 813 à la p 11.

<sup>1321</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-517-tFR, Décision relative aux éléments de preuve sous forme de résumés proposés par l'Accusation (4 octobre 2006) à la p 4 (CPI, Chambre préliminaire I); *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 105.

<sup>1322</sup> *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 au para 52.

<sup>1323</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803, *supra* note 438 au para 106; *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 78.



ou le résumé n'exclut pas qu'elles aient connaissance de l'identité des sources des documents à la différence des éléments indirects provenant de sources anonymes qui se seront opposés à la communication de leur identité tant à la défense qu'aux chambres. Dans l'affaire *Gbagbo*, la Chambre préliminaire I fait en effet savoir que :

[...] la présentation de oui-dire anonymes dans des preuves documentaires – par exemple des articles de presse et des rapports d'ONG – doit être clairement distinguée de la présentation par le Procureur de déclarations de témoins sous couvert d'anonymat ou sous forme de résumés à l'audience de confirmation des charges. Dans le premier cas, il est exclu que de nouvelles informations sur la source de la preuve deviennent disponibles, à moins que le Procureur ne procède à un complément d'enquête. Les choses sont tout autres dans le second cas, parce que la Chambre connaît alors l'identité du témoin, dont on peut également supposer qu'il sera appelé à la barre au cours du procès<sup>1324</sup>.

C'est sans doute dans cet esprit que la Chambre préliminaire dans *Mbarushimana* a jugé en 2011 qu'elle n'avait pas à considérer « comme établi un fait rapporté dans un rapport de l'ONU et de Human Rights Watch par des sources anonymes »<sup>1325</sup>. Cette conclusion nous apparaît d'autant curieuse que les chambres reconnaissent une fonction de corroboration à ce type d'éléments de preuve. Comment s'expliquer qu'un élément qui par lui-même ne prouve rien soit cependant en mesure de contribuer à prouver autre chose? La Chambre *Katanga-Chui* a en effet jugé que la valeur probante des déclarations qui contiennent des preuves indirectes de sources anonymes est déterminée à la lumière d'autres éléments admis aux fins de la confirmation des charges<sup>1326</sup>.

La critique s'étend également au sort réservé au statut des victimes anonymes. Au contraire de celles qui auront choisi de participer à la procédure sans anonymat, elles ne peuvent ajouter d'éléments de preuve ou de fait, ni interroger les témoins<sup>1327</sup>. Dans *Katanga-Chui*, l'accusé estimait en effet que la définition des droits procéduraux des victimes devait tenir compte de l'interdiction en droit international des droits de l'homme des accusations et plaignants anonymes<sup>1328</sup>. La juge unique fait droit à cette prétention, évoquant en appui le principe fondamental interdisant les accusations

---

<sup>1324</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 au para 33.

<sup>1325</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 117.

<sup>1326</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 au para 119.

<sup>1327</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-462, 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) à la p 8 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-462]; *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-628-tFRA, Décision relative aux demandes présentées par les victimes en vue d'obtenir l'anonymat au stade préliminaire de la procédure (23 juin 2008) à la p 10/12 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-628-tFRA]; *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-474-tFRA, Décision relative à l'ensemble des droits procéduraux associés à la qualité de victime dans le cadre de la procédure préliminaire en l'espèce (13 mai 2008) aux paras 181-2 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-474-tFRA]

<sup>1328</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-474-tFRA, *supra* note 1327 au para 174.

anonymes<sup>1329</sup> déjà affirmé dans l'affaire *Lubanga*<sup>1330</sup>. Cette position est problématique à plus d'un titre. D'abord, on se serait attendu à ce que la Chambre considère la preuve émanant de victimes anonymes comme toute autre preuve appartenant à l'une ou l'autre des trois catégories évoquées ci-dessus. À cet égard, au lieu d'une inadmissibilité d'office, c'est quant à son appréciation qu'une telle preuve devrait être mise en balance avec les droits de l'accusé à un procès équitable et en conséquence se voir affecter une valeur probante inférieure.

Ensuite, si l'on accepte que la valeur probante soit déterminée par le caractère anonyme de la preuve à l'égard de la Chambre, il y a lieu de constater que l'anonymat des victimes ne s'oppose jamais qu'aux parties et leurs conseils<sup>1331</sup>. La Chambre peut donc avoir connaissance de l'identité des victimes dans les mêmes conditions que l'expurgation des éléments de preuve des témoins et les résumés rédigés par l'accusation. Encore que la Chambre *Gbagbo* juge que les résumés anonymes ne sont pas incompatibles avec les droits de l'accusé<sup>1332</sup>. Il faut donc se rendre à l'évidence que la modulation de la valeur probante fondée sur la connaissance ou non de l'identité du témoin ou de la source par les juges constitue une mauvaise prémisse. Il vaut mieux l'asseoir sur la capacité ou non de la défense à contester les éléments de preuve anonymes ou partiellement divulgués. C'est le trait commun que partagent les trois catégories d'éléments de preuve dont la valeur probante est amoindrie par la confidentialité.

#### 2.2.1.2. – La cause d'abus de procédure

Des juridictions pénales internationales, seul le TSSL, prenant sans doute appui sur l'expérience du TPIR et du TPIY, prévoit le principe de l'abus de procédure<sup>1333</sup>. Cette codification a été jugée superflue, puisque les tribunaux appliquent cette doctrine sur la base de leur pouvoir inhérent<sup>1334</sup>. Tant le droit interne que le droit international reconnaissent deux types d'abus de

---

<sup>1329</sup> *Ibid* au para 180.

<sup>1330</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-462, *supra* note 1327 à la p 7.

<sup>1331</sup> *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-579, Public Redacted Version of the Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case (10 juin 2008) au para 150 (CPI, Chambre préliminaire I); *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-628-tFRA, *supra* note 1327 à la p 6/12.

<sup>1332</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-349-Red, Decision on the Prosecution's Request for Redactions Pursuant to Rule 81(2) and for Disclosure of an anonymous Witness Summary Pursuant to Articles 68(1) and 61(5) (10 janvier 2013) au para 19 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-349-Red].

<sup>1333</sup> La règle 46 (C) sanctionne l'abus de procédure du conseil de l'accusé en cas de requête frivole et la règle 72 (B) (v) permet de soulever des objections préliminaires fondées sur l'abus de procédure. Voir *Rules of Procedure and Evidence of the Special Court of Sierra Leone*, tel qu'amendé au 31 mai 2012.

<sup>1334</sup> Elies van Sliedregt, Commentaire des décisions *Prosecutor v Norman*, SCSL-2003-08-PT, Decision on the Defence Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction: Command Responsibility (15 octobre 2003) (TSSL, Chambre de première instance); *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16-PT, Written Reasons for the Trial Chamber's Oral Decision on the Defence

procédure : l'atteinte grave aux droits de l'accusé et l'atteinte à l'intégrité du processus judiciaire<sup>1335</sup>. Dans la pratique des tribunaux pénaux internationaux, on observe une tendance à invoquer l'abus de procédure en cas de violation de tout droit garanti à l'accusé<sup>1336</sup>. Le principe fondamental semble être que la violation donnant lieu à l'abus de procédure doit être suffisamment grave pour justifier un arrêt des poursuites comme mesure de réparation<sup>1337</sup>.

Quelle que soit la violation en cause, les juges déploient leur pouvoir discrétionnaire en mettant en balance les trois facteurs ci-après : (i) le caractère manifeste des violations de droits fondamentaux commises par les autorités de poursuite; (ii) l'étendue de l'impact de ces violations sur l'intégrité de la procédure et le droit de l'accusé à un procès équitable; (iii) et enfin la nécessité que la solution de l'arrêt des poursuites soit proportionnelle au caractère manifeste de la conduite abusive<sup>1338</sup>. Le dernier facteur n'est pas nécessaire au moment d'établir l'existence d'un abus. Il rentre en ligne de compte, lorsqu'ayant conclu à l'existence ou non de l'abus, le juge doit ordonner la mise en œuvre d'un remède approprié. À cette étape, appliquer la théorie de l'abus de procédure à la confidentialité des preuves revient à démontrer que le défaut de production fondé sur la confidentialité peut donner lieu, d'une part, à la violation flagrante d'une norme juridique qui, d'autre part, emporterait comme conséquence une atteinte aux droits de l'accusé ou une atteinte grave à l'intégrité de la procédure. La procédure *Lubanga* a mis en évidence une telle réalité.

Le 13 juin 2008, la Chambre d'instance décidait d'ordonner l'arrêt des poursuites contre Thomas Lubanga pour le motif que le Procureur avait manqué à son obligation de communiquer à la

---

Motion on Abuse of Process due to Infringement of Principles of Nullum Crimen Sine Lege and Non-Retroactivity as to Several Accounts (31 mars 2004) (TSSL, Chambre de première instance), (2005) 9 ALC 123 à la p 129 [Slidregt, commentaire]; Rachel Grondin, «Une doctrine d'abus de procédure revigorée en droit pénal canadien» (1983) 24:3 *Les Cahiers de droit* 673 à la p 685 [Grondin, « Une doctrine d'abus de procédure »] : « un juge possède toujours cette juridiction inhérente lui permettant de contrôler les procédures devant lui ».

<sup>1335</sup> *R c Nixon*, [2011] 2 RCS 566 à la p 568 au para 36 [Nixon]. Voir en droit international pénal *Procureur c Barayagwiza*, ICTR-97-19-AR72, Decision (3 novembre 1999) aux paras 85-86 (TPIR, Chambre d'appel) [Barayagwiza, abus de procédure]; *Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on Defence Motion for a stay of proceedings and abuse of process (20 février 2004) au para 14 (TPIR, Chambre de première instance II) [Nyiramasuhuko, Abus de procédure]. Voir plus largement Rachel Grondin, « Le pouvoir de sursis du juge et l'abus de procédure en droit criminel canadien » (1981) 12:2 *RGD* 433 à la p 467; Slidregt, commentaire, *supra* note 1334 à la p 129; citant A.L.-T, Choo, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford, Clarendon Press, 1993 et D. Corker, D. Young, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Londres, Butterworths, 2003 et Nsereko, «The Abuse of Process Doctrine», *supra* note 1304 à la p 29.

<sup>1336</sup> *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16PT, Written Reasons for the Trial Chamber's Oral Decision on the Defence Motion on Abuse of Process due to Infringement of Principles of Nullum Crimen Sine Lege and Non-Retroactivity as to Several Accounts (31 mars 2004) au para 24 (TSSL, Chambre de première instance) [Brima et al., Motion on Abuse of Process] (violation du principe de la légalité des délits et des peines); Barayagwiza, abus de procédure, *supra* note 1335 aux paras 85-86 (délais déraisonnables de la procédure); *Le Procureur c Dragan Nikolić*, IT-94-2-PT, Décision relative à l'exception d'incompétence du tribunal soulevée par la défense (9 octobre 2002) au para 114 (TPIY, Chambre de première instance II); *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-IFRA, *supra* note 712 au para 28.

<sup>1337</sup> *Ibid* au para 26.

<sup>1338</sup> Knoop, « Prosecuting the Gaddafis », *supra* note 1303 à la p 88; Knoop, *Miscarriages of Justice*, *supra* note 1303 à la p 181.

défense les éléments de preuve susceptibles de l'innocenter. Il ne s'agissait pas d'un simple manquement. La Chambre a conclu à un véritable abus de la part de l'accusation quant à l'usage qu'il a fait de l'article 54-3-e du *Statut* qui lui permet de recevoir des éléments de preuve à condition qu'ils demeurent confidentiels et ne servent qu'à générer les éléments de preuve qui, eux, peuvent être introduits au procès. La règle 82-1 du RPP postule que si l'accusation entend produire en justice les éléments obtenus confidentiellement ne devant lui servir qu'à identifier d'autres preuves, il est tenu d'obtenir au préalable le consentement des personnes de qui il les tient et de les divulguer de manière appropriée à la défense. Cette obligation est renforcée par des dispositions supplémentaires, dont l'article 67-2, qui impose une obligation « absolue » de divulgation lorsqu'il s'agit d'éléments de preuve susceptibles d'innocenter le suspect ou d'atténuer sa responsabilité pénale. Cette même clause attribue compétence à la Chambre de trancher tout litige entre la défense et l'accusation s'il existe un doute quant au caractère disculpatoire ou non des éléments de preuve en possession de l'accusation.

À la différence de l'article 67-2, la règle 77 du RPP de la CPI impose une obligation de divulgation qui est susceptible de restriction en vertu de la règle 81. Toutefois, l'obligation qui concerne ici les éléments et pièces à charge nécessaires à la préparation de la défense ou qui appartiennent à l'accusé se fait en général plus pressante à l'approche du procès et justifie la levée de toute forme de confidentialité susceptible d'empêcher la communication à la défense. Partant d'une lecture combinée de ces diverses dispositions, la Chambre d'instance est parvenue à la conclusion que l'accusation devait s'abstenir de s'engager dans un accord de confidentialité en vertu de l'article 54-3-e si, d'une part, il ne devait plus être en mesure d'honorer son obligation de divulgation et si d'autre part ces accords ne permettaient pas à la Cour d'exercer convenablement le pouvoir de contrôle sur la procédure qu'elle tient des articles 64-2 et 67-2<sup>1339</sup>. L'élément abusif dans le comportement du Procureur, qui conduit finalement la Cour à prononcer un arrêt des poursuites, découle précisément du manquement à ces deux préceptes.

D'une part en effet, les accords conclus par le Procureur en vertu de l'article 54-3-e se sont avérés d'une portée très large. La Chambre d'instance a conclu qu'une telle approche ne correspondait pas au sens étroit de cette disposition. Elle dit à ce propos ce qui suit :

L'accusation a donné à l'article 54-3-e une interprétation extensive et incorrecte : elle a utilisé cette disposition de façon routinière et dans des circonstances inadaptées, au lieu d'y recourir à

---

<sup>1339</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 aux paras 42 et 44.

titre exceptionnel en cas de circonstances particulières et restreintes. De fait, l'accusation a admis en audience publique que les accords conclus en vertu de l'article 54-3-e avaient généralement été utilisés pour recueillir des informations, que celles-ci puissent ou non déboucher sur de nouvelles pistes d'enquête ou sur l'obtention de nouveaux éléments de preuve.

[...] La démarche adoptée par l'accusation constitue un abus grave et généralisé, ainsi qu'une violation d'une disposition importante qui devait lui permettre de recevoir des preuves à titre confidentiel, dans des circonstances très restreintes. Dans la logique adoptée par l'accusation, toutes les preuves qu'elle obtient de ses sources peuvent faire l'objet d'accords conclus en vertu de l'article 54-3-e<sup>1340</sup>.

En effet, compte tenu de la confidentialité inhérente aux accords de l'article 54-3-e, le Procureur se devait d'être précautionneux de recueillir la preuve uniquement par ce moyen. La pratique démontre une approche totalement contradictoire. Le Procureur s'est engagé à la moindre occasion dans des accords de confidentialité pour recueillir un maximum d'information, présumant à tort que les sources consentiraient à la divulgation au moment du procès. Sa prédiction s'est avérée, au contraire, contreproductive. Il s'est en effet retrouvé devant la Chambre avec une preuve majoritairement confidentielle<sup>1341</sup>. Les juges, constatant que le Procureur n'était pas en mesure de définir avec exactitude une date à laquelle la divulgation serait de nouveau possible, ont conclu que la tenue d'un procès équitable n'était plus envisageable :

S'il appert d'emblée que les conditions préalables essentielles à l'équité du procès ne sont pas réunies et qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments indiquant qu'il sera remédié au cours du procès, il est nécessaire – même inévitable – que la procédure soit suspendue. Ce serait une grave erreur pour une juridiction pénale de commencer ou de poursuivre un procès dès lors qu'il apparaît clairement qu'il sera inéluctablement jugé au bout du compte que la procédure est entachée de vice à raison d'une iniquité qui ne sera pas corrigée<sup>1342</sup>.

Si la violation du droit de l'accusé à la communication des éléments de preuve ne faisait aucun doute, il faut dire que la conclusion de la Cour n'est aussi radicale qu'en considération de l'ampleur des manquements de l'accusation.

D'autre part en effet, ces manquements auraient déterminé les chambres d'instance et d'appel à adopter une décision de suspension. Premièrement, la majorité d'éléments confidentiels comportait dans leur ensemble des pièces susceptibles d'innocenter ou d'atténuer la responsabilité pénale de l'accusé. Il semble qu'ils mettaient en évidence le fait que Lubanga aurait agi sous la contrainte, souffrait d'une maladie mentale, était intoxiqué, agissait en légitime défense, avait démobilisé les enfants-soldats ou ne commandait pas les personnes qui avaient commis les

---

<sup>1340</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 aux paras 72-73.

<sup>1341</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 53.

<sup>1342</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 91; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 aux paras 75-76.

crimes<sup>1343</sup>. La Chambre d'appel a jugé que des informations se rapportant à ces points de droit pourraient avoir une influence fondamentale sur la décision concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé<sup>1344</sup>. Elle conclut que « [s]i le procès de Thomas Lubanga Dyilo s'était déroulé dans ces conditions, un doute aurait toujours subsisté quant à savoir si la communication des documents en question aurait changé le cours du procès »<sup>1345</sup>.

Deuxièmement, un autre facteur aggravant le comportement de l'accusation a été son incapacité à obtenir le consentement des sources dans les conditions qui permettent de garantir que l'accusé sera jugé sans retard excessif. Dans les diverses tentatives de mettre en œuvre la stratégie qui a présidé à la conclusion des accords de confidentialité, à savoir inclure dans ces engagements le maximum de documents pour ensuite en négocier la divulgation, l'échec répété à obtenir un résultat probant à convaincu davantage la Chambre d'instance qu'un procès équitable n'était plus possible. La Chambre d'appel récapitule la situation ainsi qu'il suit :

au moment où la Chambre de première instance a rendu la Décision attaquée – soit neuf mois après que la question eut été soulevée pour la première fois devant la Chambre de première instance et une semaine avant la date à laquelle était censé s'ouvrir le procès —, il était devenu évident que les garanties que le Procureur avait données à la Chambre en octobre 2007, à savoir que les sources d'information étaient disposées à accepter que les pièces en question soient communiquées, étaient fausses. Les sources d'information hésitaient à consentir que les pièces qu'elles avaient fournies soient communiquées et, malgré les négociations engagées entre le Procureur et elles, les résultats obtenus étaient très limités<sup>1346</sup>.

En somme, les reports répétés, alors que la perspective de levée de la confidentialité demeurait incertaine, étaient devenus, d'une certaine manière, vexatoires pour la Chambre qui tenait ainsi la preuve qu'elle perdait le contrôle sur la procédure.

Enfin, les solutions compensatoires proposées par le Procureur l'ont sans aucun doute ragaillardé dans ce sens. Autant il n'y avait pas de perspective d'une levée de la confidentialité sur les éléments de preuve en cause, autant les sources d'information n'étaient pas disposées à consentir qu'ils soient communiqués confidentiellement à la Chambre afin que celle-ci puisse apprécier la pertinence des éléments de preuve de rechange proposés par le Procureur. La Chambre d'instance

---

<sup>1343</sup> *Ibid* au para 22.

<sup>1344</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 94.

<sup>1345</sup> *Ibid* au para 97.

<sup>1346</sup> *Ibid* au para 90.

et la Chambre d'appel se sont refusées de se fier à l'appréciation de l'accusation au nom de leur compétence régalienne de garantir l'équité de la procédure<sup>1347</sup>.

Le caractère abusif de la violation qui a donné lieu à cet épisode ne peut être mieux apprécié que si on l'analyse au regard d'une autre situation qui s'est produite dans la même affaire et qui a conduit la Chambre d'instance à prononcer de nouveau un arrêt des poursuites. Il était question cette fois-ci d'un intermédiaire dont la défense avait besoin de connaître l'identité pour contreinterroger un autre intermédiaire sur lequel pesaient des soupçons de subornation de témoins. Après s'être assuré que la section de la protection des victimes et des témoins avait pris des mesures de protection le concernant, la Chambre d'instance a ordonné à l'accusation de communiquer son identité à la défense. Alors que l'audience doit reprendre le lendemain, l'intermédiaire change finalement d'avis et demande à avoir un délai supplémentaire pour reconsidérer les mesures de protection adoptées dans son intérêt par la Cour. Celle-ci rejette une requête du Procureur en ce sens. Ne souhaitant plus que le procès se prolonge indûment, elle refuse de faire droit à la demande d'appel et de réexamen de l'accusation et ordonne qu'il produise sans tarder le renseignement dont a besoin la défense. Prétendant détenir une responsabilité autonome en matière de protection des témoins, le Procureur a demandé un nouveau délai pour reconsidérer le caractère adéquat des mesures de protection pourtant approuvées par la Chambre. Irritée que ses ordonnances soient remises en cause, celle-ci a ordonné la suspension de l'instance, car « un procès équitable [n'était] plus possible et la justice [ne pouvait] être rendue, notamment parce que les juges [ont] perdu le contrôle sur un aspect important du procès tel que le prévoit le cadre créé par le Statut de Rome »<sup>1348</sup>.

Tel ne fut cependant pas l'avis de la Chambre d'appel. Se fondant sur son arrêt dans *Lubanga*, elle a jugé que l'arrêt des poursuites devait répondre à un critère élevé, à savoir qu'il est « impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable »<sup>1349</sup>. Dans la recherche de savoir si ce critère est rempli en l'espèce, la haute chambre fait remarquer que la décision prise par la Chambre d'instance repose sur un cumul de facteur dont la non-divulcation de l'identité de l'intermédiaire n'est qu'un élément. Elle souligne qu'en s'obstinant à ne pas respecter ses

---

<sup>1347</sup> *Ibid* aux paras 95-96.

<sup>1348</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la Chambre de première instance I le 8 juillet 2010, intitulée « Décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins » (8 octobre 2010) au para 16 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA] .

<sup>1349</sup> *Ibid* au para 55.

ordonnances, le Procureur en prétendant détenir un pouvoir autonome en matière de protection ne s'est rendu coupable de rien de moins que l'usurpation de l'autorité de la Chambre<sup>1350</sup>.

Pour autant, même si elle reconnaît qu'en perdant ainsi le contrôle de la procédure, la chambre d'instance ne serait plus en mesure de garantir l'équité de la procédure et le droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif, la Chambre d'appel a jugé que la solution de la suspension ne correspondait pas au remède approprié en l'espèce. D'après elle, la mise en œuvre de la procédure d'outrage au tribunal de l'article 71 du *Statut* constitue le moyen qui permet aux chambres « spécifiquement de garder le contrôle sur la procédure et, par conséquent, d'assurer l'équité du procès [...] » puisqu'elle permet non seulement de sanctionner le défaut d'exécution des ordonnances des chambres, « mais également [d]'amener [le procureur] à s'exécuter »<sup>1351</sup>. Il existe en effet une différence fondamentale entre la première crise de la confidentialité et cette dernière. Alors qu'une procédure d'outrage contre le Procureur dans le premier cas n'aurait été d'aucune efficacité, les acteurs externes sur lesquels les chambres n'ont aucun pouvoir constituant le nœud du problème, elle a à l'inverse le potentiel de l'amener à s'exécuter dans ce second cas.

Cette seconde affaire de confidentialité met bien en évidence la réticence qui caractérise l'adoption d'une mesure mettant fin aux procédures en raison d'un abus. Cette réticence se traduit en pratique par une modulation de la solution de l'arrêt des poursuites dont la finalité est de laisser le plus de chance possible à la tenue du procès et à l'énonciation d'une solution définitive sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Considérons ci-après comment cette modulation opère dans le contexte de la CPI.

### 2.2.2. – La cessation modulée des poursuites

La modulation vise à laisser une chance à la réalisation ultérieure des poursuites. De fait, même lorsque les conditions d'une violation manifeste sont remplies, la CPI n'entend pas tirer des conséquences aussi graves de manière routinière. L'arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire des intermédiaires le rappelle très clairement. Le critère pour mettre un terme aux poursuites est restrictif. La conclusion selon laquelle la violation est manifeste ne clôt pas l'analyse du juge. Pour ordonner la cessation des poursuites, il faudra qu'il parvienne à une détermination supplémentaire, à savoir qu'il est « impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable ». Or il n'est pas certain,

---

<sup>1350</sup> *Ibid* au para 57.

<sup>1351</sup> *Ibid* au para 59.



ainsi que l'affaire des intermédiaires l'a mis en évidence, que toutes les violations manifestes rendent impossible la réalisation d'un procès équitable.

Derrière cette conception restrictive se dissimule un souci de proportionnalité. La solution consistant à ordonner la cessation des poursuites doit elle-même être équitable, car sont en jeu autant les intérêts de la bonne administration de la justice que ceux des victimes et de la communauté internationale. Dans cet esprit, la Cour suprême du Canada a dit dans un arrêt récent que : « [t]rouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l'analyse relative à l'abus de procédure »<sup>1352</sup>. La Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Nikolić* abonde dans ce sens lorsqu'elle affirme que l'abus de procédure ne peut être mis en œuvre que dans des cas exceptionnels, car « [i]l convient [...] de maintenir un juste équilibre entre les droits fondamentaux de l'accusé et l'intérêt primordial de la communauté internationale qui s'attache à la poursuite de personnes présumées responsables [sic] de violations graves du droit international humanitaire »<sup>1353</sup>. C'est une position de principe reprise à la CPI, qui correspond très exactement à l'approche canadienne en vertu de laquelle la solution de l'arrêt des poursuites n'est adoptée que si deux critères cumulatifs sont remplis : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice »<sup>1354</sup>.

Partant de ces considérations, la pratique de la CPI révèle deux approches de la modulation des conséquences à tirer de l'usage abusif de la confidentialité dans la procédure. Leur mise en œuvre est déterminée par la phase de la procédure. Il en résulte qu'à l'étape de la confirmation des charges, la proportionnalité évoquée précédemment permet de considérer un ajournement de cette procédure (2.2.2.1.) tandis qu'à l'étape du procès ou lorsque la confidentialité touche la preuve clé dans l'affaire, l'arrêt conditionnel des poursuites constituera la solution appropriée (2.2.2.2.).

#### 2.2.2.1. – L'ajournement de l'audience de confirmation des charges

La possibilité d'ajourner l'audience de confirmation des charges en raison de l'abus de l'emploi de la confidentialité s'est produite pour la première fois devant la CPI dans l'affaire *Laurent*

---

<sup>1352</sup> *Nixon*, *supra* note 1335 au para 38.

<sup>1353</sup> *Le Procureur c Dragan Nikolić*, IT-94-2-AR73, Décision relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation (5 juin 2003) au para 30 (TPIY, Chambre d'appel); *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on Motion to Dismiss for Abuse of Process (12 mai 2009) au para 10 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1354</sup> *Nixon*, *supra* note 1335 au para 42.

*Gbagbo*. Cette situation apparaît inattendue, compte tenu de l'importance de l'affaire pour la Cour. Premier véritable « gros poisson » à comparaître devant la juridiction permanente, l'ancien président ivoirien est poursuivi depuis novembre 2011 devant la Chambre préliminaire III comme coauteur indirect de quatre chefs de crimes contre l'humanité, à savoir des meurtres, viols et autres violences sexuelles, persécution et d'autres actes inhumains, qui auraient été commis dans le contexte des violences postélectorales survenues en Côte d'Ivoire entre le 16 décembre 2010 et le 12 avril 2011<sup>1355</sup>. Les circonstances qui ont abouti à l'ajournement de la confirmation des charges mettent en évidence une enquête quasi bâclée qui s'est appuyée presque exclusivement sur des éléments de preuve provenant de sources anonymes.

L'autorisation d'ouvrir une enquête en Côte d'Ivoire est accordée par la Chambre préliminaire le 3 octobre 2011<sup>1356</sup>. Un peu plus de 20 jours plus tard, le Procureur demandait la délivrance d'un mandat d'arrêt contre Laurent Gbagbo<sup>1357</sup>. La Chambre préliminaire III donne suite à cette demande dans un mandat délivré sous scellés le 23 novembre 2011 motivé plus amplement le 30 novembre 2011. Il s'est ainsi écoulé presque un mois entre la demande du Procureur et la décision de la Chambre préliminaire. Si les retards accusés par la Chambre sont compréhensibles au regard de la nature des crimes en cause, c'est la rapidité avec laquelle le Procureur a pu mener ses enquêtes entre le 3 octobre et 25 du même mois qui suscite l'interrogation. Un examen attentif de la décision du 30 novembre 2011 accordant la délivrance du mandat d'arrêt ne dissipe guère la perplexité sur la manière dont les enquêtes ont été conduites. Il est frappant dans cette décision que le BdP appuie ses allégations uniquement sur des documents constitués de rapports du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité, de rapports du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, des rapports de la Mission des Nations Unies en Côte d'Ivoire, du rapport de la Commission internationale d'enquête sur la Côte d'Ivoire, des rapports d'ONG, dont Amnesty International, Human Rights Watch, International Crisis Group, et d'articles de médias et de

---

<sup>1355</sup> *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-01/11-1-tFRA, sous scellés, *Ex parte*, réservé à l'Accusation et au Greffe, Mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo (23 novembre 2011) au para 8 (CPI, Chambre préliminaire III); *Le Procureur c Laurent Koudou Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 (30 novembre 2011) au para 69 (CPI, Chambre préliminaire III) [*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA].

<sup>1356</sup> *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (15 novembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire III).

<sup>1357</sup> *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-24-US-Exp, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Laurent Koudou Gbagbo (25 octobre 2011) (CPI, BdP).

presse<sup>1358</sup>. Bien que ces documents ne manquent pas de crédibilité en soi, le fait de s'y fonder exclusivement et de manière anonyme n'était pas sans risques.

D'une part, leur citation abondante dans la décision du 30 novembre 2011 révèle que le BdP n'a pas conduit des enquêtes de terrain. De tels documents pouvaient tout au plus asseoir un examen préliminaire au sens de l'article 53-1, à savoir que « Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre [...] ». Tout semble avoir fonctionné comme si cette étape avait été escamotée. Du moins, s'il y a eu examen préliminaire, le Procureur semble s'être fondé sur les mêmes renseignements pour obtenir la délivrance du mandat d'arrêt. Il a pu être aidé par la lettre des textes qui n'établit pas de différence entre les niveaux de preuve nécessaires pour ouvrir une enquête et la norme de preuve pour obtenir la délivrance d'un mandat d'arrêt. Dans le premier cas, l'article 53-1 du *Statut de Rome* fait référence à l'existence d'une « base raisonnable pour poursuivre », tandis que l'article 58 prévoit que la Chambre préliminaire délivre un mandat d'arrêt contre une personne « si, après examen de la requête et des éléments de preuve ou d'autres renseignements fournis par le Procureur, elle est convaincue [...] qu'il a des *motifs raisonnables* de croire que cette personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour [...] ».

D'autre part, le recours à de tels éléments de preuve, compte tenu de la qualité de ses auteurs, ne pouvait qu'accroître la possibilité que l'invocation de la confidentialité abonde. En effet, en raison de leur méthodologie d'enquête sur les violations des droits de l'homme, les organisations qui ont produit les documents au BdP ont le souci constant du secret de leurs sources. L'illustre fort le nombre d'expurgations appliquées dans la décision du 30 novembre 2011. De ce fait, s'il est compréhensible que le Procureur s'y soit fondé dans un premier temps, en raison de la norme de preuve faible en matière d'ouverture d'enquête et de délivrance de mandat d'arrêt, il est par contre surprenant qu'à la confirmation des charges il n'ait pas envisagé de changer son fusil d'épaule.

À l'étape de la confirmation des charges, le sérieux des enquêtes s'imposait pour au moins trois considérations. Premièrement, la norme de preuve à cette étape est plus exigeante. À la confirmation des charges, l'article 61-5 du *Statut de Rome* exige que le Procureur étaye chacune des charges « avec des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de *motifs substantiels* de croire » que le suspect a commis le crime qui lui est imputé. Deuxièmement, conséquence sans

---

<sup>1358</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, *supra* note 1355 aux paras 34 et s.

doute de cette norme de preuve, la jurisprudence de la Cour exige du Procureur qu'il ait à cette étape un dossier de poursuite solide. La Chambre d'appel a estimé que ses enquêtes devaient être pratiquement terminées et la plupart des éléments de preuve disponibles<sup>1359</sup>. Troisièmement, il fallait surtout considérer qu'à la différence des deux précédentes procédures qui sont non contradictoires, l'audience de confirmation des charges offre la possibilité au suspect, selon l'article 61-6, de contester les charges et les éléments de preuve produits par le Procureur. Là encore, le BdP semble s'être prévalu de manière abusive de certaines facilités que lui offrent les textes, notamment la possibilité à l'audience de confirmation des charges, selon l'article 61-5 du *Statut de Rome*, de « se fonder sur des éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés [...] » au lieu de faire comparaître les témoins. Il pouvait également, ainsi que la jurisprudence de la Cour l'a établi, se fonder sur des déclarations de témoins expurgées ou anonymes.

Les chambres rappellent en effet que le Procureur ne saurait être pénalisé pour avoir recouru à des moyens de preuve autorisés par les textes qui régissent la Cour<sup>1360</sup>. Toutefois, elles leur affectent également une valeur probante amoindrie pour compenser les désavantages causés à la défense<sup>1361</sup>. Le principe de l'utilisation de tels éléments avec prudence ayant été retenu dans la jurisprudence de la Cour<sup>1362</sup>, à savoir qu'ils doivent toujours être corroborés ou étayés par d'autres éléments de preuve versés au dossier<sup>1363</sup>, la Chambre préliminaire III était confrontée dans l'affaire *Gbagbo* à la situation où l'exercice de cette prudence n'était pas possible. Le Procureur s'est largement fondé sur les rapports d'ONG et des articles de presse pour étayer des éléments de preuve clés de sa cause, et notamment les éléments contextuels des crimes contre l'humanité<sup>1364</sup>. Les événements qu'il entendait établir n'étaient prouvés que par des ouï-dire anonymes tirés de ces documents. La question se posait donc de savoir si une cause qui s'appuie uniquement sur des éléments de preuve d'une telle nature est susceptible de satisfaire la norme des motifs substantiels de croire à la commission d'un crime qu'exige la confirmation des charges. Sur cette question, non

---

<sup>1359</sup> *Le Procureur c Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of the Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled « Decision of the Confirmation of Charges » (30 mai 2012) au para 44 (CPI, Chambre d'appel). Mais voir aussi *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, *supra* note 109 au para 2 (jugant que l'enquête peut se poursuivre après l'audience de confirmation des charges).

<sup>1360</sup> *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 au para 49; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-349-Red, *supra* note 1332 au para 19.

<sup>1361</sup> *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 aux paras 49 et 78; *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 aux paras 50-52; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* note 499 au para 50.

<sup>1362</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 au para 70.

<sup>1363</sup> *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 aux paras 49-52.

<sup>1364</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 au para 35.

seulement la Chambre ne vend pas cher la valeur probante des éléments de preuve constitués de rapports d'ONG et d'articles de presse, elle sanctionne sévèrement le fait de les produire uniquement sous des formes confidentielles sans corroboration subséquente.

Au sujet de la valeur probante des éléments de preuve en cause, elle conclut que même non confidentiels, ils ne sauraient satisfaire la norme de preuve de la confirmation des charges. Plus exactement, elle affirme que :

Même si les rapports d'ONG et les articles de presse peuvent ultimement présenter le contexte historique entourant un conflit, ils ne constituent pas normalement un substitut valide au type de preuves nécessaires pour la confirmation des charges conformément à la norme d'administration de la preuve applicable<sup>1365</sup>.

En d'autres termes, ce type d'éléments de preuve ne serait pas confidentiel qu'il n'établirait pas nécessairement la charge de preuve requise<sup>1366</sup>. Sa valeur probante est en conséquence plus lourdement affaiblie lorsque, comme en l'espèce, le BdP lui applique abondamment la confidentialité. La Chambre ne se montre pas plus convaincue par l'idée que les preuves confidentielles puissent se corroborer entre elles de manière satisfaisante. À cet égard, elle déclare :

Concernant la corroboration, il convient de noter qu'il sera souvent difficile, voire impossible, de déterminer si et dans quelle mesure des ouï-dire anonymes figurant dans les preuves documentaires corroborent d'autres éléments de preuve de même nature. En effet, il sera généralement trop difficile de déterminer si deux ou plusieurs sources inconnues sont véritablement indépendantes les unes des autres, et la Chambre ne saurait se livrer à des spéculations à cet égard. La Chambre n'écarte pas la possibilité que, dans des cas exceptionnels, il ressorte du dossier des preuves que deux ou plusieurs ouï-dire anonymes figurant dans les preuves documentaires se corroborent mutuellement parce qu'ils sont clairement basés sur des sources indépendantes. Même en pareil cas, il se peut que la Chambre ne dispose pas d'assez d'informations sur la fiabilité de ces sources et elle se montrera donc extrêmement prudente au moment d'attribuer aux éléments de preuve la valeur probante qui convient.

[...] Le fait que pendant le processus de confirmation, le Procureur soit autorisé à présenter la plupart si ce n'est toutes ses preuves sous forme de documents n'amoindrit cependant pas les déficiences intrinsèques caractérisant les preuves du type examiné dans les paragraphes précédents<sup>1367</sup>

Il découle de cette affirmation de la Chambre préliminaire que l'accumulation de preuves ayant déjà une valeur probante amoindrie ne peut contribuer à étayer la cause de l'accusation. La Chambre conclut en conséquence qu'elle peut « refuser de confirmer des allégations qui ne seraient

---

<sup>1365</sup> *Ibid.*

<sup>1366</sup> À noter cependant que sur la question de la preuve des éléments contextuels du crime, la Chambre aurait appliqué une norme plus exigeante que les motifs substantiels de croire, à savoir celle de la certitude. Cette position est critiquée par la juge dissidente Silvia Fernández de Gurmendi : *Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr-tFRA, Opinion dissidente de la juge Silvia Fernández de Gurmendi (19 juin 2013) au para 10 (CPI, Juge de Gurmendi) [*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr-tFRA].

<sup>1367</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 aux paras 30-31.

étayées que par des déclarations de témoins anonymes ou des résumés de déclarations de témoins »<sup>1368</sup>. Dans le cas d'espèce, elle n'est cependant pas allée aussi loin, préférant, en vertu de l'article 61-7- c-i du *Statut de Rome*, ajourner l'audience de confirmation des charges afin que le Procureur envisage « d'apporter des éléments de preuve supplémentaire ou de procéder à de nouvelles enquêtes [...] ». Cette disposition constitue la base juridique typique pour permettre de rattraper les cas d'enquêtes bâclées. La Chambre préliminaire considère en conséquence que l'ajournement n'est pas fondé sur un risque de violation des droits de l'accusé, même si cette mesure peut avoir cette conséquence relativement à son droit d'être jugé sans retard excessif<sup>1369</sup>.

La décision de la majorité a essuyé les critiques de la juge dissidente Silvia Fernández de Gurmendi. Elle ne se rallie pas à la position de ses collègues pour la rigidité de leur approche dans un système qui, considère-t-elle, a fait « le choix délibéré d'une approche flexible quant aux éléments de preuve, en se gardant d'élaborer des règles spécifiques d'administration de la preuve »<sup>1370</sup>. À ce titre, elle conteste la préférence que la Chambre démontre pour un type particulier de preuves<sup>1371</sup> et récuse la position selon laquelle le Procureur ne pourrait se fonder uniquement sur des preuves anonymes et les résumés d'éléments de preuve à la confirmation des charges. Les arguments de la juge sont dignes d'intérêt. Elle affirme :

Nombre de bonnes raisons peuvent expliquer que le Procureur choisisse ne pas se fonder sur des éléments de preuve donnés, même lorsqu'ils revêtent une importance particulière. Certaines raisons tenant à la protection de la sécurité et du bien-être physique et psychologique de victimes, de témoins ou d'autres personnes courant un risque en raison des activités de la Cour peuvent, selon les circonstances de l'affaire, justifier l'expurgation de déclarations de façon à en supprimer des passages substantiels, la non-communication de l'identité de témoins ou de sources d'informations figurant dans des éléments de preuve documentaires ou la mise à l'écart d'éléments de preuve en raison de la nécessité de prendre des mesures de protection particulièrement lourdes, jugées disproportionnées, tant qu'il n'est pas certain qu'un procès se tiendra.

En fait, les travaux préparatoires montrent que donner à la Chambre l'accès à l'ensemble du dossier du Procureur a été jugé non seulement pas nécessaire, mais également pas

---

<sup>1368</sup> *Ibid* au para 34. Elle suivait en cela d'autres chambres de la Cour : *Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-382-Red, *supra* note 1316 au para 90; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, *supra* note 499 au para 50; *Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, *supra* note 499 au para 49; *Nourain et Janus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, *supra* note 500 au para 41; *Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, *supra* note 500 au para 52; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, *supra* note 495 au para 160.

<sup>1369</sup> *Ibid* aux paras 37-43.

<sup>1370</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr-tFRA, *supra* note 1366 au para 24.

<sup>1371</sup> En l'occurrence, sans reconnaître les dispositions du Statut admettant que le Procureur puisse se fonder uniquement sur des preuves anonymes et résumées et ne soit pas obligé d'appeler des témoins, la Chambre préliminaire a toutefois estimé qu'il devait s'appuyer de préférence sur les preuves médico-légales et matérielles ainsi que les preuves testimoniales résultant d'observations directes et personnelles. Voir *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, *supra* note 1140 aux paras 26-28.

souhaitable en raison des retards inutiles qui s'ensuivent « si les éléments de preuve recueillis sont trop nombreux »<sup>1372</sup>.

La pertinence de ces propos tient à ce qu'ils rappellent la portée limitée de la confirmation des charges qui serait confondue avec le procès si la charge de la preuve pesant sur le Procureur devait être plus onéreuse. À cet égard, le point de vue de la juge dissidente est valide au regard de la division du travail selon le système de la Cour. Sur le fond toutefois, c'est une vision qui réinstaurerait le caractère inquisitoire, et donc secret, de la procédure préalable au procès. À partir du moment où la confirmation des charges est contradictoire, contrairement à l'approche des juridictions *ad hoc*, le problème ne se pose plus uniquement de savoir si la preuve produite satisfait la norme applicable. Elle pourrait tout à fait être confidentielle et répondre à cette exigence. Seulement, dès lors que la procédure se veut contradictoire, la question se pose en plus de savoir si la preuve garantit le droit du suspect à la confrontation. C'est à cette étape que le recours abusif à la preuve anonyme apparaît le plus problématique. Si la Chambre préliminaire avait en effet appuyé ses motifs, non sur l'insuffisance des preuves, mais sur la violation des droits du suspect, c'est au contraire une solution plus drastique qu'elle aurait peut-être été contrainte d'envisager, à savoir l'arrêt des poursuites.

#### 2.2.2.2. – L'arrêt conditionnel des poursuites

La solution de l'arrêt conditionnel énoncée dans la décision *Lubanga* sur les accords de confidentialité a fait l'objet d'un moyen d'appel par le Procureur de la CPI. Après avoir conclu qu'il était devenu impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable, la Chambre de première instance soulignait que « [b]ien que cette décision ne prive pas la Chambre de toute autorité ou compétence légale, elle signifie qu'à moins que la suspension soit levée (par cette Chambre ou par la Chambre d'appel), la procédure de première instance est interrompue à tous égards »<sup>1373</sup>. L'accusation a soutenu en appel qu'à partir du moment où la suspension de l'instance pouvait être levée à un moment ultérieur, l'arrêt des poursuites constituait une mesure excessive et prématurée. Ce raisonnement touche du doigt la question des conséquences qui doivent résulter de la détermination de l'existence d'un abus de procédure tenant à la confidentialité.

De l'entendement du Procureur, il semblait qu'il ne pouvait y avoir qu'une seule et unique conséquence. Soit, l'abus est établi, donc un procès équitable n'est pas envisageable et la procédure devait être arrêtée définitivement; soit, l'abus n'est pas démontré et en conséquence l'arrêt des

---

<sup>1372</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr-tFRA, *supra* note 1366 aux paras 18 et 20.

<sup>1373</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 94.

poursuites ne s'impose pas comme solution. Dans tous les cas, il ne devait pas avoir de demi-mesure. À partir du moment où la levée de la suspension était envisageable, l'arrêt des poursuites ne constituait plus la réponse adéquate. Le Procureur soutenait qu'un ajournement plutôt qu'une suspension était approprié en l'espèce. Ce point de vue qui ne manque pas de pertinence doit être placé dans la perspective d'une divergence entre l'accusation et la Chambre quant à l'appréciation de l'ampleur de l'abus et l'éventualité qu'il y soit remédié dans des délais acceptables.

Pour le Procureur, la gravité attachée à l'usage de l'article 54-3-e était surévaluée par la Chambre d'instance. Pour lui, les documents confidentiels, au nombre de 171 à l'époque de la décision de suspension, qu'il n'était pas en mesure de communiquer à la défense et à la Chambre, n'auraient pas eu une influence sensible sur la décision concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Compte tenu de l'importance relative de ces pièces, il estimait qu'en se fondant sur les mesures compensatoires qu'il suggérerait à la Chambre d'instance, celle-ci serait en mesure de rendre une décision équitable. Par ailleurs, le Procureur faisait valoir que la Chambre d'instance n'avait pas tenu compte, au moment de la suspension, du fait que les négociations étaient en cours avec l'ONU, la principale source d'information encore réticente à consentir à la divulgation. Pour lui, si la Chambre avait pris en considération cet élément, elle aurait réalisé que l'aboutissement positif des discussions était plus que probable et que dès lors un simple ajournement aurait suffi pour que puissent être rétablies les conditions d'un procès équitable.

La réponse de la Chambre d'appel met en lumière le fait que c'est davantage l'anathème d'abus que le Procureur souhaitait contester plutôt que le caractère approprié de la suspension. Cela peut paraître logique, compte tenu des admonestations dont il a été l'objet de la part des juges et du caractère quelque peu infamant qui s'attache à l'imputation de l'abus de procédure. Pour apaiser les inquiétudes du Procureur, la Chambre d'appel a rappelé que « la Chambre de première instance entendait imposer une suspension conditionnelle, laquelle pouvait donc n'être que temporaire »<sup>1374</sup>. Elle place sur le même plan l'ajournement souhaité par l'accusation et la suspension conditionnelle prononcée par la Chambre d'instance. Dans les deux cas, il n'est pas possible de poursuivre l'instance parce qu'elle serait autrement inéquitable. La différence de l'ajournement réside en ce qu'il n'est pas nécessaire d'établir un abus pour le prononcer. Le Procureur a en effet longuement plaidé avoir agi devant la Chambre en toute transparence ou de bonne foi; ce qui, apparemment, méritait mieux une reconnaissance que des remontrances.

---

<sup>1374</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA, *supra* note 1348 au para 75.



Quoi qu'il en soit, après avoir rappelé au Procureur que la suspension conditionnelle ne fermait pas définitivement la porte à la continuation des poursuites, la Chambre d'appel a souligné en ces termes les conditions dans lesquelles une telle mesure peut être adoptée :

Si l'iniquité envers l'accusé est d'une nature telle qu'il serait possible, en principe au moins, de tenir un procès équitable ultérieurement si la situation ayant débouché sur la suspension évoluait, alors la suspension conditionnelle de la procédure peut constituer une mesure corrective appropriée. Pareille suspension conditionnelle n'est pas totalement irréversible : si les obstacles ayant débouché sur la suspension de la procédure sont écartés, la Chambre qui l'a ordonnée peut décider de la lever selon qu'il convient et si cela ne crée pas d'iniquité envers l'accusé pour d'autres raisons, au regard notamment de son droit d'être jugé sans retard excessif<sup>1375</sup>.

En d'autres mots, il ne tenait plus qu'au Procureur de rapporter la preuve du succès de ses négociations avec les sources des informations confidentielles, ce qui convaincrerait la Chambre d'instance de lever la suspension. C'est ce qu'il fit effectivement, obtenant non sans péripéties la production des documents confidentiels litigieux. La Chambre d'instance, convaincue qu'un procès équitable était de nouveau possible, ordonna la reprise de la procédure.

Les conséquences de l'arrêt des poursuites sont également dignes d'intérêt quant au droit à la liberté de la personne accusée. Dès lors qu'elle ne pouvait plus subir un procès équitable, la Chambre d'appel a jugé qu'il « était effectivement logique d'en tirer immédiatement les conclusions sur la question de sa détention »<sup>1376</sup>. La conclusion de la Chambre d'instance s'est cependant avérée totalement en contradiction avec l'idée que la décision du 13 juin 2008 était une suspension conditionnelle. Le 2 juillet 2008 en effet, elle ordonnait, comme conséquence de la suspension de la procédure, la remise en liberté inconditionnelle de Thomas Lubanga<sup>1377</sup>. Le Procureur a fait valoir en appel que la décision était excessive et prématurée. Il a soutenu que dans la mesure où la suspension conditionnelle n'entraînait pas le retrait des charges, Thomas Lubanga aurait dû être maintenu en détention pour une période limitée de même que sa remise en liberté aurait pu être assortie de conditions garantissant que la Cour pourrait exercer sa compétence dès que la reprise de la procédure aura lieu.

La Chambre d'appel fait droit à la prétention du Procureur jugeant que la Chambre d'instance « n'a pas dûment pris en compte le caractère conditionnel de la suspension ordonnée, ce qui l'a conduite à ne pas envisager toutes les solutions qui s'offraient à elle et à estimer à tort que la remise

---

<sup>1375</sup> *Ibid* au para 80.

<sup>1376</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, *supra* note 1134 au para 18.

<sup>1377</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1418-tFRA, Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo (2 juillet 2008) (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1418-tFRA] .

en liberté sans conditions de Thomas Lubanga était “inévitale” »<sup>1378</sup>. Elle a reproché à la Chambre d’instance que par la remise en liberté inconditionnelle de l’accusé, elle conférait en fait une portée disculpatoire à la suspension conditionnelle. Cette dernière mesure n’est pourtant ni un acquittement ni l’aboutissement de la procédure. Les conséquences sur la détention de l’accusé dans de telles circonstances se résument dans les propos suivants de la Chambre d’appel :

Lorsqu’une chambre ordonne la suspension conditionnelle de la procédure, la remise en liberté sans conditions de la personne concernée n’en est pas la conséquence inévitable. Au contraire, la Chambre devra examiner toutes les circonstances pertinentes et prendre la décision de remettre le suspect en liberté ou de le maintenir en détention sur la base des critères établis [...] du Statut [...] Au moment de se prononcer pour le maintien en détention ou la remise en liberté de l’accusé (avec ou sans conditions), la Chambre devra examiner, par exemple, si des faits nouveaux intervenus depuis la mesure de suspension conditionnelle rendent probable la levée de la suspension dans un avenir proche [...] Si une chambre conclut que le maintien en détention ou la remise en liberté assortie de conditions se justifie, elle doit alors réexaminer périodiquement sa décision<sup>1379</sup>.

Il s’avère en effet qu’entre la décision de suspension conditionnelle et la décision du 2 juillet 2008 de remise en liberté, des faits nouveaux étaient intervenus démontrant que la levée de la suspension était peut-être envisageable et que la Chambre d’instance aurait dû en tenir compte dans son évaluation de la question de la détention de l’accusé. À notre avis toutefois, il existe un malaise évident entre la prétendue suspension conditionnelle et les positions respectives de la Chambre d’instance et d’appel. Le caractère conditionnel de l’arrêt des poursuites constitue en réalité une rationalisation postérieure de la décision de la Chambre d’instance qui ne semblait plus concevoir qu’un procès équitable était possible<sup>1380</sup>. Comme le dit à juste titre le juge Pikis, « il n’y a pas de degré dans l’impossibilité »<sup>1381</sup>. Il s’agissait de la fin de la procédure lorsqu’elle dit dans la décision du 2 juillet 2008 que « sans procès en perspective, l’accusé ne peut être maintenu en détention ni faire l’objet d’une remise en liberté provisoire à titre strictement préventif pour le dissuader de commettre

---

<sup>1378</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, *supra* note 1134 au para 31.

<sup>1379</sup> *Ibid* au para 37.

<sup>1380</sup> Ce point de vue est partagé par le juge Pikis dans son opinion individuelle à l’arrêt du 21 octobre 2008 sur la suspension de la procédure au para 49:

L’ordonnance relative à la suspension de la procédure était absolue et inconditionnelle. Les remarques faites incidemment par la Chambre de première instance après avoir ordonné la suspension, précisant que ni elle ni la Chambre d’appel n’étaient privées de la « compétence juridique » de lever cette suspension, n’ont en aucune manière assorti d’une condition ladite ordonnance. On ignore d’où pourrait émaner ce pouvoir de relancer la procédure [...] À mon sens, la possibilité de lever la suspension à une date ultérieure non précisée va à l’encontre de l’ordonnance elle-même, laquelle est fondée sur l’impossibilité de tenir un procès équitable et ne tient nullement compte de la nécessité de mener à bien la procédure en temps opportun en tant qu’élément d’un procès équitable, sans parler de sa rapidité.

<sup>1381</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109, opinion individuelle de M. le juge Pikis au para 50.

d'autres crimes »<sup>1382</sup>. La Chambre d'appel a indûment substitué sa propre appréciation des faits à celle de la Chambre d'instance.

De plus, comme le juge Pikis l'argumente de manière éclairante dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt d'appel sur la détention de Lubanga, on peut légitimement contester la portée que la Chambre d'appel accorde à l'arrêt conditionnel. Comme en l'espèce la théorie de l'abus de procédure sanctionnait le droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif, il est douteux que l'arrêt conditionnel soit une solution adéquate si, comme le soutient la Chambre, la mesure n'a pas pour effet le retrait des charges et la mise en liberté inconditionnelle de l'accusé. Cela signifierait d'après le juge Pikis que « les charges portées contre l'accusé continueraient à peser sur lui pendant une période indéfinie, en théorie à perpétuité, en violation de son droit à être jugé sans retard excessif »<sup>1383</sup>. Il nous apparaît que si l'accusé ne peut être libéré après un constat d'abus de procédure, il serait toujours en procès si les charges qui pèsent contre lui ne sont pas retirées. On en revient donc à la position du Procureur dans l'appel sur la suspension d'après laquelle il ne saurait y avoir de demi-mesure en cas d'abus de procédure. Comme le dit le juge Pikis, « ce serait traiter l'accusé d'une façon loin d'être humaine que de s'attendre à ce qu'il vive sous le poids des accusations pendant une période indéfinie ou incertaine, tout en se trouvant dans l'impossibilité de prouver son innocence devant un tribunal »<sup>1384</sup>.

En réalité, l'arrêt conditionnel tel que l'entend la Chambre d'appel ne connaît pas d'application, du moins sous les mêmes paramètres, dans les pays de *common law* desquels la CPI a transposé la pratique en matière d'abus de procédure<sup>1385</sup>. Au Canada par exemple, l'accusé à l'égard duquel les procédures ont été arrêtées « n'est plus un inculpé, tout comme la personne sous enquête ne l'est pas encore »<sup>1386</sup>. L'arrêt des poursuites revêt donc dans ces circonstances un caractère définitif. C'est assurément pour cette raison que l'on considère les conséquences de

---

<sup>1382</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1418-tFRA, *supra* note 1377 au para 30.

<sup>1383</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, *supra* note 1134, opinion dissidente du juge Pikis au para 14.

<sup>1384</sup> *Ibid* au para 15.

<sup>1385</sup> La Chambre d'appel fait à notre sens une confusion disproportionnée entre la suspension pour abus de procédure et le simple ajournement lorsqu'elle affirme au para 82 de son arrêt du 21 octobre 2008 que « [l]e TPIY et TPIR ont déjà ordonné des suspensions de procédure non définitives, notamment lorsque des témoins cruciaux pour la défense n'ont pas comparu par suite de l'obstruction d'un État et lorsqu'il fallait régler des questions liées à la représentation légale d'un accusé ou aux ressources allouées à la préparation de la défense » (notes de bas de page ommises). Il n'y aucune équivalence entre ces motifs de suspensions « non définitives » et la théorie de l'abus de procédure pour qu'on puisse considérer les références de la Chambre comme pertinentes.

<sup>1386</sup> Pierre Béliveau, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en droit pénal canadien » (1997) 31 RJT 1 à la p 19.

l'application de la théorie de l'abus de procédure comme étant radicales. L'arrêt conditionnel au sens où l'entend la CPI lui fait perdre cette caractéristique.

Il découle de l'arrêt *Lubanga* qu'il pourrait être plus difficile d'ordonner un arrêt définitif des poursuites fondé sur la théorie d'abus de procédure si la confidentialité d'éléments de preuve en est la cause. Du moins, il faudra que la Chambre soit parvenue à la conclusion que la probabilité d'obtenir leur production est nulle. L'intervention de la Chambre d'appel a en effet eu pour conséquence de relativiser la détermination de la Chambre d'instance dont une prémisse importante de la décision de suspension reposait sur la violation du droit fondamental d'être jugé sans retard excessif. La question se pose en effet de savoir si la suspension conditionnelle peut véritablement être considérée comme un remède approprié dans la mesure où faute de mettre un terme à la violation elle la prolonge davantage.

Dans son arrêt de 2006 où l'abus de procédure était fondé sur la détention illégale et les mauvais traitements infligés à l'accusé par les autorités congolaises, la Chambre d'appel concluait que « [l]a nature des allégations était telle que, si elles avaient été établies, les violations aux droits de l'appelant auraient pu donner lieu à une situation objectivement irréparable et irrémédiable ». Elle conclut dans l'arrêt du 21 octobre 2008 sur les accords de confidentialité que « si la suspension de la procédure avait été ordonnée sur cette base, elle aurait été absolue et permanente »<sup>1387</sup>. Il serait discutable de prétendre que l'arrêt conditionnel a remédié à la violation du droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif. En fait, tout porte à croire que dans l'espèce *Lubanga*, la violation que voulait éviter la Cour était une violation prospective, c'est-à-dire anticiper l'occurrence éventuelle de l'iniquité qui résulterait du jugement de l'accusé sur la base de preuves confidentielles.

En effet, tel que le fait remarquer la Chambre d'appel dans son arrêt du 21 octobre 2008, la Chambre d'instance I de la CPI n'avait conclu à aucun moment dans sa décision de suspension du 13 juin 2008 que le droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif avait été violé. On peut penser à la lumière des événements qu'il s'est davantage agi dans ce cas de préserver l'intégrité du processus judiciaire. Cette dimension de l'abus de procédure est plus que susceptible d'admettre une analyse prospective portant sur les risques que représenterait l'exercice de la fonction judiciaire pour la jouissance des droits fondamentaux de l'accusé. Dans cette logique, se comprend

---

<sup>1387</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 79.

parfaitement l'affirmation de la Chambre d'appel qui, jugeant l'arrêt conditionnel approprié à la circonstance, déclare :

[C]ompte tenu du droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif (article 67-1-c du Statut), une suspension conditionnelle ne peut être imposée indéfiniment. Une Chambre ayant ordonné une suspension conditionnelle doit réexaminer sa décision périodiquement et déterminer s'il est devenu possible de tenir un procès équitable ou si, compte tenu notamment du temps écoulé, il est devenu impossible, de façon définitive et irrémédiable, de tenir un procès équitable. Dans ce dernier cas, il se peut que la Chambre doive modifier sa décision et suspendre définitivement la procédure<sup>1388</sup>.

En tout état de cause, que le retard excessif n'ait pu être qualifié pour les causes de la théorie d'abus de procédure comme un cas de violation manifeste des droits de l'accusé ne signifie pas qu'il ne constitue pas en lui-même une atteinte aux garanties du procès équitable. Les règles de confidentialité accroissent d'ailleurs les risques d'occurrence de telles atteintes.

---

<sup>1388</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 81.



## TITRE II. – UNE CONCILIATION À PARFAIRE

Dans leurs décisions, les Chambres de la CPI se réfèrent à l'article 21-3 du *Statut de Rome* comme principe général d'interprétation du droit applicable devant la Cour<sup>1389</sup>. Un autre principe général régulièrement cité est l'article 31-1 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (CVDT)<sup>1390</sup>. Le recours aux deux ordres normatifs signifie que la Cour se fonde sur le droit commun quant à la technique, mais doit s'efforcer de parvenir à un résultat conforme aux droits de l'homme. Les juridictions *ad hoc* ont, elles, dû s'inventer face au silence de leurs statuts.<sup>1391</sup>

Dès leurs débuts, elles ont admis la pertinence des règles générales et supplémentaires d'interprétation codifiées aux articles 31 et 32 de la CVDT<sup>1392</sup>. Le statut de principe général de droit de ces dispositions justifie leur invocation<sup>1393</sup>. Il s'agit en effet de normes d'interprétation généralement admises en droit interne<sup>1394</sup>. Certains juges ont, pour leur part, évoqué le caractère coutumier des règles d'interprétation de la CVDT<sup>1395</sup>. Les tribunaux *ad hoc* s'y seraient référés en raison de la ressemblance de leurs statuts avec les instruments conventionnels classiques<sup>1396</sup>.

---

<sup>1389</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 7; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 1.

<sup>1390</sup> *Ibid*; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 2. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969 1155 RTNU 331.

<sup>1391</sup> William A. Schabas, « Interpreting the Statutes of the *Ad hoc* Tribunals » dans Lal Chand et al, dir, *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2003, 847 à la p 847 [Schabas, « Interpreting the Statutes »]; Leena Grover, « A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court » (2010) 21:3 EJIL 543 à la p 547 [Grover, « A Call to Arms »].

<sup>1392</sup> *Le Procureur c. Drazen Erdemović*, IT-96-22-A, Arrêt: opinion individuelle présentée conjointement par Madame la juge McDonald et le juge Vohrah (7 octobre 1997) au para 3 (TPIY, Juges McDonald et Vohrah); *Tadić*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 18; *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al*, IT-96-21-T, Jugement (13 novembre 1998) au para 1161 (TPIY, Chambre de première instance): « il est bien établi que l'interprétation des articles du Statut et des dispositions du Règlement doit se faire sur la base des règles générales d'interprétation telles qu'elles ont été codifiées dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...] il est possible de se reporter, le cas échéant, aux règles d'interprétation des systèmes juridiques internes dans le cadre des principes généraux du droit. Cependant, lorsque les règles nationales d'interprétation contredisent les termes du Statut et du Règlement, leur objet et leur but, il ne saurait être question de les appliquer ».

<sup>1393</sup> Schabas, « Interpreting the Statutes » *supra* note 1391 à la p 852.

<sup>1394</sup> En réalité, le juge Shahabuddeen fait une analyse en sens inverse, partant de ce que la Cour permanente de Justice internationale, en son temps, appliquait « *the body of principles of interpretation generally accepted in domestic jurisdictions* », considéra que « *that body of generally accepted principles results today in substantially the same general principles of interpretation as are referred to [in the Vienne Convention on the Law of Treaties]* »: *The Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I: Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen (3 juin 1999) aux pp 21-22 (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>1395</sup> Le caractère coutumier des principes d'interprétation de la CVDT est reconnu par une importante jurisprudence internationale: *LaGrand (Allemagne c États-Unis)*, [2001] CIJ rec 466 au para 99; *Délimitation maritime et questions territoriales entre le Qatar et Bahraïn (Qatar c Bahraïn)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité, [1995], CIJ rec 16 au para 33 [*Qatar c Bahraïn*, Délimitation maritime].

<sup>1396</sup> *The Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I: Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Vohrah/Corr (3 juin 1999) au para 15 (TPIY, Chambre de première instance): « *Although the Statute is not a treaty, it is a sui generis international legal instrument resembling a treaty. Adopted by the Security Council, an organ which Member States of the United Nations have vested legal responsibility, the*

Dans le cadre de la CPI, la référence aux articles 31 et 32 de la CVDT va de soi, le caractère conventionnel du *Statut de Rome* n'étant guère en doute. Telle est la position de la Cour dans *Lubanga*, lorsqu'elle approuve les termes de l'article 31-1<sup>1397</sup>, d'après lesquels « [u]n 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 ». Cette disposition a été interprétée comme comprenant trois principales méthodes d'interprétation : l'approche littérale, l'approche basée sur la recherche de l'intention des parties et enfin l'approche fondée sur l'objet et le but du traité<sup>1398</sup>. Pour la CDI cependant, il n'était pas question de formuler plusieurs règles d'interprétation, mais une seule<sup>1399</sup>. L'interprétation au sens de l'article 31 est une opération à étapes. Cette approche systémique a été embrassée par la Chambre d'appel de la CPI dans *Lubanga*<sup>1400</sup>. Elle prenait appui sur la CIJ<sup>1401</sup>.

Sans être toujours méthodiques lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions relatives à la confidentialité, les Chambres de la CPI souscrivent à une approche consistant à restreindre sa portée. Or, la méthode d'interprétation qui découle de la CVDT n'indique pas une préférence pour la restriction ou l'élargissement de la portée d'un texte de loi. La problématique du résultat de l'interprétation n'est pourtant pas méconnue du droit international général. Pendant assez longtemps, la question fut débattue en doctrine et en jurisprudence. Pour certains auteurs classiques<sup>1402</sup>, l'interprétation extensive devait être préférée si elle aboutissait à un avantage mutuel. Pour Rousseau par contre, l'interprétation restrictive devait prévaloir si les termes du traité n'étaient pas clairs<sup>1403</sup>. Cette dernière conception a prévalu avec l'essor du volontarisme<sup>1404</sup>.

---

*Statute shares with treaties fundamental similarities. Because the Vienna Convention codifies logical and practical norms that are consistent with domestic law, it is applicable under customary international law to international instruments which are treaties ».*

<sup>1397</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-168, Arrêt relatif à la requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel (13 juillet 2006) au para 33 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-168].

<sup>1398</sup> Grover, «A Call to Arms», *supra* note 1391 à la p 547.

<sup>1399</sup> Commission du droit international, *Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session*, Doc off AG NU, 4 mai 1966, 21<sup>e</sup> sess sup n°9 Doc NU A/6309/Rev.1, Ann CDI (1966) vol 2 à la p 220: « *the process of interpretation is a unity and that the provisions of the article form a single, closely integrated rule* ». Les juridictions *ad hoc* des Nations Unies auraient pourtant appliqué, la plupart du temps de façon incohérente, l'interprétation littérale, logique, contextuelle, téléologique, la règle de l'effet utile, la recherche de l'intention des rédacteurs des textes ou une approche progressive: Grover, «A Call to Arms», *supra* note 1391 à la p 548.

<sup>1400</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-168, *supra* note 1397 au para 33.

<sup>1401</sup> *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c Tchad)*, [1994] CIJ rec 6 au para 41; *Qatar c Bahraïn*, Délimitation maritime, *supra* note 1395 au para 40.

<sup>1402</sup> Hersch Lauterpacht, « Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties » (1949) Brit YB Int'l L à la p 49, citant Guggenheim, Grotius et Vattel. [Lauterpacht, «Restrictive Interpretation»].

<sup>1403</sup> Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944 aux pp 686-694.

<sup>1404</sup> *Interprétation de l'article 3 paragraphe 2 du traité de Lausanne* (1925), avis consultatif, CPJI (sér B) n°12 à la p 25 : « si les termes d'un traité ne sont pas clairs, en choisissant parmi les interprétations possibles, celle qui implique un minimum d'obligations pour les parties devrait être adoptée »; *Territorial jurisdiction of the International Commission of the River Oder*



Progressivement, la théorie et la pratique du droit international ont rejeté l'approche restrictive, considérant qu'elle sacrifiait à l'effectivité du traité, c'est-à-dire au but même pour lequel il avait été conclu<sup>1405</sup>. Rarement utilisée, voire de façon exceptionnelle seulement, elle ne serait toutefois pas totalement tombée en déchéance selon certains auteurs<sup>1406</sup>. Ce changement de paradigme a bénéficié de l'institutionnalisation de la société internationale et du renforcement de la protection des droits de l'homme<sup>1407</sup>. Il est cependant discutable de soutenir comme Lauterpacht que la CVDT rejette l'interprétation restrictive<sup>1408</sup>. En tant que méthode, l'article 31 ne la codifie guère. Mais comme résultat du processus d'interprétation, l'interprétation restrictive est une conclusion possible à laquelle peut parvenir l'interprète<sup>1409</sup>.

C'est dans cette optique que la CPI a adopté l'interprétation restrictive comme résultat recherché en matière de règles de confidentialité. Ce choix était dicté par leur caractère dérogatoire. La jurisprudence de la Cour abonde d'affirmations sur le caractère exceptionnel du secret<sup>1410</sup>. Les règles de confidentialité doivent ainsi s'interpréter selon le principe de l'interprétation restrictive des

---

(*Tchécoslovaquie, Danemark, France, Royaume Uni et Suède c. Allemagne*) (1929), CPJI (sér A) n°23 aux pp 24 et 26; *Phosphates in Morocco (Italie c France)* (1938) CPJI (sér A/B) n°74 à la p 23; *Affaire du Wimbledon* CPJI (1923) (sér A) n°1 à la p 24; *Right of access to the Danzig Harbour* (1931) avis consultatif, CPJI (sér A/B) n°43 à la p 142; *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (France c Suisse)* (1932) CPJI (sér A/B) n°46 à la p 166; *Interprétation des traités de paix*, Avis consultatif du 30 mars 1950, [1950] CIJ rec 65 à la p 227; *Anglo Anglo Iranian Oil Company (Royaume-Uni c Iran, arrêt sur la compétence*, [1952] CIJ rec 93 à la 105; *Affaire des pêcheries (Royaume Uni c. Norvège)*, [1951] CIJ rec 116 à la 143; *Affaire du plateau continental (Libye c. Malte), requête à fin d'intervention*, [1984] CIJ rec 3 à la p 22 au par 35, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c France)*, [1974] CIJ rec 253 à la p 267 (« Lorsque des États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose »). Voir également Luigi Crema, « Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation (s) » (2010) 21:3 EJIL 681 à la p 685 [Crema, « Disappearance and New Sightings »].

<sup>1405</sup> Voir à ce sujet Malgosia Fitzmaurice, « Richard K. Gardiner. *Treaty Interpretation*. New York : OUP, 2008, Pp. 407» (2009) 20 EJIL 952 à la p 954 [Fitzmaurice, « Recension de Richard Gardiner »]; Alexander Orakhelashvili, « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of European Court of Human Rights » (2003) 14 EJIL 529 à la p 530 [Orakhelashvili, « Restrictive Interpretation »]; Institut de droit international, *Interprétation des traités*, Résolution de la session de Grenade, 19 avril 1956, sur le rapport de Hersch Lauterpacht.

<sup>1406</sup> Orakhelashvili, « Restrictive Interpretation », *Ibid* à la p 531. Voir aussi Lauterpacht, « Restrictive Interpretation », *supra* note 1402 à la p 62; Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, New York, OUP, 2008 à la p 407.

<sup>1407</sup> Crema, « Disappearance and New Sightings », *supra* note 1404 à la p 686.

<sup>1408</sup> Lauterpacht, « Restrictive Interpretation », *supra* note 1402 à la p 58.

<sup>1409</sup> Édouard Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme » (2008) 74 Rev trim dr h 383 à la p 391 (« l'interprétation téléologique n'est pas unidirectionnelle »). Pour Robert Kolb, il s'agit d'un « moyen neutre »: Robert Kolb, *Interprétation et creation du droit international – Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p 555.

<sup>1410</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 aux paras 12-13. Voir aussi *Le Procureur c Joseph Kony et al*, ICC-02/04-01/05-312-tFRA, Décision sur la représentation légale, la désignation d'un conseil de la défense, les critères d'expurgation des demandes de participation et la présentation d'observations relatives aux demandes de participation a/0014/07 à a/0020/07 et a/0076/07 à a/0125/07 (17 septembre 2008) à la p 6 (CPI, Chambre préliminaire II); *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 aux paras 31 et 35; *Garda*, ICC-02/05-02/09-74-tFRA, *supra* note 493 au para 4; *The Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-167, Decision on the Prosecution's applications for redactions pursuant to Rule 81(2) and Rule 81(4) (20 mai 2011) au para 6 (CPI, Chambre préliminaire I).

limitations aux droits<sup>1411</sup>. C'est en ce sens que se prononcent d'ailleurs les organes de protection des droits de l'homme<sup>1412</sup>. Dans les propos qui suivent, nous verrons cependant que la solution retenue par la CPI, bien qu'elle se conforme aux exigences de l'article 21-3 de son Statut reste à parfaire. Dans le premier chapitre, nous verrons en effet que le principe de l'interprétation restrictive ou la proportionnalité, qu'elle applique est paradoxal avec la normalisation de l'exception que l'on peut voir en réalité (Chapitre I). Pour rendre compte de ce paradoxe, nous revisitons dans un premier temps les conditions rigoureuses qu'elle fixe à l'application de la confidentialité avant de considérer leur portée procédurale qui affaiblit la solution retenue.

À la lumière de ces considérations, nous envisagerons dans un ultime chapitre quelques propositions pour une proportionnalité substantielle de la confidentialité (Chapitre II). Pour en arriver à ces recommandations spécifiques, nous poserons d'abord dans un premier temps que la proportionnalité substantielle est une exigence indépassable de l'effectivité de la CPI. Cette effectivité est elle-même une préoccupation constante des juridictions internationales qui l'ont précédée et n'en est pas moins une exigence des droits de l'homme reconnus. Enfin, nous terminerons nos propositions en faisant valoir que la proportionnalité substantielle de la confidentialité devant la CPI n'est possible qu'à la double condition d'une rationalisation de ses procédures et d'une adaptation du régime de la coopération aux exigences de l'effectivité.

---

<sup>1411</sup> Sur la dérogation et les limitations aux droits, voir Françoise Leurquin-de Visscher, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991 à la p 287 et Patrick Robardet, recension (1992) 33 C de D aux pp 646-649; Françoise Tulkens, « Dérogation » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 211 à la p 211 [Tulkens, « Dérogation »]; Wagdi Sabete, « Limitations aux droits » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 520 aux pp 520-524; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2011 à la p 218 [Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*].

<sup>1412</sup> Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *supra* à la p 218; Crema, « Disappearance and New Sightings », *supra* note 1404 à la p 692; *Caesar c Trinité et Tobago* (2005), Cour IADH (Sér C) n°123, Opinion concordante du juge Cançado-Trindade au para 7: *[P]ermissible restrictions (limitations and derogations) to the exercise of guaranteed rights [of those Conventions] are to be restrictively interpreted* »; Crema, « Disappearance and New Sightings », *supra* note 1404 à la p 692. Voir en particulier la note de bas de page 76.

## Chapitre I. – Les limites de la proportionnalité formelle

La méthode de restriction de la confidentialité employée par la CPI est semblable à la démarche en trois étapes de justification des atteintes aux droits de l'homme des instances constitutionnelles ou supranationales qui vérifient que la limitation à un droit est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique<sup>1413</sup>.

Le critère de légalité selon le professeur Sudre veut que « le soin de définir les atteintes au droit reconnu est confié à l'État lui-même qui dispose d'une marge d'appréciation certaine »<sup>1414</sup>. Il postule donc une subsidiarité entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Dans le contexte de la CPI, du moins sur le plan procédural, la prise en compte de l'ordre interne n'est que résiduelle. Une mesure de confidentialité devrait en conséquence, pour être admise comme restriction légale avoir été envisagée par les textes de la Cour. Toutefois, bien que le système des sources de la Cour définisse le cadre de légalité des mesures de confidentialité, le problème s'est posé en pratique de savoir si ce cadre juridique reconnaît aux parties, en dehors de toute autorisation de la Cour, la possibilité de prendre des mesures de confidentialité.

La solution diffère sensiblement entre les chambres de la CPI. Au nom de la nécessité d'accélérer les procédures, les chambres dans les affaires *Katanga-Chui* et *Laurent Gbagbo* ont introduit une nouvelle approche qui veut que les mesures de confidentialité sur les éléments de preuve à décharge et les éléments nécessaires à la préparation de la défense soient prises de commun accord, le recours à l'autorisation de la Chambre ne devant avoir lieu qu'en cas de désaccord<sup>1415</sup>. Les éléments à charge sont quant à eux soumis, comme dans *Lubanga*<sup>1416</sup> à l'autorisation de la Chambre.

En effet, dans l'affaire des documents communiqués à titre confidentiel par un certain nombre de sources dans *Lubanga*, la Chambre de première instance a reproché au Procureur d'avoir agi de manière à l'empêcher d'exercer son pouvoir de garantir l'équité de la procédure, car les accords de confidentialité conclus avec les sources interdisaient la communication des documents

---

<sup>1413</sup> Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *supra* note 1411 aux pp 218-227.

<sup>1414</sup> *Ibid* à la p 218.

<sup>1415</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 aux paras 143-144; *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 aux paras 49-51.

<sup>1416</sup> *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-355-tFRA, Décision relative à la pratique de l'Accusation consistant à fournir à la défense des versions expurgées des éléments de preuve du dossier sans l'autorisation de la Chambre (25 août 2006) à la p 4 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-355-tFRA].

aux tiers, y compris aux juges de la Cour. L'accusation considérait qu'il lui revenait « le droit de déterminer si des éléments de preuve potentiellement à décharge n'influenceront qu'*en principe* la décision de la Chambre concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé »<sup>1417</sup>. S'appuyant sur la jurisprudence la Cour EDH, la Chambre a statué que ses attributions aux termes de l'article 64-2 du *Statut* « ne peuvent être ni déléguées par les juges ni leur être retirées »<sup>1418</sup>.

Dans un second cas, la Chambre avait ordonné la communication à la défense de l'identité d'un intermédiaire de l'accusation<sup>1419</sup>. Cette dernière a tenté de justifier son refus de mettre en œuvre l'ordonnance des juges sur la base d'un droit autonome de prendre des mesures de protection en vertu du Statut. La Chambre d'instance, confirmée par la Chambre d'appel<sup>1420</sup>, a conclu que « les obligations qui incombent à l'accusation sont subordonnées à la responsabilité primordiale de la Chambre de veiller à ce que l'accusé bénéficie d'un procès équitable [...]. C'est là la responsabilité exclusive de la Chambre et l'accusation n'a pas à déterminer, aux fins du présent procès, ce qui est équitable ou non vis-à-vis de l'accusé »<sup>1421</sup>.

Finalement, des trois critères d'interprétation des restrictions aux droits appliqués par la Cour EDH, la pratique de la CPI retient le but légitime et le caractère nécessaire. La nécessité se décline ici en nécessité au sens strict et en proportionnalité. Dans une décision relative aux procédures *ex parte*, une Chambre préliminaire a posé l'exigence d'établir la preuve de ces trois critères en ces termes :

Dans la mesure où les procédures menées en l'absence de la défense constituent une restriction aux droits de celle-ci, les procédures *ex parte* visées à la règle 81-4 du Règlement en sont autorisées que si l'accusation démontre dans sa requête : i) qu'elles visent un objectif suffisamment important; ii) qu'elles sont nécessaires dans le sens où aucune mesure de moindre envergure ne permettrait d'atteindre un résultat similaire; et iii) que le préjudice porté à l'intérêt qu'a la défense de jouer un rôle plus actif dans la procédure doit être proportionnel à l'effet bénéfique de cette mesure<sup>1422</sup>.

Dans ce qui constitue l'arrêt de principe sur la non-divulgence des éléments de preuve pour la protection des victimes et témoins au sens de la règle 81-4, la Chambre d'appel de la CPI a repris

---

<sup>1417</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 87.

<sup>1418</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, *supra* note 44 au para 88; Voir également la confirmation de cette position par la Chambre d'appel : *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 76. La Chambre cite notamment *Rowe et Davis*, *supra* note 1119, *Edwards c Royaume-Uni*, n°13071/87 (16 décembre 1992), *Jasper*, *supra* note 108 et *V c Finlande*, n°40412/98 (24 juillet 2007).

<sup>1419</sup> *Lubanga*, ICC-01304-01/06-2434-Red2-tFRA-Corr, *supra* note 1208 au para 143.

<sup>1420</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA, *supra* note 1348 au para 50: « Il n'y a pas d'exception au principe général selon lequel le Procureur (ou d'autres parties et participants) doit suivre les ordonnances rendues par la Chambre de première instance en matière de protection. [...], les devoirs du Procureur sont subordonnés à l'autorité de la Chambre de première instance ».

<sup>1421</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2517-Red-tFRA, *supra* note 1209 au para 24.

<sup>1422</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 13.

les mêmes critères<sup>1423</sup>. Dans une décision du 13 mai 2008, elle a également estimé que les trois critères de sa décision de 2006 s'appliquaient *mutatis mutandis* aux demandes de non-divulgaration fondées sur la nécessité de protéger des informations relatives à des enquêtes en cours ou à avenir<sup>1424</sup>. Aussi, ces critères ont été jugés pertinents dans le contexte du procès, bien qu'ils aient été énoncés dans le cadre de la procédure préalable à la confirmation des charges<sup>1425</sup>. Il ne pouvait en être autrement puisque la préoccupation de fond, quelle que soit la phase de la procédure, est de savoir si une mesure de confidentialité constitue une restriction à un droit protégé.

Il s'avère cependant qu'en dépit des conditions rigoureuses en vertu desquelles la Cour reconnaît l'application de la confidentialité (1.1), ses déterminations n'ont jamais qu'une portée procédurale atténuant l'efficacité de la solution retenue (1.2).

### 1.1. – Une approche rigoureuse de la confidentialité

L'effort de la CPI de restreindre la confidentialité s'articule autour de l'exigence d'en établir le bien-fondé d'une part (1.1.1.) et sa nécessité d'autre part (1.1.2.).

#### 1.1.1. – L'exigence du bien-fondé de la confidentialité

Établir le bien-fondé d'une mesure de confidentialité revient à démontrer d'une part qu'il existe un risque d'atteinte à un intérêt légitime en cas de divulgation (1.1.1.1) et d'autre part que ce risque est réel, c'est-à-dire objectivable (1.1.1.2).

##### 1.1.1.1. – L'existence d'un risque en cas de divulgation

Aux termes de l'article 69 du RPP du TPIY, la non-divulgaration de l'identité d'une victime ou d'un témoin pour empêcher qu'ils ne courent un danger ou des risques peut être demandée par le Procureur seulement « dans des cas exceptionnels ». La règle est reprise par d'autres tribunaux pénaux. Dans l'affaire *Kamara* devant le TSSL, une Chambre d'instance a statué qu'en dépit des exigences du Statut de veiller à la protection des victimes et témoins, ce droit est sujet « *to*

---

<sup>1423</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 21.

<sup>1424</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 97.

<sup>1425</sup> *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2597-Red, Public Redacted Decision on the Prosecution's Requests for Non-Disclosure of Information in Witness-Related Documents (3 décembre 2010) au para 18 (CPI, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2763-Red, Public Redacted Decision on the Prosecution's Request for Non-Disclosure of Information in Six Documents (25 juillet 2011) aux paras 11-13 (CPI, Chambre de première instance I) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2763-Red].

*derogating exceptional circumstance* »<sup>1426</sup>. À la CPI, les Chambres ont régulièrement martelé que les mesures de confidentialité pour protéger des intérêts légitimes identifiés, à l'égard du suspect ou de l'accusé et ses défenseurs comme du public, constituaient une exception soit à la règle de la divulgation à l'égard d'une partie ou du principe de publicité des débats<sup>1427</sup>.

On peut relever une variation entre les tribunaux *ad hoc* et le TSSL d'une part et la CPI d'autre part sur la formulation utilisée. Les premières juridictions évoquent des « cas exceptionnels » ou « *exceptional circumstances* » tandis qu'à la CPI on avance la notion de règle d'exception. Il n'y a cependant pas d'antinomie ou de différence fondamentale entre les deux expressions qui revenant de façon interchangeable dans une même décision traduisent la nécessité de justifier le recours à la confidentialité. Ce sont donc les circonstances exceptionnelles qui déterminent le caractère exceptionnel de la non-divulgation comme mesure de protection. À ce sujet, une décision de 2006 concernant un témoin requérant la confidentialité conclut qu'une telle mesure ne peut être autorisée que, « *only exceptionally when, due to the particular circumstances surrounding a given witness, non-disclosure of identity is still warranted* »<sup>1428</sup>.

La même décision embrasse l'idée de « cas exceptionnels » ou de « *exceptional circumstances* » des juridictions *ad hoc* et du TSSL lorsqu'au sujet de la publicité des procédures en vertu de la règle 81 du RPP, elle déclare que :

under-seal applications are not permitted pursuant to rule 81(2) of the Rules, those pursuant to rule 81(4) must be confined to applications relating to protection of victims and witnesses when exceptional circumstances exist that make the classification of the parties' application as 'confidential' insufficient<sup>1429</sup>.

Il résulte donc de cette analyse que c'est la justification de la mesure de confidentialité qui détermine son caractère exceptionnel. L'exceptionnalité touche au mieux au poids de la justification, soit les circonstances de fait qui déterminent la demande de confidentialité. En ce sens, il apparaît qu'il ne suffit pas par exemple, si la protection des victimes et témoins est en jeu, qu'on soit simplement en présence d'un contexte de danger ou de risque pour leur sécurité. Encore faut-il que le danger ou le risque soit exceptionnel, c'est-à-dire suffisamment important. Dans *Katanga et Chui*,

---

<sup>1426</sup> *The Prosecutor v Kamara*, SCSL-03-10-PT, Decision on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (23 octobre 2003) au para 19 (TSSL, Chambre préliminaire); *The Prosecutor v Sesay, Kallon, Gbao*, SCSL-04-15-T, Order to Hear the Evidence of Witness TFI-235 in closed Session (8 novembre 2004) (TSSL, Chambre d'instance).

<sup>1427</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, *supra* note 109 aux paras 1, 34, 39, 57, 67; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-355-tFRA, *supra* note 1416 aux pp 3-4; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR, *supra* note 813.

<sup>1428</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 aux paras 31 et 35.

<sup>1429</sup> *Ibid* au para 24.

la Chambre d'instance a simplement substitué au critère de risque et danger le caractère exceptionnel de la mesure de confidentialité, considérant que « ce n'est qu'exceptionnellement et à la suite d'une évaluation, au cas par cas, de leur nécessité et de leur proportionnalité au regard des droits de l'accusé que des mesures de protection peuvent être accordées »<sup>1430</sup>.

Dans tous les cas, établir le bien-fondé de la confidentialité revient à faire la preuve que la divulgation de l'information est susceptible de porter atteinte à un intérêt précis. D'après la Chambre d'appel, « on ne peut autoriser la non-communication de certains renseignements en vertu du la règle 81-4 que si, tout d'abord, leur communication mettrait la personne concernée en danger »<sup>1431</sup>. La détermination de l'existence du danger consiste à rechercher, quant au suspect, « s'il existe des éléments indiquant qu'il est susceptible de transmettre lesdits renseignements à des tiers ou d'agir de telle sorte qu'il fasse courir un risque à la personne en question »<sup>1432</sup>.

La justification de la confidentialité visant la protection des informations relatives à des enquêtes en cours ou à venir suit la même approche, à savoir qu'il s'agit pour la partie qui demande une telle mesure d'établir que la communication des renseignements dont on demande la suppression porterait atteinte aux enquêtes en cours ou à venir. Cela reviendrait à démontrer selon la Chambre d'appel que le préjudice potentiel aux enquêtes pourrait se matérialiser du fait de la communication de l'information à l'autre partie, en l'occurrence à la défense<sup>1433</sup>. Dans ce contexte en particulier, la Chambre d'appel insiste pour que le danger émane de la partie adverse, exigence qui ne ressortit guère de la règle 81-2 du RPP de la Cour. Dans *Lubanga*, elle refuse une mesure de confidentialité requise par le Procureur pour protéger ses enquêtes en cours et à venir pour le motif que l'accusation n'a pas établi que le danger susceptible d'être posé à cet intérêt serait objectivement le fait de l'accusé<sup>1434</sup>.

---

<sup>1430</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1795-Red, Décision prononçant des mesures de protection au profit du témoin 323 lors de sa déposition à l'audience (25 janvier 2010) au para 6 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1795-Red ].

<sup>1431</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 71.

<sup>1432</sup> *Ibid* au para 71.

<sup>1433</sup> *Ibid* au para 98.

<sup>1434</sup> *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-3031, Decision on the Prosecutor's request for non-disclosure in relation to document « OTP/DRC/COD-190/JCCD-pt » (27 mai 2013) au para 10 (CPI, Chambre d'appel) [*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-3031].

#### 1.1.1.2. – L’objectivation du risque d’atteinte à un intérêt légitime

La Chambre d’appel insiste sur la nécessité d’objectiver les facteurs de risque pour la sécurité des personnes ou le préjudice pour les enquêtes pour établir le bien-fondé de la confidentialité. Dans les situations de conflit armé, la situation sécuritaire constitue le facteur de risque le plus souvent allégué. Une détérioration accroît les chances qu’une justification factuelle de la confidentialité sollicitée soit satisfaite. Toutefois, la prise en compte de la situation sécuritaire objective ne suffit pas à elle seule à prouver un risque. Une condition de violence généralisée peut en effet susciter des craintes différentes. Une Chambre du TSSL a ainsi statué que « *it must be shown that there is a real fear for the safety of a witness and of his or her family and that there is an objective justification for this fear* »<sup>1435</sup>. Cette considération a été intégrée par la CPI qui procède à un examen individualisé des demandes de confidentialité et de la situation de chaque personne susceptible d’être en danger du fait des activités de la Cour<sup>1436</sup>. Bien qu’une telle démarche n’équivaille pas à une appréciation de la crainte subjective, elle peut s’avérer particulièrement indiquée dans le contexte de mesures de protection, telle la restriction à la publicité, fondée sur la nécessité de préserver le bien-être psychologique et la vie privée des personnes.

Dans une décision de 2010 où il était demandé à la Chambre d’autoriser une déposition par vidéoconférence les juges ont statué au sujet d’un témoin que :

[...] In the view of the Chamber the suggested personal circumstances of the witness lead to a strong prima facie conclusion that requiring her to travel to La Haye to give evidence would be inimical to her psychological well-being and her dignity. On the basis of the Defence submissions, the change in environment could be extremely destabilising and upsetting for the witness, bearing in mind her domestic circumstances and her unfamiliarity with the basic norms of life in Europe<sup>1437</sup>.

En raison de l’exigence d’une analyse de chaque demande et de la situation de chaque personne au cas par cas, la Chambre d’instance ne considère pas un contexte de violence généralisée comme suffisant pour déterminer qu’il existe un risque objectif pour la sécurité d’une

---

<sup>1435</sup> *The Prosecutor v Norman, Fofana, Kondewa*, SCSL-04-14-T, Order for Submissions and Interim Order Pursuant to Rule 54 of the Rules (1<sup>er</sup> décembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance); *Prosecutor v Kondewa*, SCSL-03-12-PT, Ruling on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure and Urgent request for Interim Measures until Appropriate Protective Measures are in Place (10 octobre 2003) aux paras 18-19 (TSSL, Chambre d’instance); *The Prosecutor v Simba*, ICTR-01-76-I, Decision on Defence Request for Protection of Witnesses ( 25 août 2004) au para 5 (TPIR, Chambre d’instance); *The Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, SCSL-03-08-PT, Decision on the Prosecutor’s Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (23 mai 2003); *Prosecutor v Norman, Fofana, Kondewa*, SCSL-04-14-T, Ruling on Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (18 novembre 2004) au para 47 (TSSL, Chambre d’instance).

<sup>1436</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1980-An2, *supra* note 823 au para 47; *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 2; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2465-Red-tFRA, *supra* note 814 au para 58.

<sup>1437</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2285-Red, *supra* note 610 au para 16.



personne. Cette exigence a pour conséquence, selon la Chambre d'appel, que la chambre inférieure « *must identify which facts it found to be relevant in coming to its conclusion* »<sup>1438</sup>.

En d'autres mots, il s'agit de procéder à une individualisation du risque dans le contexte d'une violence généralisée. La Chambre ne devrait pas accorder la mesure de confidentialité « lorsqu'une crainte alléguée est totalement hypothétique ou que rien dans les faits ne permet de conclure qu'un risque découle de la communication à la défense de renseignements permettant d'identifier les témoins à charge potentiels [...] »<sup>1439</sup>.

La question de la protection des sources ou des informateurs prend souvent, pour sa part, appui sur plusieurs fondements. Leur volonté joue dans ce cadre un rôle déterminant. La question s'est posée dans l'affaire *Lubanga* lorsque l'accusation a sollicité l'expurgation des informations identifiant les sources dont certaines ONG qui avaient conclu avec elle un accord de confidentialité, mais s'étaient engagées à consentir à une divulgation à la défense des documents fournis au Procureur sous réserve que ceux-ci soient expurgés de leur identité. La défense s'est opposée à la confidentialité demandée, soutenant, entre autres, que « *non-disclosure must be justified by compelling security concerns of the information providers* »<sup>1440</sup>. Or c'est précisément sur la volonté des sources que se fonde la Chambre pour ordonner la mesure de confidentialité. La justification objective est à cet égard établie par la preuve de l'existence d'un accord de confidentialité.

Bien que cet accord puisse se fonder sur des préoccupations sécuritaires, la protection des sources tient souvent de plusieurs logiques. Pour les ONG qui collaborent avec la justice internationale pénale, il s'agit de minimiser l'impact de la collaboration avec la Cour sur leur fonctionnement. En effet, si elles apparaissaient comme partenaire du Procureur, leur rôle serait différemment perçu par les populations auprès desquelles elles interviennent. Il s'agit dans ce cas d'une confidentialité fondée sur la nécessité de préserver leur indépendance et la relation de confiance établie avec les personnes avec lesquelles elles interagissent. La Chambre de première instance considère donc que l'existence d'accords de confidentialité constitue une justification suffisante pour ne pas divulguer l'identité des sources<sup>1441</sup>. Rien ne l'a cependant empêchée dans un

---

<sup>1438</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 aux paras 2 et 56; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 21.

<sup>1439</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 60.

<sup>1440</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2763-Red, *supra* note 1425 au para 32.

<sup>1441</sup> *Ibid* au para 34.

autre cas d'accorder la confidentialité de la source ou de l'intermédiaire du Procureur à la fois sur la considération que la divulgation compromettrait son travail et sa sécurité<sup>1442</sup>.

En réalité, si la situation sécuritaire demeure le plus grand facteur de risque, il en existe d'autres. La suppression des informations identifiant les sources du BdP a ainsi été ordonnée au nom de la nécessité qu'elles continuent de contribuer au bon déroulement des enquêtes dans l'affaire et qu'en conséquence qu'il était indispensable d'assurer leur protection<sup>1443</sup>. Dans un autre cas, la Chambre a admis que le fait pour une personne qui a communiqué des informations à la défense sans l'autorisation de sa hiérarchie elle-même impliquée dans l'attaque faisant l'objet des poursuites, pouvait la faire passer pour « traître » et en conséquence lui faire courir un risque<sup>1444</sup>. Également, une source, qui a communiqué un document à la défense en violation du secret professionnel, a obtenu la non-divulgence de son identité puisqu'elle risque potentiellement des poursuites judiciaires si elle était identifiée<sup>1445</sup>.

### 1.1.2. – L'exigence de nécessité de la confidentialité

L'analyse de la nécessité s'entend de la nécessité au sens strict d'une part (1.1.2.1) et de la nécessité au sens de la proportionnalité d'autre part (1.1.2.2.)

#### 1.1.2.1. – La nécessité de la confidentialité au sens strict

Le critère de nécessité permet de savoir à quel point la mesure de confidentialité sera utile. Il s'agit pour les Chambres de déterminer si la non-divulgence sollicitée pourrait éliminer ou réduire le risque encouru par une personne ou un intérêt. C'est en ce sens que la Chambre d'appel a statué que les droits du suspect, ou de l'autre partie plus généralement, ne doivent être restreints que dans la mesure nécessaire<sup>1446</sup>. C'est-à-dire dans la mesure où il n'existe pas d'autres solutions que la confidentialité pour assurer la protection d'un intérêt légitime. La confidentialité ne sera pas nécessaire « s'il est possible et suffisant de mettre en œuvre des mesures de protection moins restrictives »<sup>1447</sup>. Cette affirmation postule que la confidentialité est la solution qui ne devrait être

---

<sup>1442</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2179-Red2, *supra* note 823 au para 31.

<sup>1443</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, Décision concernant la requête du Procureur aux fins d'expurgation d'informations relevant de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (ICC-01/04-01/07-934) (4 mai 2009) (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1101].

<sup>1444</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3122, *supra* note 528 au para 11.

<sup>1445</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3057, *supra* note 529 au para 11.

<sup>1446</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 72.

<sup>1447</sup> *Ibid* au para 72-a. Voir également *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 33.

envisagée qu'en dernier recours, car elle constitue au sens de la Chambre d'appel des mesures plus restrictives. L'appréciation de la nécessité suppose en conséquence une analyse en deux temps. D'une part, il sera important d'évaluer si le danger ou le risque à éviter « pourrait être écarté ou réduit par les suppressions »<sup>1448</sup>. C'est la question de l'adéquation des mesures de confidentialité. D'autre part s'il existe des mesures moins restrictives que la confidentialité pour répondre au besoin de protection. C'est le problème des mesures alternatives à la confidentialité.

Sur la question de l'adéquation de la confidentialité, la Chambre d'appel a statué que « les dangers qui ne peuvent être écartés au moyen de l'expurgation d'un texte parce qu'ils sont inhérents à la situation même ne peuvent (...) pas justifier les suppressions »<sup>1449</sup>. Elle faisait ici référence au fait qu'une Chambre préliminaire devait considérer, avant d'accorder des mesures de confidentialité pour les fonctionnaires du BdP s'ils étaient exposés au risque du fait de la divulgation de leur identité ou par contre du fait qu'ils étaient facilement identifiables sur le terrain. En effet, s'ils sont plus facilement identifiés sur le terrain et que c'est en raison de cela qu'ils courent un danger, la suppression de leur identité n'aurait aucune conséquence significative, puisque dans tous les cas ils seraient reconnus et courraient le même risque. Savoir si le danger pouvait être écarté ou réduit par la confidentialité revient au fond à s'interroger sur son utilité et son efficacité dans un cas donné.

Dans le cas d'une source qui a communiqué une information en violation du secret professionnel, il est évident que la confidentialité de son identité écarte le risque qu'il soit identifié, puisque s'il l'était, il serait probablement congédié de son travail ou traduit en justice. On peut tout à fait contester, quant au congédiement, qu'il s'agisse d'une crainte suffisante pour obtenir le secret lorsqu'on sait qu'est en jeu la poursuite d'un crime grave. La Cour semble cependant raisonner de manière à considérer que la collaboration d'une personne dans le cadre de ses procédures ne doit pas être récompensée par un quelconque préjudice. L'ampleur de ce dernier ne semble pas faire l'objet d'une analyse spécifique. On le voit également dans les cas où une source, agent d'un gouvernement qui a communiqué des informations à la Cour, risque des poursuites pour trahison.

Par contre, pour un témoin qui entretient avec une affaire des liens indirects, une Chambre a statué que sa déclaration devait intégralement être divulguée<sup>1450</sup>. C'est notamment le cas s'il a tenu

---

<sup>1448</sup> *Ibid* au para 98.

<sup>1449</sup> *Ibid*.

<sup>1450</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1332, Version publique expurgée de la décision sur la protection de 21 témoins relevant de l'article 67-2 du Statut et/ou de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (24 juillet 2009) au para 59 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1332] .

des propos qui ne sont pas pertinents pour les accusés. Dans le cas d'un témoin pour lequel une non-divulgaration à l'égard du public était sollicitée, la défense s'est opposée, alléguant qu'il n'était pas une figure publique dans sa communauté. En d'autres termes, elle soutenait que la mesure n'était pas adéquate. La Chambre répond positivement, considérant que « sa sécurité n'en risque pas moins d'être compromise si son identité devait être révélée au public »<sup>1451</sup>.

Cette question de l'adéquation de la mesure de confidentialité n'est pas toujours rigoureusement analysée par les Chambres. Elles se limitent le plus souvent à corroborer les affirmations du requérant. La confidentialité est presque toujours jugée adéquate pour protéger les victimes et témoins. Une Chambre a statué dans *Katanga et Chui* que tel était particulièrement le cas lorsque les bénéficiaires ne font pas partie du programme de protection de la Cour<sup>1452</sup>. Toutefois, même l'admission à un tel programme n'est pas en soi suffisante. Il s'agit essentiellement de réinstallation. Le succès de cette mesure dépend en partie du secret de la nouvelle localisation. Le programme de protection peut donc n'être qu'un complément, mais non nécessairement une solution de rechange à la confidentialité.

Les mesures alternatives moins restrictives doivent être envisagées préalablement à la demande de mise en œuvre de la mesure de confidentialité sollicitée<sup>1453</sup>. La plupart des décisions rendues par les Chambres ne permettent pas toujours de les identifier. Dans une décision de 2009 dans l'affaire *Katanga et Chui*, ces mesures ont été expressément expurgées<sup>1454</sup>. Les exigences juridiques relatives aux mesures alternatives ont cependant été précisées dans la décision de la Chambre d'appel du 13 mai 2008. Il en résulte qu'une mesure de rechange pour être préférée à la mesure de confidentialité sollicitée doit être disponible, réalisable et suffisante<sup>1455</sup>.

Au sujet, par exemple, de la confidentialité d'un lieu où l'accusation conduisait ses entretiens sur le terrain, une Chambre a fait droit à une requête tendant à la suppression des éléments permettant son identification sur le fondement que ce lieu est le seul qui offre des conditions de

---

<sup>1451</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1795-Red, *supra* note 1430 au para 8.

<sup>1452</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1281, version publique expurgée de la « décision relative à la requête du Procureur aux fins de mesures de protection et d'expurgations d'informations dans des éléments de preuve relevant de la règle 77 (témoins 132, 249 et 287) (ICC-01/04-01/07-1194) » du 2 juillet 2009 (ICC-01/04-01/07-1265-Conf-Exp) (8 juillet 2009) au para 26 (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>1453</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095; confirmé par *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, *supra* note 109 au para 37.

<sup>1454</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1179, *supra* note 516 au para 42.

<sup>1455</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 72; également *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, *supra* note 109 aux paras 33 et 37.

sécurité satisfaisante dans la région<sup>1456</sup>. La solution moins restrictive aurait été en effet d'envisager la conduite des entretiens ailleurs. Or cette mesure serait probablement plus onéreuse, et donc ne serait pas réalisable puisqu'elle entraînerait la réinstallation des sources et témoins du Procureur dans un endroit plus sûr, qui en tout état de cause n'était pas disponible dans la région. Dans le même ordre d'idées, la Chambre d'instance II dans *Katanga et Chui* a considéré que la non-divulgaration de l'identité des interprètes du BdP était nécessaire au motif entre autres « qu'il n'est pas envisageable de les réinstaller avec les membres de leurs familles »<sup>1457</sup>. Dans le cas d'une source dont la défense demandait la confidentialité au risque de ne pas introduire des documents lors de l'interrogatoire d'un témoin, la Chambre d'instance a statué dans *Katanga et Chui* que dans la mesure où elle ne bénéficie d'aucune protection opérationnelle et qu'il était improbable que de telles mesures soient mises en place, la non-divulgaration est la seule mesure raisonnablement disponible qui puisse assurer une protection suffisamment forte<sup>1458</sup>.

Il apparaît ainsi que les mesures de confidentialité sont les moins onéreuses et, en conséquence, facilement réalisables. Cela explique la prédilection dont elles jouissent auprès des juges et donc le fait que la plupart du temps, les demandes en ce sens, quand elles ont été suffisamment justifiées, sont systématiquement accordées. Dans le pire des cas, la Chambre peut substituer une mesure de confidentialité à une autre.

Les mesures alternatives sont généralement envisagées compte tenu de leur impact sur les droits de la défense et non en considération de leur confidentialité ou non. Autrement dit, la nécessité n'implique pas ici de démontrer qu'il aurait été possible de recourir à des mesures moins restrictives n'ayant pas pour conséquence la non-divulgaration. Entre plusieurs mesures de confidentialité, il arrive à des Chambres de la CPI de considérer que certaines sont moins restrictives que d'autres. Ainsi les mesures d'expurgation ont-elles été préférées aux résumés dans l'affaire *Katanga et Chui* lorsqu'il était question de la protection d'un témoin<sup>1459</sup>.

---

<sup>1456</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, *supra* note 1443 au para 16; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-805, *supra* note 526 au para 18.

<sup>1457</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1240, Version publique expurgée de la « Décision concernant la requête du Procureur aux fins d'expurgations d'informations relevant de la règle 77 du Règlement de Procédure et de preuve (témoins 007 et 294) » du 17 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1214-Conf-Exp (23 juin 2009) au para 26 (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>1458</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3057, *supra* note 529 au para 14; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3122, *supra* note 528 au para 14.

<sup>1459</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1332, *supra* note 1450 au para 37.

Dans *Bemba*, l'accusation sollicitait la non-divulgence contre la défense des éléments d'identification de son personnel de terrain. Refusant une telle mesure, la Chambre d'instance III, jugeant que la défense est en droit de connaître l'identité des personnes qui travaillent au service de la Cour a décidé que la non-divulgence à l'égard du public constituait une mesure moins restrictive appropriée<sup>1460</sup>. La solution est d'autant curieuse qu'une confidentialité *inter partes* qui n'ait pour conséquence la non-divulgence aux tiers et au public n'est presque pas imaginable. L'exigence de proportionnalité a pour finalité de s'assurer que cette confidentialité circulaire ne va pas causer un préjudice irréparable à d'autres intérêts avec lesquels elle serait en conflit.

#### 1.1.2.2. – La proportionnalité de la confidentialité

La proportionnalité signifie selon la Chambre d'appel de la CPI que les mesures de confidentialité « ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial »<sup>1461</sup>. Il y a une tendance à voir cette exigence comme une hiérarchisation des intérêts en jeu, notamment lorsque la Chambre d'appel fait valoir que « [s]i le fait de ne pas communiquer des renseignements (...) avait pour effet de rendre l'audience de confirmation des charges, dans son ensemble, inéquitable pour le suspect, alors les suppressions demandées ne devraient pas être autorisées »<sup>1462</sup>. Toutefois, loin de suggérer par cette affirmation une primauté des droits de l'accusé, il serait davantage question de rechercher un équilibre des intérêts contradictoires. La Chambre d'appel utilise dans un de ses arrêts l'expression « juste milieu »<sup>1463</sup>. Cependant, lorsque ce juste milieu n'est pas réalisable, la proportionnalité serait assurée par la mise en œuvre de mesures compensatoires. Considérons successivement la proportionnalité comme « juste milieu » d'une part (1.1.2.2.1) et d'autre part la proportionnalité comme mise en œuvre de solutions compensatoires (1.1.2.2.2.).

##### 1.1.2.2.1. – La proportionnalité comme juste milieu

Le juste équilibre ou « juste milieu » est la situation idéale envisagée par les textes pour concilier le besoin de confidentialité de certaines entités et personnes et l'effectivité de la CPI. Elle signifie qu'il n'y a pas de raison de dire non à une mesure de confidentialité lorsqu'elle ne causera aucun préjudice pour les droits de la défense et les exigences d'un procès équitable et impartial.

---

<sup>1460</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-815-Red2, *supra* note 521 au para 16.

<sup>1461</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 34. Voir également *Statut de Rome*, art. 64, 68-5.

<sup>1462</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 72.

<sup>1463</sup> *Ibid* au para 52.

Cette approche, qui revient à droit constant dans les décisions de la CPI, a été formulée en 2008 par la Chambre d'appel sous la forme d'un avertissement :

La Chambre préliminaire devrait soigneusement apprécier l'intérêt que [l]es renseignements peuvent présenter pour la défense. Après quoi, si la Chambre venait à conclure que les renseignements en question ne présentent pas d'intérêt pour la défense, cette conclusion serait très probablement un élément important pour déterminer si les intérêts de la personne susceptible d'être mise en danger l'emportent sur ceux de la défense. En revanche, si ces renseignements peuvent soutenir la cause du suspect ou s'ils sont de nature à entamer la crédibilité du dossier du Procureur, la Chambre préliminaire devra faire bien attention à l'heure de mettre en balance les intérêts en présence<sup>1464</sup>.

Un cas typique de confidentialité qui se concilie avec les droits de la défense et les exigences du procès équitable est la possibilité pour les parties de produire des résumés de documents à l'étape de la confirmation des charges<sup>1465</sup>. La jurisprudence a développé d'autres solutions qui admettent la dissimulation de renseignements dans le respect des principes du Statut.

Dans *Bemba*, la Chambre de première instance III était confrontée à un différend entre les parties au sujet de documents remis par un témoin à l'accusation et dont la défense avait obtenu communication d'une partie seulement au titre de la règle 77 du RPP. Elle estimait que les autres documents dont l'existence ne lui avait pas été révélée étaient nécessaires à la préparation du contre-interrogatoire du témoin. Faisant droit à la requête de la défense, la Chambre a toutefois exclu la communication de deux catégories d'éléments, à savoir ceux qui sont répétitifs d'une part et d'autre part ceux qui n'ont aucun lien avec les événements faisant l'objet des charges, telles les informations de nature exclusivement personnelle<sup>1466</sup>.

Ainsi, au titre de l'idée de juste milieu, certaines informations personnelles font l'objet d'une confidentialité permanente parce qu'elles n'éclairent pas le débat et les faits en cause. C'est le cas de l'identité des personnes (membres de la famille d'un témoin ou d'une victime) n'ayant aucune connaissance des crimes<sup>1467</sup> ou de l'identité des victimes de l'attaque qui n'est pas l'objet des poursuites<sup>1468</sup>. La Chambre de première instance II, pour protéger des enquêtes en cours ou à venir, a également autorisé une distorsion de l'image de personnes apparaissant dans une vidéo, mais qui

---

<sup>1464</sup> *Ibid* au para 72.

<sup>1465</sup> *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-427, Cinquième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger les déclarations des témoins 157, 161, 268, 279, 280 et 311, les notes d'enquêteurs, les consentements écrits et des documents relatifs à ces témoins, ainsi que d'autres documents (21 avril 2008) au para 7 (CPI, Chambre préliminaire I) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-427].

<sup>1466</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, *supra* note 1443 au para 18.

<sup>1467</sup> *Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-249, Rectificatif à la Troisième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger les pièces relatives aux déclarations des témoins 7, 8, 9, 12 et 14 (5 mars 2008) au para 18 (CPI, Chambre préliminaire I). voir aussi *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 27.

<sup>1468</sup> *Ibid* au para 40.

n'avaient apporté qu'un soutien logistique à l'accusation<sup>1469</sup> ou qui n'y sont apparues que de façon fortuite<sup>1470</sup>. Dans un cas où le Procureur demandait la confidentialité des lieux où se sont déroulés les entretiens, la Chambre préliminaire a conclu que la « suppression des noms des localités ou des locaux où se déroulent les entretiens ne nuit ni à la compréhension ni à l'exploitation des documents par la défense, car elles sont limitées au lieu précis des entretiens » en plus d'être limitées dans le temps<sup>1471</sup>. La règle est également appliquée aux éléments identifiant les interprètes du BdP, les ONG et leur personnel, à savoir leur nom et leur signature<sup>1472</sup>.

En outre, la Chambre de première instance a décidé d'accorder la confidentialité pour protéger l'identité d'une source qui sans être l'auteur d'un document n'a fait que le communiquer à la défense<sup>1473</sup>. Ce sera d'autant le cas que le document en lui-même comprend les éléments suffisants permettant de comprendre sa chaîne de production et son authenticité, notamment les noms de ses auteurs, leurs signatures ou un cachet officiel susceptibles de faciliter les enquêtes à leur propos indépendamment du recours à la source<sup>1474</sup>.

De même, la confidentialité a été accordée dans un cas où un témoin ne souhaitait pas comparaître, mais avait consenti à l'utilisation de sa déclaration qui ne faisait que préciser la déposition d'un autre témoin sans rien apporter quant aux crimes de l'acte d'accusation<sup>1475</sup>. En appel, il a été jugé que le nom d'une personne contenu dans la déclaration d'un témoin pouvait être expurgé si ce témoin n'était d'aucune utilité à la défense. L'accusé estimait quant à lui que toute personne dont il est fait mention dans une déclaration d'un témoin à charge est un témoin à décharge potentiel<sup>1476</sup>. L'argument est loin d'être insensé. Il peut s'avérer utile d'interroger les témoins de la même scène pour discréditer le témoignage rendu par celui qui est appelé à déposer à

---

<sup>1469</sup> *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1394, version publique expurgée de la « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de suppressions d'informations dans une bande vidéo » du 18 mai 2009 (ICC-01/04-01/07-1148-Conf-Exp) (18 août 2009) au para 16 (CPI, Chambre de première instance II) [*Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1394].

<sup>1470</sup> *Ibid* aux paras 20-21.

<sup>1471</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, *supra* note 1443 au para 18; *Bemba*, ICC-01/05-01/08-805, *supra* note 526 au para 18.

<sup>1472</sup> *Ibid* au para 15. *Bemba*, ICC-01/05-01/08-805, *supra* note 526 au para 15.

<sup>1473</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3122, *supra* note 528 au para 15 (La Chambre reconnaît toutefois que si l'authenticité du document venait à dépendre de l'identité de la source, la défense devait en accepter les conséquences). *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1394, *supra* note 1469 au para 14 (cas d'employés d'ONG qui communiquent des documents ou informations de leurs organisations à l'une des parties).

<sup>1474</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-3057, *supra* note 529 au para 17.

<sup>1475</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-427, *supra* note 1465 aux paras 18, 24. Voir également *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1282, version publique expurgée de la « Décision concernant la communication d'une version expurgée de la note d'enquêteur relative au témoin 315 » du 2 juillet 2009 (ICC-01/04-01/07-1264-Conf-Exp) (8 juillet 2009) au para 11 (CPI, Chambre de première instance II).

<sup>1476</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 64.



charge devant la Chambre. La Cour devrait être moins catégorique quant à l'absence de pertinence de divulguer l'identité des témoins potentiels qui ne sont pas appelés à déposer.

En réalité, l'application de la règle de la confidentialité permanente sur les informations supposées n'avoir aucune pertinence pour les faits de l'espèce est problématique dans certaines circonstances. Il peut s'imposer à un moment donné de la procédure que certaines informations doivent être purement et simplement divulguées. Il a ainsi émergé en pratique que la confidentialité n'est maintenue que tant et aussi longtemps que l'information ne devient pas un enjeu dans la procédure. Par exemple, la dissimulation n'est pas autorisée si elle empêche la défense de se préparer, si elle rend le reste du document inintelligible ou inutilisable. Il ne doit pas avoir de préjudice identifié pour la défense pour qu'une confidentialité permanente trouve application<sup>1477</sup>. Les situations de ce genre sont loin d'être exceptionnelles.

En effet, il est apparu que certaines informations ne pouvaient être dissimulées *per se*. Une Chambre juge à cet égard que les noms des personnes travaillant pour le Bureau public de l'information, les bureaux de terrain et les personnes de contact du BdP sur le terrain étaient susceptibles d'être pertinents pour la défense parce que de telles informations facilitent la compréhension des procédures, des processus appliqués et les personnes impliquées dans la collecte des preuves<sup>1478</sup>. La Chambre choisit dans ce cas d'ordonner la divulgation à la seule défense, la confidentialité devant être gardée à l'égard du public afin de protéger le travail des personnes en cause. De même, si la circulation de la photo d'un témoin à la confirmation des charges peut lui porter préjudice au regard de son droit à la sécurité et de son droit à la vie privée<sup>1479</sup>, une Chambre juge que la présomption est la divulgation intégrale de l'image à l'étape du procès, à moins d'établir le bien-fondé de la confidentialité<sup>1480</sup>.

De même, la Chambre préliminaire III a refusé la non-divulgation de l'adresse d'un témoin dont le nom a été divulgué à l'accusé et lorsque ladite adresse se rapportait à une ancienne résidence<sup>1481</sup>. L'adresse est utile si la défense souhaite contacter la personne protégée par la non-divulgation pour conduire des enquêtes<sup>1482</sup>. Quand ce besoin d'enquête est en conflit avec celui de la

---

<sup>1477</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-815-Red2, *supra* note 521 au para 13.

<sup>1478</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, *supra* note 1443 au para 16.

<sup>1479</sup> *Ibid* au para 21.

<sup>1480</sup> *Ibid* au para 23.

<sup>1481</sup> *Bemba*, ICC-01/05-01/08-813-Red, *supra* note 530 au para 64.

<sup>1482</sup> *Ibid* au para 66.

protection du témoin, la Chambre d'instance dans *Bemba* a considéré que « *the addresses – in the first instance – should not be disclosed, and discrete applications are to be filed if it is suggested that it is necessary to reveal this information if the witness does not consent* »<sup>1483</sup>. Ainsi la levée de la confidentialité sera ordonnée dès que le renseignement est jugé pertinent.

Tel est le cas lorsque l'information ou le document est nécessaire à la préparation de la défense ou est de nature à prouver l'innocence de l'accusé ou à atténuer sa responsabilité pénale. D'après la Chambre préliminaire dans *Lubanga*, aucune disposition du *Statut de Rome* « ne permet en aucun cas d'autoriser l'expurgation d'extraits potentiellement à décharge tirés des déclarations de témoins sur le témoignage écrit ou oral desquels l'accusation entend se fonder à l'audience de confirmation des charges »<sup>1484</sup>. Si une suppression dans le document concerné s'impose, elle ne doit pas en affecter la valeur probante<sup>1485</sup>. La Chambre d'appel a statué que si le document est utile à la préparation de la défense, l'obligation de divulgation s'étend à sa totalité et non uniquement aux parties pertinentes qu'il contient<sup>1486</sup>. De la même manière, les documents internes, qui sont confidentiels en principe, doivent être communiqués en totalité ou en partie, dans tous leurs éléments comportant un renseignement à décharge<sup>1487</sup>.

Lorsque les Chambres n'ont aucun contrôle sur les entités auxquelles la confidentialité est due, elles ont souvent imposé, en ce qui concerne les accords de confidentialité, une obligation de moyen consistant à rechercher le consentement de leurs sources à la divulgation dans la perspective du procès<sup>1488</sup>. Parfois, le ton utilisé par les Chambres est injonctif : « prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires pour que les sources consentent à lever les restrictions en matière de confidentialité [...] »<sup>1489</sup>. La période qui court entre la comparution initiale et la tenue du procès peut être utile pour conduire les négociations nécessaires avec les sources<sup>1490</sup>. Compte tenu des

---

<sup>1483</sup> *Ibid.*

<sup>1484</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 38.

<sup>1485</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2763-Red, *supra* note 1425 au para 33.

<sup>1486</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-3031, *supra* note 1434 au para 12.

<sup>1487</sup> *The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-750-Red, Public redacted version of "Decision on the Defence Request for disclosure of pre-interview assessments and the consequences of non-disclosure" (ICC-01/05-01/08-750-Conf) (9 avril 2010) au para 33 (Chambre préliminaire III); voir aussi *Bemba*, ICC-01/05-01/08-802-tFRA, *supra* note 712 au para 214 (L'Accusation fait valoir que ne figurent pas au nombre d'éléments en sa possession relevant de la règle 81-1 des notes ou correspondances pertinentes pour la question de la recevabilité qu'il aurait fallu divulguer).

<sup>1488</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-629, Décision suite aux informations fournies par le Procureur le 25 octobre 2006 (30 octobre 2006) à la p 4 (Chambre préliminaire I).

<sup>1489</sup> *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-196-tFRA, Décision relative à la reclassification de documents relevant de l'article 54-3-e du Statut de Rome (29 octobre 2008) à la p 7 (Chambre préliminaire III).

<sup>1490</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 au para 127.

conséquences de l'issue de ces négociations pour les droits de l'accusé et la conduite du procès, les Chambres exigent que le Procureur leur fasse rapport sur une base régulière de leurs démarches<sup>1491</sup>. Le refus des sources de lever la confidentialité contraint la chambre à devoir considérer des moyens compensatoires aux violations éventuelles des droits concernés.

#### 1.1.2.2.2. – La proportionnalité comme compensation

Par proportionnalité comme compensation des atteintes à un intérêt, la CPI transpose dans sa pratique la jurisprudence de la Cour EDH<sup>1492</sup>. Dès 2006, la Chambre d'appel était confrontée à la question de la compatibilité au Statut et au RPP du recours, pour l'audience de confirmation des charges, des résumés de déclarations de témoins et d'autres documents dans le cas où l'identité des témoins concernés n'a pas été révélée à la défense. Pour la défense, il n'était pas possible de se fonder sur les résumés puisqu'aux termes de la règle 81-5 du RPP, les éléments de preuve qui n'ont pas été communiqués en vertu du Statut ne peuvent par la suite être introduits à l'audience sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance. Or selon le Statut, aux articles 61-5 et 68-5, il est permis au Procureur de se fonder sur les éléments de preuve sous forme de documents ou de résumés à l'audience de confirmation des charges. La Cour, notant que l'utilisation des résumés n'est pas permise au procès, souligne d'abord qu'elle n'est pas interdite à l'audience de confirmation des charges eu égard aux articles 61-5 et 38-5. Elle reconnaît toutefois que leur utilisation, même conforme aux textes, est susceptible d'affecter les droits du suspect<sup>1493</sup>.

La Chambre a fait dans ce cas la distinction, certes subtile, mais qui mérite d'être opérée, entre le fait que l'utilisation puisse porter atteinte aux droits et le fait que l'utilisation soit préjudiciable aux droits de la défense. Elle poursuit en affirmant que « si la Chambre préliminaire prend des mesures suffisant à garantir que l'utilisation de résumés d'éléments de preuve [...] ne sera ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial, alors cette utilisation est acceptable »<sup>1494</sup>. La mesure suggérée par la Chambre d'appel en l'espèce consiste pour la Chambre préliminaire à tenir compte de la portée limitée de la confirmation des charges et à relativiser la valeur des éléments de preuve ainsi introduits de façon anonyme.

---

<sup>1491</sup> *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, *supra* note 430 au para 32.

<sup>1492</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, *supra* note 1095 au para 32.

<sup>1493</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 50.

<sup>1494</sup> *Ibid* au para 51.

Ainsi, une limitation aux droits du suspect n'est pas nécessairement rejetée parce qu'elle constitue une atteinte. L'exercice de pondération tient compte de divers facteurs, dont la gravité de l'atteinte. Si elle est de moindre importance et peut être compensée par d'autres mesures, alors la restriction ne sera pas jugée incompatible. Selon la Chambre d'appel dans *Katanga*, « [...] toute mesure limitant les droits de la défense prise aux fins de protéger des personnes courant un risque [doit être] strictement nécessaire et suffisamment compensée par des procédures adoptées par la Chambre préliminaire »<sup>1495</sup>. Lorsqu'une victime avait eu connaissance des faits relatifs aux crimes retenus contre l'accusé, les Chambres ont statué que ne pas divulguer son identité à la défense portait préjudice à cette dernière. Toutefois, considérant l'intérêt des victimes à la protection, elles jugent la plupart du temps que « la situation ne serait pas contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial puisque les suppressions sont garanties uniquement aux fins de la procédure menant à l'audience de confirmation des charges qui constitue un stade précoce de la procédure [...] caractérisée par sa portée limitée »<sup>1496</sup>. Le même raisonnement a présidé à l'admission par la Chambre d'appel de la possibilité pour le Procureur de se fonder à l'audience de confirmation des charges, lorsque l'identité des témoins est inconnue, sur les parties non expurgées de leur déclaration communiquée à la défense<sup>1497</sup>.

La compensation résulte dans cette hypothèse de ce qu'à cette étape, il n'est pas encore question de la détermination de la culpabilité ou de l'innocence du suspect, mais simplement de savoir s'il y a des motifs substantiels de croire que les crimes qui lui sont reprochés ont été commis. Mais pour autant que la confirmation des charges constitue une procédure contradictoire dans le contexte du Statut de la CPI, il n'apparaît pas convainquant de soutenir qu'il n'y a pas atteinte aux droits de la défense. Il y a bien un préjudice, mais tolérable à ce moment précis dans la mesure où les renseignements dont une Chambre a autorisé la non-divulgence à la défense devront l'être avant le procès<sup>1498</sup>. Considérons maintenant ce qui se passe à cette étape de la procédure.

Dans le contexte de l'audience de confirmation des charges, il est plus facile d'admettre des atteintes aux droits de la défense. Le suspect n'est pas en réalité privé de son droit de réfuter les allégations de l'accusation. Cela pourrait même relever de sa stratégie de ne répondre à aucune accusation à cette étape. C'est à l'étape du procès que toute atteinte à l'un quelconque de ses droits

---

<sup>1495</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 59.

<sup>1496</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-427, *supra* note 1465 au para 55.

<sup>1497</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, *supra* note 1178 au para 46.

<sup>1498</sup> *Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, *supra* note 109 au para 68.

devrait être examinée avec attention. La question des mesures compensatoires s'est posée dans l'affaire *Lubanga* à l'étape du procès. Les sources ont refusé d'autoriser l'accusation à communiquer à la défense et aux juges des éléments de preuve à décharge. La Chambre d'appel a statué à cet égard que « la Chambre [d'instance], faute de pouvoir ordonner leur communication, doit déterminer si des mesures compensatoires peuvent être prises ou non, malgré la non-communication des informations en question, pour s'assurer du respect des droits de l'accusé et du caractère équitable du procès, et définir la nature de ces mesures »<sup>1499</sup>. En l'espèce, la Chambre d'instance avait décidé de suspendre la procédure contre Thomas Lubanga et envisagé de le libérer, ce que l'accusation jugeait excessif et prématuré.

Bien que jugée drastique par la Chambre d'appel<sup>1500</sup>, la possibilité de suspendre les procédures contre un suspect ou un accusé, non envisagée par les textes de base de la CPI est appliquée sur la base de l'article 21-3<sup>1501</sup>. Les critères pour adopter une telle mesure ont été posés dans *Lubanga*<sup>1502</sup>. La Chambre d'instance en a fait application lorsqu'elle a estimé que la confidentialité rendait impraticable tout procès équitable à l'égard de l'accusé<sup>1503</sup>. La Chambre d'appel s'y est ralliée, considérant que « si les conditions préalables essentielles à l'équité du procès ne sont pas réunies et qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments indiquant qu'il y sera remédié au cours du procès, il est nécessaire [...] que la procédure soit suspendue »<sup>1504</sup>.

Dans l'affaire des intermédiaires, la décision de suspendre la procédure s'est fondée sur une conjugaison de facteurs qui, selon la Chambre d'instance, était de nature à lui faire perdre le contrôle sur la procédure. Elle a estimé que dans les circonstances où le Procureur avait clairement exprimé son intention de ne pas exécuter les ordonnances qu'elle rendait, non seulement sur la communication de l'identité des intermédiaires, mais sur toutes les décisions qui concernent la protection des personnes, elle n'était plus en mesure de garantir l'équité de la procédure. La Chambre d'appel partage cette analyse de la Chambre d'instance jusqu'à un certain point. Elle

---

<sup>1499</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 48. Voir aussi *The Prosecutor v Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-259, Decision on Article 54(3)(e) documents (23 novembre 2011) aux paras 2-3 (CPI, Chambre de première instance IV); *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-931, 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) au para 6 (Chambre d'instance II).

<sup>1500</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA, *supra* note 1348 au para 55.

<sup>1501</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 77.

<sup>1502</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, *supra* note 712 au para 37.

<sup>1503</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, *supra* note 109 au para 98.

<sup>1504</sup> *Ibid* au para 76.

reconnaît que « [s]i une chambre de première instance perdait le contrôle sur un aspect si important et fondamental de la procédure en raison du refus du Procureur d'exécuter ses ordonnances, il serait effectivement impossible d'assurer l'équité du procès, et une suspension de l'instance serait justifiée »<sup>1505</sup>. Toutefois, elle a ensuite estimé que la Chambre n'avait pas encore perdu le contrôle, l'article 71 permettant à cette dernière d'imposer des sanctions lorsqu'une partie refuse de suivre les instructions. Pour la Chambre, ces sanctions, consistant en la possibilité d'imposer des amendes, doivent être préférées à la suspension, car elles préservent « l'intérêt non seulement des victimes et de la communauté internationale dans son ensemble, qui souhaitent voir la justice rendue, mais également de l'accusé, qui peut se retrouver dans les limbes en attendant que la Cour pénale internationale ou une autre juridiction rende une décision au fond concernant son affaire »<sup>1506</sup>.

Cette solution est critiquable et ne répond guère au problème de fond, à savoir l'exigence que le Procureur se soumette aux ordonnances de la Chambre. Celle-ci n'ayant pas ordonné une suspension définitive, sa décision était toujours susceptible d'être réexaminée à la lumière du changement des circonstances. La suspension constitue la solution la plus susceptible de presser le Procureur de s'exécuter, ceci compte tenu du droit de l'accusé d'être jugé sans délai excessif. La solution intermédiaire des sanctions allonge indûment la période pendant laquelle la Chambre observerait si un procès équitable reste possible. On peut donc se demander jusqu'à quel point l'interprétation restrictive de la confidentialité par la Cour préserve l'essence des droits ainsi limités.

## *1.2. – Une efficacité relative*

En dépit de l'effort de la CPI de restreindre la confidentialité dans la procédure pénale internationale, celle-ci est loin d'être rare. Au contraire, il semble qu'elle soit devenue le principe plutôt que l'exception. Nous aborderons la question des limites à l'approche restrictive en analysant d'une part les causes de l'inefficacité de la solution adoptée par la Cour. On verra à ce sujet que cette inefficacité doit être attribuée aux facteurs qui justifient la confidentialité, plus précisément leur inhérence ou leur consubstantialité à la répression des crimes graves (1.2.1). Dans un deuxième temps, on abordera la question des limites du point de vue de ses effets. À ce sujet, nous ferons valoir que l'approche restrictive aboutit à un résultat purement procédural qui manque de capter pleinement les finalités, plutôt substantielles, de la justice internationale pénale (1.2.2).

---

<sup>1505</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2582-IFRA, *supra* note 1348 au para 58.

<sup>1506</sup> *Ibid* au para 60.

### 1.2.1. – L’inhérence des facteurs de confidentialité

Tandis que certains des facteurs qui justifient la reconnaissance ou l’octroi de la confidentialité sont inhérents aux crimes jugés par la CPI (1.2.1.1.), d’autres le sont au regard des déficiences qui caractérisent la Cour (1.2.1.2.).

#### 1.2.1.1. – Les facteurs inhérents aux crimes internationaux

Les mesures de confidentialité pour protéger les victimes et témoins qui affectent la transparence des procédures sont accordées en considération des « circonstances exceptionnelles »<sup>1507</sup>. Pourtant, il apparaît que les circonstances exceptionnelles en question sont caractéristiques de la nature ou des modalités de commission des crimes internationaux. Par conséquent, il devient difficile de n’envisager la confidentialité qu’à titre exceptionnel.

Un des éléments d’appréciation des circonstances exceptionnelles est la gravité et la nature des crimes. La nature et la gravité des crimes comme facteurs à prendre en compte par la Cour lorsqu’elle décide d’accorder des mesures de protection aux victimes et témoins sont explicitement rappelées à l’article 68. Il est entendu qu’elle « tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l’âge, le sexe [...] et l’état de santé, ainsi que la *nature du crime*, en particulier, mais sans s’y limiter, lorsque celui-ci s’accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste ou de violences contre des enfants ». Il semble ainsi y avoir un droit automatique à la protection par des mesures de confidentialité au titre de l’article 68-2.

Dans la décision phare du TPIY du 10 août 1995 ordonnant des mesures de protection à l’intention des victimes, la question de la gravité ou de la nature des crimes jugés par le tribunal a pesé d’un certain poids sur la balance. En particulier, sa construction de l’exigence du procès équitable applicable à sa procédure a été définie sur la base des différences de son cadre normatif avec celui des dispositions correspondantes du droit international des droits de l’homme, bien qu’il semblait axiomatique au Secrétaire général des Nations Unies que le tribunal appliquerait les mêmes règles. Le Tribunal reconnaît que son *Statut*, à la différence des textes évoqués par le Secrétaire général, subordonne la garantie du procès équitable à la protection des victimes.

---

<sup>1507</sup> La preuve de circonstances exceptionnelles est exigée dans d’autres contextes, par exemple en matière de liberté provisoire. Voir Hakan Friman, « Provisional release/ habeas corpus matters », *Commentaire* (2007) 10 ALC 119.

Or alors qu'il aurait pu se limiter à cette constatation pour engager l'exercice de mise en balance des intérêts de l'accusé et des victimes, il a poursuivi en établissant qu'il existait clairement une différence ontologique entre les deux ordres juridiques. D'après l'opinion des juges majoritaires, tandis que les règles du procès équitable du droit international des droits de l'homme s'appliquent aux procédures criminelles et civiles ordinaires, le Tribunal pour sa part « *is adjudicating crimes which are considered so horrific [...]* »<sup>1508</sup>. L'idée que la gravité constitue un facteur primordial est également avancée par la doctrine. Les professeurs Morris et Scharf ont ainsi noté qu'étant donné cette gravité, il sera toujours nécessaire au Tribunal international d'ordonner des mesures de protection pour obtenir la collaboration des victimes et témoins<sup>1509</sup>.

L'évocation de la gravité par ces auteurs se fondait principalement sur le fait que dans certaines affaires, impliquant de hauts dirigeants, des témoins avaient été tués et d'autres intimidés<sup>1510</sup>. La question se pose dès lors de savoir si la protection doit s'appuyer sur les facteurs caractérisés par une certaine antériorité ou au contraire sur la matérialisation éventuelle d'un danger futur. La gravité ou la nature des crimes ne devrait être prise en considération, à notre sens, que si elle continue d'avoir des répercussions dans la vie présente des victimes et témoins justifiant une protection. Cela est vrai dans le cas de crimes susceptibles d'affecter le bien-être psychologique des survivants sur une longue période, mais surtout de ceux comme les violences sexuelles qui rendent l'exposition des témoins et victimes au public insupportable. Dans ces cas, le fait que la Cour juge de hauts responsables qui n'ont probablement jamais été en présence de la victime et du témoin importe peu. Si le recours à la protection résulte de la crainte d'une atteinte à l'intégrité physique ou morale potentielle, on voit mal la nécessité de justifier la confidentialité sur des facteurs antérieurs. Il n'est pas exclu, c'est souvent le cas des experts, qu'un témoin n'ait pas personnellement vécu la commission des crimes, mais prétende à la protection. La confidentialité devrait alors se fonder sur la capacité réelle de celui à l'égard de qui les craintes sont élevées à porter ses menaces à exécution.

---

<sup>1508</sup> *Tadic*, mesures de protection, *supra* note 25 au para 28.

<sup>1509</sup> Virginia Morris et Michael P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, New York 1998 à la p 535.

<sup>1510</sup> Gerhard Kemp, Commentaire des décisions *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Depositions of Ngeze Witnesses (mars 2003) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v. Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Decision on the Prosecution Motion for Leave to Call Rebuttal Evidence (Rule 85) (12 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance II); *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-I, Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Victims and Witnesses (20 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance I) *Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki and Imanishimwe*, ICTR-99-46-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Leave to Call Evidence in Rebuttal Pursuant to Rules 54, 73 and 85 (A) (iii) of the Rules of Procedure and Evidence (21 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance III), (2007) 12 ALC 262 à la p 265.



L'argument fondé sur les circonstances exceptionnelles ne joue pas aussi bien lorsqu'il s'agit de la confidentialité. Au TSSL par exemple, le Procureur a invoqué cet argument pour éviter aux témoins de multiples comparutions. Il estimait que « *several testimonies may result in retraumatisation of victims, particularly women and victims of sexual violence and even refusal by victims and witnesses to testify at a second trial* »<sup>1511</sup>. La Chambre a toutefois jugé que les circonstances exceptionnelles n'étaient guère établies puisque le Greffe, à travers la division compétente, était pleinement en mesure de veiller au bien-être des témoins, y compris dans l'hypothèse de plusieurs dépositions. L'argument n'a non plus été accepté au TPIR dans le cas d'un témoin qui par crainte pour sa sécurité souhaitait que son témoignage soit consigné dans une déposition<sup>1512</sup>. Pour les juges, l'invocation des circonstances exceptionnelles opère uniquement en cas de témoignage à l'audience<sup>1513</sup>.

Un autre élément qui permet d'établir les circonstances exceptionnelles est la situation sécuritaire. Pour autant qu'elle puisse affecter le témoin, les chambres considèrent en général que les circonstances exceptionnelles sont établies<sup>1514</sup>. La situation sécuritaire est une condition objective dont le requérant doit faire la preuve pour obtenir des mesures de protection. Les tribunaux pénaux internationaux ont régulièrement affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une condition suffisante<sup>1515</sup>. C'est la capacité de la situation à affecter la condition personnelle du témoin qui rendrait les circonstances exceptionnelles. On peut bien se demander si dans le contexte de la violence aveugle et généralisée cela fait des doutes. Le doute est possible pour les témoins experts<sup>1516</sup>, mais les tribunaux pénaux internationaux présument presque systématiquement que la situation de conflit armé emporte un risque objectif pour les témoins vivant dans les milieux où ces incidents ont lieu. Dès le départ, la Cour par souci de rigueur a voulu lier dans tous les cas la situation d'insécurité générale à celle de la personne à protéger. Les décisions plus récentes des chambres montrent par contre un certain laxisme à cet égard. Il ne saurait probablement en être autrement étant donné que la compétence de

<sup>1511</sup> Chiseche Mibenge, «The Special Court of Sierra Leone and the Right to Appeal», Commentaire (2006) 9 ALC 844 à la p 845.

<sup>1512</sup> *Prosecutor v Semanza*, ICTR-97-20-I, T, Decision on Semanza's Motion for Subpoenas, Depositions, and Disclosure (20 octobre 2000) au para 27 (TPIR, Chambre de première instance III).

<sup>1513</sup> Bruce Zagaris, «Background to Disclosure Rules in the ICTR», Commentaire (2003) 6 ALC 375 à la p 377.

<sup>1514</sup> *The Prosecutor v Jean-Baptiste Gatete*, ICTR-2000-61-PT, Decision on defence motion for the disclosure of identifying information in relation to witnesses to be called by the Prosecution at trial (11 septembre 2009) au para 12 (TPIR, Chambre de première instance III).

<sup>1515</sup> *The Prosecutor v Tharcisse Muvunyi*, ICTR-00-55A-T, Decision regarding Tharcisse Muvunyi's application for protective measures (18 août 2009) au para 9 (TPIR, Chambre de première instance III).

<sup>1516</sup> *Ibid* au para 13.

la Cour s'étend présentement à des situations de conflits armés encore brûlants. Il devient alors suffisant d'alléguer l'instabilité dans une région pour obtenir des mesures de protection.

En vérité, la nature des crimes et les conditions dans lesquelles la CPI établit sa compétence à leur égard font en sorte que la situation d'insécurité leur sera toujours inhérente. Ne les a-t-on pas qualifiés de façon générique à une époque de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ?<sup>1517</sup> Ils troubleraient donc d'une façon ou d'une autre la paix générale et la paix individuelle, autant pour ceux qui peuvent en être les victimes directes que pour les témoins et même des personnes vivant au loin. C'est bien en cela qu'ils choquent la communauté internationale dans son ensemble. De même, l'expérience démontre que la fin du conflit ne signifie d'aucune manière l'éradication des conditions d'insécurité justifiant les mesures de confidentialité. Là encore, la nature des crimes joue un rôle considérable. Ils sont commis à l'occasion de déchirements interethniques et de bouleversements politiques où la paix n'est rien d'autre que l'expression de la dominance d'un clan sur un autre ou du régime victorieux sur le régime vaincu. Il se justifie ainsi que dans la situation apparemment pacifiée du Kenya<sup>1518</sup>, la CPI ordonne autant de mesures de protection que dans les cas de violences plus vivaces de la RDC, du Darfour ou de l'Ouganda. Il en est de même du TPIY du TPIR près de deux décennies après les conflits de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Ainsi, en plus de se perpétuer dans le temps, la confidentialité demeure toujours aussi abondante.

#### 1.2.1.2. – Les facteurs inhérents aux lacunes de la Cour

En dépit du succès qu'a constitué la création de la CPI, le système de Rome est loin d'être parfait<sup>1519</sup>. Le cadre juridique de la Cour concilie assez difficilement l'aspect pénal de la lutte contre le crime avec leur dimension internationale. Du fait du « dédoublement de la personnalité » qui caractérise les institutions de la justice internationale pénale<sup>1520</sup>, on fait face à la situation où « l'approche coercitive du droit pénal s'accommode difficilement de l'accent mis par l'internationalisme sur la coopération volontaire des États souverains »<sup>1521</sup>. De fait, la place qu'occupent les règles du

---

<sup>1517</sup> Voir la CDI, *Projet des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, adopté par la Commission à sa sixième session, en 1954, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1954, vol. II.

<sup>1518</sup> Pour illustration relativement à un incident en rapport avec la protection des témoins dans la situations au Kenya, voir *supra* note 794.

<sup>1519</sup> Minna Schrag, «Observations on the Rome Statute» (1999) *International Law Forum* 34 à la p 37.

<sup>1520</sup> Cherif Bassiouni, «An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law» (1974) 45 *RIDP* 405 à la p 426.

<sup>1521</sup> Ron Levi et Heather Schoenfeld, «Médiation et droit pénal international. Le façonnage des outils de poursuite des crimes de guerre» (2008) 174 :4 *Actes de la recherche en sciences sociales* 4 à la p 5.

droit international public dans ce régime juridique contrasté aboutit à neutraliser les outils du droit pénal qui reposent généralement sur l'efficacité et la contrainte. Deux de ces outils sont particulièrement importants dans le cadre des poursuites. Il s'agit du pouvoir d'arrêter les auteurs présumés de crimes d'une part et d'autre part du pouvoir d'émettre des injonctions afin d'obtenir les éléments de preuve. Si l'affirmation de ces pouvoirs par les juridictions *ad hoc* ne s'est pas faite sans controverse<sup>1522</sup>, la question a été soigneusement abordée dans le processus de création de la CPI pour la priver de toute capacité d'action par-dessus la bonne volonté des États. Sur la question précise de la collecte des éléments de preuve, il s'ensuit qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'ordonner leur production forcée.

La question de la dépendance de la justice des personnes qui détiennent les éléments de preuve est loin d'être propre aux juridictions pénales internationales. Elle a pour mandat d'établir les faits ou la vérité sur les crimes. Pour ce faire, elle doit nécessairement rechercher les informations auprès des tiers. Le respect de la justice consiste pour ces tiers, à moins d'un motif légitime, de coopérer volontairement à l'établissement de la vérité, compte tenu de l'intérêt social d'élucider le crime et d'accorder à l'accusé un procès équitable. En cas de refus, la plupart des systèmes nationaux considèrent qu'il y a obstruction à l'administration de la justice. Les tribunaux peuvent à cet égard forcer la production de la preuve, et en cas de non-respect, sanctionner l'obstruction ainsi posée à leur fonctionnement. Ces deux importants pouvoirs permettent à la justice d'asseoir son autorité. Il apparaît dès lors étonnant que les États parties au *Statut de Rome* aient résolu de « garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre »<sup>1523</sup> sans reconnaître à la CPI ces attributs essentiels pour assurer son effectivité.

La seule limitation de la confidentialité ne suffirait pas à garantir l'accès de la justice internationale pénale aux éléments de preuve si en l'absence de production volontaire, la CPI ne dispose pas de moyens contraignants. La production forcée repose sur deux fondements majeurs : le droit de l'accusé d'appeler à la barre les témoins à décharge et, quant à la bonne administration de la justice, la nécessité d'établir les faits de la manière la plus précise possible<sup>1524</sup>. Dans cet esprit, la production forcée impose au moins deux obligations au témoin. D'une part l'obligation de comparaître et d'autre part l'obligation de répondre aux questions qui lui sont posées.

---

<sup>1522</sup> *Ibid* à la p 6.

<sup>1523</sup> *Statut de Rome*, préambule, para 11.

<sup>1524</sup> Göran Sluiter, «Appearance of Witnesses and Unavailability of Subpoena Powers for the Court» dans Roberto Belleli, dir, *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Farnham, Ashgate, 2010, 459 à la p 460.

Un privilège testimonial peut restreindre la portée de cette seconde obligation de sorte que le témoin soit contraint de comparaître, mais dispensé de répondre à une question si la réponse à cette dernière est couverte par le privilège. L'exemption générale de comparaître est liée à l'absence de compétence pour témoigner, celle-ci étant fondée sur la qualité du témoin. Il est alors souvent plus approprié de parler d'immunité testimoniale. Le fait que la CPI ne dispose pas d'un pouvoir de contraindre la comparution des témoins peut s'analyser comme la consécration d'une immunité testimoniale de *facto*. La comparution volontaire s'apparente en effet à la situation d'une personne qui, bénéficiant d'une immunité, décide d'y renoncer pour se présenter à la justice. Et de plus, à supposer, par exemple, que la revendication d'une dérogation à l'obligation de témoigner ne soit pas justifiée au regard de l'appréciation de la Cour, l'absence de pouvoir d'injonction prive cette dernière des moyens de sanctionner le non-respect de ses décisions.

Le texte du *Statut de Rome* entretient une ambiguïté sur la question de la production forcée qui a laissé croire que la Cour détenait un tel pouvoir. Une telle méprise pouvait se fonder à bon droit sur le caractère inhérent du pouvoir d'injonction, mais l'histoire législative du *Statut* y porte peut-être une part de responsabilité. En effet, d'une part, dans l'exercice de ses fonctions, la Chambre de première instance peut, selon l'article 64-6-b, « [o]rdonner la comparution des témoins et leur audition ainsi que la production de documents et d'autres éléments de preuve, en obtenant au besoin l'aide des États selon les dispositions du présent Statut ». Lu conjointement avec l'article 67-1-e qui codifie le droit de l'accusé « [d'] obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge », on peut déduire l'existence d'un pouvoir de la CPI d'ordonner la production forcée des preuves.

D'autre part cependant, le chapitre IX du *Statut de Rome*, relatif au régime de coopération, nuance cette conclusion en introduisant le principe d'une comparution volontaire. D'abord, aux termes de l'article 93-1-e, les formes de coopération qu'un État peut apporter à la Cour consistent, entre autres, en « [d]es mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts ». La nécessité du consentement apparaît plus clairement aux termes de l'article 93-7-a-i) concernant les conditions dans lesquelles les personnes détenues dans un État peuvent être transférées à la CPI pour témoigner. Il faut, outre l'accord de cet État, que « [l]a personne donne librement et en connaissance de cause son consentement au transfèrement ». De ce qui précède, se pose le problème de savoir quelle conclusion tirer de la contradiction apparente entre le Chapitre VI et le Chapitre IX du *Statut de Rome*.

D'après Göran Sluiter, il n'est pas possible de déduire du Chapitre VI un quelconque pouvoir de la Cour d'ordonner la comparution ou de production forcée des témoins. Le mieux qu'on puisse tirer de l'article 64-6-b c'est sa portée purement procédurale au sens qu'il ne produirait d'effet qu'à l'égard des parties. Il conclut à cet égard que « *[i]t should thus be understood as requiring parties to undertake their best efforts to ensure the appearance of witnesses* »<sup>1525</sup>.

Cette interprétation est corroborée par le contexte interne même de cette disposition. Le membre de phrase « en obtenant au besoin l'aide des États [...] » renvoie au régime de coopération comme un appui à l'effort des parties. Aussi, selon le contexte du chapitre VI, tandis que le projet de *Statut* soumis au Comité préparatoire en 1997 comprenait un article 44 *bis* relatif à la sanction des obstructions à l'administration de la justice susceptible d'inclure des cas de refus de comparution forcée, l'actuel article 70 du *Statut de Rome* est silencieux sur la question. Il en résulte que les termes du chapitre IX consacrant la comparution volontaire traduisent l'état du droit sur la question de la production forcée. L'histoire législative conforte d'ailleurs cette position.

La comparution volontaire à la CPI épouse étroitement l'esprit du régime de coopération fondé sur le respect de la souveraineté des États. Dans la coopération judiciaire interétatique en effet, les témoins qui se trouvent à l'étranger ne peuvent être l'objet d'une mesure de comparution forcée. L'exclusivité de la souveraineté étatique explique que l'État qui souhaite obtenir une preuve ou la comparution d'un témoin ne puisse recourir directement à la contrainte. La médiation de l'État requis, au moyen d'une demande de coopération, est indispensable. À Rome en 1998, c'est cette approche basée sur les traités modèles des Nations Unies sur l'extradition et l'assistance dans les affaires criminelles qui a été préférée. Une perspective différente avait été évoquée, celle qui considérerait qu'il fallait se détacher de la coopération interétatique pour un modèle attachant une grande importance « *to the community interest in an international criminal prosecution [...]* »<sup>1526</sup>.

Cette dernière approche, qualifiée de « verticale », par opposition à la coopération interétatique « horizontale »<sup>1527</sup>, était inspirée de la pratique du TPIY, en particulier de la célèbre affaire *Blaskić* au sujet de la délivrance d'une ordonnance de comparution forcée à un ministre de la défense croate. La Chambre d'appel a jugé qu'elle disposait d'un tel pouvoir sur le fondement de sa création par le Conseil de sécurité. Par ce fait même, elle a estimé que « le Statut dote le Tribunal

---

<sup>1525</sup> Sluiter, « I Beg », *supra* note 38 à la p 599.

<sup>1526</sup> Claus Kreß, Kimberly Prost et Peter Wilkitzki, « Part 9 – Preliminary Remarks » in Triffterer, *Commentary*, *supra* note 44 p 1503.

<sup>1527</sup> Voir sur cette distinction Göran Sluiter, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Anvers, Intersentia, 2002, chapitre 3. Voir aussi *Blaškić*, arrêt sur les secrets d'État, *supra* note 115 au para 47.

international du pouvoir de décerner à des États des ordonnances contraignantes relatives à un vaste éventail de questions juridiques [...] »<sup>1528</sup>.

Cette conclusion, que le professeur Sluiter juge de révolutionnaire, en l'absence notamment de bases juridiques solides, n'a pas été contestée par les États<sup>1529</sup>. L'élaboration du *Statut de Rome*, moins d'un an plus tard, aura cependant marqué pour eux le meilleur moment d'exprimer leur désapprobation de la décision *Blaskić*.

En effet, ainsi que le démontre le professeur Sluiter, les textes des négociations du *Statut de Rome* se rapprochaient dans leur esprit du modèle vertical de coopération consacré dans *Blaskić*. C'est à Rome que serait apparue la réticence d'imposer aux témoins une obligation de comparaître<sup>1530</sup>. Dans les discussions sur l'article 93-1-e, le mot « volontaire » a été introduit pour signifier, d'après une note de bas de page à l'article 90 d'alors, que « [t]his includes the notion that witnesses or experts may not be compelled to travel to appear before the Court »<sup>1531</sup>.

Les conséquences de la lacune causée par l'absence de pouvoir de la CPI de contraindre la production de la preuve sont de deux ordres. Elles se rapportent aux fondements que nous avons évoqués : le droit au procès équitable et la bonne administration de la justice. À supposer en effet que les règles de confidentialité absolue aient été modifiées, on serait rendu au même point si en cas de refus de coopérer la Cour n'est pas en mesure de contraindre la production de la preuve parce que le pouvoir nécessaire lui manque. Les professeurs Schabas et Sluiter considèrent que l'absence d'un tel pouvoir ne modifie pas fondamentalement l'égalité des armes, puisque le problème affecte la défense autant que l'accusation et qu'en principe aucune preuve à charge ne pourrait être admise si elle ne peut être contestée par la défense<sup>1532</sup>.

Pour autant, le professeur Sluiter émet des réserves sur l'absence généralisée du pouvoir de contraindre la production de la preuve au regard du droit de l'accusé de requérir la comparution des témoins. À l'appui de cette position, il fait référence à des décisions du TPIR où la Chambre d'appel,

---

<sup>1528</sup> *Ibid.*

<sup>1529</sup> Sluiter, « I Beg », *supra* note 38 à la p 595; Göran Sluiter, « Cooperation of States with International Criminal Tribunals » dans Antonio Cassese et consorts, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2009 à la p 189.

<sup>1530</sup> *Ibid.* à la p 597.

<sup>1531</sup> ONU, *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15 juin – 17 juillet 1998, Official Records, vol III, Doc NU A/CONF.183/13 (Vol.III) à la p 329.

<sup>1532</sup> William A Schabas, « Article 67 » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* – 2ème éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1247 à la 1265; Sluiter, « I Beg », *supra* note 38 à la p 601.

confirmant le rejet d'une demande de transfert d'un accusé pour qu'il soit jugé au Rwanda<sup>1533</sup>, a jugé que ce dernier ferait face à « *significant difficulties in securing the attendance of witnesses who reside outside Rwanda to the extent and in a manner which would jeopardize his right to fair trial* »<sup>1534</sup>. En théorie, si une telle situation devait se produire devant la CPI, il est certain qu'elle excipera son pouvoir de suspension ou d'arrêt des procédures, ainsi que l'a démontré l'affaire des documents confidentiels dans *Lubanga*. Toutefois, il faudrait pour cela que la Chambre ait conclu qu'un procès équitable n'est pas possible.

En réalité, une telle détermination peut être influencée par le caractère persuasif de la preuve à charge déjà produite par l'accusation. Les juges pourraient dans ce cas avoir le sentiment que leur intime conviction de la culpabilité de l'accusé est formée et que les preuves dont il demande la production n'y changeront pas grand-chose. Au moins, quant aux circonstances atténuantes auxquelles peut prétendre l'accusé par la production d'une preuve supplémentaire, il y a risque qu'une telle détermination soit erronée. L'affaire *Blaskić* dans laquelle l'accusé a obtenu une réduction de sa peine à la suite de la mort du président croate de l'époque qui empêchait l'accès du TPIY aux archives nationales de la Croatie, l'a bien mis en évidence.

De fait, au-delà des droits de l'accusé, dans un système de justice dont la portée déborde la simple détermination de la culpabilité, l'absence du pouvoir de contraindre la preuve est problématique si l'on prend en compte sa dimension mémorielle. De plus, le fonctionnement même de la justice se trouve affecté. Pour la comparution des témoins par exemple, le refus de se présenter devant la Cour sera généralement accommodé par le recours à des moyens technologiques coûteux en temps, en ressources humaines et financières permettant de recueillir le témoignage hors audience. Aussi, en l'absence de la menace de la sanction qui caractérise l'utilisation de la comparution forcée, les témoins ont tendance à marchander les conditions de leur comparution, abusant parallèlement, même en l'absence de craintes réellement fondées, du système de protection de la justice internationale pénale. Il en résulte un engorgement des procédures incidentes pour déterminer l'existence de telles craintes et en conséquence la prolifération des mesures de confidentialité nuisant à la transparence de la Cour.

---

<sup>1533</sup> *Prosecutor v Kanyarukiga*, ICTR-2002-78-R11 *bis*, Decision on Prosecutor's Request for Referral to the Republic of Rwanda (6 juin 2008) (TPIR, Chambre de première instance).

<sup>1534</sup> *Prosecutor v Kanyarukiga*, ICTR-2002-78-R11 *bis*, Decision on the Prosecution's Appeal against Decision on Referral under Rule 11 *bis* (30 octobre 2008) au para 32 (TPIR, Chambre d'appel).

À la place d'un pouvoir d'injonction toutefois, les États pourraient concéder à la Cour une coopération plus large, incluant non seulement la substitution à la juridiction internationale dans l'exercice de ce pouvoir de contraindre la production forcée des preuves, mais également la participation au programme de protection des victimes et témoins. Ainsi que nous l'avons vu, le programme de protection est le moyen privilégié par les juridictions internationales pour accommoder les craintes des témoins. Or sa capacité limitée est souvent le fondement de l'octroi des mesures de confidentialité. Dans une affaire devant le TPIR, la Chambre d'appel a jugé que l'incapacité de la Cour de garantir une protection pour un grand nombre de témoins en même temps équivaut à une circonstance exceptionnelle justifiant la communication différée de l'identité du témoin concerné<sup>1535</sup>. Si après tant d'années de fonctionnement les juridictions *ad hoc* n'ont pas elles-mêmes jugulé ce problème, il est difficile d'entrevoir comment la CPI fera mieux.

Dans une décision récente dans une affaire kényanne dans laquelle les témoins de l'accusation se sont rétractés, sans doute en raison des pressions et des intimidations, la Chambre de première instance, invoquant la théorie des pouvoirs implicites, le droit coutumier, à travers le droit procédural des juridictions *ad hoc* et mixtes, de même que les principes généraux de droit au titre de l'article 21-1-c du Statut, a fini par se reconnaître le pouvoir de délivrer des injonctions de comparaître contre les témoins<sup>1536</sup>. Toutefois, s'il est vrai que dès lors qu'elle détient un tel pouvoir les États doivent coopérer avec elle de bonne foi, le principe du volontarisme domine encore largement ce régime de coopération de sorte que l'autorité de prononcer des injonctions devient futile si les États qui doivent les exécuter n'y donnent pas suite comme c'était le cas du Kenya en l'espèce. En réalité, si la CPI a le pouvoir de contraindre par les mots, elle est dépourvue de l'autorité de faire exécuter par la contrainte ses ordonnances, attribut spécifique à la force de police qu'elle n'a pas<sup>1537</sup>.

En tout état de cause, à défaut de pouvoir exercer les véritables pouvoirs coercitifs d'une juridiction pénale, la Cour semble condamnée à ne rendre qu'une justice « procédurale ».

---

<sup>1535</sup> *The Prosecutor v Théoneste Bagosora and Anatole Nsengiyumva*, ICTR-98-41-A, Judgment (14 décembre 2011) au para 82 (TPIR, Chambre d'appel).

<sup>1536</sup> *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-1274-Corr2, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation (17 avril 2014) aux paras 74 à 100 (CPI, Chambre de première instance V (A)).

<sup>1537</sup> Pour une critique à chaud de cette décision, voir William A. Schabas, *Judicial Activism at the ICC*, PhD Studies in Human Rights, en ligne : <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.ca/search?updated-max=2014-05-08T16:10:00%2B01:00&max-results=10>>.



### 1.2.2. – La portée procédurale de la restriction

La restriction de la confidentialité ne revêt qu'une portée procédurale parce que dans sa mise en œuvre, la Cour se montre d'une part déférente au formalisme (1.2.2.1) et d'autre part indifférente ou en tout cas incapable de veiller à la finalité plus substantielle qui motive son application (1.2.2.2).

#### 1.2.2.1 – La déférence de la Cour au formalisme

La théorie de la justice procédurale n'a pas émergé à l'origine dans le contexte du droit criminel. Il s'agit proprement d'une théorie portant sur la justice au sens social du terme, à savoir comment les hommes comblent les écarts que peuvent créer entre eux les besoins, les iniquités et les inégalités susceptibles de nourrir entre eux le sentiment d'injustice. La construction de ce modèle a vu le jour dans le champ de la philosophie politique. La théorie de la justice procédurale est développée par l'américain John Rawls dans son célèbre ouvrage *Théorie de la justice*. D'après Rawls, « c'est une procédure correcte et équitable qui détermine si un résultat est également correct et équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »<sup>1538</sup>. Les auteurs Forsé et Parodi ont considéré que Rawls établissait là le fondement du juste à distinguer de ses applications<sup>1539</sup>. Il s'agit donc du critère d'appréciation de ce qui serait juste, c'est-à-dire le révélateur de ce que la justice a été ou n'a pas été rendue. Le critère pertinent serait dans le contexte de la justice procédurale, le respect des règles de forme. La justice serait selon cette conception celle que la forme ou la procédure détermine qu'elle est.

La procédure n'est pas en soi l'aspect le plus contestable de la théorie de Rawls. Ainsi que le reconnaissent Forsé et Parodi, « aussi loin que l'on remonte, les hommes ont cherché à définir des procédures pour trancher des conflits de répartition de biens »<sup>1540</sup>. Ces procédures sont rendues nécessaires en raison de la divergence ou de la concurrence susceptible d'exister entre diverses visions de ce que serait le partage satisfaisant, si l'on veut le partage équitable ou juste. La procédure contribue donc à établir un niveau commun et consensuel de ce qui est juste ou équitable. Ce consensus se construit non pas sur la base d'une seule des visions concurrentes, qui pourrait au contraire de ce qui est recherché imposer cette seule vision, mais sur la base d'un accord préalable.

---

<sup>1538</sup> John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1971 à la p 118.

<sup>1539</sup> Michel Forsé, Maxime Parodi, « Justice distributive: la hiérarchie des principes selon les européens » (2006) 98 *Revue de l'OFCE* 213 à la p 214.

<sup>1540</sup> *Ibid* à la p 216.

L'importance accordée à la procédure découlerait en conséquence de ce qu'elle devient plus fondamentale que les diverses visions de la justice qui en réalité vont se fondre dans la construction procédurale. Au sujet de la justice comme équité, étant donné la difficulté à définir les critères de mérite, Forsé et Parodi justifient l'importance de la procédure par la reconnaissance générale de l'accord fixant les conditions de partage comme étant « plus fondamental que leurs divergences de valeurs parce que leur assurant, dans les limites du raisonnable, la coexistence »<sup>1541</sup>.

Il est toutefois problématique à cette théorie qu'en raison de la diversité des conceptions de ce que serait un partage satisfaisant des biens, on en vienne à lui substituer la procédure. Dans cette conception en effet, c'est le bon déroulement de la procédure qui est déterminante et non le résultat recherché. En ce sens, le résultat devient secondaire. Pire encore, ainsi qu'on peut le voir avec les règles de confidentialité, la procédure peut être explicitement construite d'une manière à constituer des obstacles à la réalisation du résultat. En l'espèce, la CPI ne fait rien d'autre que s'en tenir à la procédure, alors même que son résultat négligerait de résoudre la question, à notre sens, la plus importante, à savoir la responsabilité ou l'innocence de l'accusé. L'interprétation restrictive de la confidentialité n'est donc que le respect de la procédure préétablie dont le résultat se trouve en inadéquation avec l'objectif poursuivi par la répression des crimes graves.

Le respect des règles préétablies découle de ce qu'on a appelé principe du « *due process of law* ». Il est généralement entendu que la clause de *due process* signifie que « *the executive could not deprive anyone of a right except as authorized by law, and that to be legitimate a deprivation of rights must be preceded by certain procedural protections characteristic of judicial process: generally presentment, indictment, and trial by jury* »<sup>1542</sup>. Les origines de cette clause sont à trouver dans la *Magna carta* et le droit constitutionnel coutumier britannique<sup>1543</sup>. Elle a été importée dans la Constitution américaine à travers le 5<sup>e</sup> amendement. Elle fait aujourd'hui entièrement partie du droit international des droits de l'homme<sup>1544</sup>. En tant que principe de restriction du pouvoir, la clause du

---

<sup>1541</sup> *Ibid* à la p 217.

<sup>1542</sup> Nathan S Chapman et Michael W McConnell, «Due Process as Separation of Powers» (2012) 121 Yale L J 1672 à la p 1679.

<sup>1543</sup> *Ibid* à la p 1682.

<sup>1544</sup> Les clauses du *due process* sont révélées principalement à travers les règles du procès équitable. Mais elle est sans aucun doute contenue dans la proclamation du droit de la vie par l'article 6-1 du PIDCP où il est dit que « ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». De même, au titre du droit à la liberté, l'article 9 prévoit que « Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi ». Les clauses de restriction aux droits de l'homme établissent les conditions aux termes desquelles la limitation est conforme à la loi. Elles constituent ainsi des éléments du *due process of law*.

*due process* s'applique tant à la branche exécutive du gouvernement, qu'au pouvoir judiciaire et législatif. Elle est alors conçue comme principe de séparation des pouvoirs.

Le respect des règles de procédure ou *due process*, est considéré comme important. Il l'est soit en tant qu'élément indispensable à la protection d'autres droits, par exemple le droit de ne pas être arbitrairement emprisonné, soit en tant que droit autonome fondé sur la conviction morale de l'égalité et de l'équité<sup>1545</sup>. Le *due process of law* qui, en fin de compte, détermine le caractère procédural de la justice contribue à accroître sa crédibilité et sa légitimité auprès des justiciables. Par exemple, aux États-Unis, des études empiriques ont démontré que la confiance dans les institutions policières et judiciaires était fondée non sur le fait qu'elles atteignent toujours le résultat recherché par l'application de la règle de droit, mais au contraire sur le fait que celle-ci était correctement appliquée<sup>1546</sup>. Dans le même sens, la légitimité des jugements historiques de Nuremberg a souvent été contestée non sur la question de fond de savoir si les criminels nazis étaient pénalement responsables, mais sur le fait que les procédures avaient été tenues en violation de la règle *nulla crimen sine lege*. À l'inverse, leur caractère équitable n'a presque souvent pas été contesté dans la mesure où les principaux droits de la défense leur furent reconnus.

La doctrine de droit international pénal a plutôt encouragé l'adhésion des tribunaux internationaux aux principes du *due process* inspirés du droit international des droits de l'homme<sup>1547</sup>. Pour le professeur Zappalà, ce serait logique et salubre<sup>1548</sup>. Pour Neil Kritz, les sociétés post-conflit y trouveraient un héritage certain pour la reconstruction de leurs systèmes juridiques<sup>1549</sup>. Il n'a cependant presque jamais critiqué le fait que la construction du modèle de *due process* applicable à la justice internationale pénale pouvait constituer une limite importante à son effectivité. Le problème ne s'y limite pas en réalité. Il s'étend plus largement aux rapports entre le droit criminel et les droits de l'homme, ce dernier cadre normatif étant généralement considéré comme un instrument d'atténuation, voire de restriction des abus qui peuvent être induits de l'application du premier. Dans

---

<sup>1545</sup> Douglas J Sylvester, «Legal Pageantry and Derogation of Due Process Norms in the Trial of Saddam Hussein» dans Istar Gozaydin et Jody Lynée Madeira, dir. *Evil, Law and the State: Perspectives on State Power and Violence*, Oxford, Inter-Disciplinary Press, 2006, 127 à la p 50.

<sup>1546</sup> Anthony Bottoms et Justice Tankebe, «Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice» (2012) 102:1 J Crim L Criminology 119 à la p 120; Jo-Anne Wemmers, «Procedural Justice and Dutch Victim Policy» (1998) 20:1 *Law and Policy* 57 à la p 58

<sup>1547</sup> Voir à cet égard Gordon, «Toward », *supra* note 11; Christian DeFrancia, note, «Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters» (2001) 87 Va L Rev 1381; Göran Sluiter, «International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights» (2003) 37 New Eng L Rev 935.

<sup>1548</sup> Zappalà, *Human Rights*, *supra* note 685 à la p 6.

<sup>1549</sup> Neil Kritz, «Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights» (1996) 59 Law & Contemp Probs 127 à la p 147.

cet ordre d'idées, le *due process* est décrit comme un principe « *willing to impose procedural restrictions on application of criminal law even if these restrictions can limit the efficiency of this application* »<sup>1550</sup>. La restriction du pouvoir des juges de la CPI est manifeste en ce qui concerne la confidentialité des éléments de preuve.

D'abord, dans la construction du *due process* en tant que séparation des pouvoirs, on s'aperçoit que les juges de la CPI sont tenus à l'exigence légale de ne pas ordonner la divulgation d'un document ou d'un renseignement là où le texte l'interdit expressément. La disposition générique en l'espèce est à trouver à l'article 69 du *Statut de Rome*. Tandis qu'aux termes de l'article 69-3 il est entendu que « [l]a Cour a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaire à la manifestation de la vérité », ce pouvoir est aussitôt limité à l'article 69-5 où il est dit que « [l]a Cour respecte les règles de confidentialité telles qu'elles sont énoncées dans le Règlement de procédure et de preuve ». Or ainsi qu'elles y sont effectivement formulées, les règles de confidentialité ne reconnaissent à la Cour aucune possibilité d'ordonner la divulgation d'éléments de preuve en dehors de la volonté des personnes et des entités qui les détiennent. Le pouvoir de forcer la manifestation de la vérité est ainsi clairement contredit. Et c'est là une exigence légale à laquelle la Cour doit s'en tenir.

En effet, la Cour ne peut sortir de sa position d'interprète en réformant le droit sans courir le risque de porter atteinte à sa propre fonction judiciaire. Elle empiéterait sur le pouvoir normatif de l'AEP qui constitue une autre originalité de la CPI. L'originalité tient moins de la capacité de cet organe délibératif d'élaborer des normes. Le Conseil de sécurité l'a fait pour les juridictions *ad hoc*. Ce qui constitue la différence entre les deux organes est sans doute l'ampleur avec laquelle ils exercent cette fonction. Le principal organe exécutif des Nations Unies est parcimonieusement intervenu pour amender les statuts des deux juridictions sans s'investir à créer un code de procédure pénale internationale dont il a expressément confié la charge aux juges du TPIY et du TPIR.

À l'inverse, la conférence des plénipotentiaires, devenue l'AEP de la CPI, a élaboré dans un détail déroutant la presque totalité des normes de procédure qu'applique la Cour. Loin d'être justifiée par la nécessité de conférer au droit applicable la légitimité politique dont il a besoin pour asseoir la crédibilité de la justice internationale pénale, cette démarche résulterait davantage de la méfiance à

---

<sup>1550</sup> Mykola Sorochinsky, «Prosecuting Torturers, Protecting 'Child Molesters': Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law» (2010) 31 Mich J Int'l L 157 à la p 166 [Sorochinsky, «Prosecuting Torturers»].

l'égard du juge pénal international<sup>1551</sup>. Ce dernier, soucieux avant tout de l'effectivité de la répression des crimes graves, s'est efforcé, dans le cas des juridictions *ad hoc*, d'élaborer des normes de procédure conciliant plus ou moins adéquatement les intérêts de la justice et d'autres considérations sociales. Dans un élan différent, le système de la CPI a adopté une approche qui relativise l'importance jusque-là accordée à la justice internationale pénale. Cela est manifeste dans la prééminence de la raison d'État, pour ce qui est du secret des renseignements de sécurité nationale, ou de la vie privée et de la sécurité des personnes, pour ce qui est d'autres immunités testimoniales. La conclusion qui s'impose dès lors est que la réforme du droit en l'espèce ne saurait être recherchée auprès du juge de la CPI, mais dans la réécriture du cadre juridique de la Cour par l'organe politique compétent.

Ensuite, le *due process* en tant que garantie juridique protégeant les droits de la personne est pleinement exprimé dans la solution retenue par la CPI en matière de confidentialité des éléments de preuve. La construction de cette solution est simple et nous apparaît tout à fait cohérente avec les exigences de la justice procédurale. D'une part, tout élément de preuve qui doit être introduit dans le procès doit faire l'objet d'une divulgation préalable faute de quoi il n'y sera pas discuté. En conséquence, si en raison d'un motif de confidentialité le Procureur n'est pas en mesure de présenter une preuve à la défense, elle ne sera simplement pas admise par le juge. C'est là une restriction à la liberté de la preuve qui sera aisément justifiée dans le cadre du *Statut de Rome*.

En effet, les juridictions pénales internationales ont toutes adopté le principe de la liberté des moyens de preuve<sup>1552</sup>. La liberté de la preuve ne peut être restreinte que si la preuve ne répond pas aux critères fixés par les textes, principalement leur valeur probante<sup>1553</sup> et leur admissibilité. L'exigence de pertinence signifie selon le juge Pikis que la preuve « *tends to inform on or illuminate one or more facts at issue* »<sup>1554</sup>. Pour l'admissibilité, « *[a]dmissibility has to do with the quality of the evidence, importing power to reject evidence otherwise relevant* »<sup>1555</sup>. Il peut donc arriver qu'une preuve ayant une valeur probante soit exclue par le juge parce qu'elle n'a pas la qualité exigée par la loi. C'est le cas si elle est entachée d'une irrégularité telle qu'il faille absolument l'écarter.

<sup>1551</sup> David Hunt, « The International Criminal Court: High Hopes, 'Creative Ambiguity' and an Unfortunate Mistrust in International Judges » (2004) 2 JICJ 56-70.

<sup>1552</sup> Voir *Statut de Rome*, art 69; *RPP du TPIY/TPIR/TSSL*, art 89

<sup>1553</sup> *Ibid*, art 69-3 : « [l]es parties peuvent présenter des éléments de preuve pertinents pour l'affaire, [...] »; *RPP du TPIY/TPIR*, art 89-C : « [l]a Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent dont elle estime qu'il a valeur probante ».

<sup>1554</sup> Georgios M. Pikis, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, à la page 17.

<sup>1555</sup> *Ibid*.

L'irrégularité tient le plus souvent de ce que la preuve a été obtenue ou introduite au procès en violation d'une règle procédurale, par exemple, une preuve obtenue au moyen de la torture ou sur laquelle l'accusation se fonde alors qu'elle n'a pas été divulguée au préalable. Une telle exclusion serait motivée à la fois par la nécessité de garantir les droits de la défense de l'accusé, mais également l'intégrité de la procédure.

Dans le système de la Cour, le critère d'admissibilité est établi relativement à la manière de collecter des éléments de preuve. L'article 69-7 du *Statut de Rome* consacre un principe de la légalité de la preuve aux termes duquel une preuve n'est pas admissible si elle est obtenue par un moyen contraire au Statut ou aux droits de l'homme internationalement reconnus. À notre avis, si la non-divulgaration n'affecte pas nécessairement la crédibilité de la preuve, elle peut compromettre la procédure et gravement affecter son intégrité. Cette conséquence est en vérité indépendante de ce que l'irrégularité touche à la manière de collecter les éléments de preuve ou à la manière de les introduire en justice. Soucieuse avant tout d'avoir le maximum d'éléments à sa disposition pour déterminer une cause<sup>1556</sup>, la Cour interprète moins rigoureusement le motif d'exclusion fondé sur un moyen de preuve en violation du droit international des droits de l'homme<sup>1557</sup>.

Par contre, la forme de production et de présentation de la preuve s'impose à elle plus vigoureusement. Ainsi, lorsque les preuves confidentielles ne sont pas exclues, leur valeur probante est relativisée par la Chambre. Il semble en réalité que des éléments non divulgués n'aient de valeur probante que s'ils sont connus au préalable de l'accusé. Par exemple, au titre des pièces ou renseignements dont le Procureur ne souhaite pas la divulgation pour ne pas porter préjudice à des enquêtes ou ne violer un accord de confidentialité, il est entendu qu'il « ne peut par la suite produire ces pièces ou ces renseignements *comme* éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance » [Nos italiques]<sup>1558</sup>. L'utilisation de la conjonction *comme* marque une comparaison entre « pièces ou renseignements » et « éléments de preuve » indiquant le potentiel des premiers à devenir les seconds seulement à la condition de leur non-confidentialité.

---

<sup>1556</sup> May et Wierda, «Trends», *supra* note 256 à la p 745. Il s'agit d'une prise de distance à l'égard des règles de preuve de *common law*: Michela Miraglia, « Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in *Lubanga* » (2008) 6:3 JICJ 489 à la p 492 [Miraglia, «Admissibility of Evidence»].

<sup>1557</sup> Miraglia, «Admissibility of Evidence», *supra* note 1556 à la p 494.

<sup>1558</sup> Voir *RPP de la CPI*, *supra* note 36, règles 81-2, 81-5, 82-1.

D'autre part, si la non-divulgarion d'un ou quelques éléments de preuve est sanctionnée par leur exclusion pour préserver le droit de défense de l'accusé, il se trouve qu'une violation d'une plus grande ampleur implique une sanction plus grave, soit le retrait des charges spécifiques auxquelles se rapportent les preuves confidentielles, soit la suspension conditionnelle et à défaut de la satisfaction des conditions de la suspension, l'arrêt total des procédures. C'est tout le sens des décisions dans l'affaire des éléments de preuve relevant de l'article 54-3-e du *Statut de Rome* dans les procédures contre Thomas Lubanga Dyilo. Le caractère radical de la mesure ne s'explique autrement que par la portée de la violation en cause.

En l'espèce, elle est apparue au juge beaucoup trop importante pour que l'idée de justice ait encore sens. Il ne s'agissait plus en effet de préserver le droit singulier de défense, mais l'innocence même de l'accusé. Là encore, l'interprétation des juges de la CPI nous apparaît pleinement en conformité avec le droit international des droits de l'homme. Sauf en réalité que c'est une conformité tracée par le cadre processuel. L'idée que la justice ait été rendue dans le contexte de l'affaire des éléments de l'article 54-3-e ne peut se défendre que du point de vue formel.

En effet, ainsi que l'affirme Mykola Sorochinsky, « *the basic motivation underlying the due process model is a desire to minimize mistakes in ascertaining guilt* »<sup>1559</sup>. La suspension de la procédure ou éventuellement son arrêt ne s'analyse pas en une décision innocentant l'accusé, mais elle correspond au sens de la justice tel qu'il est défini par la norme consensuellement adoptée, aussi procédurale soit-elle. On parle alors de « *legal guilt* », à savoir que « *the pronouncement of legal guilt is only possible where there is not only a factual finding supporting the guilt, but where this finding is also made through proper procedures* »<sup>1560</sup>. Il s'agit pourtant d'une construction qui fait prédominer la légalité processuelle, car si la détermination factuelle correspond à la vérité, mais est entachée d'irrégularités procédurales, cette vérité ne sera pas considérée comme juste. Et Mykola Sorochinsky de conclure: « *In fact, the due process approach is so averse to the possibility that an innocent person might be convicted that it sacrifices fact-finding precision and is prepared to accept the possibility that a substantial number of factually guilty defendants might be acquitted* »<sup>1561</sup>. Peut-on alors parler d'équité dans ces circonstances où les intérêts de l'accusé l'emportent ? En tout état de cause, les contraintes procédurales de la sorte empêchent inévitablement l'effectivité du droit pénal.

---

<sup>1559</sup> Sorochinsky, « Prosecuting Torturers », *supra* note 1550 à la p 166.

<sup>1560</sup> *Ibid* à la p 167.

<sup>1561</sup> *Ibid*.

### 1.2.2.2 – L'indifférence à l'égard des finalités de la Cour

Les effets pervers de la justice procédurale ont été mis en évidence dans l'affaire *Barbera* devant la Cour Eur DH dans laquelle un groupe de séparatistes catalans avait tué un homme d'affaires en essayant d'extorquer une rançon. Certains des suspects furent arrêtés et condamnés sur la base d'une preuve solide, y compris de leurs propres confessions<sup>1562</sup>. Devant la Cour européenne, il fut cependant décidé que l'Espagne avait violé leur droit à un procès équitable. Au nombre des irrégularités procédurales, la Cour a fait référence, entre autres, au fait que des éléments de preuve importants n'avaient pas été correctement divulgués et discutés au procès en présence de l'accusé et sous le regard du public<sup>1563</sup>. En réponse à cette décision, les tribunaux espagnols acquittèrent les accusés et certains ne servirent que des parties de leurs peines. Dans un tel cas, ni la culpabilité factuelle des accusés ni les préoccupations des victimes ne furent suffisamment prises en compte. Mykola Sorochinsky de conclure que « *it stems from the fact that the concept of legal guilt – central to the due process model – can operate effectively only if courts exclude from their deliberation the effect on victims, as the European Court did in Barbera* »<sup>1564</sup>.

La Cour européenne a eu l'occasion de se justifier sur cette question. Dans *Perez*, elle a estimé que la Convention ne consacre guère un droit à la vengeance privée<sup>1565</sup>, à savoir le droit de la victime de voir l'auteur présumé d'un crime puni. Le droit pénal ne serait plus ainsi en mesure de s'appliquer indépendamment de la prise en compte des droits procéduraux des accusés auxquels il est désormais subordonné. Faut-il alors contester cette subordination ?

La question est au départ philosophique. William Blackstone considérerait en effet que « *better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer* ». Ce choix a présidé à l'élaboration de normes de justice pénale. Il n'est pas de fait remis en cause ici. La maxime de Blackstone énoncée dans un contexte où l'indépendance de la justice devait être menacée par les pressions du pouvoir exécutif ne correspond pas à la réalité de la justice internationale pénale. Les juges adhèrent profondément au *due process of law*. Ils sont en mesure de rendre une justice équitable. Si l'on

---

<sup>1562</sup> *Barberà*, *supra* note 1091 aux paras 14, 16-19.

<sup>1563</sup> *Ibid* au para 89.

<sup>1564</sup> Sorochinsky, «Prosecuting Torturers», *supra* note 1550 à la p 177.

<sup>1565</sup> *Perez c France* [GC], n°47287/99 (12 février 2004) au para 70 (La Cour reconnaît qu'une plainte avec constitution de partie civile rentre dans le champ d'application de l'article 6-1 de la CEDH sauf si cette action a un but purement répressif. Selon la Cour, dans le cas d'action civile répressive, « l'applicabilité de l'article 6 atteint ses limites. [...] la Convention ne garantit ni le droit [...] à la 'vengeance privée', ni l'*actio popularis*. Ainsi le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi : il doit impérativement aller de pair avec l'exercice par la victime de son droit d'intenter l'action, par nature civile, offerte par le droit interne, ne serait-ce qu'en vue de l'obtention d'une réparation symbolique ou de la protection d'un droit à caractère civil [...]. »).



s'entend avec Rawls qu'est telle la justice qui respecte une procédure définie, on ne saurait contester que dans le cas de la confidentialité la CPI s'y soit tenue. Cela n'exclut cependant pas de poser la question de savoir si la norme d'équité adoptée ne porte pas en elle des germes d'iniquité. On retrouve cette préoccupation chez Beccaria qui pensait que « les formalités ne doivent jamais être établies de manière à compromettre la vérité »<sup>1566</sup>.

En effet, l'équité dans la justice internationale pénale semble avant tout être définie à l'avantage de l'accusé. Le juriste italien Salvatore Zappalà, contestant l'acception qui veut que la participation des victimes entraîne avec elle le conflit entre les droits de ces dernières et ceux de l'accusé affirme qu'une telle participation n'est acceptable que pour autant que « *some fundamental principle of due process and fair trial are respected and granted primacy over any other potentially conflicting interest* »<sup>1567</sup>.

La notion de primauté, telle qu'elle est évoquée par le professeur Zappalà et d'autres auteurs, nous apparaît problématique. Lorsqu'on envisage la justice comme équité, l'objet du *due process* devrait être de fixer les conditions dans lesquelles l'équilibre, l'égalité sont rétablis. On ne saurait à proprement parler de primauté des droits de l'accusé, car le fait que ses droits soient sauvegardés en présence d'intérêts conflictuels ne peut être que la résultante de l'application du processus d'adjudication du conflit. Dès lors, il ne s'agit pas d'une primauté d'office ou automatique ainsi que peut le laisser sous-entendre la réflexion de l'éminent juriste. Si les droits de l'accusé devaient primer *a priori*, il n'y aurait aucune raison de tenir un procès. L'existence de ce dernier ne se justifie en réalité que du fait de la situation conflictuelle, ou si l'on veut, du différend dont la solution doit être donnée par l'exécution de la procédure.

Le propos n'est pas de contester la hiérarchie possible entre les droits de l'homme. Si elle existe, elle devrait être contextualisée. En l'espèce, il est reconnu que les droits procéduraux des accusés peuvent, pour certains d'entre eux, être limités dans l'intérêt de l'efficacité de la répression. Ce qui est au fond inacceptable ce serait de condamner des personnes innocentes. C'est la finalité même de ces règles de procédure. Elles ne font rien d'autre qu'indiquer à quelle condition la répression est acceptée comme juste. En cela se trouve exprimé le sens de l'équité. La question de savoir si le non-respect des conditions procédurales innocent l'accusé peut recevoir une réponse nuancée. D'un point de vue des règles du procès équitable, on peut répondre par l'affirmative.

---

<sup>1566</sup> Beccaria, *Des délits et des peines*, *supra* note 121 à la p 29.

<sup>1567</sup> Zappalà, «Victims vs the Accused», *supra* note 40 à la p 139.

Seulement, d'un point de vue substantiel, la réponse est liée à la satisfaction des conditions procédurales d'une plus grande portée, le *due process of law*. C'est à ce prix que la justice est satisfaite, à savoir que les prétentions opposées sont considérées à égalité des armes. Dans le cas de la confidentialité des éléments de preuve, on doit se résoudre, en l'absence de leur divulgation, à une justice partielle. La justice est rendue pour l'accusé, car les critères du *fair trial* sont respectés. Elle ne l'est toutefois pas pour les victimes et la communauté internationale, car un obstacle juridique s'y est opposé. Cet obstacle ne tient pas nécessairement de la primauté des droits de l'accusé. Il relève du *due process*. En d'autres termes, cet écueil peut être surmonté sans affecter les intérêts de la défense. Il n'y a pas de ce fait à voir dans ce qui constitue la sanction de la violation du *due process* la priorisation des droits de la défense.

Les manquements aux règles du *due process* n'emportent pas nécessairement la violation des droits de l'accusé. Par exemple, lorsqu'une preuve confidentielle d'une charge ne peut être rapportée, le Procureur est généralement invité à retirer cette charge. S'il peut au contraire l'introduire, elle sera pleinement accueillie suivant les conditions d'admissibilité. Le retrait de la charge ne répare pas en fait la violation d'un droit de la défense. Il est la conséquence logique de la règle de procédure qui veut que tout jugement doive se fonder sur une preuve divulguée. Avant de contribuer, anticipativement, à la protection des droits procéduraux de l'accusé, cette exigence constitue de prime abord l'expression d'un critère de justice. Si en effet, le Procureur n'a pas accès à l'élément de preuve confidentiel, il ne sera pas en mesure d'alléguer la commission de l'infraction, pas plus que les juges ne pourront déterminer la responsabilité ou l'innocence de l'accusé. Il y a donc ici un empêchement à la répression et non une violation des droits de l'accusé.

Ce qui est problématique dans une telle mesure c'est non seulement son caractère radical, mais le fait que la sanction du non-respect du *due process* associée à la confidentialité des éléments de preuve n'est pas équitable à l'égard de la répression. On a souvent évoqué les moyens alternatifs pour l'accusation de prouver sa cause. Toutefois, on ne peut exclure de l'analyse l'hypothèse qu'une preuve confidentielle soit la seule et déterminante susceptible de permettre de faire la lumière sur des faits. La réponse consistant à retirer certaines charges pour lesquelles la confidentialité empêche la production de la preuve n'est pas non plus satisfaisante dans un système répressif où la finalité n'est plus seulement le bon ordre social, mais également la justice à l'égard des victimes. Ces dernières ont un intérêt légitime à voir figurer au nombre des charges les crimes qui sont la cause de leur souffrance personnelle. La seule condamnation de l'accusé, à d'autres titres, pourrait ne pas

avoir l'effet réparateur escompté des procédures de la Cour<sup>1568</sup>. Or ce serait d'autant plus regrettable que le retrait des charges ne repose pas sur l'inexistence de la preuve, mais sur une impossibilité technique de la produire en instance. Ainsi, s'il n'y a pas en l'espèce un conflit avec les droits de l'accusé, il semble par contre qu'il existe en ce qui concerne les intérêts protégés par la confidentialité. L'approche restrictive adoptée par la Cour apparaît sur ce point leur reconnaître une primauté sur les intérêts de la justice.

La répression des crimes graves entend sauvegarder des intérêts non moins fondamentaux qui peuvent être lointains ou immédiats. La littérature pertinente a évoqué l'affirmation de l'état de droit, la promotion de la consolidation de la paix et de la transition vers la démocratie, l'appui à la réconciliation des sociétés post-conflits, la dissuasion des criminels potentiels, la création d'une mémoire historique du conflit, l'apaisement du sentiment de vengeance des victimes<sup>1569</sup>. Considérant l'importance que la communauté internationale attache à la répression, la question se pose de savoir ce qui justifie la préférence du cadre normatif de la CPI pour les intérêts de confidentialité, puisque ceux-ci sont parfois protégés d'une confidentialité absolue. À quel titre ces intérêts l'emportent-ils d'office en face de la poursuite des crimes avec laquelle ils sont en conflit ? Le cadre juridique de la Cour ne répond pas à cette préoccupation et l'interprétation restrictive élaborée par les juges ne s'y applique pas, les textes ayant, souvent en amont, écarté toute mise en balance des intérêts contradictoires au détriment de la répression. Les fondements philosophiques qui ont présidé à un tel choix ne sont pas connus, mais ce choix peut-il *a posteriori* se justifier ?

La primauté de la souveraineté nationale retrouve une résurrection à travers la protection des intérêts de sécurité nationale des États. Il s'agit là d'une véritable entorse au paradigme sur lequel se construit depuis longtemps la répression des crimes graves, à savoir que c'est la communauté internationale dans son ensemble qui est concernée. Dès lors, il n'est plus question, lorsque l'État coopère avec la CPI, d'une relation intersubjective classique centrée sur le respect de la souveraineté. Le droit international pénal s'est récemment développé comme un instrument de

---

<sup>1568</sup> *Prosecutor v Norman, Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-T, Decision on the Prosecution's Application for Leave to File an Interlocutory Appeal against the Decision on the Prosecution's Request for Leave to Amend the Indictment Against Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa (2 août 2004) au para 6 (TSSL, Chambre de première instance). Le Procureur dit au sujet du refus de la Chambre d'amender un acte d'accusation pour inclure les crimes sexuels: «*the denial of the amendment sought also precludes the victims from having their crimes characterised as gender based crimes and impairs the remedies to which they are entitled, and that denying the amendment established impunity with respect to gender crimes, as it is highly improbable that they will ever be prosecuted under domestic jurisdiction for such crimes*».

<sup>1569</sup> Voir Nancy Armoury Combs, *Fact-Finding without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, Cambridge, CUP, 2010 à la p 3 et les références en notes de bas de page.

protection et de mise en œuvre du droit humanitaire et des droits de la personne. On peut donc légitimement lui attacher la nature objective des obligations découlant de ce cadre normatif. La conséquence est claire et maintes fois rappelée par les instances judiciaires internationales : les États ne tirent pas un avantage réciproque à mettre en œuvre ces obligations, ils sont liés par un ordre juridique fondé sur la recherche et la préservation de l'intérêt commun<sup>1570</sup>.

En guise d'exemple, le professeur Schabas a affirmé au titre de l'article 27 sur l'inadmissibilité de la défense d'immunité du *Statut de Rome* que « *Sovereign immunity applies to relations between States, and is not relevant when a United Nations-created tribunal is involved* »<sup>1571</sup>. L'idée de tribunal créé par les Nations unies ne fait ici référence qu'à un ordre objectif qui s'impose aux États membres. Une extrapolation récusant que la souveraineté soit opposée à la poursuite des intérêts de la communauté internationale ne serait pas insensée.

L'ambiguïté qui résulte de ce que l'inadmissibilité de l'immunité testimoniale fondée sur la protection des secrets d'État ne jouit pas de la même assise en droit international coutumier ne devrait rien changer à cette conclusion. Tout d'abord parce que les deux formes d'immunité constituent des empêchements à la répression des crimes graves. Il est vrai que l'une touche directement à la responsabilité pénale, mais il n'est pas moins vrai que l'autre peut avoir l'effet d'empêcher que cette même responsabilité soit établie. Ensuite, on peut prétendre que l'inadmissibilité de l'immunité de juridiction se fonde sur le fait qu'il ne relève pas de la fonction étatique de commettre des crimes graves tandis que des documents, quoique révélant la commission de ces crimes, ne cessent pas moins d'appartenir à l'État<sup>1572</sup>. On pourrait cependant objecter qu'il ne relève pas non plus de la mission de l'État de dissimuler la commission des crimes. La nature des obligations et des intérêts en cause détermine encore comment la question de la coopération des États à l'établissement des faits est traitée par les instances judiciaires internationales.

Devant les tribunaux internationaux qui règlent les différends interétatiques, le principe dominant est celui de la souveraineté. La conséquence immédiate sur la fonction judiciaire, dans le

---

<sup>1570</sup> Voir Orakhelashvili, « Restrictive Interpretation », *supra* note 1405 et la jurisprudence citée aux pp 531-532.

<sup>1571</sup> Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 450.

<sup>1572</sup> Göran Sluiter, Commentaire des décisions *Prosecutor v Simić and others*, IT-95-9-PT, Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (ex parte confidential) (27 juillet 1999) (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Simić and others Separate*, IT-95-9-PT, Opinion of Judge David Hunt on Prosecutor's Motion for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (ex parte confidential) (27 juillet 1999) (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Simić and others*, IT-95-9-PT, Decision on (1) Application by Stevan Todorović to Re-Open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion by ICRC to Re-Open Scheduling Order of 18 November 1999, And (3) Conditions for Access to Material (28 février 2000) (TPIY, Chambre de première instance III), (2002) 4 ALC 271 à la p 272 [Sluiter, « Cooperation with the Red Cross »].

cas de la CIJ, est qu'elle « n'a pas compétence pour ordonner d'office la communication d'un document qu'un État refuse à divulguer pour des raisons de sécurité ou autres. Juridiquement, elle doit simplement prendre acte de cette opposition, pour en tirer – éventuellement – toutes les conséquences de l'opposition du secret »<sup>1573</sup>.

Au titre de l'article 49 de son statut et de l'article 54 de son règlement, la CIJ peut demander à un État de produire des documents nécessaires à l'établissement des faits. En cas de refus, elle ne peut rien faire d'autre que prendre acte. Le refus est sanctionné par l'inférence d'éventuelles présomptions qui peuvent être fondées sur sa propre analyse de la situation. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni avait opposé à la Cour le secret naval pour ne pas produire des documents intitulés XCU et les témoins s'abstinrent de répondre aux questions s'y rapportant. Les documents étaient relatifs à un ordre militaire. La Cour ne contesta ni le refus du Royaume-Uni ni l'abstention des témoins, se contentant de dire dans une formule alambiquée qu'elle « ne peut toutefois tirer du refus de communication de l'ordre en question des conclusions différentes de celles que l'on peut tirer des faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés »<sup>1574</sup>. En d'autres termes, à défaut de précision sur la portée de l'ordre, elle se limiterait à la façon dont les choses se sont déroulées. La solution n'est pas un modèle de précision, à l'évidence...

Dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour était une fois de plus confrontée au secret de la part des parties. Cela était d'autant plus inévitable qu'il s'agissait d'une situation de conflit armé. Considérant qu'il est indispensable de déterminer l'existence des faits avant toute opération d'imputabilité, la Cour, prenant acte de ce que « le secret peut aussi envelopper la réalité même du fait », s'est efforcée de contourner la difficulté. Elle explique sa démarche en ces termes : « dans ce cas la Cour a dû s'efforcer d'abord d'établir ce qui était effectivement arrivé, avant d'aborder la phase suivante consistant à rechercher si le fait (une fois prouvé) était imputable ou non à l'État incriminé »<sup>1575</sup>. La position de la Cour n'a pas plus évolué dans l'affaire de l'application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide encore plus proche des considérations d'ordre public caractéristiques du droit international pénal. L'État du défendeur avait expressément noirci des sections des documents qu'il avait classés comme secret militaire et dont la divulgation porterait atteinte à des intérêts de sécurité nationale. La Cour

---

<sup>1573</sup> Kdhir, *Dictionnaire de la CIJ*, *supra* note 237 à la p 308.

<sup>1574</sup> *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c Albanie)*, [1949] CIJ rec 4 à la p 32.

<sup>1575</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ rec 14 au para 57.

n'a fait droit à aucune demande de production formulée par l'État demandeur considérant d'une part que cet État s'était déjà largement fondé sur les documents disponibles du TPIY pour construire sa défense et d'autre part qu'elle était libre d'en tirer ses propres conclusions<sup>1576</sup>. Cette extrême déférence à la souveraineté en réalité fondée sur la nature consensuelle de la compétence de la CIJ ne trouve aucune correspondance dans la pratique des mécanismes de droits de la personne.

Dans le système de la Cour Eur DH, l'obligation de coopérer avec la Cour à l'établissement des faits est fermement sanctionnée. La raison est toute simple, car ainsi que l'a reconnu la Cour « pour que le mécanisme de recours individuel instauré soit efficace, il est de la plus haute importance (...) que les États fournissent toutes facilités nécessaires pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes »<sup>1577</sup>. Comme pour les violations du droit international pénal, les atteintes aux droits de l'homme sont d'une nature telle que les États se retrouvent le plus souvent en possession des éléments de preuve pertinents pour la détermination de la cause<sup>1578</sup>. La règle de principe adoptée en l'espèce par la Cour Eur DH est simple. L'État qui refuse d'apporter sa coopération à la production de documents doit démontrer de manière convaincante que ceux-ci ne sont pas pertinents pour le règlement de l'affaire. À défaut, il se voit transférer la charge de la preuve et la Cour peut tirer des conclusions négatives sur le respect des obligations de l'État membre<sup>1579</sup>.

Dans une affaire turque, le gouvernement avait classé secret le document qui établissait la preuve de la garde à vue du fils disparu du requérant. Or ce dernier détenait une copie du document que l'état défendeur alléguait être un faux. À défaut pour lui de soumettre l'original, la Cour a considéré que les faits étaient établis sur la base de la preuve rapportée par la partie requérante<sup>1580</sup>. Cette jurisprudence, qui se rapproche de celle de la CIJ, s'aligne depuis 2005 sur celle de la Cour Inter-Am DH<sup>1581</sup> et du CDH des Nations Unies<sup>1582</sup>.

Il est intéressant de relever ici que l'exigence pour l'État d'établir la preuve du bien-fondé de son refus ne se rapporte pas à ce que la divulgation porterait atteinte aux intérêts de sécurité

---

<sup>1576</sup> *Application de la Convention sur le génocide*, supra note 989 au para 206.

<sup>1577</sup> Cour EDH, *Tanrikulu c Turquie*, [GC], n°23763/94 (8 juillet 1999) au para 70.

<sup>1578</sup> Ugur Erdal et Hasan Bakirci, *Article 3 de la Convention européenne des Droits de l'homme: Guide pratique juridique*, Genève, OMCT, 2006 à la p 260.

<sup>1579</sup> Cour EDH, *Timurtas c Turquie*, n°23531/94 (13 juin 2000) au para 66.

<sup>1580</sup> *Ibid* au para 86.

<sup>1581</sup> *Godnez Cruz (Honduras)* (1989), Cour IADH (Sér C) n°5 au para 141.

<sup>1582</sup> CDH, *Barbato c Uruguay*, n°84/1981 (21 octobre 1982) au para 9.6. voir aussi Cour EDH, *Celikbilek c Turquie*, n°27693/95 (31 mai 2005) au para 70: « Dans les cas [...] où la non-révélation de documents cruciaux en la possession du gouvernement met des obstacles à l'établissement des faits par la Cour — , il appartient au gouvernement d'expliquer d'une manière concluante pourquoi les documents en question ne peuvent pas servir à corroborer l'allégation faite par le requérant ».

nationale comme c'est le cas à la CPI. Il s'agit de montrer que la preuve recherchée ne corrobore en rien l'allégation qui est faite par le requérant. À ce titre, à défaut de répondre à la demande de la Cour, le défendeur verrait les allégations adjugées au profit de la partie requérante<sup>1583</sup>. La solution n'est pas telle quelle transposable dans le procès pénal international où il est question de responsabilité pénale et non de responsabilité internationale de l'État. Mais sa quintessence doit être retenue, à savoir le rejet de la déférence à l'égard de la souveraineté de l'État.

Les immunités testimoniales fondées sur la protection de la vie privée de la sécurité des personnes posent un problème similaire à celui de la souveraineté des États. On peut en effet se demander pourquoi la protection de ces intérêts acquiert un caractère absolu à la CPI alors même que le droit international des droits de l'homme dans lequel ils trouvent leur origine admet des dérogations possibles à ces valeurs. Les immixtions dans la vie privée et familiale sont en effet admises, pour autant qu'elles ne soient pas arbitraires ou illégales<sup>1584</sup>. La question se présente probablement différemment en ce qui concerne les craintes d'atteinte à la sécurité de la personne qui justifient au fond les immunités testimoniales en faveur des indicateurs ou collaborateurs de la justice. La Cour ne serait pas directement l'auteur de l'ingérence dans le droit à la sécurité de leur personne, mais elle les y exposerait en forçant leur témoignage. Mais dans la mesure où il est possible d'adopter dans leur intérêt des mesures garantissant leur protection, l'argument n'apparaît plus tenir la route. De tels témoins peuvent en effet déposer à huis clos et il peut être fait injonction aux parties de ne pas divulguer à des tiers des informations les concernant.

Cependant, les immunités testimoniales, telles que construites dans le système de la CPI, sont l'expression de la thèse absolutiste de la prohibition de témoigner en justice. D'après cette thèse, « le secret professionnel est davantage édicté dans l'intérêt public que dans l'intérêt privé du client, destiné en effet à "garantir un devoir professionnel indispensable à tous" »<sup>1585</sup>. Dans ce cas, seraient en conflit, non pas les droits individuels des bénéficiaires de la confidentialité absolue et l'intérêt public de la répression des crimes graves, mais réellement un intérêt public, de protéger la fonction sociale que ces personnes jouent et l'intérêt public de l'effectivité de la justice. La question se pose dès lors de savoir si le cadre juridique de la CPI en donnant d'emblée une préférence à l'un de ces intérêts a adopté la solution qui correspond au droit. La vérité est que les rédacteurs du *Statut*

---

<sup>1583</sup> *Ibid* aux paras 71-72.

<sup>1584</sup> PIDCP, art 17-1.

<sup>1585</sup> Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*, *supra* note 394 à la p 239. Voir aussi Py, *Le secret professionnel*, *supra* note 88 à la p 8.

de Rome ont la légitimité de déterminer l'intérêt général. Il ne pourrait donc leur être contesté le pouvoir d'accorder l'importance qu'ils ont estimé nécessaire à la protection des personnes jouissant d'immunités absolues. Il pourrait cependant leur être reproché, d'avoir par ricochet porté atteinte à un autre intérêt qui est la raison d'être de la CPI. Cela est d'autant vrai qu'il ne s'agit pas de la simple juxtaposition de plusieurs intérêts généraux en face desquels les juges, ainsi qu'il leur est reconnu<sup>1586</sup>, peuvent faire les arbitrages nécessaires. Les États ont d'emblée établi la hiérarchie des valeurs, enjoignant à la Cour de s'y tenir.

Cette approche de la question de la protection de l'intérêt public est la même relativement à celles qu'exercent des OI qui, comme le CICR, pourront prétendre à une immunité testimoniale absolue au titre du *RPP de la CPI*. Une telle protection a été fondée sur le fait que leur coopération avec la Cour pourrait porter préjudice à la réalisation de leur mandat. Contrairement aux immunités testimoniales découlant du secret professionnel, celles des OI s'appuient, du moins, si l'on s'en tient au cas du CICR, sur la nature internationale de leur mandat<sup>1587</sup>. Il est vrai que ce sera le cas s'il s'agit par exemple de l'Organisation des Nations Unies. L'importance de ses missions n'est pas moins d'intérêt pour la communauté internationale. Tout comme la plupart des organisations humanitaires qui interviennent en temps de conflit auprès des victimes<sup>1588</sup>.

Pour autant, aussi vraie que le TPIY a affirmé dans le cas du CICR que son mandat et le sien étaient d'égale importance<sup>1589</sup>, la décision de reconnaître à l'organisation humanitaire une confidentialité absolue contredit curieusement cette égalité puisqu'elle lui confère implicitement une primauté. Elle empêche en effet le tribunal de pouvoir exercer son propre mandat lorsque ce faisant il empiéterait sur celui du CICR. Une mise en balance des intérêts en conflit était donc indispensable. Le TPIY a refusé de se livrer à un tel exercice, considérant que la règle coutumière en vertu de laquelle la confidentialité avait été conférée interdisait purement l'admissibilité des éléments en possession du CICR<sup>1590</sup>. Si l'on suit le raisonnement du tribunal, les rédacteurs du *Statut de Rome*, dérogeant à cette règle coutumière, auraient pu adopter une solution différente. La limitation de la transparence est en effet un problème moins grave que l'inadmissibilité pure et simple de la preuve.

---

<sup>1586</sup> Hervé Henrion, « La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime? » (2002) 24 APC 81 à la p 83.

<sup>1587</sup> Sluiter, « Cooperation with the Red Cross », *supra* note 1572 à la p 273.

<sup>1588</sup> Françoise Hampson, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Reluctant Witness » (1998) 47 ICLQ 50 à la p 66.

<sup>1589</sup> *Simić*, Confidentialité du CICR, *supra* note 115 au para 79.

<sup>1590</sup> *Ibid* au para 80.



## **Chapitre II. – Pour une proportionnalité substantielle**

Après avoir mis en évidence les limites de la restriction de la confidentialité par la CPI dans le précédent chapitre, le présent chapitre formule quelques considérations qui militent en faveur de sa limitation substantielle. Il propose également quelques pistes de réflexion pour une atténuation de l'impact du secret sur l'administration de la justice internationale pénale. Nous opposons ainsi la proportionnalité substantielle à la pratique actuelle qui s'avère inefficace en raison de sa portée procédurale. Dans un premier temps, nous examinerons le double fondement sur lequel nous suggérons une proportionnalité substantielle, entendue comme celle qui donnerait plus d'effet à la répression des crimes relevant de la compétence de la CPI (2.1.). Cette première section jettera les bases pour la formulation de quelques propositions de restriction substantielle du secret dans le procès pénal international (2.2.).

### ***2.1. – Un double fondement de la proportionnalité substantielle***

À partir du moment où nous postulons la proportionnalité substantielle comme visant à donner plus d'effet à la répression, il devient indispensable d'en démontrer les fondements, compte tenu des craintes qui sont susceptibles de s'élever quant aux risques de dérive d'une justice pénale obsédée par son efficacité. Cette crainte serait à notre avis excessive, car il est possible d'obtenir une justice substantielle tout en garantissant les droits des personnes en cause. Les erreurs du passé, tout en invitant à la vigilance ne sauraient justifier l'absence de fermeté. Et si les considérations de droits de l'homme sont mises de l'avant pour contrer cette tentative d'efficacité, il sera démontré que l'effectivité substantielle a non seulement été un souci constant de la justice internationale pénale au cours de son développement (2.1.1.), mais qu'elle s'insère clairement aujourd'hui dans les droits de l'homme auxquels la pratique de la CPI doit se conformer (2.1.2.).

#### **2.1.1. – L'effectivité: un souci de la justice internationale pénale**

Nous verrons qu'en plus d'avoir catalysé le développement du droit international pénal (2.1.1.1.), le souci d'effectivité constitue dans le contexte de la CPI une finalité affirmée (2.1.1.2.).

##### **2.1.1.1. – Un catalyseur de la justice internationale pénale**

L'effectivité substantielle a historiquement primé les contraintes procédurales au cours du développement de la justice internationale pénale, notamment à Nuremberg et à Tokyo. Ce souci a

été à l'origine de quelques erreurs que les juridictions *ad hoc* des Nations Unies se sont efforcées de gommer en cherchant à établir un équilibre entre les impératifs de forme et de fond.

La primauté historique de l'effectivité s'illustre à Nuremberg par l'absence d'exclusivité d'une tradition juridique donnée dans l'adoption des règles de preuve et de procédure<sup>1591</sup>. On insista davantage sur le caractère réalisable (*workability*) et rapide (*expedition*) des procédures<sup>1592</sup>. Cela impliqua le rejet de règles obstructionnistes et dilatoires au profit des procédures proches de celles des commissions militaires américaines<sup>1593</sup>. Sur le plan de la preuve, cela signifiait que les tribunaux admettraient tout élément ayant une valeur probante<sup>1594</sup>. En somme, une approche similaire à la tradition inquisitoire dans laquelle la recherche de la vérité objective, par opposition à la vérité procédurale associée à la tradition de *common law*, prédomine<sup>1595</sup>.

Concrètement, l'article 13-c du Statut du Tribunal militaire de Tokyo, en énumérant les types de preuve admissibles n'excluait guère celles qui pouvaient être couvertes par un secret. Il évoque ainsi, entre autres, tout document, indépendamment de son niveau de sécurité, signé ou produit par les officiers, départements, agences ou forces armées de tout gouvernement ; tout rapport qui proviendrait du CICR ou de ses membres, de médecins ou de tout personnel médical, d'agents de renseignement ou de toute autre personne ; toute déclaration sous serment et enfin, tout journal personnel, lettre ou document susceptible d'informer le tribunal sur les charges. Il n'existait donc aucune exception, puisqu'étaient concernés autant les documents classifiés de gouvernements que les rapports du CICR, les relations médecin-client ou encore des documents purement privés (lettres, journaux) qui, dans le contexte de la CPI, tomberaient dans le régime de la confidentialité.

Dans son étude sur les règles procédurales des procès du lendemain de la Seconde Guerre, Evan J Wallach évoque une seule affaire dans laquelle le défendeur s'était vu opposer l'accès à des documents pour raison de confidentialité<sup>1596</sup>. Les difficultés d'accès de la défense aux éléments de

---

<sup>1591</sup> Voir May et Wierda, « Trends », *supra* note 256 à la p 728.

<sup>1592</sup> Evan J Wallach, « The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials: Did they Provide an Outline for International Legal Procedure » (1998-1999) 37 Colum J Transnat'l L 851 à la p 855 [Wallach, « The Procedural and Evidentiary Rules »].

<sup>1593</sup> *Ibid* à la p 856-7. Robert Jackson, *Justice Jackson's Report to the President on Atrocities and War Crimes*, United States Department of State Bulletin, Washington, DC, Government Printing Office, 7 juin 1945.

<sup>1594</sup> Robert. Jackson, « Nuremberg in Retrospect » (1949) 27 Can B Rev 761 à la p 769.

<sup>1595</sup> Zappalà, *Human Rights*, *supra* note 685 à la p 16.

<sup>1596</sup> Wallach, « The Procedural and Evidentiary Rules », *supra* note 1592 à la p 880. Il s'agissait de l'affaire des otages jugée par les tribunaux américains à Nuremberg. L'accusé demandait l'accès à un document du commandement militaire américain stipulant les conditions dans lesquelles les mesures de représailles devaient être prises pour obtenir la capitulation ou la sanction de l'ennemi.

preuve ne se sont pas ainsi posées de manière systémique, l'accusé ayant eu accès, en pleine égalité avec l'accusation, aux éléments de preuve détenus par les puissances occupantes<sup>1597</sup>.

Le professeur Salvatore Zappalà a tenté d'expliquer le souci des premières juridictions pour l'effectivité par la gravité des crimes et l'absence à l'époque des garanties procédurales découlant du droit international<sup>1598</sup>. Rien n'est pourtant moins sûr si l'on considère les propos d'un contemporain de l'époque. Justifiant le choix de la flexibilité procédurale en réponse aux critiques des juges minoritaires dans un jugement de Tokyo, le général MacArthur dira : « *no sophistry can confine justice to any form. [...] Its purity lies in its purpose, not in its detail* »<sup>1599</sup>.

Avec les juridictions *ad hoc*, l'influence des juristes de *common law* dans l'élaboration des statuts a penché pour l'adoption d'une procédure accusatoire protectrice des droits des personnes poursuivies<sup>1600</sup>. Tenant de l'essor des droits de l'homme<sup>1601</sup>, une telle option a été subséquemment infléchie lors de l'élaboration du RPP des juridictions *ad hoc* et de la négociation du *Statut de Rome* et du RPP de la Cour pour une procédure qui, dans l'amalgame de différentes traditions juridiques, se préoccupe de ne négliger ni le fond ni la forme, quand bien même l'équilibre ne serait pas totalement satisfaisant<sup>1602</sup>. Le plus important est que la règle favorise la réalisation des objectifs de la Cour tout en étant compatible avec les garanties procédurales fondamentales<sup>1603</sup>.

En effet, s'exprimant en 1994 au sujet de l'adoption du RPP, le président du TPIY a salué l'œuvre législative des juges comme ayant été entreprise « pour préparer la voie à la réalisation des

---

<sup>1597</sup> Gordon, « Towards », *supra* note 11 à la p 648; Jonathan A Bush, «Lex Americana: Constitutional Due Process and the Nuremberg Defendants» (2001) St. Louis ULJ 515 à la p 528.

<sup>1598</sup> Zappalà, *Human Rights*, *supra* note 685 à la p 46. Voir aussi Gordon, « Towards », *supra* note 11 aux pp 645-646.

<sup>1599</sup> Wallach, « The Procedural and Evidentiary Rules », *supra* note 1592 à la p 873. Dans le même sens, Laurent Kennes et Audrey Marc, «Vérité et preuve pénale» dans George de Leval, dir, *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Liège, Anthemis, 2011, 123 à la p 125.

<sup>1600</sup> Schabas, « Tango », *supra* note 16 à la p 294. Voir aussi Coralie Ambroise-Casterot et Philippe Bonfils, *Procédure pénale*, Paris, PUF, 2011 à la p 27 («d'un côté le procès pénal accusatoire, le plus ancien et le plus protecteur des droits de la défense, et de l'autre, le procès inquisitoire, issu de l'Inquisition ecclésiastique, procédant à la torture du suspect pour obtenir un aveu à tout prix [...] »).

<sup>1601</sup> Gordon, « Towards », *supra* note 11 à la p 667.

<sup>1602</sup> *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-T, Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the Accused, Esad Landzo (1<sup>er</sup> mai 1997) au para 15 (TPIY, Chambre de première instance); Kai Ambos, «International Criminal Procedure: "Adversarial", "Inquisitorial" or Mixed?» (2003) 3 Int'l Crim L Rev 1 à la p 34 (« *Although most rules can be traced back to a common law or civil law origin, they are rendered sui generis and unique in their application before the International Criminal Tribunals* ») [Ambos, «International Criminal Procedure»].

<sup>1603</sup> Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 35; Rosalind Dixon, « Developing International Rules of Evidence for the Yugoslav and Rwanda Tribunals » (1997) 7 Transnat'l L & Contemp Probs 81 à la p 98; May et Wierda, «Trends», *supra* note 256 à la p 753; Christoph J M Safferling, *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2001 à la p 2 [Safferling, *Towards*]; Patrick Robinson, «Ensuring Fair and Expeditious Trials at the ICTY» (2000) 11 EJIL 569 à la p 580.

objectifs du Tribunal »<sup>1604</sup>. Ainsi, les tribunaux *ad hoc* ont choisi de se détacher de toute technicité en faisant de la valeur probante le critère fondamental d'admissibilité des preuves<sup>1605</sup>. Reflet de la tradition civiliste<sup>1606</sup>, cette règle permet de recevoir le maximum de preuves en se préoccupant uniquement de savoir si « la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable »<sup>1607</sup>. Dans un cas de preuves obtenues au moyen des écoutes téléphoniques en violation du droit à la vie privée, le TPIY a jugé que l'exclusion doit résulter de la mise en balance des droits de l'accusé et de l'intérêt public à la répression des crimes graves<sup>1608</sup>. Une telle mesure ne saurait ainsi avoir lieu que pour un motif grave<sup>1609</sup>. Le juge retient en l'espèce un large pouvoir d'appréciation que l'on a qualifié de « *flexible civil law approach* »<sup>1610</sup>. En outre, il jouit de l'initiative en matière de preuve<sup>1611</sup>, ce qui lui permet par exemple d'appeler des témoins à la barre en dehors de ceux que produisent les parties<sup>1612</sup>. Au-delà de l'effectivité, de tels pouvoirs rendent service à la vérité<sup>1613</sup>.

<sup>1604</sup> TPIY, *Premier rapport annuel*, *supra* note 160 au para 32.

<sup>1605</sup> *Statut de Rome*, art 69-3; *RPP du TPIY*, art 89-C

<sup>1606</sup> Scott T. Johnson, « On the Road to Disaster: the Rights of the Accused and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (1998) 10 *Int'l Legal Persp* 111 à la p 182 [Johnson, « On the Road to Disaster »].

<sup>1607</sup> *RPP du TPIY*, art 89-D. voir en général *Prosecutor v Haraqija and Morina*, IT- 04-84-R77.4, Decision on Morina and Haraqija Request for a Declaration of Inadmissibility and Exclusion of Evidence (27 novembre 2008) au para 12 (TPIY, Chambre de première instance) [*Haraqija et Morina*, Exclusion of Evidence]; *Prosecutor v Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Decision on the Admissibility into Evidence of Intercept-Related Materials (19 décembre 2003) au para 15 (TPIY, Chambre de première instance); *Prosecutor v Brdanin*, IT-99-36-T, Decision on the Defence "Objection to Intercept Evidence" (3 octobre 2003) au para 62 (TPIY, Chambre de première instance) [*Brdanin*, Objection to Intercept Evidence]; *Prosecutor v Brdanin and Talić*, IT-99-36-T, Order on the Standards Governing the Admission of Evidence (15 février 2002) au para 11 (TPIY, Chambre de première instance); *Le Procureur c Zejnil Delalić et al.*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de déterminer la recevabilité d'éléments de preuve (19 janvier 1998) au para 16 (TPIY, Chambre de première instance) [*Delalić*, Recevabilité des éléments de preuve].

<sup>1608</sup> *Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Motion to Exclude Intercepted Conversations (30 septembre 2010) au para 7 (TPIY, Chambre de première instance); *Brdanin*, Objection to Intercept Evidence, *supra* note 1607 au para 61. Voir aussi *Statut de Rome*, art 69-7; *RPP du TPIY*, art 95.

<sup>1609</sup> *Ibid* au para 8-10; *Brdanin*, Objection to Intercept Evidence, *supra* note 1607 au para 61.

<sup>1610</sup> Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 22; Gideon Boas, « Admissibility of Evidence under the RPE of the ICTY: Development of the « Flexibility Principle » dans Gabrielle Kirk McDonald, Richard May, dir, *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 2000, 263 à la p 264; Donald Piragoff, « Evidence » dans Roy SK Lee et al., dir, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2001, 349 aux pp 351-354. Pour la jurisprudence, voir *Aleksovski*, arrêt sur l'admissibilité des preuves, *supra* note 1056 aux paras 15 et 16 (au sujet de l'admissibilité de la preuve indirecte); *Le Procureur c Dario Kordic et Mario Cerkez*, IT-95-14/2, Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé (21 juillet 2000) au para 20 (TPIY, Chambre d'appel); *Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on accused's motion for reconsideration of chamber's decision on motion to exclude intercepted communications (18 avril 2012) au para 6 (TPIY, Chambre de première instance); *Brdanin*, Objection to Intercept Evidence, *supra* note 1607 au para 25; *Haraqija et Morina*, Exclusion of Evidence, *supra* note 1607 au para 27.

<sup>1611</sup> *Statut de Rome*, art 69-3; *RPP du TPIY*, art 98. Il s'agit d'une claire déviation du modèle accusatoire: Johnson, « On the Road to Disaster », *supra* note 1606 à la p 183. En 1994, le président du TPIY disait au sujet du pouvoir d'initiative des juges en matière de preuves que « l'intérêt de la justice internationale était mieux servi par une telle disposition et que toute limitation des droits des parties, qui en résulterait, si tant est qu'il en résulte, est négligeable par comparaison »: TPIY, *Premier rapport annuel*, *supra* note 160 au para 73.

<sup>1612</sup> John R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Ardsley, NY, Transnational Publisher, 2000 à la p 431; Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 19.

C'est encore pour s'assurer qu'il ne sera pas privé de cette vérité si par crainte de représailles les témoins, les victimes ou toute autre personne ne se présentaient pas devant lui que le TPIY a entrepris l'adoption de l'article 70 de son RPP relatif aux informations obtenues sous la condition de confidentialité<sup>1614</sup>. Dès lors que la commission internationale d'enquête avait déjà relevé leur réticence à coopérer<sup>1615</sup>, le Tribunal international craignait sans doute que se matérialise devant lui une préoccupation similaire<sup>1616</sup>. Cet usage du secret au profit de l'effectivité se traduit également par le fait que pour gagner en temps<sup>1617</sup>, les tribunaux *ad hoc*, en dépit des critiques véhémentes<sup>1618</sup>, en sont venus à rompre l'oralité excessive des procédures pour admettre des éléments de preuve documentaire qu'ils évaluent sur les seuls critères de valeur probante, de fiabilité et d'authenticité<sup>1619</sup>.

<sup>1613</sup> Une fois qu'il a prêté serment, le témoin à charge ou à décharge « devient un témoin de la vérité devant le Tribunal » : *Le Procureur c Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, Décision relative à la communication entre les parties et leurs témoins (21 septembre 1998) considérant iii) (TPIY, Chambre de première instance). De la même manière, le Procureur n'est pas qu'une partie au procès, mais un auxiliaire des chambres qui les aide « à découvrir la vérité dans un cadre judiciaire » : *Ibid*, considérant ii). Voir aussi Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 9.

<sup>1614</sup> TPIY, *Deuxième rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, Doc CS A/50/365 S/1995/728, 23 août 1995 au para 24.

<sup>1615</sup> Cherif Bassiouni, « The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia » (1994) 5:2-3 Crim L Forum 279 à la p 313. La réticence des victimes et des témoins se fondait sur des arguments tels « *distrust of the United Nations; fear of reprisals; protection of the witnesses' confidentiality; fear of retraumatizing the victims; and fear that information might fall into the wrong hands or be used for the wrong purposes* ».

<sup>1616</sup> TPIY, *Premier rapport annuel*, *supra* note 160 au para 75 (les italiques absents de l'original).

<sup>1617</sup> Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 360. Voir aussi Alexandre Flückiger, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois » (2007) Tome XLV : 138 Revue européenne des sciences sociales 83 à la p 85; Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 29 (estimant que le TPIY entendrait dans l'affaire *Milosevic* entre 380 et 600 personnes, l'examen d'un témoin prenant en moyenne une journée). Un groupe d'experts a pointé du doigt l'absence de contrôle des juges sur la procédure dans un système accusatoire : Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, Doc NU A/54/634, 22 novembre 1999 au para 77.

<sup>1618</sup> Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 22 (contestant que la preuve documentaire soit placée sur un même pied d'égalité avec la preuve orale). Pour la critique de l'admission des déclarations écrites et autres procès verbaux en lieu et place du témoignage oral, voir Patricia M Wald, « To "Establish Incredible Events by Credible Evidence": The Use of Affidavit Testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings » (2001) 42 Harvard Int'l L J 535 à la p 545. La critique concernait principalement la responsabilité du supérieur hiérarchique: Voir Ambos, « International Criminal Procedure », *supra* note 1602 à la p 27. Voir également *Prosecutor v Brdjanin and Talic*, IT-99-36-T, Decision on Objection and/or Consent to Rule 92bis Admission of Witness Statements Number One Filed by Brdjanin on 16 January 2002 (30 janvier 2002) aux paras 17-18 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1619</sup> *Le Procureur c Dario Kordic et Mario Cerkez*, IT-95-14/1, Décision relative à la requête du Procureur concernant les « pièces de Zagreb » et les comptes rendus présidentiels (1<sup>er</sup> décembre 2000) au para 40 (TPIY, Chambre de première instance) [*Kordic et Cerkez*, Les pièces de Zagreb]. Le contre-interrogatoire doit cependant être possible : *Ibid* aux paras 40-41. Mais voir *Delalic*, Recevabilité des éléments de preuve, *supra* note 1607 au para 22 (« il ressort à l'évidence des dispositions pertinentes du Règlement qu'il n'existe pas de principe d'exclusion systématique de documents simplement parce que l'auteur présumé n'a pas été cité à la barre au cours du procès »). À défaut de contre-interrogatoire, le juge affecte à la preuve une valeur probante inférieure : *Le Procureur c Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, IT-04-82-T, Decision on Tarčulovski's Second Motion for Admission of Exhibits from the bar table with Annex A, 7 avril 2008 au para 5; *Le Procureur c Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de rouvrir le dossier et de dépasser le nombre limite de mots fixé et deuxième requête aux fins d'admission de pièces présentées directement à l'audience (7 décembre 2009) au para 5 (TPIY, Chambre de première instance II). Alors que les documents de sources anonymes ne sont pas généralement admissibles, le TPIY se montre plutôt flexible sur la question de l'authenticité. Dans une affaire où la défense prétendait qu'un journal de guerre n'avait pas été authentifié par un témoin, la Chambre a jugé que « le document porte le cachet des archives de Zagreb. La

Il en est de même de la réforme du régime de l'admission des déclarations écrites et des comptes rendus de dépositions en lieu et place d'un témoignage oral.

Dès 2000, le TPIY s'écarterait de sa préférence pour la preuve testimoniale<sup>1620</sup>, reconnaissant ainsi aux déclarations et dépositions écrites des témoins un statut presque égal<sup>1621</sup>. Ce faisant, les conditions de témoignage par vidéoconférence ont été assouplies<sup>1622</sup>. Il demeurerait cependant que le témoignage oral était indispensable pour faire la preuve des actes et de la conduite de l'accusé au nom du droit de contre-interroger le témoin<sup>1623</sup>. Cette éventuelle cause de lenteur est définitivement gommée par une réforme de 2009 concernant les situations où les témoins ayant effectué une déclaration sont par la suite empêchés de comparaître en raison de pressions ou de menaces et intimidations<sup>1624</sup>. Celle-ci admet que la preuve écrite « peut notamment tendre à prouver les actes et le comportement de l'accusé mis en cause dans l'acte d'accusation »<sup>1625</sup>. À notre avis, il serait sévère de conclure à la lecture de cette réforme à une préférence de l'efficacité et de la célérité sur l'équité. En réalité, l'admissibilité est à distinguer de l'évaluation de la preuve qui se fait par des juges professionnels<sup>1626</sup>. Il leur revient de soupeser les intérêts conflictuels en présence.

---

Chambre [...] a pour mission d'établir la vérité : en renonçant à ce document, elle compromettrait cette mission »: *Kordić et Cerkez*, Les pièces de Zagreb, *supra* au para 44. Voir aussi *Prosecutor v Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-T, Decision on Milan Lukić fourth bar table motion (5 mai 2009) à la p 6 (TPIY, Chambre de première instance). Voir également le point de vue critique d'Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 25.

<sup>1620</sup> *Tadić*, Motion to Protect Defence Witnesses, *supra* note 611 au para 19 («it cannot be stressed too strongly that the general rule is that a witness must physically be present at the seat of the International Tribunal [...]»). Cité par *Prosecutor v Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, Decision on Prosecution motion for testimony to be heard via video-conference link (23 juin 2009) à la p 2 (TPIY, Chambre de première instance II).

<sup>1621</sup> Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 25.

<sup>1622</sup> Avant cet amendement, la video-conférence était autorisée uniquement dans les circonstances exceptionnelles. Depuis la réforme de 2000 sa tenue dépend uniquement de la demande d'une partie et des intérêts de la justice. Voir Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 27.

<sup>1623</sup> *Prosecutor v Naletilić and Martinović*, IT-99-34-T, Decision on the Prosecutor's Request for Public Version of Trial Chamber's Decision on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness of 22 January 2002 (27 février 2002) (TPIY, Chambre de première instance). Une Chambre précisait cependant que le respect du contradictoire et les exigences d'admissibilité n'étaient pas écartés par la seule possibilité d'introduire des preuves écrites: *Prosecutor v Skirica et al.*, IT-95-08-T, Decision on Prosecution's Application to Admit Transcripts under Rule 92bis (23 mai 2001) au para 3 (TPIY, Chambre de première instance). Voir également *Prosecutor v Milosevic*, IT-01-47-T, Decision on Prosecution's Request to have written statements admitted under Rule 92bis (21 mars 2002) aux paras 24-25 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1624</sup> L'origine de cette réforme se trouve probablement dans la décision *Le Procureur c Vojislav Seselj*, IT-03-67-T, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'ajournement. Avec en annexe l'opinion dissidente du juge Antonetti (11 février 2009) (TPIY, Chambre de première instance III) (à 2 voix contre 1, la majorité suspend les procédures parce que des témoins importants de l'accusation ne peuvent pas comparaître en raison de pressions. Dans son opinion dissidente, le juge Antonetti considère l'ajournement « infondé et inadapté ». Il propose entre autres solutions que lorsque l'Accusation dispose de déclarations écrites de témoins qui par la suite ne peuvent comparaître, elle soit invitée « à formuler des requêtes en vue du versement au dossier des déclarations écrites [...] ». Voir l'opinion dissidente à la p 12.).

<sup>1625</sup> *RPP du TPIY*, art 92quinquies-B-iii).

<sup>1626</sup> Benjamin B Ferencz, « Nurnberg Trial Procedure and the Rights of the Accused » (1948) 39:2 Journal of Crim L & Criminology 144; Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 30.

La CPI n'a pas jugé bon d'aller aussi loin sur cette question. L'admission des preuves écrites antérieurement enregistrées est systématiquement sujette à la possibilité que les parties aient pu contre-interroger le témoin lors de la collecte de la preuve ou à ce que ce dernier soit disponible ultérieurement au procès pour répondre aux questions sur ses dépositions<sup>1627</sup>. On peut douter du caractère réaliste de ce choix quand on sait qu'il est possible, ainsi que le démontre la pratique des juridictions *ad hoc*, que les témoins soient par la suite indisponibles alors que leurs déclarations sont tout à fait probantes.

En tout état de cause, cette seule option ne contredit pas l'idée que le souci de l'effectivité se trouve également au cœur de l'institution de la CPI.

#### 2.1.1.2. – Une finalité affirmée de la Cour pénale internationale

L'effectivité substantielle de la CPI est un vœu émanant de son acte constitutif. On la déduit aisément de ses objectifs déclarés. Qualifiés d'élevés et d'irréalistes<sup>1628</sup>, ils servent à légitimer la création de la Cour<sup>1629</sup>. Proches de ceux de la justice nationale, ils reflètent la dimension complémentaire de la CPI avec les tribunaux internes<sup>1630</sup>. Il est souvent soutenu que la justice internationale pénale est « *a fortress of its own; with its own law and policy* »<sup>1631</sup>. Cela permettrait d'apprécier ses objectifs du point de vue de leur expressivité (*expressivism*)<sup>1632</sup>, à savoir, selon Marc Drumbl, « *the messaging value of punishment to affirm respect for law, reinforce a moral consensus, narrate history and educate the public* »<sup>1633</sup>. Sans entrer dans les détails de ce débat, il nous apparaît que trois enjeux majeurs sont au cœur du *Statut de Rome* instituant la CPI: les intérêts de la communauté internationale, les droits de l'accusé et les intérêts des victimes.

##### 2.1.1.2.1. – Rendre justice à la communauté internationale

Sur cet objectif, les tribunaux nationaux ne se prévalent pas, à la différence des tribunaux internationaux, de contribuer au maintien de la paix, à la promotion de l'état de droit dans les sociétés concernées par les crimes jugés ou encore de la réconciliation nationale. Tels sont pourtant

---

<sup>1627</sup> Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 356.

<sup>1628</sup> Lara J. Nettelfield, *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: La Haye Tribunal's Impact in a Postwar State*, Cambridge, CUP, 2010 à la p 8 [Nettelfield, *Courting Democracy*].

<sup>1629</sup> *Ibid* à la p 10.

<sup>1630</sup> *Ibid*; Immi Tallgren, « The Sensibility and Sense of International Criminal Law » (2002) 13:2 EJIL 561 aux pp 567 et 581 [Tallgren, « The Sensibility »].

<sup>1631</sup> Tallgren, « The Sensibility », *supra* note 1630 à la p 567.

<sup>1632</sup> Nettelfield, *Courting Democracy*, *supra* note 1628 à la p 11.

<sup>1633</sup> Marc A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, CUP, 2007 à la p 12.

les principaux objectifs de caractère international de la justice internationale pénale. Le caractère légitimant de ces objectifs découle de la pathologie de la situation nationale à laquelle la justice internationale pénale est envisagée comme remède<sup>1634</sup>. Cherif Bassiouni a fait une réflexion sur l'échec de juger les criminels de la Première Guerre mondiale tout à fait transposable dans le contexte des tribunaux contemporains. Il s'est demandé « si l'intention des Alliés était de faire prévaloir la justice ou s'il s'agissait seulement d'utiliser les symboles de la justice pour atteindre des objectifs politiques »<sup>1635</sup>. La création des tribunaux récents s'est probablement nourrie des deux intentions, à savoir répondre aux attentes de justice d'une part et atteindre des objectifs politiques d'autre part<sup>1636</sup>. Cette dernière intention se situe sur le plan international. Considérant que la souveraineté confère compétence aux institutions nationales pour régler leurs affaires internes, c'est par exception à ce principe qu'a pu se justifier la création des tribunaux pénaux internationaux.

Le mandat de maintien de ces tribunaux tient d'une double logique. D'une part, la nature des crimes jugés et d'autre part la relation entre le Conseil de sécurité et les institutions de justice internationale pénale. Les crimes internationaux sont considérés comme portant atteinte à la paix et la sécurité internationale. C'est par ce biais que le Conseil de sécurité<sup>1637</sup> a pu jouer une partition importante dans la création des juridictions *ad hoc* des Nations Unies<sup>1638</sup>. Ce rôle a été contesté sans succès dès l'affaire *Tadić* où la défense estimait que le Conseil avait agi au-delà de ses compétences<sup>1639</sup>. La Chambre d'appel du TPIY a rejeté l'idée que la création du Tribunal international par le Conseil soit une usurpation des pouvoirs d'autres organes, considérant que la création d'un organe judiciaire est pour le Conseil de sécurité « un instrument pour l'exercice de sa propre fonction principale de maintien de la paix et de la sécurité, c'est-à-dire comme une mesure contribuant au rétablissement et au maintien de la paix dans l'ex-Yougoslavie »<sup>1640</sup>.

<sup>1634</sup> Églantine Cujo et Mathias Forteau, « Les réactions des organisations politiques » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux, Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, Pedone, 2000, 635 à la p 676 [Cujo et Forteau, « Les réactions »] (« cette internationalisation de la répression se justifie ici par les carences des systèmes de répression interne des États visés »).

<sup>1635</sup> Cherif Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux, Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, Pedone, 2000, 635 à la p 636 [Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions »].

<sup>1636</sup> Lors de la création du TSSL, le Conseil de sécurité affirmait que « le Gouvernement sierra-léonais souhaite que l'Organisation des Nations Unies l'aide à créer un tribunal fort et crédible qui permettrait de répondre aux objectifs de justice et du rétablissement d'une paix durable ». Voir Conseil de sécurité, Doc NU S/RES/1315 (2000).

<sup>1637</sup> Conseil de sécurité, Résolution 808(1993) du 22 février 1993; Résolution 827(1993) du 25 mai 1993, Doc NU S/RES/827(1993).

<sup>1638</sup> Cujo et Forteau, « Les réactions », *supra* note 1634 à la p 663.

<sup>1639</sup> *Tadić*, appel sur la compétence, *supra* note 692 au para 29 (« C'est le Conseil de sécurité qui constate s'il existe une des situations justifiant l'utilisation des 'pouvoirs exceptionnels' du chapitre VII. Et c'est également le Conseil de sécurité qui choisit la réponse à une telle situation [...] »).

<sup>1640</sup> *Ibid* au para 38.



Ce lien entre justice internationale pénale et maintien de la paix s'est généralisé par la suite au TSSL<sup>1641</sup>, au TSL<sup>1642</sup> et bien entendu à la CPI dont le préambule du *Statut* affirme que les crimes graves « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde »<sup>1643</sup>. Le pouvoir de renvoi du Conseil de sécurité de l'article 13-b fait de la Cour une opération de la paix puisqu'une telle action doit être entreprise « en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ».

À cet objectif de maintien de la paix<sup>1644</sup>, qu'endossent souvent fièrement les organes de poursuite des juridictions pénales internationales<sup>1645</sup>, il faut ajouter l'apport de la justice internationale pénale à sa consolidation. On trouve explicitement le mandat de réconciliation nationale inscrit dans les textes fondamentaux des tribunaux internationaux<sup>1646</sup>. L'idée que la justice internationale pénale contribuerait à la réconciliation n'a pas été accueillie sans controverses. Au lendemain de la guerre, les différents protagonistes doivent pourtant continuer de vivre ensemble pacifiquement<sup>1647</sup>; d'où la nécessité d'entreprendre le processus de réconciliation nationale. Les tribunaux pénaux internationaux interviennent dans ces situations de déchirement. Ils assument donc ce mandat, non seulement en vertu de leur caractère international, en ce sens que les acteurs de la guerre ne peuvent être eux-mêmes des arbitres, mais également en raison des symboles de la justice qu'ils incarnent. Ce sont le sens de la vérité et l'équité.

Il est contesté que le processus judiciaire contribue à l'établissement de la vérité. Il fait sans doute mieux référence à l'effort des tribunaux d'établir les faits, du moins de les découvrir et ainsi de fournir une explication ou une justification à ce qui s'est passé. Dans des sociétés post-conflit, les

---

<sup>1641</sup> *The Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (18 juin 1997) (TPIR, Chambre de première instance II) (« *The question of whether or not the conflict posed a threat to international peace and security is a matter to be decided exclusively by the Security Council. The Trial Chamber nevertheless takes judicial notice of the fact that the conflict in Rwanda created a massive wave of refugees, many of whom were armed, into the neighbouring countries which by itself entailed a considerable risk of serious destabilisation [...]* »).

<sup>1642</sup> Conseil de sécurité, Résolution 1757 (2007), 5685<sup>e</sup> séance le 30 mai 2007 à la p 2.

<sup>1643</sup> *Statut de Rome*, préambule, para 3.

<sup>1644</sup> La paix étant souvent entendue comme absence de guerre: Clart, «Peace, Justice», *supra* note 598 à la p 539.

<sup>1645</sup> Voir Charles Chernor Jalloh, « Regionalizing International Criminal Law? » (2009) 9 Int'l Crim L Rev 445 à la p 485 [Jalloh, «Regionalizing»]; Jens David Ohlin, « Peace, Security, and Prosecutorial Discretion » dans Carsten Stahn, Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, La Haye, Koninklijke Brill, 2009, 185 à la p 191; Graham Blewitt, « The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda » dans M Lattimer, P Sands, dir, *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 145 à la p 146.

<sup>1646</sup> Conseil de sécurité, résolution 955(1994) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 3454<sup>e</sup> séance le 8 novembre 1994, Doc NU S/RES/955(1994); AG NU, Doc A/RES/57/228, 77<sup>e</sup> séance plénière, 18 décembre 2002.

<sup>1647</sup> Kai Ambos et Jan-Christoph Nemiz, Commentaire des décisions *Prosecutor v Kambanda*, ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence (4 septembre 1998) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sentence (4 octobre 1998) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Serushago*, ICTR-98-39-T, Decision Relating to a Plea of Guilty (14 décembre 1998) et *Le Procureur c Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, Jugement sur la peine (5 février 1999) (TPIY, Chambre de première instance), (2001) 2 ALC 835 à la p 835 [Ambos et Nemiz, commentaire].

survivants ont besoin de cette explication pour se reconstruire ; pour envisager de pardonner ou d'accepter de faire partie de la même communauté que leurs bourreaux d'hier. Ce faisant, c'est chaque membre de la nation qui peut se voir purgé de la culpabilité dans laquelle il avait été plongé par l'élite criminelle au pouvoir<sup>1648</sup>. Ce travail de documentation servirait non seulement à éclairer l'opinion, mais également à fermer la porte à un révisionnisme. Le Secrétaire général des Nations Unies dit à ce sujet à propos des juridictions *ad hoc* que « la documentation considérable réunie et classée par ces tribunaux garantit que l'histoire ne pourra pas être déformée plus tard à des fins politiques »<sup>1649</sup>.

Cet impératif impose donc qu'il ne soit pas opposé au processus judiciaire des obstacles l'empêchant d'accéder à la vérité. Étienne Jaudel souligne ainsi au sujet des procès de Tokyo que si la vérité a été établie du fait de certains documents recueillis par les procureurs et les témoignages produits devant les juges<sup>1650</sup>, ces procès auraient cependant été dévalorisés du fait de certains silences. Le silence sur la responsabilité de l'empereur Hirohito, qui ne fut ni inculpé ni appelé à témoigner. Le silence sur un accord secret entre les Américains et les Japonais leur permettant d'avoir accès à des documents concernant des recherches « sur la guerre bactériologique menée par l'armée japonaise et dans le cadre de laquelle d'horribles expériences médicales ont été effectuées sur les prisonniers »<sup>1651</sup>. Silence enfin sur les crimes des puissances victorieuses.

La réconciliation par le processus judiciaire suppose que celui-ci soit équitable à l'égard de toutes les parties concernées. L'impartialité du tribunal est surtout fondamentale lorsqu'il s'agit de sociétés marquées par des conflits ethniques. Elle est indispensable pour éviter que la justice ne produise une vérité parcellaire, susceptible au contraire d'exacerber les antagonismes. Cette préoccupation touche à la sélectivité de la justice internationale pénale ainsi qu'au contrôle de l'exercice de la discrétion du Procureur dans le choix des individus à poursuivre. L'obligation pour celui-ci d'enquêter à charge et à décharge, de même que le pouvoir d'initiative des juges en matière de preuve, sont certes des instruments utiles à l'éclosion de la vérité, mais ils ne peuvent être utilisés qu'à l'occasion d'un cas précis. Il s'ensuit qu'il n'existe aucun moyen, outre éventuellement la pression de l'opinion et l'opportunité politique du moment, pour s'assurer que les auteurs de crimes

---

<sup>1648</sup> Étienne Jaudel, *Le procès de Tokyo. Un Nuremberg oublié*, Paris, Odile Jacob, 2010 à la p 137 [Jaudel, *Le procès de Tokyo*].

<sup>1649</sup> Secrétaire général des Nations Unies, *État de droit et justice transitionnelle dans les sociétés en situation de conflit ou d'après conflit*, Rapport au Conseil de sécurité, Doc NU S/2011/634, 12 octobre 2011 au para 28 [SG NU, *État de droit et justice transitionnelle*].

<sup>1650</sup> Jaudel, *Le procès de Tokyo*, *supra* note 1648 à la p 134.

<sup>1651</sup> *Ibid* à la p 134.

internationaux, dont la répression est indispensable à la réconciliation nationale, passent entre les mailles de la justice internationale pénale. Ce dernier point interroge le mandat de promotion de l'état de droit énoncé au paragraphe 4 du préambule du *Statut de Rome*.

Dans sa dimension internationale, la promotion de l'état de droit suppose que les tribunaux pénaux internationaux fassent respecter l'ordre public international<sup>1652</sup>. C'est à ce titre que les crimes graves ne sauraient rester impunis. Les États parties se sont engagés « à garantir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre »<sup>1653</sup>. La fonction de la peine selon le TPIY vise à cet égard à montrer que les crimes ne resteront pas impunis et à favoriser la confiance et le respect envers le système de justice internationale pénale<sup>1654</sup>. En conséquence, la sélectivité, qui offrirait à certains criminels une échappatoire, serait contraire à la primauté du droit. Cela n'est pas moins vrai si l'impunité prospère du fait de certaines immunités testimoniales qui bien que fondées sur un intérêt social légitime peuvent constituer un paravent à la volonté des tribunaux de faire respecter la justice. La problématique de la promotion de l'état de droit au niveau international est loin d'être différente de celle du droit interne, les deux ordres étant soumis au *prima du politique*.

Au niveau interne en effet, les États qui sortent d'un conflit doivent rétablir l'état de droit, pour ceux qui ne l'ont jamais été, ou l'instaurer, en ce qui concerne les systèmes qui engagent pour la première fois le processus démocratique. Dans ces situations, les Nations Unies décrivent l'état de droit comme consistant à faire « respecter le principe de responsabilité des auteurs de crimes graves, en renforçant le cadre normatif de la justice transitionnelle, en restaurant la confiance dans les institutions judiciaires et les organes de sécurité et en encourageant l'égalité des sexes »<sup>1655</sup>.

Plus réaliste à entreprendre dans le cas des juridictions mixtes fonctionnant dans les pays en transition<sup>1656</sup>, ce mandat apparaît particulièrement présomptueux pour les tribunaux de caractère international comme la CPI<sup>1657</sup>. C'est à titre symbolique qu'elle peut contribuer à la promotion de

---

<sup>1652</sup> Ambos et Nemiz, commentaire, *supra* note 1647 à la p 836.

<sup>1653</sup> *Statut de Rome*, préambule, para 11.

<sup>1654</sup> *Le Procureur c Kupreskić et al.*, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) au para 848 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1655</sup> SG NU, *État de droit et justice transitionnelle*, *supra* note 1649 au para 4.

<sup>1656</sup> *Ibid* au para 30.

<sup>1657</sup> En tout état de cause, le principe de responsabilité auquel s'assimilerait le mieux le rôle de la CPI ne s'entend pas dans le contexte de justice transitionnelle de la seule répression pénale. Voir SG NU, *État de droit et justice transitionnelle*, *supra* note 1649 au para 17 : « Les programmes de justice transitionnelle favorisent le respect du principe de responsabilité, renforcent le respect des droits de l'homme et sont essentiels pour créer dans la population l'esprit civique indispensable pour soutenir la réforme de l'état de droit, le développement économique et la gouvernance démocratique. Ils peuvent comprendre à la fois des mécanismes judiciaires et des mécanismes non judiciaires, avec par exemple l'ouverture de poursuites judiciaires contre des

l'état de droit. Elle ne saurait se prévaloir d'un tel mandat à titre principal, ce en raison de la relation incertaine que l'on peut établir entre l'administration de la justice internationale pénale et la réception nationale des normes que cette dernière énonce. Il n'y a en la matière aucune automaticité. La CPI, comme institution internationale, participe mieux du développement du droit international pénal dont les principes inspirent les efforts nationaux en matière de lutte contre les crimes graves<sup>1658</sup>. Il en est ainsi du principe du respect des droits de l'accusé.

#### 2.1.1.2.2. – Rendre justice aux personnes poursuivies

Le droit pénal doit garantir les intérêts de la société dans son ensemble sans ignorer ceux des personnes qu'il met en cause<sup>1659</sup>. Il en résulte l'importance d'accorder un procès équitable aux criminels de guerre, car « *Even notorious criminals caught red-handed ought, in a civilized polity, to be given an opportunity to explain and defend* »<sup>1660</sup>. De fait, c'est bien plus une question de civilisation qui a mis en échec l'idée initiale des vainqueurs de la Deuxième Guerre d'exécuter sommairement les criminels nazis à l'égard desquels ils détenaient déjà des preuves suffisantes de leur responsabilité. Herbert Wechsler a évoqué deux autres raisons de ne pas procéder à des exécutions sommaires. Pour lui, il paraissait difficile d'exclure que la mise en œuvre d'un tel projet soit entachée d'erreurs d'une part. D'autre part, d'un point de vue moral, il considérait que « *if the execution of prisoners without trial is a war crime while hostilities are in progress, I do not see why it is in any better position when hostilities have come to an end* »<sup>1661</sup>. Il était donc important que la réaction soit fondée en droit. En dépit des réserves qui ont été émises sur le succès d'un tel effort, Nuremberg a été considéré comme « *the first attempt in world history to respond in the forms of law to unprecedented excesses of power* »<sup>1662</sup>. Depuis lors, les droits procéduraux des accusés relèvent du droit coutumier, voire des normes impératives du droit international<sup>1663</sup>.

---

individus, des réparations aux victimes, des commissions de la vérité, une réforme des institutions, des procédures de vérification des antécédents des personnels de sécurité et, le cas échéant, de licenciement ».

<sup>1658</sup> Nettelfield, *Courting Democracy*, supra note 1628 à la p 3. L'auteur note au sujet du TPIY que « *The Court has facilitated social movements and the creation of new institutions, and has ultimately changed attitudes about accountability* ».

<sup>1659</sup> Bernard Bolduc, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2010 à la p 2.

<sup>1660</sup> Sheldon Glueck, «The Nuremberg Trial and Aggressive War» dans Guénaël Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 72 à la p 75.

<sup>1661</sup> Herbert Wechsler, «The Issues of the Nuremberg Trial» dans Guénaël Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 308 aux pp 317-318.

<sup>1662</sup> Reinhard Merkel, «The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated» dans Guénaël Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 555 à la p 573.

<sup>1663</sup> Patrick Robinson, «The Right to Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY» (2010) 3 Berkeley JL Int'l L Publicist 1 aux pp 1, 5 et 7 [Robinson, «The Right to Fair Trial in International Law»]. Voir notamment *Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-A-AR77, arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent Conseil, Milan Vujin (27 février 2001) à la p 3 (TPIY, Chambre d'appel); *Le Procureur c Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Arrêt, (24 mars

Cela étant, si c'est l'article 14 du *PIDCP* qui est le reflet d'une norme impérative, ce ne sont pas ses éléments qui, pris isolément, sont insusceptibles de dérogation. C'est l'objectif imposé par cette disposition qui l'est, à savoir qu'il soit garanti à l'accusé un procès équitable. Un élément de cette notion ne doit impérativement être respecté que si, compte tenu des circonstances, le fait de ne pas l'appliquer affecte « fatalement » le caractère équitable de la procédure. C'est en cela que le droit au procès équitable est relatif<sup>1664</sup>. Cette exigence d'analyse globale implique de procéder à une mise en balance des intérêts concurrents avec les éléments du droit au procès équitable à la lumière de la finalité de l'équité. À ce titre, lorsqu'on considère les éléments relatifs à la transparence du processus pénal international, force est de constater qu'ils reçoivent des applications différentes où ils priment tantôt toute autre considération ou doivent céder dans d'autres circonstances. Par exemple, en matière de protection des victimes et témoins, la hiérarchie établie par les textes des divers tribunaux accorde une primauté aux droits de l'accusé. Or en ce qui concerne le principe de publicité des débats, il s'applique sous réserve des droits des victimes et témoins<sup>1665</sup>.

Nous avons vu dans les premiers chapitres que de tout temps, les tribunaux pénaux internationaux ne considèrent pas la restriction de la publicité comme une atteinte au droit au procès équitable de l'accusé, laissant l'impression qu'il s'agit plus du droit du public que de celui de la défense. Quant aux immunités testimoniales absolues fondées sur la confidentialité, nous avons également vu que l'équité à l'égard de la défense est maintenue en envisageant la suspension et la fin des procédures lorsque l'accès aux éléments de preuve est impossible. Mais nous avons aussitôt contesté que si la solution paraît satisfaisante, dans le contexte spécifique de la CPI, elle ne prenait pas suffisamment en compte d'autres considérations importantes. Il y a bien sûr la préoccupation relative au sens d'une décision qui ni ne condamne ni n'acquitte sur la réputation de la personne accusée, mais également l'intérêt des victimes de faire valoir leurs préoccupations.

---

2000) aux paras 104, 113 (TPIY, Chambre d'appel) (affirmant au sujet de la question de savoir si le droit d'appel est un élément du droit au procès équitable que le droit au procès équitable est une exigence du droit coutumier international); *Le Procureur c Furundžija*, IT-95- 17/1-A, Arrêt (21 juillet 2000) au para 164 (TPIY, Chambre d'appel) (commentant que le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant est généralement reconnu comme un élément à part entière du droit au procès équitable); *Prosecutor v Norman, Kallon, and Gbao*, SCSL-2003-09-PT, Decision on the Application for a Stay of Proceedings and Denial of Right to Appeal (4 novembre 2003) (TSSL, Chambre d'appel) (La Cour statue que l'article 14 du *PIDCP* a le statut de norme de *jus cogens*. L'accusé contestait la légalité de l'institution de la Cour et affirmait la validité des lois d'amnistie. La Chambre d'instance a jugé qu'il s'agissait de questions importantes nécessitant une détermination rapide dans l'intérêt de l'accusé d'être jugé dans des délais raisonnables. La défense a contesté cette démarche prétendant que l'accusé avait droit à un double degré de juridiction. Rejetant cet argument, la Chambre a statué qu'en plus d'être clairement codifié à l'article 14-3-c, le droit d'être jugé rapidement n'est pas le droit de l'accusé seul, mais également celui des victimes et de la communauté internationale. Approuvant la procédure accélérée, la Chambre d'appel a jugé que le droit au procès équitable constitue une norme de *jus cogens*).

<sup>1664</sup> *R v Davis*, [2008] UKHL 36 (HL) [26(2)].

<sup>1665</sup> Robinson, «The Right to Fair Trial in International Law», *supra* note 1663 à la p 10.

#### 2.1.1.2.2. – Répondre aux préoccupations des victimes

L'un des objectifs de la CPI est d'offrir aux victimes de crimes internationaux l'opportunité de faire valoir leurs points de vue et intérêts. Le droit international pénal résultant du cadre juridique de la Cour leur consacre pour ce faire un ensemble de droits procéduraux qu'elles peuvent exercer dans le but d'obtenir réparation des préjudices soufferts. Ce droit de participation constitue une des nouveautés de la juridiction pénale internationale permanente. Avant elle, pour des raisons économiques, considérant leur nombre élevé<sup>1666</sup>, les victimes n'avaient pas la possibilité de se constituer parties civiles dans les procédures des juridictions pénales internationales *ad hoc*. Elles n'y apparaissaient qu'en tant que témoins. De plus, de Nuremberg et Tokyo à La Haye et Arusha, la preuve testimoniale à laquelle on a reconnu certaines vertus thérapeutiques pour les victimes n'a pas eu la même importance<sup>1667</sup>. D'après Élisabeth Claverie en effet, « [...] celles qui viennent témoigner les représentent toutes. Leur parole aura une double fonction. Celle de restituer la vérité, participant ainsi à l'écriture future de l'histoire, et celle en parlant, de sortir de la sidération produite par la violence et de permettre le travail de catharsis »<sup>1668</sup>.

Dans le cadre de la CPI, au-delà de pouvoir comparaître comme témoins, les victimes peuvent exercer un rôle plus actif dans la procédure. Sans détenir un véritable droit de mettre en mouvement les poursuites<sup>1669</sup>, elles peuvent provoquer l'ouverture d'enquêtes dans une situation en communiquant au Procureur des informations faisant état de la commission de crimes. Par la suite, elles peuvent, lorsqu'une Chambre accède à leur demande, obtenir le statut de participant dans la procédure contre un suspect identifié. Les Chambres déterminent à chaque étape de la procédure si les conditions pour participer fixées à l'article 68-3 du *Statut de Rome* sont remplies, à savoir (i) s'il existe un intérêt personnel suffisant de la victime à défendre à l'étape procédurale en question (ii) si la participation à cette étape est appropriée et (iii) si la participation ne portera pas préjudice ou ne sera pas incompatible avec les droits de l'accusé et le procès équitable et impartial<sup>1670</sup>. Construite de

---

<sup>1666</sup> Élisabeth Claverie, « Ménager la victime? Ménager le coupable? Jugement, révision et histoire devant le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie » (2009) 58:2 *Droits et cultures* 141 à la p 152 [Claverie, « Ménager la victime? »].

<sup>1667</sup> On a ainsi moins recouru aux témoins dans les TMI de l'après-guerre : Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2011 à la p 146.

<sup>1668</sup> Claverie, « Ménager la victime? », *supra* note 1666 à la p 152. Mais voir aussi Mark J Osiel, « In Defense of Liberal Show Trials – Nuremberg and Beyond » dans Guénaél Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 704.

<sup>1669</sup> Dans certains systèmes de droit civil les victimes peuvent engager des poursuites en déclenchant ce qu'on appelle l'« action publique ». La plainte déposée entre les mains d'un juge d'instruction oblige ce dernier à ouvrir les enquêtes, sauf si la poursuite serait fondamentalement impossible. Voir Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*, *supra* note 394 aux pp 90-103.

<sup>1670</sup> Pour l'analyse de ces trois conditions, voir Miriam Cohen, « Victims' Participation Rights Within the International Criminal Court : A Critical Overview » (2008-2009) 37 *Denv J Int'l L & Pol'y* 351 aux pp 368-374.

cette façon, la participation des victimes aux procédures de la CPI entretient avec la confidentialité des rapports ambivalents. D'une part, elle concourt à faciliter leur participation, notamment à travers les mesures de protection, d'autre part elle constitue un obstacle à ce qu'elles assument un rôle plus important dans la procédure.

Lorsqu'une victime participante souhaite témoigner dans la procédure ou exercer le droit de poser des questions aux témoins, la Cour impose la levée de son anonymat<sup>1671</sup>. Elle est ainsi contrainte de choisir entre sa protection et une participation plus effective. Cette approche qui vise à maintenir un équilibre entre la participation des victimes et l'équité procédurale à l'égard des deux parties que sont l'accusation et la défense apparaît largement favorable aux deux derniers<sup>1672</sup>. Sur l'accès aux documents et éléments de preuve de l'affaire, qui faciliterait une meilleure expression des vues et préoccupations des victimes, des progrès remarquables ont été faits. Dans l'intérêt de l'indépendance de la poursuite en effet, la nécessité de préserver le secret des enquêtes justifiait l'exclusion des victimes des éléments confidentiels du dossier<sup>1673</sup>. Elles n'étaient ainsi limitées qu'à avoir accès aux éléments publics. Les Chambres de la CPI ont fini par admettre que pour une participation significative des victimes, il était indispensable que leurs représentants légaux aient accès à certains documents confidentiels. Ce droit est désormais aménagé de trois façons : (i) les parties peuvent notifier aux représentants légaux les documents confidentiels qui touchent à l'intérêt personnel des victimes ; (ii) une Chambre peut d'office autoriser un représentant légal des victimes à avoir un tel accès et (iii) les représentants légaux ont accès à l'index de l'affaire, ce qui leur permet de pouvoir identifier les documents confidentiels qui touchent les intérêts des victimes et d'en requérir l'accès auprès de la Chambre compétente<sup>1674</sup>.

La clarification des droits procéduraux des victimes a également abouti à leur reconnaître la possibilité de produire et de contester des éléments de preuve<sup>1675</sup>. Les conséquences de la

---

<sup>1671</sup> *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-462, Décision sur les modalités de participation des victimes a/0001/06, a/0002/06, a/0003/06 à l'audience de confirmation des charges (22 septembre 2006) aux pp 7-8 (CPI, Chambre préliminaire I) (« il serait porté atteinte au principe fondamental interdisant les accusations anonymes s'il était permis aux victimes [...] d'ajouter quelque élément de fait ou de preuve que ce soit [...] il s'ensuit que les victimes ne sauraient interroger les témoins selon la procédure prévue à la règle 91-3 du Règlement »).

<sup>1672</sup> Mais plus généralement, la participation des victimes poserait des problèmes d'équilibre préjudiciables aux parties. Voir Christine ACCUSATION Chung, «Victims' Participation at the International Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the Promise? » (2008) 6:3 Nw J Int'l Hum Rts 459 aux pp 518-520.

<sup>1673</sup> *Ibid* à la p 518.

<sup>1674</sup> Pena, «Achievements Made and Challenges», *supra* note 694 aux pp 504-505.

<sup>1675</sup> *Lubanga*, ICC-01/01/01/06-1119-tFRA, *supra* note 485 aux paras 108-111 (admettant le droit d'introduire des éléments de preuve); *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-474-tFRA, *supra* note 1327 aux paras 90-114; *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, *supra* note 486 aux paras 86-105.

reconnaissance de ce droit ne sont pas négligeables. Si les victimes peuvent produire les éléments de preuve, il s'ensuit qu'elles doivent pouvoir les obtenir. Elles seraient dès lors soumises aux mêmes restrictions que les parties si les sources de renseignements et de documents venaient à leur opposer la confidentialité. Il est cependant plus probable qu'en tant que témoins directs des faits, elles demandent à faire valoir leurs vues et préoccupations en comparaisant en personne. L'accusation a tenté de s'opposer à cette éventualité dans l'affaire *Lubanga*, estimant que le témoignage des victimes ferait double emploi. La Chambre a statué, pour rejeter cet argument, que les victimes peuvent témoigner sous serment, considérant que « *the account of each former child soldier is unique – none of their personal histories are the same – [...]* »<sup>1676</sup>. Dans ce cas, le régime juridique de la communication des éléments de preuve, y compris les restrictions relatives à des intérêts gardés confidentiels, leur serait applicable<sup>1677</sup>. Cet apport des victimes en éléments de preuve dans la procédure qui dans certaines circonstances est un appui à l'accusation peut toutefois dans d'autres cas être en contradiction avec sa stratégie. Il en est ainsi parce qu'ils peuvent ne pas avoir les mêmes intérêts dans la poursuite de l'accusé.

En effet, le régime de la participation des victimes vise à permettre à ces dernières de prétendre à la réparation des crimes. La réparation est synonyme de justice. Un courant doctrinal estime que si le droit international pénal trouve sa justification dans la rétribution, la dissuasion, l'écriture de l'histoire, la réinsertion et l'éducation, elle a avant tout le devoir « *of conferring a sense of justice to the population affected by the atrocity* »<sup>1678</sup>. Le juge néerlandais à Tokyo dira que « *the first duty of the Tribunal [is] to mete out justice* »<sup>1679</sup>. Dans l'affaire *Nikolić*, les juges du TPIY, se prononçant sur la sentence, ont affirmé que les objectifs de la peine reflètent « *the calls for justice from the persons who have – directly or indirectly – been victims of the crimes* »<sup>1680</sup>.

Comprises de cette façon, les peines infligées aux personnes condamnées ont une fonction réparatrice pour les victimes. Elles ne constituent pas seulement le moyen de corriger une personne condamnée. La sanction comble le déséquilibre né de la commission du crime. Les juridictions *ad*

<sup>1676</sup> *Le Procureur c Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial (26 juin 2009) au para 37 (CPI, Chambre préliminaire I).

<sup>1677</sup> Pena, « Achievements Made and Challenges », *supra* note 694 à la p 506.

<sup>1678</sup> H. Christie, « The Poisoned Chalice: Imperial Justice, Moral Relativism, and the Origins of International Criminal Law » (2010) 72 U Pitt L Rev 361 à la p 363. Voir aussi Cryer, *An Introduction*, *supra* note 1241 aux pp 23-24.

<sup>1679</sup> *United States v Araki et al.*, Judgment of the International Military Tribunal for the Far East, Separate Opinion of Judge Röling, 24 novembre 1948 (International Military Tribunal for the Far East), US Government Printing Office, 1948.

<sup>1680</sup> *Le Procureur c Momir Nikolic*, IT-02-60/1-S, Jugement sur la peine (2 décembre 2003) au para 82 (TPIY, Chambre de première instance I).



*hoc* considèrent que la rétribution est suffisante pour assouvir le besoin de justice des victimes. Ainsi, « la seule réparation possible est celle de la reconnaissance de l'existence d'un crime international et donc sa sanction »<sup>1681</sup>. Cependant, alors que la rétribution, lorsqu'elle est sous forme de peine d'emprisonnement, peut convenir à rétablir l'ordre public violé, elle ignore la complexité de l'effet dommageable du crime. L'ancien juge à la CPI, le français Claude Jorda, a justement dit que « le choix d'une justice exclusivement tournée vers le châtement des auteurs méconnaît d'une certaine façon toute forme de justice reconstructrice et réparatrice »<sup>1682</sup>.

De fait, la justice réparatrice a pour but de répondre à une finalité différente de celle de l'ordre et de l'intérêt public<sup>1683</sup>. Il ne faut pas la réduire à une différence de moyens entre la restauration de l'ordre social et la restauration des victimes. Pour lui, la réparation est plus étendue et « *seeks to, and is capable of, transforming relationships among victims, offenders and society in line with the ideals of reparative justice theory by whatever means it employs to do this* »<sup>1684</sup>.

De ce fait, sans négliger la victime, mais en prenant en compte ses préoccupations, la réparation doit jouer une fonction cathartique pour l'ensemble de la société. Elle ne saurait se réduire à lui octroyer une compensation financière. Elle doit pouvoir contribuer à recréer les conditions sociales qui ont préexisté à la perpétration des crimes. À cet égard, activement négocié par la France et le Royaume-Uni<sup>1685</sup>, l'article 75-2 du *Statut de Rome* consacre le droit à la réparation des victimes qui n'a pas moins fait l'objet de critiques. On lui a reproché le fait qu'il ne comportait pas un aspect punitif<sup>1686</sup>, contrairement aux propositions qui devaient être discutées à Rome<sup>1687</sup>. Les formes de réparation retenues, à savoir la restitution, l'indemnisation et de la réhabilitation sont de plus limitées

<sup>1681</sup> Jeanne Sulzer, « Le statut des victimes dans la justice pénale internationale émergente » (2006) 28:1 APC 29 à la p 30 [Sulzer, « Le statut des victimes »].

<sup>1682</sup> Claude Jorda, « Du Jugement des responsabilités devant la Cour pénale internationale et de quelques réflexions sur les perspectives de la justice pénale internationale » dans Michel Danti-Juan, dir, *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Paris, CUJAS, 2008, 207 à la p 220.

<sup>1683</sup> Conor McCarthy, *Reparations and Victim Support in International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2012 à la p 57 [McCarthy, *Reparations and Victim Support*]. La justice restauratrice s'appliquerait bien au-delà du système de justice pénale. Voir John Dussich et Jill Schellenberg, dir, *The Promise of Restorative Justice: New Approaches for Criminal Justice and Beyond*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 2010 et Jac Armstrong, récession, « The Promise of Restorative Justice: New Approaches for Criminal Justice and Beyond » (2012) 18 Int'l Rev Victimology 183.

<sup>1684</sup> *Ibid* à la p 58.

<sup>1685</sup> Conor McCarthy, « Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms or Compatible Forms of Justice » (2012) 10 JICJ 351 à la p 361.

<sup>1686</sup> *Ibid* à la p 361.

<sup>1687</sup> Proposal by France and the UK to the Preparatory Committee (A/AC.249/1998/WG.4/DP.19), 10 février 1998; *Projet de Statut pour une cour pénale internationale*, A/Conf.183/2/Add.1), 14 avril 1998; Comité plénier, Conférence de Rome, Groupe de travail sur les peines, Document de travail du président sur l'article 75, A/Conf.183/C.1/WGP/L.3, 30 juin 1998.

à la reconstruction de la victime<sup>1688</sup>. Elles sont avant tout de nature financière et matérielle<sup>1689</sup> et n'incluent pas les réparations de nature symbolique, dont la satisfaction et les garanties de non-répétition<sup>1690</sup> appliquées par les mécanismes de droits de l'homme<sup>1691</sup>. Or l'avantage des réparations symboliques repose sur leur dimension collective<sup>1692</sup>. Cette perspective semble couverte par la création du Fonds au profit des victimes qui détient le pouvoir d'accorder des réparations aux victimes « *outside the context of Court-ordered reparations* »<sup>1693</sup>. Dans l'esprit des pouvoirs inhérents, rien ne l'empêche, pas plus que la Cour, d'élaborer les remèdes les plus appropriés, susceptibles donc d'inclure les réparations symboliques<sup>1694</sup>. De fait, l'effectivité substantielle à laquelle parviendrait ainsi le régime juridique de la CPI ne serait d'aucune manière incompatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Analysons plus en détail cet argument.

### 2.1.2. — L'effectivité : une compatibilité avec les droits de l'homme

Compte tenu de l'exigence de l'article 21-3 du *Statut de Rome* d'interpréter et d'appliquer le droit applicable de manière compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus, il convient de se demander à quel titre l'argument de la proportionnalité substantielle du secret répond à cette règle de conflit. On ne peut ici se contenter de l'affirmation que le droit international pénal contribue à la promotion des droits fondamentaux pour établir cette compatibilité<sup>1695</sup>. Il faut inscrire l'effectivité de la répression des crimes internationaux dans l'idée qu'elle répond, sur un plan idéologique, au mouvement en faveur de l'accroissement des droits des victimes dans le procès pénal (2.1.2.1.). En outre, la tendance à l'interprétation substantielle du droit à un recours effectif par

<sup>1688</sup> Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues*, Berlin, Springer-Verlag, 2008, 456 p à la p 24.

<sup>1689</sup> Frédéric Mégret, «The International Criminal Court Statute and the Failure to Mention Symbolic Reparation» (2009) 16:2 *International Review of Victimology* 127 à la p 127 [Mégret, «Failure to Mention Symbolic Reparation»].

<sup>1690</sup> *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire*, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996; *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final établi par M. Louis Jouanet, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1997/20 du 27 juin 1997 (Rapport Joint); *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Cherif Bassiouni, Commission des droits de l'homme, Doc NU E/CN.4/2000/62 du 18 janvier 2000.

<sup>1691</sup> Mégret, «Failure to Mention Symbolic Reparation», *supra* note 1689 aux pp 12-131.

<sup>1692</sup> *Ibid* à la p 132.

<sup>1693</sup> McCarthy, *Reparations and Victim Support*, *supra* note 1683 à la p 54.

<sup>1694</sup> Mégret, «Failure to Mention Symbolic Reparation», *supra* note 1689 à la p 137; Amnesty International, *The International Criminal Court, Fact sheet 6 Ensuring Justice for Victims*, à la p 3.

<sup>1695</sup> D'après Safferling, *Towards*, *supra* note 1603 aux pp 45-46: «*The objective of international criminal law [...] is seen as lying in the protection of legal goods. These goods find their expression in particular in human rights law. Criminal law therefore serves mainly to enforce the order that derives from human rights [...]. The main rationale for international criminal law is therefore the protection and promotion of human rights in the global society.*».

les mécanismes de protection des droits de l'homme démontre que l'effectivité de la répression des crimes graves est susceptible de s'accommoder du respect des exigences formelles (2.1.2.2).

#### 2.1.2.1. – Le mouvement en faveur des droits des victimes

S'en tenir à une proportionnalité procédurale de la confidentialité, qui est donc susceptible de faire échec à la répression, serait une injustice pour les victimes des crimes internationaux. La place que ces dernières occupent dans la procédure devant la CPI est la conséquence de l'expansion dans le champ du droit international pénal d'un mouvement qui a pris son envol dans le domaine des droits de l'homme<sup>1696</sup>. La lutte contre l'impunité, dont ont pu se prévaloir les tribunaux *ad hoc* devant lesquels les victimes ne tenaient qu'un rôle de témoin<sup>1697</sup>, était avant tout la lutte pour la restauration de l'ordre public mondial<sup>1698</sup>. Il est cependant devenu difficile de concevoir cette logique de rétribution sans intégrer les aspirations des victimes. L'appel au droit international pénal se justifie parce que les voies de recours habituelles, à savoir la mise en œuvre des mécanismes nationaux, puis internationaux de responsabilité de l'État, sont devenues impraticables. Dans bien des cas en effet, soit l'État est en totale déliquescence et ne peut offrir la justice, soit ses propres gouvernants, par leurs abus, sont à l'origine des souffrances endurées par les victimes. Il semble dès lors qu'en tant que succédané du droit international des droits de l'homme, la justice internationale pénale doive répondre aux attentes des victimes.

Le mouvement en faveur des droits des victimes, s'il trouve aujourd'hui à être articulé également devant les instances pénales internationales, a ses origines dans les droits fondamentaux. Il est vrai que les instruments internationaux des droits de l'homme consacrent le droit de plainte et d'indemnisation des victimes<sup>1699</sup>. Mais le mouvement de victimologie<sup>1700</sup> tient aussi

---

<sup>1696</sup> « Ce sont les conventions relatives aux droits de l'homme, et l'évolution de la pensée en matière de droits de l'homme en général, qui ont progressivement fait pénétrer dans le droit humanitaire l'idée que les victimes ont un droit individuel à l'indemnisation de leur préjudice » : Walley, « Victimes et témoins », *supra* note 39 à la p 53; Sulzer, « Le statut des victimes », *supra* note 1681 à la p 29.

<sup>1697</sup> Aucune victime du régime nazi n'a cependant témoigné à Nuremberg : Julian Fernandez, « Variations sur la victime et la justice pénale internationale » (2006) 6 *Amnis* 2 à la p 4.

<sup>1698</sup> *Ibid.*

<sup>1699</sup> Le *PIDCP* consacre en son article 2-3-a un droit à un recours utile en cas de violation des droits protégés et en son article 9-5 un droit à la réparation pour les victimes d'arrestation ou de détention illégale. La *DUDH* consacre également en son article 8 un droit à « un recours effectif » contre les actes violant les droits fondamentaux et l'article 14 de la Convention contre la torture le droit à réparation d'une victime d'un acte de torture. Voir aussi l'article 13 de la *CEDH* (droit à un recours effectif) et l'article 25 de la *CADH* (droit à un recours effectif). Sur le droit à réparation des victimes de conflit armé : Elke Schwager, « The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict » (2005) 4:2 *Chinese J Int'l L* 417.

<sup>1700</sup> À cet égard Jean Audet, Jean-François Katz, *Précis de victimologie générale*, Paris, Dunod, 2000.

et surtout d'une logique politique, celle de la place de la victime dans la société<sup>1701</sup>. Il renvoie, en matière de justice pénale, à la contestation du monopole étatique sur la répression des crimes.

Du fait de ce monopole, les victimes étaient exposées, en cas d'indifférence ou de malveillance des autorités chargées de la répression des crimes, à ce qu'on a appelé la « seconde victimisation ». La double victimisation signifie que la victime souffre une première fois entre les mains du bourreau et une deuxième fois de l'indifférence du système répressif ou de l'État<sup>1702</sup>. Neils Christie quant à lui, n'y voyait pas uniquement de l'indifférence, mais aussi une usurpation de la place de la victime par l'État dans le procès pénal. Il dira que « *the sole party that is represented by the state, namely the victim, is so thoroughly represented that she or he, for the most of the proceedings is pushed completely out of the arena, reduced to the triggerer-off of the whole thing* »<sup>1703</sup>. Cette victimisation secondaire peut bien être le fait d'un défaut de poursuivre ou encore d'un arrêt des poursuites fondé sur l'existence d'un intérêt de confidentialité valablement plaidé.

Les premières réponses à ce phénomène dans les années 1970 sont d'abord d'ordre socio-économique. Elles consistent à offrir un nombre de services aux victimes : plans de dédommagement, programmes de protection des victimes et témoins, programmes de renvoi aux services sociaux, programmes d'interventions de crise, programmes d'aide aux victimes et programmes de médiation pénale<sup>1704</sup>. Jusque-là, ces mesures se limitent à considérer la victime comme telle, c'est-à-dire une personne qui, ayant enduré un préjudice, mérite les égards de la société. On n'envisage cependant pas que sa réparation puisse se réaliser à travers un quelconque rôle dans la procédure pénale de laquelle elle est exclue.

Dans les années 1980 réapparaît l'idée de Niels Christie de l'appropriation de la procédure pénale par les victimes. Avec la croissance du phénomène criminel, surtout à l'égard des femmes et des personnes vulnérables, les groupes de soutien aux victimes vont revendiquer plus de sévérité

---

<sup>1701</sup> D'après Alan Young, « la majeure partie de la documentation victimologique est liée à l'étude de la victime en tant qu'acteur social et non en tant qu'acteur légal » : Alan N Young, *Le rôle de la victime au sein du processus judiciaire : une analyse bibliographique – 1989 à 1999*, Série de recherches sur les victimes d'actes criminels, Centre de la politique concernant les victimes, Ministère de la Justice du Canada, 2001 à la p 3 [Young, *Le rôle de la victime*]. Mais Robert Elias, « Transcending our Social Reality of Victimization: Toward a New Victimology of Human Rights » (1985) 10 *Victimology* 1, évoque un déplacement de l'intérêt de la discipline de la victime des crimes ordinaires aux victimes de violations de droits fondamentaux. Voir aussi Jo-Anne Wemmers, « Victim Reparation and the International Criminal Court » (2009) 16 *International Review of Victimology* 123 à la p 123 [Wemmers, « Victim Reparation »]. Cette conception est reflétée dans la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* de 1985, qui se divise en deux parties : l'une concernant les victimes de crimes et l'autre les victimes d'abus de pouvoir.

<sup>1702</sup> Alan N Young, « Crime Victims and Constitutional Rights » (2005) 49 *Crim L Q* 432 à la p 433 [Young, « Crime Victims »].

<sup>1703</sup> Neils Christie « Convicts as Property » (1977) *Br J Crim* 1 aux pp 3-4.

<sup>1704</sup> Young, *Le rôle de la victime*, *supra* note 1701 à la p 1; Young, « Crime Victims », *supra* note 1702 aux pp 433-434.

dans la sanction aux États-Unis<sup>1705</sup>. On a évoqué le fait qu'une participation à la procédure aurait un impact significatif sur la perception que les victimes ont de la légitimité du processus<sup>1706</sup>. L'imposition de la peine ne serait pas d'ailleurs l'aspect le plus important de cette participation. D'après le professeur Young, « la satisfaction des victimes est davantage liée au processus qu'au résultat. [...] Le fait d'être traité avec dignité et respect est plus important que celui de voir à ce que le contrevenant soit puni de la manière la plus sévère possible sur le plan juridique »<sup>1707</sup>.

Dans le droit fil de cette idée, les secondes réformes entreprises à partir de 1982 aux États-Unis et au Canada ont consisté à donner aux victimes « *in every criminal prosecution, the right to be present and to be heard at all critical stages of judicial proceedings* »<sup>1708</sup>. La portée de ces droits, essentiellement procéduraux, varie dans ces deux pays<sup>1709</sup>. Il leur est cependant commun que la participation des victimes n'affecte pas l'exercice par le ministère public de sa discrétion de poursuivre<sup>1710</sup>. Subsiste ainsi aux États-Unis et au Canada le monopole des autorités publiques en matière de poursuites criminelles. Le droit à un recours effectif garanti par les instruments internationaux ne s'envisage pas dès lors comme s'appliquant aux juridictions pénales.

<sup>1705</sup> Sorochinsky, « Prosecuting Torturers », *supra* note 1550 à la p 181; Voir plus généralement sur le mouvement des droits des victimes aux États-Unis Carrie A Rentschler, *Second Wounds: Victims' Rights and the Media in the US*, Durham, NC, Duke University Press, 2011.

<sup>1706</sup> Young, « Crime Victims », *supra* note 1702 à la p 438.

<sup>1707</sup> Young, *Le rôle de la victime*, *supra* note 1701 à la p 10.

<sup>1708</sup> Young, « Crime Victims », *supra* note 1702 à la p 434.

<sup>1709</sup> Aux États-Unis, le *Crime Victims' Rights Act*, 18 USC § 3771(a)(2) consacre un ensemble de huit droits des victimes dans un procès pénal: (1) droit d'être protégé de l'accusé, (2) droit de recevoir à temps la notification de la tenue du procès public, (3) le droit de ne pas être exclu de l'audience publique, (4) le droit d'être entendu au cours des audiences publiques concernant la libération, le plaidoyer sur la culpabilité, la fixation de la peine, la libération conditionnelle; (5) le droit de s'entretenir avec le procureur, (6) le droit à une pleine et rapide restitution, (7) le droit à une procédure exempte de délais déraisonnables, et (8) le droit d'être traité avec équité et respect. Au Canada, la victime de crime a droit de façon générale (i) au dédommagement (en vertu des articles 738 à 741.2 et 491.2 du *Code criminel*), à la suramende compensatoire, art 737 du *Code criminel* (qui sert à financer les aides provinciales aux victimes), le droit de faire une déclaration sur la peine (art 722 du *Code criminel*). En particulier, les réformes de plus grande ampleur ont été opérées en ce qui concerne les victimes de violence, principalement les femmes et les enfants. Les modifications du *Code criminel* incluent ainsi des changements aux définitions formelles des infractions sexuelles et aux obstacles en matière de preuve et de procédure : la preuve du comportement sexuel du plaignant de viol (art 276 *Code criminel*), exclusion du public et du jury et interdiction de diffusion de l'audience d'une demande de preuve du comportement sexuel du plaignant, protection des dossiers privés et confidentiels des victimes (art 278.1), exclusion du public, notamment en matière d'infractions contre les enfants (art 486.1), interdiction pour un accusé non représenté de contre-interroger un enfant témoin (art 486.2.3), interdiction de divulguer ou publier l'identité d'une victime de violence sexuelle (art 486.3), d'une victime-témoin de toute infraction (art 486.4.1); admission de preuves préalablement enregistrées d'un plaignant de moins de 18 ans ou d'un plaignant atteint de déficience mentale ou physique (art 715).

<sup>1710</sup> Young, « Crime Victims », *supra* note 1702 aux pp 439-440; Young, *Le rôle de la victime*, *supra* note 1701 à la p 7 (estimant qu'il y a consensus dans la doctrine anglo-saxonne pour rejeter le retour au droit de poursuite privé). Le véritable débat actuel sur les droits des victimes, suscité par leur opposabilité relative en justice, porte sur le statut qu'il faut leur accorder dans l'ordre juridique interne aux États-Unis et au Canada. Des auteurs appellent à inscrire ces droits, non plus seulement dans la loi, mais dans la constitution fédérale : Douglas E Beloof, « The Third Wave of Crime Victims' Rights : Standing, Remedy, and Review » (2005) Brigham Young University Law Review 255.

Sur ce point, les réformes américaines et canadiennes se rapprochent du processus de formation des droits des victimes au niveau européen. Les textes ayant un caractère contraignant qui ont été adoptés à partir de 1983<sup>1711</sup> prévoient plus généralement que les États s'efforcent de dédommager les victimes, y compris en dehors de toute procédure judiciaire<sup>1712</sup>; de leur assurer une protection et l'assistance dans le cadre ou non de procédures judiciaires<sup>1713</sup>. Aucun d'eux n'affirme cependant, lorsqu'il inclut l'obligation que les États ouvrent aux victimes un recours effectif, que l'exercice d'un tel droit puisse se faire à travers l'initiation d'une procédure pénale ou une obligation non discrétionnaire de poursuivre ou de permettre que les victimes s'y joignent<sup>1714</sup>. Au sens des recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe<sup>1715</sup>, qui n'ont pour les États aucune valeur obligatoire<sup>1716</sup>, l'application des mesures qu'elles énoncent ne devrait dépendre « ni de l'identification de l'auteur de l'infraction pénale ni de son arrestation, ni des poursuites engagées à son encontre ni de sa condamnation ». La recommandation de 2006 est intéressante à cet égard. Lorsqu'elle aborde le droit à un accès effectif aux voies de recours, elle envisage l'accès aux juridictions civiles comme un droit, tandis les États sont seulement invités à instaurer « des procédures permettant aux victimes de réclamer, dans le cadre d'une procédure pénale, une indemnisation à l'auteur de l'infraction [...] »<sup>1717</sup>.

La conception dominante est donc celle de la protection, de l'assistance psychosociale et de la réparation par l'indemnisation, la répression du crime n'étant pas un droit. Symptomatique de cette logique, la recommandation de 1985 ne limite la discrétion des autorités de poursuites qu'en considération de l'existence de moyens alternatifs pour les victimes d'obtenir réparation des dommages. Aux termes de ce texte en effet, « une décision discrétionnaire relative aux poursuites ne devrait pas être prise sans considération adéquate de la question de la réparation du dommage subi

<sup>1711</sup> *Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes*, 24 novembre 1983, S.T.E. 116.

<sup>1712</sup> *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, 16 mai 2005, STCE 197, art 15-4; *Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme*, 16 mai 2005, STCE 196, art 13.

<sup>1713</sup> *Ibid.* Voir en particulier le chapitre III et le chapitre V.

<sup>1714</sup> Or dans les pays où les victimes jouissent d'un droit d'action devant les tribunaux pénaux, elles peuvent plus facilement actionner le mécanisme de compétence universelle. Tel est le cas en France et en Belgique : Sulzer, « Le statut des victimes », *supra* note 1681 à la p 35.

<sup>1715</sup> Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation R(85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, adoptée par le Comité des ministres, 387<sup>e</sup> réunion (1985) [*Recommandation n°R(85) 11*]; *Recommandation R (87) 21 sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation*, 410<sup>e</sup> réunion (1987); *Recommandation Rec(2006)8 sur l'assistance aux victimes d'infractions*, 967<sup>e</sup> réunion (2006) [*Recommandation Rec(2006)8*].

<sup>1716</sup> Marie Laure Lanthiez, « La clarification des fondements européens des droits des victimes » dans Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 145 à la p 147 [Lanthiez, « La clarification des fondements »].

<sup>1717</sup> *Recommandation Rec(2006)8*, *supra* note 1715 au point 7.

par la victime, y compris tout effort sérieux déployé à cette fin par le délinquant »<sup>1718</sup>. Le dernier membre de cette phrase est un appel à la promotion de la médiation pénale, qui dans le cadre du droit communautaire de l'Union européenne<sup>1719</sup>, constitue finalement l'unique disposition ouvrant la porte à l'appropriation de la répression du crime par les victimes.

L'hésitation à reconnaître la répression pénale comme un recours que la victime peut actionner tient, nous semble-t-il, du caractère supranational des textes ci-dessus évoqués. Tout comme la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* des Nations Unies de 1985<sup>1720</sup>, ils tendent à donner aux États un droit commun tout en ménageant les particularismes nationaux. Or sur ce point précisément, il est curieux de remarquer que dans l'ordre juridique interne des États, le monopole étatique de la répression apparaît largement contesté d'un bout à l'autre du vieux continent. En Allemagne<sup>1721</sup>, en Espagne<sup>1722</sup>, en Belgique<sup>1723</sup>, en France<sup>1724</sup>, mais aussi en Angleterre<sup>1725</sup>, le droit de poursuite privée des victimes revêt une valeur si ce n'est légale, constitutionnelle<sup>1726</sup>.

---

<sup>1718</sup> Recommandation n°R(85) 11, *supra* note 1715 au point 5.

<sup>1719</sup> Décision-cadre du Conseil de l'UE, *supra* note 787, art 10.

<sup>1720</sup> *Principes relatifs aux victimes d'abus de pouvoir*, *supra* note 786; Pour un développement plus détaillé de ces droits : Cherif Bassiouni, « International Recognition of Victims' Rights » (2006) 6:2 Hum Rts L Rev 203; Wemmers, « Victim Reparation », *supra* note 1701 aux p 123-124.

<sup>1721</sup> Hervé Henrion, « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande? » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 25-46 aux pp 35 et s. [Henrion, « Y a-t-il une place pour la victime? »]; Leblois-Happe Jocelyne et al., « Chronique de droit allemand » (2002) 73 :3 RIDP 1229.

<sup>1722</sup> Rodolfo Brenes Vargas et Alberto Manuel Poletti Adorno, « La victime en Espagne : acteur privilégié du procès pénal » dans Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 87 à la p 87.

<sup>1723</sup> Kris Decramer et Lore Gyselaers, « La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès? » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 68 à la p 77 [Decramer et Gyselaers, « La victime dans la procédure pénale belge »].

<sup>1724</sup> Martin Méchin, « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 104 aux pp 116 et s; Belliver Florence et Duvert Cyrille, « Regards pluridisciplinaire sur les victimes. Les victimes : définitions et enjeux » (2006) 28:1 APC 3 à la p 7 [Belliver et Duvert, « Regards pluridisciplinaire »]; Pradel et Varinard, *Les grands arrêts*, *supra* note 394 aux pp 90-103; Élisabeth Fortis, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale » (2006) 28:1 APC 41 à la p 41 [Fortis, « Ambiguïtés »] (« la loi française donne a priori une place enviable à la victime dans la procédure pénale par rapport à d'autres systèmes juridiques étrangers »); Xavier Pin, « Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux » (2006) 28:1 APC 49 aux p 49-50 (« une fois n'est pas coutume, le droit français a devancé le droit européen, tant du Conseil de l'Europe que de l'Union européenne »).

<sup>1725</sup> Aurélien Martini, « La victime en Angleterre : 'une formidable absence, partout présente' », dans Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 47 [Martini, « La victime en Angleterre »].

<sup>1726</sup> *Gouriet v Union of Post Office Workers*, 1978, AC 435, cité par Martini, « La victime en Angleterre », *supra* note 1725: « La nécessité que des poursuites soient menées (et financées) par des personnes privées a largement disparu, mais elle existe toujours et c'est une garantie constitutionnelle fort utile contre les caprices, la corruption, les préjugés ou le refus des autorités de poursuivre certains auteurs d'infraction ».

Ainsi qu'on peut le voir, la formation du droit des victimes dans le concert européen, sans aller jusqu'à imposer aux États un traitement équivalant à celui de l'accusé<sup>1727</sup>, consacre un statut de la victime dans la procédure pénale et lui reconnaît un ensemble de droits socio-économiques. Sauf dans les cas admis par la législation interne, ce mouvement ne s'entend pas comme la possibilité d'entreprendre des poursuites criminelles. Les mécanismes internationaux des droits de la personne, principalement la Cour IADH et la Cour EDH, vont cependant plus loin en envisageant l'institution des poursuites criminelles comme moyen de garantir la jouissance du droit à un recours effectif.

#### 2.1.2.2. – La dimension substantielle du droit à un recours effectif

Rechercher une proportionnalité substantielle de la confidentialité est d'autant compatible avec les droits de l'homme reconnus que les organes en charge de leur protection élargissent la garantie du droit à un recours effectif au-delà de l'accès aux instances judiciaires. Ainsi, les victimes qui portent plainte doivent effectivement se voir rendre justice. Les organes de protection interprètent le droit à un recours effectif de manière à lever les obstacles formels à l'effectivité de la répression. Une construction du régime juridique du secret qui réinventerait ces difficultés dans le procès devant la CPI doit en conséquence être vue comme incompatible avec les droits de l'homme reconnus.

Le système interaméricain a été très tôt actif sur le terrain de la promotion des droits des victimes de crimes graves. Cela se justifiait par son contexte opérationnel. Les années 1980 et 1990 marquent la sortie de plusieurs pays de la région de graves crises caractérisées par des violations massives des droits de l'homme et des problèmes d'impunité auxquels certains avaient répondu par des lois d'amnistie<sup>1728</sup>. La Cour IADH va ainsi construire de façon extensive le droit à un recours effectif comme imposant à l'État une double obligation de punir et de réparer. Cette approche justifie de reconnaître à la victime qui agit dans la procédure pénale pour assurer la jouissance de ses droits, les garanties du procès équitable traditionnellement reconnues à l'accusé.

L'affaire *Velasquez-Rodriguez* a jeté les bases de cette jurisprudence qui n'a plus depuis lors été infléchie. Interprétant l'article 1 du *Pacte de San Jose*, la Cour IADH l'a analysé comme imposant une double obligation négative et positive. D'après la Cour, l'obligation négative de respecter les droits inscrits dans la Convention fixe des limites à l'exercice de l'autorité publique<sup>1729</sup>. À l'inverse,

---

<sup>1727</sup> *Décision-cadre du Conseil de l'UE*, *supra* note 787, considérant 9. Pour les développements sur la participation des victimes : Antonietta Confalonieri, « The Role of the Victim in Administrative and Judicial Proceedings » (2010) 81:3 RIDP 529.

<sup>1728</sup> Sorochinsky, « Prosecuting Torturers », *supra* note 1550 aux p 181-182.

<sup>1729</sup> *Velasquez-Rodriguez (Honduras)* (1988), Cour IADH (sér C) n° 4 au para 165 [*Velasquez*].



l'obligation positive d'assurer la jouissance de ces droits implique que « *the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation* »<sup>1730</sup>.

La doctrine de l'obligation de punir, ainsi qu'a été qualifiée cette jurisprudence, a contribué, selon un auteur, à restreindre les droits des accusés dans les systèmes pénaux nationaux<sup>1731</sup>. L'obligation positive de punir implique que l'État mette en place des structures garantissant la jouissance des droits proclamés par la Convention. Son champ d'application s'étend aux situations dans lesquelles la violation des droits de l'homme serait le fait d'un acteur non étatique. L'État est tenu responsable s'il a manqué à la diligence de prévenir la violation ou d'y répondre.

Dans *Velasquez-Rodriguez*, la Cour IADH s'est cependant limitée à prononcer des réparations pour les ayants droit des victimes, sans requérir de l'État du Honduras la réouverture des procès. Les commentateurs ont dès lors pensé que la doctrine de l'obligation de punir développée par la Cour IADH se limiterait à la rhétorique de la répression et au cas des violations les plus graves, puisque dans *Velasquez* il s'agissait de la pratique systématique des disparitions forcées par l'État. Cette croyance résultait de ce que la Cour avait fait des affirmations similaires dans les affaires subséquentes portant sur des violations de même type<sup>1732</sup>. Toutefois, le ton utilisé par la Cour va être de plus en plus ferme et répressif, ceci dans l'intérêt de l'effectivité des droits des victimes. Dans *Paniagua-Morales*, elle dira que l'État a l'obligation: « *to use all legal means at its disposal to combat that situation, since impunity fosters chronic recidivism of human rights violations and total defenselessness of victims and their relatives* »<sup>1733</sup>.

Au-delà des moyens, la formule laisse implicitement entrevoir une obligation de résultat. L'ampleur des moyens que la Cour IADH appelle les États à employer, du moins leur rapport avec les droits de l'accusé, en rend compte. D'abord, le droit à un recours effectif de l'Article 25 de la CADH revêt une portée fort étendue. D'après la Cour, il ne s'agit pas seulement pour l'État d'assurer un accès à la justice. Cet accès doit pouvoir déboucher sur l'octroi d'un remède concret. Et la Cour

---

<sup>1730</sup> *Ibid* au para 174.

<sup>1731</sup> Fernando Felipe Basch, « The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and its Dangers » (2007) 23 Am U Int'l L Rev 196 à la p 199 [Basch, «The Doctrine Regarding States' Duty to Punish»].

<sup>1732</sup> *Godinez-Cruz (Honduras)* (1989), Cour IADH (sér C) n° 5 au para 175; *Caballero-Delgado (Colombie)* (1995), Cour IADH (sér C) n° 22; *Paniagua Morales (Guatemala)* (1998), Cour IADH (sér C) n° 37 [*Paniagua Morales*].

<sup>1733</sup> *Paniagua Morales, supra* au para 173.

ne se limite pas à concevoir l'obligation de remédier à une violation comme la simple réparation d'un préjudice. Comme une obligation de résultat elle dit dans *Loayza-Tomayo* que l'exercice du recours doit déboucher à ce que « *those responsible for human rights violations may be prosecuted and reparations obtained for the damages suffered* »<sup>1734</sup>.

L'importance de ces droits, à savoir le droit de voir son bourreau puni et le préjudice souffert réparé, soulève le problème de la place de la victime dans la procédure pénale. Le contexte politique des pays à l'égard desquels la Cour IADH est compétente et surtout le fait que les violations sont en majorité le fait ou tolérées par les agents d'État a déterminé la Cour à se prononcer sur la question. Ainsi a-t-elle statué que les articles 25 et 8 (droit au procès équitable) sont étroitement liés<sup>1735</sup>. Depuis 1997, partant de la lettre de l'article 8 qui s'applique à « toute personne », la Cour IADH a jugé que le droit au procès équitable s'étend également à la victime dans une procédure pénale. Dans *Genie-Lacayo*, elle a statué que pour déterminer si l'article 8 avait été violé, il fallait commencer par savoir si les droits procéduraux de la partie qui a porté l'accusation, en l'occurrence il s'agissait de l'assassinat du jeune Genie-Lacayo, avaient été respectés<sup>1736</sup>. Un an après, elle précise mieux cette position dans une affaire concernant le Guatemala, statuant que l'article 8 « *also includes the rights of the victim's relatives to judicial guarantees ... [and] recognizes the right ... to have [the crimes] effectively investigated, . . . those responsible prosecuted for committing said unlawful acts; [and] to have the relevant punishment, where appropriate, meted out* »<sup>1737</sup>.

La jurisprudence *Bulacio*, concernant un cas de mauvais traitements dans un poste de police ayant abouti à la mort d'un jeune homme de 17 ans, vient couronner la consécration du droit à un procès équitable des victimes. Elle rappelle certes que l'obligation de punir s'applique tant en matière de crimes ordinaires que de crimes de masse et que l'État doit éliminer tous les obstacles à l'effectivité des poursuites<sup>1738</sup>, mais elle consacre pour la première fois, a-t-on soutenu<sup>1739</sup>, la primauté des droits des victimes. En l'espèce précisément, dans l'esprit de sa pratique sur le droit au procès équitable des victimes, elle jugeait que le procès de l'agent de police qui avait infligé de mauvais traitements à Bulacio, avait dépassé les délais raisonnables. Condamnant l'attitude de

---

<sup>1734</sup> *Loayza-Tomayo (Pérou)* (1998), Cour IADH (sér C) n° 42 au para 168.

<sup>1735</sup> *Ibid* aux paras 169-170.

<sup>1736</sup> *Genie-Lacayo (Nicaragua)* (1997), Cour IADH (sér C) n° 30 au para 75.

<sup>1737</sup> *Blake (Guatemala)* (1998), Cour IADH (sér C) n° 36 aux paras 96-97.

<sup>1738</sup> Dans l'affaire *Bulacio (Argentine)* (2003), Cour IADH (sér C) n° 100 au para 117 [*Bulacio*] il est dit que « *no domestic legal provision or institution, including extinguishment, can oppose compliance with the judgments of the Court regarding investigation and punishment of those responsible for human rights violations* ».

<sup>1739</sup> Basch, «The Doctrine Regarding States' Duty to Punish», *supra* note 1731 à la p 207.

l'avocat de l'accusé qui avait ralenti le procès par de nombreuses demandes incidentes, elle a conclu à un abus de droit et demandé à ce que l'Argentine juge de nouveau l'accusé. De même, elle n'a pas épargné les juges, estimant que les droits procéduraux de l'accusé devaient être limités pour permettre la pleine satisfaction du droit de la victime à voir le bourreau puni<sup>1740</sup>.

Obligée par cette décision, qui a valeur constitutionnelle dans son ordre juridique, l'Argentine se trouvait contrainte de la mettre en œuvre, y compris dans ce cas en portant atteinte au droit de l'accusé à un procès rapide. Ainsi, entre le droit de l'accusé et le droit de la victime, la Cour IADH s'est prononcée en faveur des victimes<sup>1741</sup>. Surtout, sa pratique remettrait en cause la balance traditionnelle entre les droits de l'accusé et l'intérêt public de la répression. D'après Fernando Felipe Basch, la Cour fait ainsi émerger un droit pénal de l'ennemi<sup>1742</sup>.

L'émergence du droit pénal de l'ennemi évoque le développement récent de normes réprimant les crimes odieux où les gouvernants considèrent que les droits procéduraux de l'accusé représentent plus un obstacle qu'un avantage pour le succès de la répression pénale<sup>1743</sup>. D'après Fernando Felipe Basch, la doctrine de l'obligation de punir de la Cour IADH donne lieu à deux régimes distincts de droit pénal. Les accusés des violations des droits garantis par la Convention américaine, considérés comme les ennemis de l'humanité, seraient jugés en vertu du droit pénal de l'ennemi avec des garanties procédurales plus flexibles. À l'inverse, pour les violations ne relevant pas des droits de l'homme, ils se voient appliquer la protection traditionnelle. Cette approche, poursuit l'auteur, est dangereuse parce que sous la Convention américaine, les droits protégés pourraient facilement couvrir l'ensemble du régime pénal, de sorte que le paradigme du droit pénal de l'ennemi prévaudrait. Bien qu'il soit favorable à l'application d'une telle approche pour les violations les plus graves, il estime que les États latino-américains, généralement déferents à la Cour IADH pourraient ne pas être en mesure de faire cette distinction lors de la réception, en droit interne, de la jurisprudence de la Cour. Il rejoint ainsi un autre commentateur qui pense que la doctrine de l'obligation de punir est dangereuse dans les sociétés où la maturité démocratique est insuffisante<sup>1744</sup>. La Cour EDH offrirait à cet égard un exemple d'équilibre.

---

<sup>1740</sup> Bulacio, *supra* note 1738 aux paras 113 et s.

<sup>1741</sup> Basch, «The Doctrine Regarding States' Duty to Punish», *supra* note 1731 à la p 207.

<sup>1742</sup> *Ibid* à la p 213.

<sup>1743</sup> Mariel Garrigos-Kerjan, «La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme» (2006) 28:1 APC 187 à la p 187.

<sup>1744</sup> Sorochinsky, «Prosecuting Torturers», *supra* note 1550 aux pp 210 et s.

La jurisprudence de la Cour EDH ne va pas aussi loin que celle de la Cour IADH pour affirmer un droit des victimes à voir leurs bourreaux punis. Elle leur a cependant reconnu un nombre de droits, inexistant dans la Convention, telle la protection contre l'attaque à la vie<sup>1745</sup>, contre l'attaque à l'intégrité personnelle<sup>1746</sup>, le droit de demander des enquêtes effectives<sup>1747</sup> ou encore l'obligation imposée aux États de prendre des mesures pour protéger la vie en cas de menace d'attaques criminelles<sup>1748</sup>. À la place d'un droit de punir, elle élimine les contraintes procédurales à l'établissement de la responsabilité pénale. Elle considère, comme la Cour IADH, que les délais de prescription sont injustes à l'égard des victimes<sup>1749</sup> et exige aux États de criminaliser les actes de personnes privées susceptibles de porter atteinte à leurs droits<sup>1750</sup>. Ainsi, les systèmes américain et européen, convergents en ce que le recours effectif emporte au moins un droit à la réparation<sup>1751</sup>, adoptent, quant à la rétribution, des approches différentes : la Cour IADH affirme un droit substantiel à ce que l'auteur des crimes soit effectivement puni tandis que la Cour EDH consacre un droit procédural à ce qu'une violation fasse l'objet d'une enquête approfondie et effective.

Même si dans certaines affaires marquées par une gravité particulière elle a souvent monté le ton, donnant à croire que cette obligation procédurale est une obligation de résultat<sup>1752</sup>, elle la définit uniquement comme celle qui est « *capable of leading to the identification and punishment of those responsible* »<sup>1753</sup>. Il n'y a donc aucune obligation de la part de l'État de parvenir à une condamnation<sup>1754</sup>. D'ailleurs, quelle que soit la gravité de la violation, la Cour EDH considère que le droit à un recours effectif est satisfait dès lors que la victime a la « *possibility of establishing liability for*

<sup>1745</sup> Cour EDH, *McCann et al. c Royaume-Uni* [GC], n° 18984/91 (27 septembre 1995).

<sup>1746</sup> Cour EDH, *Aksoy c Turquie*, n° 21987/93 (18 décembre 1996).

<sup>1747</sup> *Ibid* au para 98 (la notion de recours effectif comprend en plus du paiement d'une indemnisation, lorsque approprié, une enquête approfondie et effective). Voir également Cour EDH, *X & H c Pays-Bas*, n° 8978/80 (26 mars 1985); Cour EDH, *Anguelova c Bulgarie*, n° 38361/97 (13 juin 2002); *Kurt c Turquie*, n° 24276/94 (25 mai 1998).

<sup>1748</sup> Cour EDH, *Osman c Royaume-Uni* [GC], n°23452/94 (28 octobre 1998).

<sup>1749</sup> Cour EDH, *Abdulsamet Yaman c Turquie*, n°32446/96 (2 novembre 2004) (jugant que l'enquête approfondie et effective doit être menée promptement à une vitesse raisonnable).

<sup>1750</sup> Cour EDH, *Siliadin c France*, n°73316/01 (26 juillet 2005) (protection contre le travail forcé); *MC c Bulgarie*, n°39272/98 (4 décembre 2003) (protection de la vie privée).

<sup>1751</sup> Dans *Velasquez*, *supra* note 1729 au para 174, la Cour IADH ajoute à l'obligation de prévenir, d'enquêter et de punir, l'obligation de réparer. Voir également Cour EDH, *Papamichalopoulos et al. c Grèce*, n° 14556/89 (31 octobre 1995) au para 439. Devant le CDH, voir *Observation générale n° 31*, 26 mai 2004. La Cour EDH a dans certaines circonstances, notamment les violations graves, ordonné elle-même des réparations sous ce qu'elle appelle « satisfaction équitable ». Une pratique similaire existe dans le système interaméricain. Pour une discussion plus détaillée: J M Pasqualucci, « Victims Reparation in the Inter-American Human Rights System » (1996) 18 Mich J Int'l L 1; S Davidson, « Remedies for Violations of the American Convention on Human Rights » (1995) 44 ICLQ 405. En vertu de l'article 27 du Protocole créant la Cour ADHP, la Cour peut prononcer des réparations.

<sup>1752</sup> Voir par exemple Cour EDH, *Menesheva c Russie*, n° 59261/00 (9 mars 2006).

<sup>1753</sup> Cour EDH, *Bekos c Grèce*, n° 15250/02 (13 décembre 2005) aux paras 22 et 35.

<sup>1754</sup> Cour EDH, *Öneryildiz c Turquie*, n° 48939/99 (30 novembre 2004).

*the incidents... whether by applying to join criminal proceedings as an intervening party or by instituting proceedings before the civil or administrative courts* »<sup>1755</sup>. Là se situerait cependant la grande différence avec le système interaméricain des droits de la personne. Outre le droit à la réparation, il est en effet commun aux deux ordres de droit que la victime, quand bien même elle n'aurait pas un droit d'initiative en matière de procès pénal, jouisse, lorsqu'elle s'y joint, des garanties du droit au procès équitable<sup>1756</sup>. L'idée n'est pas moins partagée par la doctrine<sup>1757</sup>.

Somme toute, il résulte des développements qui précèdent que la mise en balance des droits de l'accusé avec ceux des victimes ne revêt pas qu'une portée procédurale. La volonté de donner plein effet aux droits de ces dernières commande que la CPI ne se limite pas à une proportionnalité formelle de la confidentialité, dès lors que celle-ci n'assure pas nécessairement une réponse appropriée aux aspirations des victimes, comme de la communauté internationale dans son ensemble d'ailleurs. Dès lors que la nécessité d'une telle approche a été démontrée, il importe de voir maintenant comment elle peut être opérationnalisée. Nous soutiendrons dans les pages qui suivent que la recherche d'une telle solution est autant la responsabilité des États que celle de la Cour. Nous proposons en conséquence une réponse dialectique à la restriction de la confidentialité dans la procès devant la CPI.

## 2.2. – Une dialectique de la proportionnalité substantielle

Une démarche toute naturelle, et possiblement la plus facile à poursuivre, serait de procéder à une réforme du cadre juridique de la CPI sur la confidentialité. Toutefois, considéré comme « *[an] architecture ... of unprecedented complexity* »<sup>1758</sup> ou une structure byzantine, fragmentée et hiérarchiquement ambiguë<sup>1759</sup>, l'ensemble normatif qu'il forme ne se prête pas aisément à la réécriture. Compréhensible quant au *Statut de Rome* en raison de son caractère constitutionnel, cette rigidité est contestée en ce qui concerne le RPP qui, réglant les questions de procédure, aurait

---

<sup>1755</sup> *Ibid.*

<sup>1756</sup> Sur les développements jurisprudentiels à la Cour EDH à ce sujet, voir *Doorson c Pays-Bas*, n° 20524/92 (26 mars 1996) au para 70; *Acquaviva c France*, n° 19248/91 (21 novembre 1995); *Pérez c France* [GC], n° 47287/99 (12 février 2004). Pour les commentaires : Michel Puéchavy, « Les limites de l'applicabilité de l'article 6, §1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme à la constitution de partie civile » (2006) 65 *Rev trim dr h* 99; *Menet c France*, n° 39553/02 (14 juin 2005).

<sup>1757</sup> Lanthiez, « La clarification des fondements », *supra* note 1716 à la p 151; Barbara Sibi, « Le principe de l'égalité des armes et la victime au procès pénal » (2005) n°3 *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 547; Fortis, « Ambiguïtés », *supra* note 1724 à la p 45.

<sup>1758</sup> Claus Kreß, « The Procedural Texts of the International Criminal Court » (2007) 5 *JICJ* 537 à la p 537.

<sup>1759</sup> B Don Taylor III, « Demystifying the Procedural Framework of the International Criminal Court: A Modest Proposal for Radical Revision » dans Carsten Stahn, Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Londres, Martinus Nijhoff, 2009 aux pp 755-756.

gagné à avoir un processus d'amendement plus flexible<sup>1760</sup>. À contre-courant des propositions de la CDI<sup>1761</sup> et de la pratique des juridictions *ad hoc*<sup>1762</sup>, ce processus est étatique et ne reconnaît qu'une marge de manœuvre limitée au juge<sup>1763</sup>. Un amendement du RPP de la CPI nécessite un vote des États parties à la majorité de deux tiers<sup>1764</sup>.

À côté de la réforme, on ne saurait accuser une interprétation inadéquate des règles de confidentialité par la Cour. Mais peut-elle invoquer l'article 21-3 pour écarter l'application de la confidentialité absolue puisqu'une proportionnalité substantielle, ainsi que nous l'avons démontré, ne serait pas incompatible avec les droits de l'homme reconnus? La jurisprudence de la Cour EDH est à cet égard très éloquente quant aux limites à la confidentialité dans l'intérêt de la justice<sup>1765</sup>. Cette démarche, qui l'obligerait à aller à l'encontre des termes du *Statut de Rome*, serait confortée par la portée constitutionnelle des droits de l'homme découlant de l'article 21-3. On peut toutefois penser que les juges ne voudront pas prendre ce risque pour ne pas se mettre à dos les États. Fort de cette considération, nous suggérons une proportionnalité substantielle par la bande. Elle impliquerait pour la Cour une nécessaire optimisation de ses procédures (2.2.1) et pour les États une adaptation de leur coopération aux exigences de l'effectivité (2.2.2.).

---

<sup>1760</sup> Cette flexibilité se justifie particulièrement au regard de la finalité du RPP qui est de combler les lacunes et les incohérences du *Statut* : Bruce Broomhall, « Article 51 » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* - , Munich, C H Beck, Hart, Nomos, 2008, 1033 à la p 1036 [Broomhall, «Article 51»]; Schabas, *The International Criminal Court*, *supra* note 41 à la p 644.

<sup>1761</sup> Projet de statut d'une cour criminelle internationale, dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 46<sup>ème</sup> session*, Doc NU A/49/10, supp 1994, art 19. Voir aussi Timothy L.H. McCormack et Gerry Simpson, «Achieving the Promise of Nuremberg: A New International Criminal Law Regime» dans Timothy L.H. McCormack et Gerry Simpson, dir, *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1997, 229 aux pp 248–249; Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 40; Broomhall, «Article 51», *supra* note 1760 à la p 1034.

<sup>1762</sup> Le pouvoir législatif des juridictions *ad hoc* a posé des problèmes de légitimité en dépit de la contribution au développement du droit: Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 39. Mais pour Cassese, cela était nécessaire « [...] to deal with a panoply of contingencies which were not anticipated by the framers of their Statutes »: Cassese, « The Statute », *supra* note 2 à la p 163.

<sup>1763</sup> Il s'agit d'une réaction à la latitude des juridictions *ad hoc* qu'on a taxée d'entorse au principe de légalité: Mia Swart, « Ad Hoc Rules for Ad Hoc tribunals: the Rule-Making Power of the Judges of the ICTY and ICTR » (2002) 18 South African J Hum Rts 570 à la p 578. Voir TPIY: *The Prosecutor v Tadić*, IT-94-1-A-R77, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin (31 janvier 2000) au para 24 (TPIY, Chambre d'appel). Pour Bruce Broomhall, la séparation des pouvoirs dans le cas de la CPI est un progrès qui contribue à l'objectif de cohérence normative : Broomhall, «Article 51», *supra* note 1760 à la p 1044.

<sup>1764</sup> Boas et al, *Int'l Crim Procedure*, *supra* note 417 à la p 39

<sup>1765</sup> Cour EDH, *Sanoma Uitgevers BV c Pays-Bas* [GC], n° 38224/03 (14 septembre 2010) au para 89. Pour un commentaire de cet arrêt: Pierre-Louis Roisné, « Tu ne chercheras pas à connaître l'identité de « Gorge profonde » » (2011) 34 *L'Europe des Libertés* 22. Voir aussi *Van der Heijden c Pays-Bas* [GC], n°42857/05 (3 avril 2012) au para 54 où la Cour admet la légitimité de la restriction du droit à la vie privée pour « la protection de la société par la 'prévention des infractions pénales', notion qui englobe la recherche de preuves en vue de la découverte et de la poursuite des infractions ».

### 2.2.1. – L'optimisation nécessaire des procédures de la Cour

Cette section suggère que si la Cour ne peut ignorer l'exigence rigoureusement formulée de respecter les règles de confidentialité ainsi qu'il résulte des textes, elle peut tout de même conduire ses procédures d'une manière qui fasse le moins prédominer le secret. Elle peut y parvenir si son procureur fait l'effort de dépolitiser les poursuites d'une part (2.2.1.1.) et d'autre part de s'assurer en amont de dépouiller « la preuve clé » de toute considération de confidentialité (2.2.1.2).

#### 2.2.1.1. – Dépolitiser les poursuites

En octobre 2010, le Procureur de la CPI a publié son projet de politiques relatives aux examens préliminaires des affaires<sup>1766</sup>. L'examen préliminaire est la phase de la procédure au cours de laquelle il détermine, sur la base des informations et renseignements reçus, s'il y a lieu d'ouvrir une enquête sur des crimes relevant de la compétence de la Cour. Le projet de politiques porte sur les critères qu'il prend en compte ainsi que les procédures qu'il applique lorsqu'ayant identifié une situation, il décide d'ouvrir une enquête ou de poursuivre. Pour des raisons économiques<sup>1767</sup>, mais aussi au nom de la complémentarité<sup>1768</sup>, le Procureur entend limiter les poursuites aux personnes qui portent la responsabilité la plus lourde<sup>1769</sup>. Ce choix procède de l'expérience des juridictions mixtes et *ad hoc*, le TSSL et les CETC en tête, qui n'ont jugé qu'une poignée de personnes<sup>1770</sup>.

<sup>1766</sup> BdP, *Draft policy paper on preliminary examinations*, La Haye, 4 octobre 2010 [BdP, *Examens préliminaires*].

<sup>1767</sup> BdP, *Paper on some policy issues before Office of the Prosecutor*, La Haye, CPI, 2003 à la p 7; Luis Moreno Ocampo, «Part III: Keynote by the ICC Chief Prosecutor» dans *Report of the Proceedings of the colloquium of Prosecutors of International Criminal Tribunals*, Arusha, Tanzania, 25-27 novembre 2004.

<sup>1768</sup> FIDH, *The Office of the Prosecutor of the ICC-9 years on: Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011). Recommendations to the next ICC Prosecutor*, N° 579, décembre 2011 à la p 12. En ligne <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf>>. L'application du principe de complémentarité peut opérer dans les deux sens : la Cour n'intervient pas à l'égard des plus hauts responsables jugés par les tribunaux internes, mais si ces tribunaux éprouvaient des difficultés à le faire, elle pourrait se saisir de l'affaire. Voir BdP, *Examens préliminaires*, *supra* note 1766.

<sup>1769</sup> John Ralston et Sarah Finnin, « Investigating International Crimes: A Review of International Law Enforcement Strategies, Expediency v Effectiveness » dans David Blumenthal et Timothy McCormack, dir, *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?* Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 47 à la p 48 [Ralston et Finnin, «Investigating International Crimes»]. On estime par exemple que près de 15000 personnes étaient présumées d'être des auteurs de crimes de guerre durant le conflit des Balkans: Avril McDonald, «Bosnia's War Crimes Chamber and the Challenges of an Opening and Closure» dans José Doria, Hans-Peter Graser, Cherif Bassiouni, dir, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 297 à la p 299. Or la compétence concurrente des juridictions *ad hoc* avec les tribunaux nationaux qui aurait permis de juger un plus grand nombre n'a pas connu de succès : Virginia Moris et Michael Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vol 1, Irvington-on-Hudson, NY, Transnational Publishers, 1995 à la p 124.

<sup>1770</sup> Le Statut du TSSL prévoit que le Tribunal « [t]he power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law [...] including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone »: CS, Res 1315 (2000), Doc NU S/RES/1315 (2000), 14 août 2000. Aux termes de la loi sur les chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, les Chambres sont instituées « [...] afin de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des crimes [...] » : *Lois sur la création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la*

Du point de vue de l'effectivité, il est espéré que la Cour tire le plus grand bénéfice de cette stratégie. Elle permettrait en effet de marginaliser les gouvernants qui commettent des crimes sur leurs populations<sup>1771</sup>, d'accroître la dissuasion<sup>1772</sup> et même de contribuer à la stabilité des régions en conflit<sup>1773</sup>. En somme, selon le Procureur, une telle politique est susceptible de maximiser l'impact de son action<sup>1774</sup>. À ce titre, pour établir le critère d'admissibilité de la gravité<sup>1775</sup>, il considérera outre l'impact social des crimes<sup>1776</sup>, la qualité de l'auteur<sup>1777</sup>.

En dépit du rejet de cette approche des poursuites axées sur les hauts dirigeants par la Chambre d'appel<sup>1778</sup>, le principe demeure en vigueur aux termes du *Règlement du BdP* de 2009<sup>1779</sup>. Il a été régulièrement appliqué par les chambres préliminaires<sup>1780</sup>. Bien que ce type de stratégie revête un intérêt indéniable pour l'atteinte des objectifs de la Cour, c'est notre conviction qu'elle présente l'inconvénient majeur d'être trop perméable à l'érection du secret. Les poursuites qui débutent au plus haut niveau de l'échelon politique dans un pays sont les plus vulnérables à la confidentialité. Il est notoire que les crimes réprimés par la Cour sont des crimes organisationnels. Si les groupes armés ne semblent pas compter au nombre des institutions qui peuvent faire valoir des préoccupations de sécurité nationale, il est par contre indéniable qu'il s'agit d'un privilège que les

---

*poursuite des crimes commis Durant la période du Kampuchea Démocratique*, promulguée le 27 octobre 2004 Doc NS/RKM/1004/006, art 2.

<sup>1771</sup> Jalloh, «Regionalizing», *supra* note 1645 à la p 485.

<sup>1772</sup> Mendes, *Peace and Justice*, *supra* note 739 à la p 29 («*Making Heads of State and high government officials accountable for involvement in the most serious international crime is indispensable to the prevention of future conflicts and the deterrence of such crimes*»).

<sup>1773</sup> Conseil de sécurité, 6772<sup>e</sup> séance, 16 mai 2012, Doc CS S/PV.6772 à la p 3.

<sup>1774</sup> Voir BdP, *Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites*, La Haye, CPI, 14 septembre 2006 à la p 5; BdP, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, La Haye, CPI, 1<sup>er</sup> février 2010 à la p 6 para 19; BdP, *Examens préliminaires*, *supra* note 1766 à la p 2 para 8.

<sup>1775</sup> *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-169, sous scellés *Ex parte*, réservé au Procureur, reclassifiée publique conformément à la décision ICC-01/04-538-PUB-Exp du 23 septembre 2008, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée «*Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58*» (13 juillet 2006) aux paras 69-79 (CPI, Chambre d'appel) [*Situation en RDC*, ICC-01/04-169].

<sup>1776</sup> BdP, *Examens préliminaires*, *supra* note 1766 au para 70

<sup>1777</sup> *Ibid* au para 70-c.

<sup>1778</sup> *Ibid* au para 75 (CPI, Chambre d'appel).

<sup>1779</sup> BdP, *Règlement du BdP*, La Haye, CPI, 23 avril 2009, norme 34-1: «*L'équipe conjointe examine les renseignements et les éléments de preuve recueillis et définit provisoirement une ou plusieurs hypothèses de travail pour une affaire pour laquelle ou lesquelles elle précise les faits qui devront faire l'objet d'une enquête et la ou les personnes qui semblent porter la responsabilité la plus lourde*» (les italiques absents du texte original).

<sup>1780</sup> *Situation en République du Kenya*, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) au para 187 (CPI, Chambre préliminaire II): «*en l'absence d'enquêtes au niveau national portant sur : i) les hauts dirigeants politiques ou des milieux d'affaires [...]; et ii) les crimes contre l'humanité qui auraient été commis dans le contexte des faits criminels les plus graves [...] l'affaire serait recevable au regard de l'article 17 du Statut, à condition que le seuil de gravité visé à l'article 17-d [Sic] soit atteint*».



États ont à cœur de protéger. Dès lors, les enquêtes et les poursuites qui visent les plus hauts responsables seront rarement menées de manière absolument transparente. Il en est ainsi notamment si les crimes en cause impliquent de nombreux États, tant comme parties à un conflit autant que médiateurs ou pacificateurs. L'affaire *Karadžić* devant le TPIY mérite d'être soulignée.

Président de la Republika Srpska de Bosnie-Herzégovine et chef suprême de ses forces armées pendant la dislocation de l'ex-Yougoslavie, *Karadžić* est accusé d'avoir participé à une entreprise criminelle commune visant à éliminer les musulmans de Bosnie de la ville de Srebrenica. En raison de sa fonction au moment des faits, il était en lien avec, outre ses collaborateurs au sein de l'armée, des gouvernements étrangers et leurs agents. Au cours de son procès, il n'a pas hésité à appeler à sa défense toutes ces personnes qu'il a pu rencontrer personnellement et indirectement ou qui, de son point de vue, étaient bien placées au regard des faits pour pouvoir en témoigner. Avec des fortunes diverses, ses requêtes en vue d'obtenir la coopération obligatoire ou la comparution forcée de témoins ont visé plusieurs États en tant que tels, des chefs d'état et de gouvernement, des chefs militaires de puissances étrangères, des ambassadeurs et des membres de l'armée de la Republika Srpska ainsi que des anciens proches collaborateurs.

Dans cette affaire, la confidentialité a proliféré au moins de trois façons, ceci compte notamment tenu du statut de la personne visée par les poursuites. Dans un premier temps, en mai 2014, pas moins de 13 demandes de mesures de protection avaient été formulées, alors que le procès se tient un peu plus de 20 ans après les faits. L'essentiel des demandes émanait de la défense, ce qui démontre que les craintes de représailles des témoins pourraient provenir de personnes ou d'entités encore plus influentes. Il ne faut pas absolument exclure qu'elles proviennent également des membres de la société de manière générale. C'est une possibilité à ne pas écarter quand on sait que les leaders inculpés par les juridictions *ad hoc* restaient encore perçus, pour certains, comme des héros dans leurs communautés. La CPI a récemment fait l'expérience de ce type de procès lorsque les témoins de l'accusation dans l'affaire *Ruto et Sang*, concernant des anciens hauts dirigeants kenyans, se sont rétractés en cascade<sup>1781</sup>.

Dans un deuxième temps, dans le même procès *Karadžić*, environ une quarantaine de décisions de la Chambre de première instance avaient été rendues en mai 2014 sur les demandes de comparution forcée des parties. La majorité de ces demandes émanaient une fois de plus de

---

<sup>1781</sup> *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-1274, Public Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation (17 avril 2014) (CPI, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance V (A)).

l'accusé qui cherchait à faire entendre à sa décharge de nombreux dirigeants du monde entier, des anciens responsables de services de renseignement de puissances étrangères et plusieurs de ses anciens collaborateurs<sup>1782</sup>. Pour ces derniers en particulier, se posait presque systématiquement le risque d'auto-incrimination et donc, dans le cas des personnes déjà accusées devant le Tribunal, de leur droit de garder le silence. Le TPIY a reconnu dans le cas d'un ancien commandant de l'armée de la Republika Srpska dont la procédure se trouvait en appel au moment où l'accusé Karadžić demandait à le contraindre à témoigner dans son procès, que le droit de garder le silence du témoin ne serait pas méconnu au cas où il pourrait devoir tenir des propos incriminants et que s'il devait être contraint de s'incriminer, il jouirait de la garantie de ne pas faire l'objet de poursuites subséquentes sur la base des propos résultant de son témoignage<sup>1783</sup>.

Dans un troisième temps, le même souci d'accommodement des préoccupations de confidentialité résulte du traitement des demandes de coopération visant les États, leurs dirigeants et leurs responsables des services de renseignement. Dans le procès *Karadžić*, le TPIY a développé une intéressante pratique qui contredit ostensiblement la jurisprudence *Blaskić* en vertu de laquelle un État ne peut pas apprécier unilatéralement que la divulgation de documents portera atteinte à sa sécurité nationale<sup>1784</sup>. Or lorsque l'accusé, qui aurait été l'objet d'enquête des services de renseignements de plusieurs pays occidentaux lors du conflit en ex-Yougoslavie, a entrepris des démarches individuelles visant à obtenir des éléments de preuve de ces pays, parmi lesquels les États-Unis, l'Italie, la France et le Royaume-Uni, ces derniers ont systématiquement fait valoir qu'ils n'y feraient droit qu'à condition d'avoir obtenu une ordonnance du Tribunal affirmant l'application de l'article 70 du RPP aux documents communiqués<sup>1785</sup>. Cette disposition permet aux sources de renseignements de contrôler leur divulgation au cours du procès, celle-ci ne pouvant avoir lieu sans leur consentement exprès.

Ces exemples, s'ils constituent des adaptations des règles des tribunaux *ad hoc* aux enjeux de confidentialité ne devraient pas à notre avis, être importés automatiquement à la CPI. En tant que

---

<sup>1782</sup> Au sujet des dirigeants, voir notamment *Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's second Motion for Subpoena to interview President Bill Clinton (21 août 2012) (TPIY, Chambre de première instance) ; Decision on Accused's Motion to Subpoena President Karolos Papoulias (23 octobre 2012) (TPIY, Chambre de première instance) ; Decision on Accused's Motion to Subpoena Prime Minister Milan Panic (13 décembre 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1783</sup> *Prosecutor v Karadzic*, IT-95-S/18-AR73.11, Decision on Appeal Against the Decision on the Accused's Motion to Subpoena Zradko Tolimir (13 novembre 2013) au para 45 (TPIY, Chambre d'appel).

<sup>1784</sup> Arrêt *Blaskić* sur les secrets d'État au para 65. Voir également *Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Binding Order Motion (The French Republic) (30 juin 2010) au para 27 (TPIY, Chambre de première instance).

<sup>1785</sup> *Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Sixth Motion for Order Pursuant to Rule 70 (United States of America) (4 mars 2013) au para 2 (TPIY, Chambre de première instance).

juridiction permanente, la Cour n'est pas créée, à la différence de ses prédécesseurs, en tant que moyen de maintien de la paix à titre principal. Si son fonctionnement effectif y contribuera sans doute, il serait de bon ton qu'elle se garde d'agir avec trop d'empressement dans le choix des personnes à poursuivre. L'idée de dépolitiser les poursuites revient à reconnaître comme l'affirmait Claude Jorda, que « plus on s'élève dans la hiérarchie politique des actions criminelles [...], plus on se heurte à l'opacité des informations »<sup>1786</sup>. Une stratégie de poursuites allant du bas vers le haut ne serait pas mal indiquée. Elle permettrait au Procureur de compiler le maximum d'éléments de preuve permettant de bâtir un dossier solide sur les plus hauts dirigeants. Par exemple, des poursuites contre un chef de milice du Darfour financé par le gouvernement de Karthoum dans une campagne génocidaire pourrait moins faire face à l'opacité de la preuve, due notamment aux ramifications politiques de l'affaire, qu'une enquête directement orientée vers le pouvoir central. Les attermoissements récemment observés dans l'affaire *Gbagbo* illustrent à quel point il est difficile d'obtenir des éléments de preuve, même contre des dirigeants déchus<sup>1787</sup>.

En effet, bien que ces derniers ne soient plus en poste au moment de faire face à leurs responsabilités, de nombreux intérêts du pouvoir en place et des puissances étrangères continuent d'être pertinents pour justifier l'invocation du secret. Cette opposition de la confidentialité, voire la non-coopération, sera d'autant probable dans le cas des affaires *Kenyatta* et *Ruto*, que les accusés sont respectivement président et vice-président en exercice du Kenya<sup>1788</sup>. La stratégie *bottom-up* permettrait de contourner un tel obstacle de telle sorte qu'en arrivant au sommet, lumière pourrait avoir été largement faite sur les circonstances des crimes et l'implication du plus haut dirigeant visé. Dépolitiser les poursuites n'implique donc pas une exonération de responsabilité pénale pour les dirigeants. Il s'agit de s'assurer que les conditions de poursuite en justice soient propices à une transparence qui reflète l'idéal de justice qu'incarne la CPI. Il s'ensuit que si la preuve est suffisamment dépouillée de considérations de confidentialité, rien ne s'opposerait à ce que le Procureur aille de l'avant avec les charges contre les plus hauts responsables.

---

<sup>1786</sup> Claude Jorda et Jean-Paul Chagnollaud, « Le juge et le politique » (2008) 64 *Confluences Méditerranée* 11 à la p 18.

<sup>1787</sup> Philippe Brou, *CPI: les « preuves » annoncées par l'ONUCI contre Gbagbo en 2011 ont « disparu »*, Le nouveau courrier : le quotidien ivoirien, 20 avril 2014.

<sup>1788</sup> Stéphanie Maupas, *La CPI: la procureure repousse le procès Kenyatta pour insuffisance de preuves*, Le Monde, La Haye, 21 décembre 2013.

### 2.2.1.2. – Dépouiller la « preuve clé » de la confidentialité

La preuve des crimes internationaux doit être repensée au regard des exigences de la confidentialité susceptible de l'affecter. Dans la présente section, nous soutenons qu'il n'est pas suffisant, pour aller de l'avant avec une affaire, que le procureur soit convaincu que le niveau de preuve exigé par les textes est satisfait. Encore faudra-t-il qu'il s'assure qu'il est en mesure de la produire le plus librement possible devant une chambre. Il convient donc d'avoir une approche pyramidale de la preuve des crimes de masse. Nous partons de la considération que plus le Procureur ira dans la spécificité des incidents, plus il sera confronté au besoin d'individualisation de la preuve et par conséquent il verra s'accroître des occasions d'érection de la confidentialité. Avec une stratégie de poursuites axée sur les dirigeants politiques, il est approprié, comme à Nuremberg, qu'il privilégie la preuve documentaire et circonstancielle<sup>1789</sup>. Dans cette logique, les crimes seraient abordés dans leur dimension systémique et politique. De fait, aux criminels de haut rang devrait correspondre un système de preuve adapté. Par exemple, est-il pertinent de faire comparaître des victimes et témoins qui n'ont fait que subir à une dimension personnelle les conséquences d'une criminalité conçue en haut lieu?

Les crimes relevant de la compétence de la CPI sont le résultat d'une politique exécutée par des dirigeants militaires ou civils<sup>1790</sup>. Selon le TPIY, ils sont presque toujours soutenus par une organisation ou un système<sup>1791</sup>. La répression de tels crimes est fondée, non seulement sur la gravité qui leur est inhérente, mais aussi, de façon fondamentale, sur les circonstances qui déterminent leur

---

<sup>1789</sup> Ambos, «International Criminal Procedure», *supra* note 1602 à la p 34

<sup>1790</sup> Aux termes de l'article 6-1 du *Statut de Rome* un crime contre l'humanité doit être « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cause [...] ». La CPI a compétence à l'égard du crime de guerre aux termes de l'article 8-1 « en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique [...] ». Le crime d'agression doit être commis par une personne « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État [...] ». Pour Raphael Lemkin, le génocide signifiait « *a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves* »: Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, New Jersey, Lawbook Exchange, 1944 à la p 79. Dans le même esprit: Claus Kreß, «The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide» (2007) 18:4 EJIL 619 à la p 621. On retrouve cette dimension politique du crime de génocide dans l'affaire *Eichmann: Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann*, arrêt du 12 décembre 1961 (1968) 36 Int'l L Rep à la p 79. Voir également la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*: *Le Procureur c Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement (2 septembre 1998) à la p 469; *Le Procureur c Krstic*, IT-98-33-T, jugement (2 août 2001) au para 549 (TPIY, Chambre de première instance). Pour le génocide, voir *Éléments de crimes*, *supra* note 678, élément commun aux crimes de génocide; *Le Procureur c Krstic*, IT-98-33-A, arrêt (19 avril 2004) au para 224

<sup>1791</sup> *Le Procureur c Goran Jelisić*, IT-95-10-T, Jugement (10 décembre 1999) au para 101 (TPIY, Chambre de première instance). Voir aussi *Le Procureur c Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement (21 mai 1999) au para 94 (« [q]uand bien même l'existence d'un plan précis visant à détruire le groupe ne constituerait pas en soi un élément du génocide, il semble, cependant, qu'il soit virtuellement impossible de perpétrer le crime de génocide en l'absence d'un tel plan ou d'une telle organisation »); Virginia Morris et Michael Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Irvington-on-Hudson, New York, Transnational Publishers, 1998 à la p 168 (alléguant qu'il est pratiquement impossible que le génocide soit commis sans la participation de l'État, même indirecte, compte tenu de son ampleur).

commission. Le fait qu'ils soient orchestrés par des organisations politiques ou militaires ajoute au caractère massif des victimes un niveau d'infamie supplémentaire. La position de chef de l'accusé peut alors opérer comme une circonstance aggravante<sup>1792</sup>. Pour autant, il ne nous semble pas que les crimes massifs doivent nécessairement être prouvés par une preuve massive. À notre avis, le siège de la responsabilité étant haut placé, la preuve de la culpabilité des auteurs devrait procéder d'une manière gravitationnelle. Plus que la quantité, c'est la qualité de la preuve qui importe. Qui de mieux alors pour contribuer à la preuve d'une responsabilité si particulière qu'un « témoin bien placé » (*insider witness*) ou un document spécifique ?

Le centre de gravité de la preuve des éléments contextuels des crimes peut se trouver au niveau des victimes et témoins dont les récits peuvent rendre compte de l'ampleur et du caractère généralisé des atrocités. Sont-ils pour autant bien placés ? Ils pourraient à partir d'une perspective individuelle permettre d'établir la ligne de conduite permettant de caractériser des actes criminels généralisés. Mais en raison de la complexité de la preuve exigée pour établir, au-delà de tout doute raisonnable, la commission des violations graves<sup>1793</sup>, le Procureur pourrait être tenté de convoquer un maximum de victimes et témoins. Pour prévenir ce risque, les juridictions *ad hoc* ont prévu l'admission, dans l'intérêt de la justice, des « éléments de preuve permettant d'établir une ligne de conduite délibérée, dans laquelle s'inscrivent des violations [...] »<sup>1794</sup>.

L'intérêt de la justice sur laquelle est fondée une telle règle devrait indiscutablement pouvoir inclure l'intérêt des victimes et témoins à ne pas être soumis à une victimisation secondaire, la célérité des procédures dans l'intérêt des parties ou encore la transparence de la procédure. Le bien-fondé d'une telle règle, reconnaît Anne-Marie La Rosa, est « d'écarter toute discussion sur la pertinence et la valeur probante de la preuve requise pour démontrer les éléments constitutifs de certains crimes relevant de la compétence du Tribunal »<sup>1795</sup>. Il apparaît que la preuve des éléments contextuels se prêterait plus facilement à cette méthode probatoire dont la flexibilité se justifie sans doute par la dimension périphérique à la culpabilité de l'accusé de la question en jeu. Le premier rapport du TPIY commentant l'article 93 du RPP de ce tribunal en 1994 souligne qu'un tel moyen de

---

<sup>1792</sup> *The Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-T, Sentencing Judgment (30 mai 2012) au para 97 (TSSL, Chambre de première instance II).

<sup>1793</sup> Anne-Marie La Rosa, « Défi de taille pour les Tribunaux pénaux internationaux: conciliation des exigences du droit international humanitaire et d'une procédure équitable » (1997) 828 RICR 677 à la p 681 [La Rosa, « Défi de taille »].

<sup>1794</sup> *RPP du TPIY/TPIR*, art 93.

<sup>1795</sup> La Rosa, « Défi de taille », *supra* note 1793 à la p 681.

preuve sert principalement à établir les conditions de commission des crimes graves<sup>1796</sup>, dressant ainsi la table pour préparer une discussion de fond sur la responsabilité pénale de l'accusé.

La preuve d'une « ligne de conduite délibérée », qui implique de fixer « le contexte historique, géographique, administratif et militaire dans lequel s'inscrivent les actes reprochés à l'accusé »<sup>1797</sup>, se fondera le plus souvent sur une expertise et une connaissance plus large et profonde du conflit que le recollage des témoignages individuels pourrait rendre décousues. L'apport des témoins experts et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, alors présents dans le pays depuis de longues dates, apparaît indispensable à faire la preuve d'une « ligne de conduite délibérée ». Si les conditions de leur coopération à l'établissement des faits sont bien organisées, leur participation à la procédure contribuerait à plus de transparence et à la protection des victimes, des témoins et des sources.

Étonnamment, le cadre juridique de la CPI ne codifie pas la preuve d'une ligne de conduite délibérée<sup>1798</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'il reconnaît à la Cour de pouvoir dresser le constat judiciaire de faits qui sont notoires au sens de l'article 69-7<sup>1799</sup>. Il s'agit de faits qui de manière raisonnable ne sont pas contestés et ne requièrent pas que la preuve en soit rapportée<sup>1800</sup>. Avant tout une règle d'économie de procédure<sup>1801</sup>, il semblait pour une certaine doctrine que le constat judiciaire des faits notoires devait se limiter à des éléments ayant aussi peu d'impact que les dates historiques et les lieux géographiques<sup>1802</sup> ou encore à des évidences telles que « *a shotgun is a dangerous and deadly weapon* »<sup>1803</sup>. Dans la pratique cependant, les juridictions *ad hoc* n'ont pas

---

<sup>1796</sup> TPIY, *Premier rapport annuel*, *supra* note 160 aux pp 105-106.

<sup>1797</sup> La Rosa, « Défi de taille », *supra* note 1793 à la p 683.

<sup>1798</sup> Khan et Dixon, *Archbold*, *supra* note 44 à la p 461 aux paras 9-55.

<sup>1799</sup> Voir aussi *RPP du TPIY/TPIR*, art 94-A.

<sup>1800</sup> *Le Procureur c Semenza*, ICTR-97-20-A, jugement (20 mai 2005) au para 194 (TPIR, Chambre d'appel) (une chambre peut toujours dresser un constat judiciaire des faits même si l'accusé les conteste).

<sup>1801</sup> Le constat judiciaire est avant tout une règle d'économie de procédure: *Prosecutor v Norman, Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-AR73, Decision on Appeal Against « Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence », Separate Opinion of Justice Robertson (16 mai 2005) au para 15 (TSSL, Chambre d'appel) (« *expedition and economy may be the result of judicial notice, but the purpose of the rule is rather to promote a fair trial for all parties by relieving them of the burden of providing facts that have been convincingly established elsewhere and by enabling the tribunal to take and to count in his decision the full panoply of relevant facts currently available in the world* »). Voir également Tjarda van der Spoel, Commentaire des décisions *Prosecutor v Norman, Fofana and Kondewa* Fofana, SCSL-2004-14-AR73, Decision on Appeal Against "Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence" (16 mai 2005) (TSSL, Chambre d'appel); Separate Opinion of Justice Robertson, Justice Ayoola's Separate Opinion; *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16-PT, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (25 octobre 2005) (TSSL, Chambre de première instance II), (2010) 21 ALC 157 à la p 157. On évoque également l'honnêteté intellectuelle à l'égard de certains faits et l'interprétation uniforme des faits par le système judiciaire : Ralph Mamiya, « Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision » (2007) 25:1 Wisconsin Int'l L J 1 à la p 4 [Mamiya, « Taking Judicial Notice »].

<sup>1802</sup> Spoel, Commentaire, *supra* note 1801 à la p 157.

<sup>1803</sup> Mamiya, « Taking Judicial Notice », *supra* note 1801 à la p 3.

hésité<sup>1804</sup>, cela non sans controverse, à dresser le constat judiciaire des faits aussi importants que les éléments contextuels des crimes<sup>1805</sup>.

La Chambre d'appel du TPIR est sans doute allée très loin en enjoignant à la Chambre d'instance en 2006 de dresser le constat judiciaire d'après lequel « [b]etween 6 April and 17 July 1994, there was a genocide in Rwanda against the Tutsi ethnic group »<sup>1806</sup>. Si la jurisprudence n'était jusque-là pas parvenue à un tel niveau d'audace, il semble qu'après plusieurs jugements établissant la commission d'un génocide, il aurait été contradictoire de nier son existence. La décision *Karempera* apparaît pratiquement comme un constat judiciaire de faits qui ont déjà fait l'objet d'un jugement final par le même tribunal dans d'autres affaires, autre technique probatoire visant à favoriser l'économie de procédure<sup>1807</sup>. La CPI adopte une approche plus consensuelle aux termes de la Règle 69 de son RPP. Les parties peuvent convenir que les faits allégués ne sont pas contestés et les Chambres les considéreront alors comme établis « à moins qu'elles n'estiment qu'ils doivent être exposés de façon plus complète dans l'intérêt de la justice et, en particulier, dans l'intérêt des victimes ». À côté de ces moyens juridiques qui facilitent la preuve de faits généraux, la responsabilité de l'accusé doit toujours être prouvée de manière spécifique.

Un principe fondamental de l'application de la preuve d'une ligne de conduite délibérée, du constat judiciaire des faits notoires ou des faits ayant fait l'objet d'un jugement, est qu'elle ne fait pas

---

<sup>1804</sup> Le TPIY a cependant exercé en la matière une grande retenue: *Prosecutor v Blagoje Simić et al.*, IT-95-9-PT, Decision on the Pre-trial Motion by the Prosecution Requesting the Trial Chamber to Take Judicial Notice of the International Character of the Conflict in Bosnia-Herzegovina (25 mars 1999) (TPIY, Chambre de première instance) (refusant de dresser le constat judiciaire du caractère international du conflit en Bosnie-Herzégovine).

<sup>1805</sup> Le TSSL a par exemple dressé le constat judiciaire selon lequel un conflit armé avait eu lieu en Sierra Leone entre mars 1991 et janvier 2002 entre des groupes armés bien déterminés: *Prosecutor v Norman, Fofana and Kondewa*, SCSL-04-14-AR73, Decision on Appeal Against « Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence » (16 mai 2005) au para 36 (TSSL, Chambre d'appel) (D'après la Chambre d'appel, nier qu'il a existé un conflit armé serait frivole); *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16-PT, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (25 octobre 2005) au para 23 (TSSL, Chambre de première instance II). Certains constats ont plutôt été controversés. Par exemple dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a dressé comme constat judiciaire que des tueries généralisées ont été commises au Rwanda en 1994: *Akayesu*, jugement, *supra* note 1790 au para 114; *Prosecutor v Semanza*, ICTR-97-20-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94 and 54 (3 novembre 2000) au para 29 (TPIR, Chambre de première instance). Mais contre cette conclusion: *Prosecutor v Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice Pursuant to Rule 94 of the Rules (16 avril 2002) au para 17 (TPIR, Chambre de première instance II) (soutenant que le caractère systématique et généralisé des attaques est raisonnablement contestable); *Prosecutor v Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (15 mai 2002) aux paras 115-116 (TPIR, Chambre de première instance II); *Prosecutor v Ntakirutimana*, ICTR-96-10-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Facts: Rule 94(B) of the Rules and Procedure and Evidence (22 novembre 2001) aux paras 32-36 (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Niyitegeka*, ICTR-96-14-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Facts: Rule 94 of the Rules of Procedure and Evidence (4 septembre 2002) aux paras 3-6 (TPIR, Chambre de première instance I). Une controverse similaire a opposé les chambres au sujet de la caractérisation du conflit rwandais comme un conflit armé « non international »: Mamiya, «Taking Judicial Notice», *supra* note 1801 à la p 9.

<sup>1806</sup> *Prosecutor v Karempera*, ICTR 98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice (16 juin 2006) aux paras 33-34 (TPIR, Chambre d'appel).

<sup>1807</sup> RPP du TPIY/TPIR, article 94-B.

l'économie de rapporter la preuve de l'intention criminelle de l'accusé. Convenons que si la stratégie de poursuites du Procureur vise les plus hauts responsables, la preuve de leur culpabilité serait plus aisément rapportée par des personnes ayant avec eux une certaine proximité. Il ne serait pas en conséquence judicieux de convoquer de nombreux témoins et victimes qui seraient sûrement éloignés du centre de gravité des politiques criminelles<sup>1808</sup>. Il faut en plus, ainsi que le fait remarquer l'association du barreau international, que le fait pour la Cour de s'appuyer abondamment sur la preuve testimoniale comporte une pléthore de difficultés, notamment en lien avec les activités visant la mise en œuvre des mesures de protection<sup>1809</sup>. Loin d'écarter la convocation de toute preuve testimoniale, il est question que le Procureur de la Cour resserre son approche probatoire au tour de la recherche d'une preuve clé, quelle que soit par ailleurs sa nature.

La recherche de la preuve clé devrait redonner à la phase préliminaire des procédures ses lettres de noblesse, elle qui a jusqu'ici été largement dévoyée dans la jeune pratique de la Cour, si l'on en croit les reproches des différentes chambres, et même de certains juges, adressées au Procureur dans diverses affaires sur les insuffisances caractérisées de ses enquêtes<sup>1810</sup>. Les chambres ont jusqu'ici été en faveur de la production de la majorité de la preuve (à charge ou à décharge) (*bulk evidence*) avant la confirmation des charges suivant la considération qu'elle serait la preuve d'une enquête approfondie<sup>1811</sup>. Pour autant la quantité ne garantit pas la pertinence, ainsi que le démontrent les problèmes survenus dans les affaires *Gbagbo* et *Kenyatta*. Les enquêtes devraient non seulement être davantage approfondies, mais en plus, les preuves qui peuvent en résulter doivent être dépouillées, autant que faire se peut, de toute contrainte de confidentialité susceptible d'empêcher sa divulgation ultérieure au cours de la procédure.

Dépouiller la preuve clé de toute confidentialité doit se faire au moment des enquêtes et non entre la confirmation des charges et l'ouverture du procès. Le procureur doit être convaincu, avant la

---

<sup>1808</sup> Garkawe, « Victims at Nuremberg », *supra* note 782 à la p 90 (affirmant que l'une des raisons pour lesquelles les victimes n'eurent pas voix au chapitre dans les procès de Nuremberg est que ces procès visant les plus hauts responsables, « *it would have been unlikely for a survivor to have specific information about the criminal culpability of these defendants, such as copies or proof of the orders they gave or the policies they promulgated [...]* »).

<sup>1809</sup> IBA, *Witnesses before the International Criminal Court*, An International Bar Association International Criminal Court Programme Report on the ICC's efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses, juillet 2013 à la p 6 [IBA, *Witnesses before the ICC*].

<sup>1810</sup> *Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-728, Decision on defence application pursuant to Art 64 (4) and related requests, 26 avril 2013 aux paras 122-123 (CPI, Chambre de première instance V); *Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-728-Anx2, Decision on defence application pursuant to Art 64 (4) and related requests, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 26 avril 2013 aux paras 1 et 4. Voir aussi IBA, *Witnesses before the ICC*, *supra* note 1809 à la p 24.

<sup>1811</sup> *Lubanga*, ICC-01/04-01/06-102, *supra* note 430 aux paras 119 et suivants; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-621, *supra* note 44 au para 8. *Contra*: *Ruto, Kosgey et Sang*, ICC-01/09-01/11-74, *supra* note 441 au para 25. Voir aussi Hakan Friman et al., *Measures available to the International Criminal Court to Reduce the Length of Proceedings*, Informal Expert Paper, CPI, 2003 au para 60.



production de la preuve, qu'il a obtenu, au terme des négociations avec les sources si nécessaire, le droit de la présenter au cours de la procédure. Cela éviterait le phénomène que l'on observe présentement, à savoir des reports et retards incessants pour permettre aux parties d'obtenir des sources la levée du secret avant la poursuite du processus judiciaire. Cette démarche porte clairement atteinte à la crédibilité de la Cour puisqu'elle remet souvent en cause son pouvoir de contrôle sur la procédure. S'il peut demeurer à la suite des négociations pour obtenir la levée du secret des préoccupations de confidentialité procédurale, celles-ci doivent elles-mêmes être limitées au maximum pour éviter des procès complètement opaques. Il y a à cet égard plus de chance qu'en s'appuyant sur une preuve clé, le besoin de confidentialité devienne futile au cours de la procédure. À considérer que dans l'hypothèse d'une affaire le témoin vienne de l'intérieur (*insider witness*), il est apparu dans la pratique du TPIY que plus un témoin provient du sérail, plus l'efficacité des mesures de confidentialité qui lui sont appliquées est une gageure<sup>1812</sup>.

En tout état de cause, il y a lieu de constater qu'il existe une incohérence dans le contexte de la CPI entre une stratégie des poursuites, qui en visant les plus hauts responsables, nécessite des éléments de preuve par excellence secrets, et un régime de la confidentialité qui se caractérise par une implacable rigidité. Il est nécessaire de remédier à un tel paradoxe. Adapter le régime de coopération aux exigences de l'effectivité pourrait être une autre piste à explorer.

### 2.2.2. – Les adaptations aux exigences de l'effectivité

La présente section soutient que si une réforme des textes de la CPI est envisagée, il serait opportun d'aller plus loin dans les solutions qui existent présentement lorsque la Cour fait face à un défaut de coopérer pour des raisons de confidentialité. Il est suggéré d'imposer aux États une obligation de coopérer ou de juger eux-mêmes les crimes (2.2.2.1) et pour rendre efficace le programme de protection des victimes et témoins mis en place par la Cour, de partager avec cette dernière le fardeau des mesures de réinstallation qui visent à atténuer l'application de la confidentialité au cours des procédures (2.2.2.2).

---

<sup>1812</sup> L'ancienne Procureure du TPIY, Carla Del Ponte, s'est particulièrement attachée à la coopération des témoins bien placés (*insider witnesses*) affirmant que « *Insider witnesses are valuable both in the investigation and the prosecution of senior political and military leaders, who rarely leave an overt trail of conclusive evidence setting out their criminal intention or involvement* » : Carla Del Ponte, « *Investigation and Prosecution of Large-Scale Crimes at the International Level : The Experience of the ICTY* » (2006) 4 JICJ 539 à la p 544. Dans l'affaire *Milosević*, après 11 jours de témoignages seulement, l'avocat de Milan Babić, un témoin bien placé, ancien chef des rebelles serbes en Croatie, dut demander à la Chambre la levée des mesures de protection après que la presse l'ait démasqué par recollement de son témoignage. Il a été de même de commandants de forces des Nations Unies en ex-Yougoslavie à l'époque des faits dans l'affaire *Karadzic* : Milutinović, « *ICTY Trials* », *supra* note 1242.

### 2.2.2.1. – Pour une obligation de coopérer ou de poursuivre

À l'heure actuelle, le défaut de coopérer d'un État pour des raisons de sécurité nationale est susceptible d'aboutir à la cessation des poursuites. C'est le cas notamment si la preuve recherchée est indispensable à la détermination de la cause. Cela est vrai de l'État comme du CICR ou d'autres sources d'information qui communiquent des éléments de preuve à titre confidentiel en vertu de l'article 54-3-e. La lutte contre l'impunité étant l'objectif déclaré de la Cour, cette possibilité de cessation des poursuites lui est contradictoire, ce d'autant que plusieurs systèmes nationaux admettent une mise en balance des secrets d'État avec d'autres intérêts<sup>1813</sup>. Leur caractère absolu dans la procédure devant la CPI peut donc surprendre<sup>1814</sup>.

Toutefois, c'est une réalité que le secret demeure nécessaire « dans un monde qui, lui, n'est pas (encore) idéal »<sup>1815</sup>. C'est donc à bon droit que les États se battent pour ne pas voir leurs secrets divulgués à la grandeur de la planète. En effet, les questions de défense et de sécurité continuent de relever, du moins quant à leur gestion, du paradigme westphalien du droit international. Il ne faut donc pas exposer aux yeux du monde « [ses] fragilités, les objectifs de son système de dissuasion, les dispositifs mis en place pour démasquer les agents adverses, protéger les indicateurs infiltrés dans les réseaux terroristes, etc. »<sup>1816</sup>. La protection des secrets de sécurité nationale contribue à la stabilité internationale, une valeur également promue aux termes de la Charte des Nations Unies. Or il s'avère que malgré certains pouvoirs résiduels des tribunaux internationaux de sanctionner la violation du secret comme atteinte à l'administration de la justice, les États peuvent ne pas s'en satisfaire compte tenu parfois de l'inefficacité des réponses aux violations de la confidentialité<sup>1817</sup>.

---

<sup>1813</sup> Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres (secret défense)*. Pour un commentaire de cette décision voir Conseil constitutionnel : <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011192QPCccc\\_192qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011192QPCccc_192qpc.pdf)>. Voir aussi Warusfel, « Le contrôle », *supra* note 172. Voir également l'étude comparée du Sénat français concernant l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis : *Le secret de la défense nationale devant le juge*, service des affaires européennes du Sénat français, février 1998. En ligne : Sénat <<http://www.senat.fr/lc/lc35/lc35.html>>. D'après Marc Guillaume, ce secret est aujourd'hui plus transparent pour le juge français : Marc Guillaume, « Parlement et secret(s) » (2001) 97:2 *Pouvoirs* 67 à la p 68.

<sup>1814</sup> Markel, « The Future of States Secrets », *supra* note 952 à la p 416.

<sup>1815</sup> Patrice Sartre et Philippe Ferlet, « Le secret de défense en France » (2010) 412 :2 *Études* 165 à la p 165.

<sup>1816</sup> *Ibid* aux pp 165-166.

<sup>1817</sup> Dans l'affaire *Šešelj*, l'accusé a à lui seul fait l'objet de trois procédures d'outrage au TPIY pour violation d'interdits de publication prononcés par le Tribunal. Voir : *Le Procureur c Vojis/av Šešelj*, IT-03-67-R77.2, Jugement relatif aux allégations d'outrage (24 juillet 2009) (TPIY, Chambre de première instance II) ; *Le Procureur c Vojis/av Šešelj*, IT-03-67-R77.3, version publique expurgée du jugement rendu le 31 octobre 2011 (31 octobre 2011) (TPIY, Chambre de première instance II) ; *Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-R77.4, Version publique expurgée du Jugement relatif aux allégations d'outrage (28 juin 2012) (TPIY, Chambre de première instance II). Voir également Zahar, « International Court », *supra* note 671 à la p 571 (évoquant quatre cas de refus de coopérer d'individus en dépit des procédures d'outrage dans l'affaire *Haradinaj*).

Établir une obligation de coopérer ou de poursuivre revient à reconnaître que la mise en balance des intérêts en conflit n'est jamais un exercice facile. Il peut en effet arriver que la production de la preuve soit autant cruciale pour la détermination de la responsabilité ou de l'innocence de l'accusé que sa non-divulgence pour la protection des renseignements de sécurité nationale d'un État. Si les éléments de preuve se trouvent en possession de l'État, il est plausible qu'il procède par une analyse coûts-efficacité pour accorder la préférence à sa sécurité nationale. Il convient à cette étape de ne pas perdre de vue que le *Statut de Rome* réprime également l'agression qui constitue l'atteinte la plus manifeste à la sécurité internationale, mais aussi la preuve que ce système de justice n'est pas moins préoccupé par les intérêts des États<sup>1818</sup>. Or entre les conséquences juridiques, pratiquement inexistantes, d'un refus de coopérer et les risques de compromettre son système de défense en accédant à cette coopération, l'État donnera logiquement préférence à la défense de ses intérêts nationaux. Peut-on en réalité lui en vouloir de ne pas contribuer à son propre péril lorsqu'on sait que le mécanisme de sécurité collective auquel il devrait pouvoir s'en remettre, en raison de sa politisation, n'offre pas des garanties rassurantes ?

L'article 72-7-b-ii) semble reconnaître que des situations que nous décrivons pourront se présenter à la Cour, quand bien même les éléments de preuve ne seraient pas en la possession d'un État, mais d'une des parties ou d'un des participants. Dans ces cas en principe, la Chambre devrait avoir une plus grande latitude à ordonner la divulgation lorsqu'elle aura déterminé que les éléments de preuve sont pertinents et nécessaires pour l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et que la prétention de l'État à ce qu'ils ne soient pas communiqués est formulée de mauvaise foi. Or la disposition précitée l'autorise à ne pas ordonner cette divulgation et alternativement de « tirer toute conclusion qu'elle estime appropriée [...] lorsqu'elle juge l'accusé, quant à l'existence ou la non-existence d'un fait ». Les limites d'une telle disposition reposent cependant sur le fait que s'il n'ordonne pas leur divulgation aux parties, le juge ne respecte pas le principe du contradictoire qui, en tant qu'élément du principe général du respect des droits de la défense<sup>1819</sup>, lui est également opposable<sup>1820</sup>. Le caractère insuffisant de la solution proposée par le *Statut de Rome* justifie la consécration d'une obligation de coopérer ou de poursuivre.

---

<sup>1818</sup> *Statut de Rome*, articles 5-d) et 8bis. Cette dernière disposition, qui définit le crime d'agression, a été adoptée conformément à la résolution RC/Res.6 du 11 juin 2010 de l'AEP portant révision du *Statut de Rome*.

<sup>1819</sup> Marc Preumont, « Les principes généraux du droit en matière pénale » dans Steve Gilson, dir, *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006, 111 à la p 120; Albert Fettweis, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense » dans Steve Gilson, dir, *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006, 127 à la p 153.

Le déclenchement de cette obligation doit demeurer exceptionnel. La tenue d'un procès juste et équitable doit être impossible à réaliser en l'absence des éléments de preuve confidentiels. Tel est le critère qui devrait gouverner le dessaisissement de la Cour au profit d'un État. La règle de dessaisissement ou l'obligation de coopérer ou de poursuivre, si elle est adoptée doit être attributive de compétence. Il est vrai que la justice internationale pénale « englobe les juridictions nationales chargées de poursuivre et de réprimer les crimes internationaux »<sup>1821</sup>. Il importe toutefois de préciser à quelles conditions elles sont compétentes pour connaître de telles affaires.

De la jurisprudence de la CIJ, le caractère grave des crimes ne suffit pas à conférer la compétence<sup>1822</sup>. La règle s'applique aux juridictions internationales comme aux juridictions nationales. Celles-ci pourraient sans doute faire jouer la compétence universelle si les critères de son déclenchement sont remplis. Toutefois, il n'est pas certain que tous les États parties au *Statut de Rome* prévoient la présence de la preuve sur leur territoire comme base de compétence universelle. Il faudrait donc modifier le *Statut de Rome* pour exiger que les États établissent dans leur droit interne cette nouvelle base de poursuite qui se fonde non plus sur la nationalité ou la territorialité de la commission des crimes, mais sur le rattachement de l'affaire aux éléments de preuve indispensables pour la détermination de la cause<sup>1823</sup>.

S'assurer de l'existence de la base de compétence tient certes du respect du consensualisme, mais cela se justifie pleinement en l'espèce. On envisage en effet l'hypothèse où un État aura à se substituer à la fois à l'État territorialement compétent, parce que celui-ci ne peut ou ne veut pas juger, et à la CPI parce qu'il est impossible à la Cour de tenir un procès équitable en l'absence d'éléments de preuve confidentiels. L'exercice controversé de la compétence universelle sans lien de rattachement démontre qu'il y a lieu de fonder clairement les bases d'intervention d'un

---

<sup>1820</sup> Cour EDH, *Clinique des Acacias et autres c France*, n° 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01 (13 octobre 2005) au para 38. D'après la jurisprudence de la Cour « la notion de procès équitable comprend également le droit à un procès contradictoire qui implique le droit pour les parties de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter ».

<sup>1821</sup> Xavier Philippe et Anne Desmarest, «Remarques critiques relatives au projet de loi 'portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale' : la réalité française de la lutte contre l'impunité» (2010) 81:1 RFDC 41 à la p 43.

<sup>1822</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, compétence et recevabilité, [2006] CIJ rec 32 au para 64 (« l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes [...] le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend. »). Voir aussi *Timor oriental (Portugal c Australie)*, [1995] CIJ rec 102 au para 29.

<sup>1823</sup> La possibilité de rattachement des éléments de preuve à un État autre que l'État territorialement compétent n'est pas une simple hypothèse d'école. Cherif Bassiouni rapporte par exemple qu'à Nuremberg, alors que tous les pays alliés étaient dotés d'équipes d'enquête et de poursuite, « l'équipe américaine fournit l'essentiel des documents qui furent utilisés comme éléments de preuve [...] ». Voir Bassiouni, « L'expérience des première juridictions », *supra* note 1635 à la p 471.

État tiers<sup>1824</sup>. Il pourrait s'agir en l'occurrence de faire valoir qu'au même titre que l'État dont le territoire sert d'abri aux criminels de guerre présumés, l'État qui possède les éléments de preuve susceptibles d'établir ou d'innocenter ce dernier a une responsabilité envers la communauté internationale de coopérer ou de le juger.

En ce qui concerne l'exercice de la compétence à proprement parler, il pourrait être opposé que la mise en balance des intérêts de sécurité nationale et la répression des crimes peut aboutir dans un cadre national à ce que la protection des renseignements confidentiels soit préférée à la poursuite de la justice. Dès lors, on pourrait faire valoir que s'ils sont trop cruciaux pour ne pas être divulgués dans une procédure internationale, il devrait en être de même dans une procédure interne. L'argument n'est recevable que si on admet que la confidentialité est un motif de ne pas coopérer avec la justice internationale pénale; ce que nous contestons. L'obligation de coopérer ou de poursuivre reconnaît seulement le besoin de l'État de ne pas exposer sa sécurité nationale au trop grand risque que constitue la publicité internationale. Elle devra généralement être mise en œuvre lorsque la Cour a déterminé que la tenue d'une procédure équitable exige leur divulgation.

En d'autres termes, la raison d'État ne doit pouvoir justifier l'impunité des crimes internationaux que dans des cas restreints. La nature de tels crimes ne permet simplement pas la transposition pure et simple du régime de droit interne relatif aux renseignements de sécurité nationale. La finalité n'est pas de s'attaquer aux intérêts fondamentaux des États, mais de rendre effective la répression des crimes graves. Si un tel objectif est possible sans divulguer les renseignements en question, une telle voie sera poursuivie ; d'où l'idée que l'obligation de coopérer ou de poursuivre doit être déclenchée uniquement lorsqu'il apparaît que la Cour ne peut procéder sans les éléments de preuve confidentiels. Une telle approche peut d'ailleurs être plus productive que ne l'est la répression assurée par la CPI<sup>1825</sup>. L'État au profit duquel elle se dessaisit aura généralement plus de leviers qu'elle pour assurer des poursuites effectives. On dénonce l'horizontalité du régime de coopération de la CPI comme étant l'une de ses plus grandes faiblesses

---

<sup>1824</sup> La compétence universelle « sans lien de rattachement » a été initialement créée pour la lutte contre la piraterie en haute mer et supposait que tout juge soit compétent pour juger des crimes internationaux qui ne possèdent aucun lien de rattachement avec son pays dès lors que ce dernier était partie à la Convention internationale réprimant le crime. L'extension de cette règle à d'autres crimes internationaux, dont ceux relevant de la compétence de la CPI, est controversée : Xavier Philippe et al. « Commentaire de la décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* » (2011) 88:4 RFDC 782 à la p 784.

<sup>1825</sup> On ne saurait cependant perdre de vue les conséquences du dessaisissement sur le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Cet écueil est valablement pris en compte si ce temps est traduit en réduction de sentence en cas de condamnation ou en dommages et intérêts en cas d'acquiescement.

certes, mais la coopération judiciaire en matière classique obéit à une configuration similaire. Ce qui distingue la Cour des États, c'est sans doute le fait que ces derniers disposent de moyens de pression et diplomatiques plus importants : des liens économiques, culturels, historiques et politiques particuliers, volonté de maintenir de bonnes relations, etc.

De prime abord, si l'État, pour des raisons d'éléments de preuve complémentaire aux renseignements de sécurité nationale qui ont fondé sa compétence, a affaire à un témoin qui se trouve sur son territoire, il dispose des moyens juridiques pour forcer sa comparution contrairement à la Cour. Si le témoin se trouve ailleurs, dans un autre État, une commission rogatoire sera toujours possible, sur la base d'éventuels accords de coopération en matière judiciaire ou d'une acceptation *ad hoc*. L'affaire *Lockerbie* devant les tribunaux écossais démontre que dans la coopération judiciaire classique, les États requis peuvent tout à fait partager des informations confidentielles avec les juridictions étrangères quand bien même la protection de leur sécurité nationale constitue un motif admis de refuser l'entraide judiciaire<sup>1826</sup>.

En tout état de cause, si l'obligation de coopérer ou de poursuivre peut permettre d'aider à régler le problème de l'effectivité des poursuites, la transparence de la procédure pénale internationale ne se trouve pas pour autant améliorée. Il convient de considérer la question avec attention. La protection des victimes et témoins étant à l'origine de l'abondance de la confidentialité, faute d'un programme de protection efficace, il est opportun d'envisager en quoi la coopération internationale peut être utile.

#### 2.2.2.2. – Pour un partage des charges en matière de protection

La protection des témoins et des victimes à la CPI se fait de manière regrettable par les moyens de confidentialité à l'audience et moins sur le recours à des mécanismes extrajudiciaires<sup>1827</sup>. Cette préférence s'explique par le fait que les juges ont un plus grand contrôle sur les mesures de protection de caractère judiciaire tandis que celles qui sont mises en œuvre en dehors de l'instance

---

<sup>1826</sup> Voir *Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 45/1117, modifié par la résolution 53/112, art 4-1-a; Conseil de l'Europe, *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale*, 20 avril 1959, STE-n°30, art 2-b (« L'entraide judiciaire pourra être refusée : [...] si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays »). Sur l'affaire *Lockerbie*, le tribunal écossais chargé d'établir les responsabilités au sujet de l'explosion du vol Pan Am 103 au dessus de l'Écosse, sur demande de la défense, a exigé et obtenu pour la première fois dans l'histoire d'une juridiction étrangère, la production de documents classifiés par la CIA qui discréditait par ailleurs le dossier des autorités de poursuite: Cogan, «Fair Trials», *supra* note 11 à la p 128.

<sup>1827</sup> Sluiter, «The Protection of Witnesses», *supra* note 1239 à la p 966.

et qui peuvent comprendre la protection physique sur le terrain et la réinstallation dans un autre pays ou une autre région nécessitent la coopération des États.

Dans la présente section, nous ferons valoir que si la tendance était inversée, les témoins pourraient comparaître publiquement, compte tenu de l'assurance d'une protection post-comparution plus certaine et effective. À défaut de cette assurance, la Cour semble cependant faire reposer l'efficacité de la protection des victimes et témoins sur la confidentialité, cela en accordant peu de considérations à la transparence. Il en résulte une tendance à abuser des mesures de protection qui reposant sur la subjectivité de la crainte des bénéficiaires, elle-même tributaire de l'évolution du contexte sécuritaire, sont souvent d'une efficacité relative<sup>1828</sup>. Jusqu'en 2005 en effet, les témoins du TPIY estimaient que les mesures de protection à l'audience n'étaient d'aucune efficacité après leur témoignage<sup>1829</sup>. Göran Sluiter a parlé avec justesse de mesures de protection « *mainly driven by self-interest* » pour mettre en évidence le fait qu'elles visent à favoriser la comparution de témoins dont la situation post-comparution ne fait pas l'objet d'une profonde considération<sup>1830</sup>.

Le caractère permanent de la CPI fait en sorte qu'elle sera confrontée à ce type de problème. La seule protection à l'audience est par conséquent inévitablement insuffisante, notamment dans la mesure où la Cour opère dans des contextes de conflit armé. Il ne nous apparaît pas judicieux de sacrifier à la fois la transparence des procédures et les intérêts de sécurité des témoins. La solution se trouve dans un partage équitable des charges entre la Cour et les États quant à la protection à long terme qui permettrait de moins se fonder sur la confidentialité au cours de l'instance. Il est impératif de l'envisager, sans quoi l'État de siège de la Cour pourrait devoir assumer seul la charge d'accueillir ceux qui craignant des persécutions dans leur pays ne voudraient plus y retourner après leur témoignage<sup>1831</sup>.

---

<sup>1828</sup> Entre 1996 et le 29 février 2012, sur les 4300 témoins qui ont comparu devant le TPIY, seuls environ 30 % ont bénéficié des mesures de protection, 70 % d'entre eux choisissant de comparaître en audience publique: Milutinović, «ICTY Trials», *supra* note 1242 à la p 3. Au TPIR et au TSSL, des mesures de protection ont continué d'être largement appliquées entre 2006 et 2009: Sluiter, «The Protection of Witnesses», *supra* note 1239 aux pp 962-976; Pozen, «Justice Obscured», *supra* note 605 aux pp 281-322 et Horn, Charters et Vahidy, «Victim-Witness Experience», *supra* note 784 à la p 291.

<sup>1829</sup> Voir à cet égard l'étude de Eric Stover, *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in The Hague*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2007.

<sup>1830</sup> Sluiter, «The Protection of Witnesses», *supra* note 1239 à la p 975. C'est le cas particulièrement de témoins qui risquent des poursuites judiciaires dans un pays de transit, des témoins détenus qui sont renvoyés au Rwanda où ils risquent la peine de mort ou encore de réfugiés qui risquent de ne pas être réadmis dans le pays de départ à la suite de leur témoignage devant la juridiction internationale. La pratique du TPIR est instructive à cet égard: Mohammed Othman, «The 'Protection' of Refugee Witnesses by the International Criminal Tribunal for Rwanda» (2002) 14 Int'l J Refugee L 495.

<sup>1831</sup> Voir à ce sujet Göran Sluiter, «Shared Responsibility in International Criminal Justice» (2012) 10 JICJ 661 à la p 661; Émilie Fortin, «Quatre détenus en République démocratique du Congo entendus à la Cour pénale internationale: saisine inédite

La protection post-témoignage la plus efficace est la réinstallation dans un pays tiers<sup>1832</sup>. Il s'agit cependant d'une mesure peu utilisée, car son efficacité dépend de la coopération des États<sup>1833</sup>. Sa mise en œuvre est en plus onéreuse et complexe, d'où l'intérêt du partage des charges. Elle implique de nombreux acteurs et touche à plusieurs enjeux dont l'immigration, la citoyenneté, la protection sociale et la protection par la police.

La question au cœur de la réinstallation est celle des témoins bien placés (*insider witnesses*) qui sont considérés comme des personnes ayant du sang sur les mains. En raison de leur passé criminel, les États de réinstallation sont réticents à les accueillir<sup>1834</sup>. Cette attitude est confortée par une norme internationale en vertu de laquelle « ceux qui sont à l'origine de l'existence de réfugiés ne peuvent eux-mêmes être des réfugiés »<sup>1835</sup>. Les tribunaux internationaux ne disposent pas en outre de la même manœuvre qu'en matière de preuve pour obtenir la coopération des États<sup>1836</sup>. Ils sont dans ce cas largement déferents à la souveraineté de l'État<sup>1837</sup>. Par exemple, les accords de réinstallation du TPIY avec les pays du Conseil de l'Europe (13 seulement en 2009) excluaient spécialement l'accueil des témoins « ayant du sang sur les mains »<sup>1838</sup>.

À la différence des tribunaux *ad hoc*, il est prévu au *Statut de Rome*, article 93-1-j, que « [l]es États Parties font droit [...] aux demandes d'assistance de la Cour liées à une enquête ou à des poursuites et concernant [...] la protection des victimes et des témoins [...] ». La Cour peut ainsi demander à un État de placer des témoins et victimes dans son programme national de

---

établissant la primauté des droits de l'homme internationalement reconnus lors de l'application du *Statut de Rome* » (2011) 24:2 RQDI 53.

<sup>1832</sup> Milutinović, «ICTY Trials», *supra* note 1242 à la p 3

<sup>1833</sup> La réinstallation représentait moins de 1% des mesures de protection du TPIY: *Ibid*; Nhu B Vu, « The Necessity of Maintaining Protective Measures in Balancing the Rights of Victims and the Accused » (2007) 4:1 *Eyes on the ICC* 23 à la p 29 [Vu, «Balancing the Rights of Victims»].

<sup>1834</sup> David Tolbert et Frederick Swinnen, «The Protection of, and Assistance to, Witnesses at the ICTY» dans Abtahi, Gideon Boas, dir, *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays in Honour of Sir Richard May*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 193 à la p 198.

<sup>1835</sup> *Ezokola c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40 au para 34. Voir *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, art 1-F-a.

<sup>1836</sup> Sluiter, «The Protection of Witnesses», *supra* note 1239 à la p 970.

<sup>1837</sup> *Prosecutor v Bagambiki et al.*, ICTR-97-36-T, Decision on the Defence Motion for the Protection of Witnesses (10 octobre 1998) (TPIR, Chambre de première instance II) (appellant le Greffier à «*make the necessary contact and negotiate with the relevant State on matters concerning the protection of defence witnesses*»; *The Prosecutor v Ntagerura*, ICTR-96-10-I), Decision on the Defence Motion for Additional Protective Measures for Defence Witnesses (4 février 2000) aux paras 2-3 (TPIR, Chambre de première instance III) (au sujet des témoins réfugiés, la Chambre dit qu'elle a «*no power or authority to compel states to prevent them from expelling witnesses from their territory [...] no wish to make an order that would lead to an interference with sovereign prerogative of States to control the sojourn of aliens in their territories*»).

<sup>1838</sup> Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *La protection des témoins : pierre angulaire de la justice et de la réconciliation dans les Balkans*, Note d'information du rapporteur Jean-Charles Gardetto sur le système de protection des témoins devant le TPIY, Doc AS/Jur (2009) 38, 3 septembre 2009 à la p 29.



protection<sup>1839</sup>. La formulation de l'article 93-1-j est cependant limitée aux mesures de protection « liées à une enquête ou à des poursuites ». La protection post-témoignage en serait exclue<sup>1840</sup>. La Cour se trouve de fait au même niveau que les juridictions *ad hoc* en matière de réinstallation. Cette mesure devra donc se fonder sur des accords de coopération dont l'effectivité gagnerait à être catalysée par une règle de partage des charges.

En effet, le défi majeur de la réinstallation se trouve dans les charges qu'elle occasionne pour les États. Pour alléger ce fardeau, il ne suffit pas de diversifier et de multiplier le nombre de pays de destination. Chaque cas a ses propres caractéristiques.

Le nombre de témoins et de victimes à réinstaller peut décourager la coopération des États. Il appartient donc à la Cour de fixer des critères d'admissibilité restrictifs. L'analyse de la vulnérabilité de la personne à réinstaller devrait être au centre du processus de sélection. Ne devraient en bénéficier que les personnes qui sont trop vulnérables pour être renvoyées dans leur pays d'origine après le témoignage. Outre la vulnérabilité, il faut tenir compte de leur capacité à s'intégrer dans leur pays d'accueil. Les États qui offrent leur protection tiennent compte des qualifications professionnelles et de l'éducation des personnes à réinstaller. C'est sur ce point que le programme de réinstallation doit être en adéquation avec la politique de l'accusation de privilégier les témoins clés. L'adaptation et l'intégration dans une nouvelle société peuvent être plus faciles. Il s'agira de personnes fort instruites, possédant des qualifications professionnelles, ayant déjà voyagé, étudié, résidé et travaillé à l'étranger.

À l'inverse, les victimes et témoins provenant d'une communauté dans laquelle des crimes auraient été perpétrés ont des caractéristiques qui rendent leur réinstallation problématique : manque de compétences professionnelles transférables dans une nouvelle société, famille nombreuse, liens familiaux et communautaires qui font que toute absence dans le pays d'origine est très vite démasquée. Certes pourraient-ils contribuer à la connaissance des circonstances générales de commission des crimes, mais dans la mesure où la détermination de la responsabilité ou l'innocence de l'accusé est primordiale, il convient d'opérer une mise en balance entre le risque qu'ils courent et l'impact relatif de leur témoignage sur le règlement de la cause. L'admissibilité au programme de réinstallation pourrait ainsi constituer un premier niveau d'allègement du fardeau des États.

---

<sup>1839</sup> Vu, «Balancing the Rights of Victims», *supra* note 1833 à la p 27; Asa Rydberg, «The Protection of the Interests of Witnesses – The ICTY in Comparison to the Future ICC» (1998) 12 Leiden J Int'l L 455 à la p 478.

<sup>1840</sup> Voir également la règle 16-4 du *RPP de la CPI*.

Dans un deuxième temps, le moment de la réinstallation doit être bien choisi. Si elle est hâtivement envisagée, par exemple avant la confirmation des charges, deux écueils sont susceptibles de se produire. D'une part, les parties au procès s'exposeraient au risque de rétractation d'un témoin qui aurait déjà grevé le budget limité du programme de protection de la Cour (PPCPI). D'autre part, la réinstallation devant être une mesure exceptionnelle, il ne serait pas approprié pour la Cour de la mettre en œuvre de manière routinière au risque de saturer trop facilement et rapidement la capacité d'accueil limitée des États. On comprend pourquoi la CPI a tranché en 2008 que le Procureur ne devait pas entreprendre la réinstallation préventive de témoins de manière unilatérale, au mépris de la décision contraire du Greffe<sup>1841</sup>. La réinstallation, considérant ses coûts financiers et son impact sur la vie des témoins, doit donc demeurer une mesure de dernier ressort, lorsque le Procureur a épuisé d'autres mécanismes, notamment de nature préventive<sup>1842</sup>.

En troisième lieu, avec une telle approche restrictive de la réinstallation, le partage des responsabilités entre les États et la Cour peut être plus facilement envisagé. Le budget de la Division d'aide aux victimes et témoins devrait être accru pour permettre à la Cour d'assumer les contraintes financières relatives à la mise en œuvre de cette mesure, notamment la protection sociale et les coûts relatifs à l'immigration. Il reviendrait aux États d'accorder l'accès à leur territoire et à une éventuelle protection sécuritaire en cas de besoin. Cette responsabilité leur est en principe régaliennne et ne ressortit pas des pouvoirs de la Cour en tout état de cause.

En l'état actuel, la CPI a embrassé la question de la réinstallation sous l'angle du partage des charges avec les États. Cette première amorce gagnerait cependant à être confortée. Le budget de la protection des victimes et témoins demeure l'un des plus faibles. Pour l'exercice 2014, il devrait s'élever à 1,1 million d'euros seulement<sup>1843</sup>. Cette somme apparaît dérisoire au regard de l'accroissement du nombre de situations devant la Cour.

---

<sup>1841</sup> *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, *supra* note 430 au para 23; *Katanga-Chui*, ICC-01/04-01/07-776-tFRA, *supra* note 1150 au para 99. Pour un commentaire de ces décisions, voir Eikel, «Witness Protection», *supra* note 801 aux pp 115-118.

<sup>1842</sup> *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, ICC-01/04-01/07-585, Victims and Witnesses Unit's Considerations on the System of Witness Protection and the Practice of "Preventive Relocation" (12 juin 2008) aux paras 9-10 (CPI, Bureau du Greffier); Sylvana Arbia, «The International Criminal Court: Witness and Victim Protection and Support, Legal Aid and Family Visits» (2010) 36 *Commonwealth Law Bulletin* 519 à la p 522 [Arbia, «Witness and Victim Protection»]. Sur ces autres options, voir Eikel, «Witness Protection», *supra* note 801 aux pp 118-128.

<sup>1843</sup> Douzième session de l'AÉP de la CPI, 20-28 novembre 2013, La Haye, Doc Off ICC-ASP/12/20 au para 78 [AÉP, 12<sup>ème</sup> session].

Pour alléger le fardeau, un fonds affectation spéciale pour la réinstallation a été mis sur pied en 2009<sup>1844</sup>. Avec pour objectif de défrayer les aspects financiers de la réinstallation, le fonds vise à accroître la possibilité pour la Cour d'appliquer ce type de mesure comme réponse au besoin de protection des victimes et témoins<sup>1845</sup>. Son effet catalyseur demeure toutefois attendu. En 2008, 7 États seulement avaient un accord de réinstallation avec la CPI, dont quatre de l'Union européenne<sup>1846</sup>. Le nombre est passé aujourd'hui à 12, sans doute en raison de l'impulsion qu'a constituée la mise en place du Fonds<sup>1847</sup>. À part ce petit entrain, aucun nouvel accord n'avait été conclu en 2012<sup>1848</sup>. En 2010, à peine 40 % des mesures de réinstallation seulement avaient été réussies<sup>1849</sup>. Cette situation démontre que l'enjeu de la réinstallation ne se réduit pas à ses coûts financiers. L'intégration dans la société d'accueil semble constituer une préoccupation majeure. Le Fonds est à cet égard critiqué comme déplaçant la responsabilité d'accueil des pays donateurs vers les pays hôtes et comme ne favorisant pas l'intégration de la personne réinstallée puisque les pays hôtes sont déchargés de toute responsabilité à son égard<sup>1850</sup>.

À notre avis, il est réducteur de limiter l'intégration dans la société d'accueil à la question de savoir qui assure les coûts économiques de la réinstallation. L'absence d'engagement d'un plus grand nombre d'États est révélatrice des déficiences d'un système de justice qui ne peut imposer ses valeurs en dehors de la volonté toujours aléatoire des États.

\*   \*

Somme toute, la tâche consistant à poser des limites à la confidentialité dans le respect de l'effectivité de la CPI n'est pas aisée. Pour ouvrir le débat à ce sujet, il nous a fallu considérer quelle place l'effectivité ou la proportionnalité substantielle occupait dans le système de justice internationale pénale. Cette recherche nous a permis de souligner l'attachement historique des tribunaux qui ont précédé la CPI à leur effectivité, notamment à travers la limitation des contraintes procédurales dont le rejet des règles absolues de confidentialité. En outre, il apparaît que la

---

<sup>1844</sup> *Rapport du Bureau sur la coopération*, AÉP, ICC/ASP/8/44, 15 novembre 2009 au para 93; *Summary Report on the Seminar on Protection of Victims and Witnesses Appearing Before the International Criminal Court*, 24 novembre 2010, à la p 6; Arbia, «Witness and Victim Protection», *supra* note 1842 à la p 523.

<sup>1845</sup> AÉP, 12<sup>ème</sup> session, *supra* note 1843 à la p 374.

<sup>1846</sup> Consilium, *The European Union and the International Criminal Court*, février 2008 à la p 23. En ligne <<http://www.consilium.europa.eu>>.

<sup>1847</sup> IBA, *Witnesses before the ICC*, *supra* note 1809 à la p 9.

<sup>1848</sup> CICC, *Report on the 11<sup>st</sup> Session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute*, 14-21 November 2012, La Haye, novembre 2013 à la p 15.

<sup>1849</sup> Conférence de révision du Statut de Rome, Rapport de la Cour sur la coopération: Mise à jour, RC/2, 11 mai 2010 au para 19.

<sup>1850</sup> Eikel, «Witness Protection», *supra* note 801 à la p 127.

recherche de la proportionnalité ou de l'effectivité substantielle serait appuyée par l'article 21-3 du *Statut de Rome* qui exige une conformité de l'application et de l'interprétation du droit applicable aux droits de l'homme. C'est notre conviction que le mouvement en faveur des droits des victimes et la dimension substantielle conférée par les organes de protection des droits de l'homme au droit à un recours effectif établit cette conformité. Quant à la limitation de la confidentialité à proprement parler, nous avons soutenu que cela nécessitait autant un réaménagement de la pratique de la Cour que l'adaptation du régime de coopération aux exigences de l'effectivité substantielle. Cela passe par la dépolitisation des poursuites et la rigueur dans les enquêtes d'une part et par l'imposition d'une obligation de coopérer ou de juger ainsi que le partage des charges en matière de protection des victimes pour limiter l'octroi de mesures de confidentialité lors du procès d'autre part.

## **Conclusion à la deuxième partie**

La deuxième partie de l'étude avait pour objectif d'examiner comment la Cour concilie la profusion de la confidentialité avec ses finalités de réprimer les crimes et réparer les souffrances des victimes. Nous avons vu que compte tenu de l'impératif d'effectivité, elle s'efforce de restreindre l'application de la confidentialité. En tant qu'exception permettant de déroger à des règles générales, la confidentialité doit s'interpréter restrictivement, parce que la valeur à laquelle son application fait exception ne doit pas être écartée à la légère. Dans cet esprit, nous avons étudié les justifications de l'approche restrictive adoptée par la Cour. Il s'agissait de mettre en évidence les aspects de l'effectivité de la Cour susceptibles de pâtir de l'abondance de confidentialité. Dans la mesure où celle-ci constitue un obstacle à l'accès aux éléments de preuve et à la transparence de la justice, nous avons examiné dans un premier temps les risques qu'elle représente pour la bonne administration de la justice, nous attardant sur les droits de la personne accusée. Incluant à cette conception de l'effectivité les enjeux relatifs aux intérêts des victimes et de la communauté internationale, nous avons abordé la question des risques de mise en échec de la responsabilité pénale des auteurs présumés de crimes internationaux.

Après avoir ainsi jeté les bases de la réflexion sur la restriction, nous avons ensuite abordé la question de savoir comment la Cour s'efforce concrètement de restreindre la confidentialité. Nous avons à cet égard vu dans un premier temps que son effort n'aboutit qu'à des résultats mitigés. Bien que sa solution soit cohérente, au regard des droits de l'homme internationalement reconnus, elle échoue précisément parce que, préservant les droits de la personne accusée, elle n'accorde que peu de considération à l'aspiration des victimes et de la communauté internationale de voir les auteurs présumés de crimes jugés sur le fond de leur responsabilité. L'explication de cet échec est double : d'une part, les facteurs de confidentialité apparaissent inhérents à la nature des crimes internationaux et d'autre part, la confidentialité est précisément attrayante parce qu'elle opère comme un substitut efficace permettant à la Cour de gommer ses lacunes structurelles.

À partir de ce constat, nous avons enfin fait valoir qu'à la réponse procédurale que la Cour apporte à la profusion de la confidentialité, il y a lieu d'y adjoindre une dimension substantielle. Cette approche est fondée sur une conception triangulaire des finalités de la CPI. L'enjeu est de réduire l'application de la confidentialité dans l'intérêt d'une justice plus équilibrée qui prend en compte les préoccupations de l'accusé, celles des victimes et de la communauté internationale.

La question des droits de l'accusé a été analysée sous l'angle du respect de l'égalité des armes d'une part et de l'apparence de justice d'autre part. La confidentialité est en effet susceptible de mettre en péril l'équilibre de la justice en privant les parties des moyens de se défendre. Nous en avons traité comme conséquences des restrictions applicables à l'obligation de communiquer les moyens et éléments de preuve. La confidentialité affecte également le principe du contradictoire. L'enjeu de l'apparence de la justice a consisté à s'interroger si l'idée même de justice n'est pas dénaturée par l'atteinte, non à l'équité de manière générale, mais à certains de ses éléments, surtout ceux qui peuvent le plus en rendre compte comme la sérénité et la transparence dont nous avons successivement abordé comment la confidentialité leur portait un coup.

Quant à l'intérêt de la répression, nous avons vu qu'il pouvait pâtir principalement du tarissement des éléments de preuve lorsqu'en raison du secret ils ne peuvent être produits en justice. À l'extrême en effet, le secret peut impliquer l'exclusion de la preuve dans le procès, voire une décision d'arrêt définitif des procédures ou encore d'amoindrissement de la valeur probante des éléments de preuve. Nous avons d'abord analysé comment la Cour s'efforce en pratique d'éviter qu'une exonération de responsabilité pénale ne soit la conséquence d'une exclusion fondée sur la confidentialité. Elle peut recourir à ce qu'on a appelé les moyens de preuve analogues ou, lorsque la confidentialité ne touche que des preuves de charges spécifiques, procéder au retrait de telles charges. Ces solutions, qui ne sont pas mises en œuvre sans difficulté, peuvent n'être d'aucune efficacité si la preuve est cruciale pour l'ensemble de l'affaire. L'arrêt des poursuites s'impose dans ce cas comme seul recours contre l'abus de procédure. Mais parce que ce type de remède néglige de prendre en compte les intérêts de la communauté internationale ou des victimes, il apparaît indispensable de penser la restriction de la confidentialité autrement.

En l'état actuel, le principe de proportionnalité de la confidentialité appliqué par la Cour ne garantit pas l'effectivité substantielle de la justice internationale pénale. Bien que la solution soit acceptable en droit, elle ne reflète pas l'idéal philosophique qui sous-tend l'institution des poursuites internationales pour crimes graves. En construisant l'effectivité substantielle comme un triptyque d'objectifs visant la conciliation harmonieuse de l'intérêt public de la répression avec le respect des droits fondamentaux de la personne accusée et la prise en compte des préoccupations des victimes, nous avons ensuite démontré qu'elle s'inscrit pleinement dans l'interprétation progressiste du droit à

un recours effectif par les mécanismes de droits de la personne. Catalyseur de cette tendance, le mouvement en faveur des droits des victimes n'a pas moins été critiqué<sup>1851</sup>.

Pour autant, tel qu'il a trouvé écho dans la pratique des mécanismes des droits fondamentaux, il conforte l'idée de l'effectivité substantielle en tant que les violations graves doivent donner lieu à des enquêtes et à des poursuites, au moins susceptibles de conduire à l'imposition d'une sanction pénale ; à des réparations, monétaires ou symboliques ; et à des droits de participation équitables pour les victimes. Malgré l'imprécision des textes sur ces enjeux, la jurisprudence du système interaméricain a jeté les bases de cette approche progressiste des droits des victimes<sup>1852</sup>. On ne saurait privilégier des solutions procédurales sans ignorer l'ampleur des atrocités qui justifie la répression des crimes graves. L'affaiblissement des systèmes nationaux de justice par divers maux, y compris la résurgence des conflits armés fratricides, a donné à la Cour IADH un motif de ne reconnaître aux États qu'une marge nationale d'appréciation limitée. D'ailleurs, en se substituant pratiquement à ces États, la Cour se place systématiquement du côté du plus faible, ainsi qu'auraient dû le faire les États eux-mêmes. La jurisprudence poursuit donc le rééquilibrage des rapports de force où elle présume que la victime, dépourvue des seuls moyens de l'État par lesquels elle aurait pu assurer sa défense, est dominée par la coalition réunissant l'État et les auteurs des crimes. Cette perspective est tout à fait caractéristique des crimes internationaux dont la commission résulte le plus souvent soit de la faiblesse de l'État, soit de l'emploi de ses propres moyens<sup>1853</sup>. La pratique de la Cour IADH pourrait donc utilement inspirer la CPI.

---

<sup>1851</sup> Raquel Aldana-Pindell, «In Vindication of Justiciable Victims' Rights to Truth and Justice for State- Sponsored Crimes» (2002) 35:5 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1399 aux pp 1404-1405 [Aldana-Pindell, «In Vindication»] (Le mouvement en faveur des droits des victimes serait un retour à la justice vindicative et rétributive, qui dans un contexte post-conflit, n'est pas favorable à la réconciliation nationale); Rachel King, «Why a Victims' Rights Constitutional Amendment is a Bad Idea: Practical Experience From Crime Victims» (2000) 68 *U Cin L Rev* 357 (La participation des victimes au procès pénal met leur vie en danger, fait double emploi, cause l'inefficacité et entraîne des conflits d'intérêts); Sorochinsky, «Prosecuting Torturers», *supra* note 1550 aux p p 206 et s. (Les réformes en faveur des droits des victimes accroissent les pouvoirs de l'État plutôt que des victimes); Bennett L Gershman, «Prosecutorial Ethics and Victim's Rights: the Prosecutor's Duty of Neutrality » (2005) 9:3 *Lewis & Clark L Rev* 559 (La proximité du procureur avec la victime pourrait l'amener à perdre son objectivité); Henrion, «Y a-t-il une place pour la victime? », *supra* note 1721 à la p 46 (« une nouvelle définition de son statut procédural peut bouleverser la conception du procès pénal »); Decramer et Gyselaers, «La victime dans la procédure pénale belge », *supra* note 1723 à la p 79 (La croissance des droits des victimes en Belgique a conduit à « la montée en puissance de la pensée d'équilibre » qui veut que les victimes prétendent aux mêmes droits que les accusés et que tout nouveau droit reconnu à la victime est également reconnu à l'accusé); Belliver et Duvert, «Regards pluridisciplinaire», *supra* note 1724 (Affirmant que la légitimité de la participation des victimes au procès pénal est débattue); Fortis, «Ambiguïtés», *supra* note 1724 à la p 45 (Évoquant le risque d'inflation des actions civiles exercées devant le tribunal répressif que provoquerait la constitution de partie civile).

<sup>1852</sup> Diana Contreras-Garduño et Sebastiaan Rombouts, «Collective Reparations for Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights» (2010) 27:72 *Utrecht Journal of International and European Law* 4 à la p 7.

<sup>1853</sup> Aldana-Pindell, «In Vindication», *supra* note 1851 aux pp 1480-1498 (évoquant le cas du Guatemala).





# CONCLUSION

Cette étude était motivée par le constat de l'abondance de la confidentialité dans la procédure pénale internationale administrée par la CPI. La curiosité à laquelle a donné lieu cette constatation a été celle de savoir comment cette confidentialité peut se concilier avec la finalité de la Cour qui est de parvenir à un jugement équitable des crimes internationaux de manière substantielle pour les personnes accusées, les victimes et la communauté internationale dans son ensemble.

De conciliation en effet, il en faut sans doute ; ceci en raison de la justification de la confidentialité. Nous avons abordé cette dernière notion sous ses deux acceptions et ses deux modalités d'apparition dans la procédure devant la CPI. Elle est en effet une double obligation qui, d'une part, postule l'interdiction que les personnes qui sont en vertu de la loi dans le secret ne puissent le divulguer et d'autre part que ceux qui n'en sont pas parties ne puissent en vertu de la loi en prendre connaissance. Dans ses deux modalités, nous l'avons définie comme étant procédurale lorsqu'elle est spécifiquement construite par la Cour pour protéger des intérêts auxquels la publicité des procès porterait atteinte et comme étant substantielle lorsqu'elle est opposée à la Cour par ceux à qui elle bénéficie légalement afin qu'elle n'ait pas accès à des éléments de preuve.

Qu'elle soit procédurale ou substantielle, la confidentialité repose sur la prise en compte par le cadre normatif de la CPI de certaines considérations d'intérêt public. Il s'agit de la justification traditionnelle de la confidentialité que l'on retrouve dans les principaux systèmes juridiques du monde<sup>1854</sup>. Caractéristique toutefois à l'approche de la question par les textes fondamentaux de la CPI, est l'intrigante codification et application massive des motifs de confidentialité. La confidentialité procédurale peut ainsi être fondée sur au moins quatre raisons : (i) la non-divulgence des documents internes d'une partie à la procédure lorsque ceux-ci se rapportent à ses enquêtes et à la préparation de sa défense ; (ii) la non-divulgence de tout élément qui pourrait porter préjudice aux enquêtes en cours et à venir ; (iii) la non-divulgence d'informations confidentielles dont celui qui en a la propriété ne souhaite pas la divulgation dans la procédure et enfin (iv) la non-divulgence dans l'intérêt de la protection des victimes, témoins, membres de leurs familles et toute personne qui courent un risque du fait des activités de la Cour<sup>1855</sup>.

---

<sup>1854</sup> Pierre Lambert, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p 149; Bosly, Vandermeesch et Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, *supra* note 123 à la p 356.

<sup>1855</sup> Kuschnik, «The Law of Non-Disclosure», *supra* note 111 à la p 166.

Quant à la confidentialité substantielle, elle apparaît essentiellement sous forme de privilèges testimoniaux. Les textes fondamentaux de la Cour consacrent, de manière impressionnante, des dispenses de témoigner ou de coopérer. Ainsi consacrent-ils, aux termes du *Statut de Rome* : le privilège des personnes visées par une enquête de ne pas témoigner contre elles-mêmes ni de s'avouer coupable (art 55-1-a), le privilège des informateurs et des collaborateurs de la justice (art 54-3-e), le privilège testimonial des détenteurs des secrets d'État (art 72-2) et l'immunité des États de divulguer les informations touchant à leur sécurité nationale (art 72). La règle 73 du *RPP* codifie le secret professionnel de l'avocat-client, le secret des informations médicales (médecin, psychiatre, psychologue, conseiller), le secret religieux, le secret professionnel du CICR et tout autre secret professionnel d'autres relations de travail lorsque la Cour détermine que « [l]a reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement ». La règle 74 codifie le privilège contre l'auto-incrimination du témoin tandis que la règle 75 élargit le privilège des relations conjugales aux membres de la famille de l'accusé.

L'objectif de la présente recherche n'était pas de remettre en cause la confidentialité. Celle-ci protège des secrets dont la légitimité est admise dans la plupart des démocraties<sup>1856</sup>. Certains d'entre eux sont protégés au nom de l'effectivité de la répression des crimes relevant de la compétence de la Cour. Il a cependant paru opportun, au détour des difficultés procédurales à faire coexister les impératifs de confidentialité et de justice, de nous interroger sur le point de savoir si la solution en la matière se concilie avec la tension du système probatoire, en droit international de manière générale<sup>1857</sup> et dans la justice internationale pénale en particulier, vers la recherche de la vérité et la transparence.

La réponse de la CPI à cette préoccupation suit le contour général de son cadre interprétatif. Au sujet de la confidentialité procédurale, la règle de conflit est posée à l'article 68-1 du *Statut de Rome*, à savoir que la confidentialité ne doit ni être préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Nous avons décrit ce critère de validité de l'interprétation et de l'application de la confidentialité comme faisant référence à l'équité ou à la justice internationale pénale substantielle, celle qui place du même bord la protection des droits de l'accusé et la réparation au profit des victimes de crimes internationaux et le châtement des criminels

---

<sup>1856</sup> Lock K Johnson, *National Security Intelligence: Secrets Operations in Defense of the Democracies*, Cambridge-UK, Polity Press, 2012 à la p 134.

<sup>1857</sup> Gérard Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p 448.

de guerre. Cette approche restrictive de la confidentialité procédurale a de même été retenue en matière de confidentialité substantielle, mais avec une portée différente. La CPI l'a consacrée dans l'affaire *Lubanga* au moment d'interpréter l'article 54-3-e qui proclame le droit des sources du Procureur à la confidentialité de leur identité et de leurs documents. Elle a jugé en instance et en appel que toute promesse de confidentialité que peut tenir le Procureur à ses informateurs doit préserver la possibilité pour la Cour d'avoir accès aux éléments de preuve lorsque ceux-ci sont indispensables à la détermination de la cause.

Nous avons cependant critiqué cette solution pour sa portée procédurale. Quant à la confidentialité procédurale en effet, l'approche restrictive n'a jamais été en mesure d'infléchir le recours toujours abondant des parties à des mesures restreignant la transparence et la publicité. La raison se trouve notamment dans l'absence de contrôle qu'a la Cour sur les déterminants de la confidentialité. Elle ne dispose pas d'un programme de protection efficace pour les personnes à risque du fait de ses activités. Elle est compétente à l'égard de situations dans lesquelles les conflits armés sont vivaces. Elle juge de crimes d'une gravité particulière. Il s'ensuit que tandis que le besoin de confidentialité s'accroît, la Cour ne dispose pas d'autres moyens appropriés que la confidentialité pour accommoder les craintes légitimes qui justifient son application.

La conséquence de cette abondance de confidentialité n'est pas que procédurale. Elle touche au droit substantiel de l'accusé d'avoir un procès dans un délai rapide, car les procédures incidentes ralentissent le déroulement des procédures. Elle affecte son droit de préparer adéquatement sa défense, puisqu'il faut souvent différer la divulgation d'éléments dont a besoin la défense pour conduire ses enquêtes. De même, elle restreint la participation des victimes en raison du dilemme qui leur est imposé de choisir entre leur sécurité, assurée par l'anonymat, et une participation plus active dans le procès.

D'un autre côté, quant à la confidentialité substantielle, l'approche restrictive énoncée par la Cour dans certaines affaires n'a reçu qu'une application procédurale. Dans le prolongement de sa solution, les juges se sont contentés de reconnaître qu'à défaut pour le Procureur d'obtenir de ses sources la levée de la confidentialité de leurs documents, la poursuite des procédures ne serait plus possible au nom du droit de l'accusé de recevoir un procès équitable. De là l'interrogation de savoir si on peut se satisfaire d'une telle conception de l'équité, pour dire vrai, de la justice, lorsque certains

de ses éléments fondamentaux, au sens où nous avons décrit l'effectivité substantielle, ne sont pas pris en compte par la solution du juge.

Il s'agit d'une solution procédurale précisément parce qu'elle marque la frontière entre l'autorité des juges et celle de ceux qui ont construit le système normatif de la Cour. Ni le Procureur ni la Cour ne peuvent contraindre la production d'une preuve indispensable pour la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Ils ne peuvent rien faire d'autre que de négocier sa production, ce qui les place dans une position de subordination par rapport aux détenteurs de la preuve. Ainsi, l'approche restrictive ne résout qu'imparfaitement le problème.

La réforme que nous proposons d'engager part d'abord de la nécessité qu'il soit reconnu que l'effectivité de la justice internationale pénale dépasse la seule dimension procédurale. Son caractère substantiel procède des considérations des nécessités sociales de la communauté internationale prises en compte par le droit. Elle s'inscrit en effet d'une part dans la finalité de la Cour au regard de son but et de son objectif, et d'autre part dans le critère de validité de l'interprétation et de l'application du droit applicable aux termes de l'article 21-3 de son *Statut*.

De fait, la justice de réparation et de rétribution promue par la CPI constitue la transposition parfaite dans le droit international pénal d'un mouvement en faveur des droits des victimes accrédité par une jurisprudence éloquente des mécanismes de protection des droits de l'homme. Leur pratique, particulièrement dense dans les systèmes européen et interaméricain, tend à considérer l'équité comme signifiant une égalité de droits substantiels et procéduraux entre les victimes, les accusés et la communauté sociale qui a intérêt à voir ces crimes châtiés et réparés.

La Cour IADH et la Cour EDH en sont arrivées à reconnaître pratiquement les mêmes droits aux victimes de crimes et à leurs auteurs dans la procédure pénale, répondant ainsi à l'appel des mouvements en faveur des victimes<sup>1858</sup>. Ces droits procéduraux sont censés servir une finalité plus importante, à savoir obtenir la poursuite effective des crimes dont elles ont souffert. Celle-ci s'entend de la réparation au sens large, le droit au recours effectif consacré par les principaux instruments de droits de la personne ayant été interprété comme incluant autant le droit à l'indemnisation du préjudice subi que l'obligation pour l'État d'engager contre les auteurs présumés des enquêtes et des poursuites effectives. En accroissant les droits procéduraux des victimes, on s'assure qu'en cas de

---

<sup>1858</sup> Irwin Waller, *Rights for Victims of Crime: Rebalancing Justice*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Rowman & Littlefield Publishers, 2011.

collusion entre l'État et les accusés, comme c'est souvent le cas en matière de crimes graves, il reste toujours une possibilité pour les victimes de faire valoir leurs droits.

Au demeurant, s'il ne fait pas de doute que les juges de la CPI ne pourraient éprouver aucune difficulté à adhérer à cette construction du sens de la justice qu'ils doivent administrer, il reste que leurs conclusions ne seraient que pure rhétorique si à ce pouvoir de dire le droit, la Cour n'est pas dotée des moyens de le faire respecter. Nous avons soutenu qu'une limitation de la confidentialité passe nécessairement par l'exploration des conditions dans lesquelles son effectivité peut être possible. Il s'agit essentiellement de combler certaines lacunes structurelles de la CPI dont l'absence, par exemple, d'un pouvoir d'ordonner la production forcée des éléments de preuve. Il est aussi question pour elle-même de rationaliser ses procédures afin de rendre plus supportables pour les États les coûts et les charges qu'elles occasionnent.

Les enseignements à tirer de cette recherche quant à ses objectifs initiaux méritent d'être soulignés. Sur l'objectif de savoir à quel point la Cour est une institution transparente, il est aisé de constater quelques entorses regrettables à ce principe d'administration de la justice. Il importe pourtant que la Cour, en tant qu'institution internationale, catalyseur des attentes d'une société globalisée qui aspire de plus en plus à la démocratisation, prenne la mesure réelle, pour son efficacité, de ce que représente un tel principe. Elle doit absolument éviter de passer pour une justice inquisitoire et autoritaire animée par la finalité ultime d'efficacité répressive. De même, la pesée des valeurs en contradiction devrait être suffisamment équilibrée afin qu'il ne paraisse pas que l'intérêt des droits de la défense est sauvegardé, par précaution, au préjudice du droit des victimes et de la communauté internationale à la vérité.

Plus que la publicité, la transparence évoque la bonne gestion. Celle-ci s'entend comme le processus par lequel les institutions publiques conduisent les affaires publiques et réalisent les attentes sociales sans abus et sans corruption, dans le respect du principe de la règle de droit. L'abondance de la confidentialité et la difficulté à la restreindre peut jeter le doute sur la capacité de la Cour à incarner ces qualités. Il est donc indispensable qu'elle améliore la transparence de ses procédures. Pour ce faire, elle doit s'efforcer, en dépit de ses contraintes exogènes et diversifiées, de renverser le rapport de force qui l'affaiblit en face des titulaires des secrets. Dans ce combat, elle joue sa crédibilité, qui ne sera d'autant reconnue qu'elle se montrera audacieuse dans l'élaboration des solutions aux problèmes qu'elle rencontre.

En effet, quant à l'objectif qui visait à savoir dans quelle mesure la confidentialité est nuisible à la crédibilité de la Cour, les faits sont persuasifs. La crédibilité soulève une question fondamentale interrogeant la perception publique de l'effectivité de la Cour. Détient-elle la marge de manœuvre pour accomplir sa mission de lutte contre l'impunité des crimes les plus graves et de réparation des souffrances des victimes ? Est-elle au contraire, en tant que gardienne « d'obscurs secrets », un instrument politique entre les mains des plus puissants, participant ainsi à une justice détachée des aspirations profondes de ceux qui ont appelé de tout cœur à sa création ? Certes, la Cour apparaît plus indépendante du contrôle des États et moins protectrice de la souveraineté de ces derniers que les mécanismes de justice internationale qui existent dans le monde moderne<sup>1859</sup>. Toutefois, le secret, dans ses multiples formes et dans sa portée, qui érode souvent l'autorité de la Cour, semble réintroduire insidieusement certains travers qui repoussent la réalisation durable et prévisible du projet utopique du droit international pénal de se saisir des crimes commis sous le couvert de la souveraineté. Il va ainsi sans dire, pour rester optimiste, que la quête de cette utopie, tel le mythe de Sisyphe, n'est guère gagnée d'avance. La Cour doit garder la marche haute face aux velléités tentaculaires d'un secret trop ombrageux. Cette entreprise, qui ne sera jamais de tout repos, participera à coup sûr à l'édification profonde d'un état de droit véritable dans l'ordre international.

---

<sup>1859</sup> Beth Ann Simmons et Allison Danner, « Credible Commitments and the International Criminal Court » (2010) 64 :2 *International Organization* 225 à la p 229.

## **ANNEXES**





# **I. – Extraits du Statut de Rome de la Cour pénale internationale**

## **CHAPITRE II COMPÉTENCE, RECEVABILITÉ ET DROIT APPLICABLE**

### **Article 21**

#### **Droit applicable**

1. La Cour applique :
  - a) En premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve;
  - b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ;
  - c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues.
2. La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures.
3. L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité.

### **Article 54**

#### **Devoirs et pouvoirs du Procureur en matière d'enquêtes**

1. Le Procureur :
  - a) Pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge ;
  - b) Prend les mesures propres à assurer l'efficacité des enquêtes et des poursuites visant des crimes relevant de la compétence de la Cour. Ce faisant, il a égard aux intérêts et à la situation personnelle des victimes et des témoins, y compris leur âge, leur sexe, tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et leur état de santé ; il tient également compte de la nature du crime, en particulier lorsque celui-ci comporte des violences sexuelles, des violences à caractère sexiste ou des violences contre des enfants ; et
  - c) Respecte pleinement les droits des personnes énoncés dans le présent Statut.
2. Le Procureur peut enquêter sur le territoire d'un État :
  - a) Conformément aux dispositions du chapitre IX; ou

- b) Avec l'autorisation de la Chambre préliminaire en vertu de l'article 57, paragraphe 3, alinéa d).
3. Le Procureur peut :
- a) Recueillir et examiner des éléments de preuve;
  - b) Convoquer et interroger des personnes faisant l'objet d'une enquête, des victimes et des témoins;
  - c) Rechercher la coopération de tout État ou organisation intergouvernementale ou accord intergouvernemental conformément à leurs compétences ou à leur mandat respectifs ;
  - d) Conclure tous arrangements ou accords qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Statut et qui peuvent être nécessaires pour faciliter la coopération d'un État, d'une organisation intergouvernementale ou d'une personne ;
  - e) S'engager 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 ; et
  - f) Prendre, ou demander que soient prises, des mesures nécessaires pour assurer la confidentialité des renseignements recueillis, la protection des personnes ou la préservation des éléments de preuve.

## **Article 55**

### **Droits des personnes dans le cadre d'une enquête**

1. Dans une enquête ouverte en vertu du présent Statut, une personne :
  - a) N'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable;
  - b) N'est soumise 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 ;
  - c) Bénéficie gratuitement, si elle n'est pas interrogée dans une langue qu'elle comprend et parle parfaitement, de l'aide d'un interprète compétent et de toutes traductions que rendent nécessaires les exigences de l'équité ; et
  - d) Ne peut être arrêtée ou détenue arbitrairement ; elle ne peut être privée de sa liberté si ce n'est pour les motifs et selon les procédures prévus dans le présent Statut.
2. Lorsqu'il y a des motifs de croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour et que cette personne doit être interrogée, soit par le Procureur soit par les autorités nationales en vertu d'une demande faite au titre du chapitre IX, cette personne a de plus les droits suivants, dont elle est informée avant d'être interrogée :
  - a) Être informée avant d'être interrogée qu'il y a des raisons de croire qu'elle a commis un crime relevant de la compétence de la Cour ;
  - b) Garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence ;

- c) Être assistée par le défenseur de son choix ou, si elle n'en a pas, par un défenseur commis d'office chaque fois que les intérêts de la justice l'exigent, sans avoir dans ce cas à verser de rémunération si elle n'en a pas les moyens ; et
- d) Être interrogée en présence de son conseil, à moins qu'elle n'ait renoncé volontairement à son droit d'être assistée d'un conseil.

## **Article 56**

### **Rôle de la Chambre préliminaire dans le cas où l'occasion d'obtenir des renseignements ne se présentera plus**

1.
  - a) Lorsque le Procureur considère qu'une enquête offre l'occasion unique, qui peut ne plus se présenter par la suite, de recueillir un témoignage ou une déposition, ou d'examiner, recueillir ou vérifier des éléments de preuve aux fins d'un procès, il en avise la Chambre préliminaire ;
  - b) 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 ;
  - c) Sauf ordonnance contraire de la Chambre préliminaire, le Procureur informe également de la circonstance visée à l'alinéa a) la personne qui a été arrêtée ou a comparu sur citation délivrée dans le cadre de l'enquête, afin que cette personne puisse être entendue.
2. Les mesures visées au paragraphe 1, alinéa b), peuvent consister :
  - a) À faire des recommandations ou rendre des ordonnances concernant la marche à suivre ;
  - b) À ordonner qu'il soit dressé procès-verbal de la procédure ;
  - c) À nommer un expert ;
  - d) À 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 ;
  - e) À charger un de ses membres ou, au besoin, un des juges disponibles de la Section préliminaire ou de la Section de première instance, de faire des recommandations ou de rendre des ordonnances concernant le rassemblement et la préservation des éléments de preuve et les auditions de personnes ;
  - f) À prendre toute autre mesure nécessaire pour recueillir ou préserver les éléments de preuve.
3.
  - a) Lorsque le Procureur n'a pas demandé les mesures visées au présent article mais que la Chambre préliminaire est d'avis que ces mesures sont nécessaires pour préserver des éléments de preuve qu'elle juge essentiels pour la défense au cours du procès, elle consulte le Procureur pour savoir si celui-ci avait de bonnes raisons de ne pas demander les mesures en question. Si, après consultation, elle conclut que le fait de ne pas avoir demandé ces mesures n'est pas justifié, elle peut prendre des mesures de sa propre initiative.
  - b) Le Procureur peut faire appel de la décision de la Chambre préliminaire d'agir de sa propre initiative en vertu du présent paragraphe. Cet appel est examiné selon une procédure accélérée.

4. L'admissibilité des éléments de preuve préservés ou recueillis aux fins du procès en application du présent article, ou de l'enregistrement de ces éléments de preuve, est régie par l'article 69, leur valeur étant celle que leur donne la Chambre de première instance.

## **Article 57**

### **Fonctions et pouvoirs de la Chambre préliminaire**

1. À moins que le présent Statut n'en dispose autrement, la Chambre préliminaire exerce ses fonctions conformément aux dispositions du présent article.
2. a) Les décisions rendues par la Chambre préliminaire en vertu des articles 15, 18, 19, 54, paragraphe 2, 61, paragraphe 7, et 72 sont prises à la majorité des juges qui la composent ;  
b) Dans tous les autres cas, un seul juge de la Chambre préliminaire peut exercer les fonctions prévues dans le présent Statut, sauf disposition contraire du Règlement de procédure et de preuve ou décision contraire de la Chambre préliminaire prise à la majorité.
3. Indépendamment des autres fonctions qui lui sont conférées en vertu du présent Statut, la Chambre préliminaire peut :
  - a) Sur requête du Procureur, rendre les ordonnances et délivrer les mandats qui peuvent être nécessaires aux fins d'une enquête ;
  - b) À la demande d'une personne qui a été arrêtée ou a comparu sur citation conformément à l'article 58, rendre toute ordonnance, y compris des mesures telles que visées à l'article 56, ou solliciter tout concours au titre du chapitre IX qui peuvent être nécessaires pour aider la personne à préparer sa défense ;
  - c) En cas de besoin, assurer la protection et le respect de la vie privée des victimes et des témoins, la préservation des preuves, la protection des personnes qui ont été arrêtées ou ont comparu sur citation, ainsi que la protection des renseignements touchant la sécurité nationale ;
  - d) Autoriser le Procureur à prendre certaines mesures d'enquête sur le territoire d'un État Partie sans s'être assuré de la coopération de cet État au titre du chapitre IX si, ayant tenu compte dans la mesure du possible des vues de cet État, elle a déterminé qu'en l'espèce celui-ci est manifestement incapable de donner suite à une demande de coopération parce qu'aucune autorité ou composante compétente de son appareil judiciaire national n'est disponible pour donner suite à une demande de coopération au titre du chapitre IX ;
  - e) Lorsqu'un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître a été délivré en vertu de l'article 58, solliciter la coopération des États en vertu de l'article 93, paragraphe 1, alinéa k), en tenant dûment compte de la force des éléments de preuve et des droits des parties concernées, comme prévu dans le présent Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve, pour qu'ils prennent des mesures conservatoires aux fins de confiscation, en particulier dans l'intérêt supérieur des victimes.

## **Article 64**

### **Fonctions et pouvoirs de la Chambre de première instance**

1. Les fonctions et pouvoirs de la Chambre de première instance énoncés dans le présent article sont exercés conformément au Statut et au Règlement de procédure et de preuve.

2. La Chambre de première instance veille à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence, dans le plein respect des droits de l'accusé et en ayant pleinement égard à la nécessité d'assurer la protection des victimes et des témoins.
3. Lorsqu'une affaire est renvoyée en jugement conformément au présent Statut, la Chambre de première instance à laquelle elle est attribuée :
  - a) Consulte les parties et adopte toutes procédures utiles à la conduite équitable et diligente de l'instance ;
  - b) Détermine la langue ou les langues du procès ; et
  - c) 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.
4. La Chambre de première instance peut, si cela est nécessaire pour assurer son fonctionnement efficace et équitable, soumettre des questions préliminaires à la Chambre préliminaire ou, au besoin, à un autre juge disponible de la Section préliminaire.
5. La Chambre de première instance peut, en le notifiant aux parties, ordonner la jonction ou la disjonction, selon le cas, des charges portées contre plusieurs accusés.
6. Dans l'exercice de ses fonctions avant ou pendant un procès, la Chambre de première instance peut, si besoin est :
  - a) Assumer toutes les fonctions de la Chambre préliminaire visées à l'article 61, paragraphe 11;
  - b) Ordonner la comparution des témoins et leur audition ainsi que la production de documents et d'autres éléments de preuve, en obtenant au besoin l'aide des États selon les dispositions du présent Statut ;
  - c) Assurer la protection des renseignements confidentiels ;
  - d) Ordonner la production d'éléments de preuve en complément de ceux qui ont été recueillis avant le procès ou présentés au procès par les parties ;
  - e) Assurer la protection de l'accusé, des témoins et des victimes ; et
  - f) Statuer sur toute autre question pertinente.
7. Le procès est public. Toutefois, la Chambre de première instance peut, en raison de circonstances particulières, prononcer le huis clos pour certaines audiences aux fins énoncées à l'article 68 ou en vue de protéger des renseignements confidentiels ou sensibles donnés dans les dépositions.
8.
  - a) À l'ouverture du procès, la Chambre de première instance fait donner lecture à l'accusé des charges préalablement confirmées par la Chambre préliminaire.
  - b) 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 ;
  - c) Lors du procès, le Président peut donner des instructions pour la conduite de la procédure, notamment pour qu'elle soit conduite d'une manière équitable et impartiale. Sous réserve de

toute instruction du Président, les parties peuvent produire des éléments de preuve conformément aux dispositions du présent Statut.

9. La Chambre de première instance peut notamment, à la requête d'une partie ou d'office :
  - a) Statuer sur la recevabilité ou la pertinence des preuves ; et
  - b) Prendre toute mesure nécessaire pour assurer l'ordre à l'audience.
10. La Chambre de première instance veille à ce que le Greffier établisse et conserve un procès-verbal intégral du procès relatant fidèlement les débats.

## **Article 67**

### **Droits de l'accusé**

1. 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 pleine égalité, au moins aux garanties suivantes :
  - a) Être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement ;
  - b) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix ;
  - c) Être jugé sans retard excessif ;
  - d) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 de l'article 63, être présent à son procès, se défendre lui-même ou se faire assister par le défenseur de son choix ; s'il n'a pas de défenseur, être informé de son droit d'en avoir un et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, se voir attribuer d'office un défenseur par la Cour, sans frais s'il n'a pas les moyens de le rémunérer ;
  - e) Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. 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 ;
  - f) Se faire assister gratuitement d'un interprète compétent et bénéficier des traductions nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité, si la langue employée dans toute procédure suivie devant la Cour ou dans tout document présenté à la Cour n'est pas une langue qu'il comprend et parle parfaitement ;
  - g) Ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence ;
  - h) Faire, sans prêter serment, une déclaration écrite ou orale pour sa défense ; et
  - i) Ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation.
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.

## **Article 68**

### **Protection et participation au procès des victimes et des témoins**

1. La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins. Ce faisant, elle tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l'âge, le sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et l'état de santé, ainsi que la nature du crime, en particulier, mais sans s'y limiter, lorsque celui-ci s'accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste ou de violences contre des enfants. Le Procureur prend ces mesures en particulier au stade de l'enquête et des poursuites. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.
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.
3. Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve.
4. La Division d'aide aux victimes et aux témoins peut conseiller le Procureur et la Cour sur les mesures de protection, les dispositions de sécurité et les activités de conseil et d'aide visées à l'article 43, paragraphe 6.
5. Lorsque la divulgation d'éléments de preuve et de renseignements en vertu du présent Statut risque de mettre gravement en danger un témoin ou les membres de sa famille, le Procureur peut, dans toute procédure engagée avant l'ouverture du procès, s'abstenir de divulguer ces éléments de preuve ou renseignements et en présenter un résumé. De telles mesures doivent être appliquées d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial.
6. Un État peut demander que soient prises les mesures nécessaires pour assurer la protection de ses fonctionnaires ou agents et la protection d'informations confidentielles ou sensibles.

## **Article 69**

### **Preuve**

1. Avant de déposer, chaque témoin, conformément au Règlement de procédure et de preuve, prend l'engagement de dire la vérité.

2. Les témoins sont entendus en personne lors d'une audience, sous réserve des mesures prévues à l'article 68 ou dans le Règlement de procédure et de preuve. La Cour peut également autoriser un témoin à présenter une déposition orale ou un enregistrement vidéo ou audio, et à présenter des documents ou des transcriptions écrites, sous réserve des dispositions du présent Statut et conformément au Règlement de procédure et de preuve. Ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense.
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 nécessaires à la manifestation de la vérité.
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 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.
5. La Cour respecte les règles de confidentialité telles qu'elles sont énoncées dans le Règlement de procédure et de preuve.
6. La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire.
7. Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles :
  - a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; ou
  - b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité.
8. Lorsqu'elle se prononce sur la pertinence ou l'admissibilité d'éléments de preuve réunis par un État, la Cour ne se prononce pas sur l'application de la législation nationale de cet État.

## **Article 70**

### **Atteintes à l'administration de la justice**

1. La Cour a compétence pour connaître des atteintes suivantes à son administration de la justice lorsqu'elles sont commises intentionnellement :
  - a) Faux témoignage d'une personne qui a pris l'engagement de dire la vérité en application de l'article 69, paragraphe 1 ;
  - b) Production d'éléments de preuve faux ou falsifiés en connaissance de cause ;
  - c) Subornation de témoin, manoeuvres visant à empêcher un témoin de comparaître ou de déposer librement, représailles exercées contre un témoin en raison de sa déposition, destruction ou falsification d'éléments de preuve, ou entrave au rassemblement de tels éléments ;
  - d) Intimidation d'un membre ou agent de la Cour, entrave à son action ou trafic d'influence afin de l'amener, par la contrainte ou la persuasion, à ne pas exercer ses fonctions ou à ne pas les exercer comme il convient ;
  - e) Représailles contre un membre ou un agent de la Cour en raison des fonctions exercées par celui-ci ou par un autre membre ou agent ;



- f) Sollicitation ou acceptation d'une rétribution illégale par un membre ou un agent de la Cour dans le cadre de ses fonctions officielles.
- 2. Les principes et les procédures régissant l'exercice par la Cour de sa compétence à l'égard des atteintes à l'administration de la justice en vertu du présent article sont énoncés dans le Règlement de procédure et de preuve. Les modalités de la coopération internationale avec la Cour dans la mise en oeuvre des dispositions du présent article sont régies par la législation nationale de l'État requis.
- 3. En cas de condamnation, la Cour peut imposer une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder cinq années, ou une amende prévue dans le Règlement de procédure et de preuve, ou les deux.
- 4. a) Les États Parties étendent les dispositions de leur droit pénal qui répriment les atteintes à l'intégrité de leurs procédures d'enquête ou de leur système judiciaire aux atteintes à l'administration de la justice en vertu du présent article commises sur leur territoire, ou par l'un de leurs ressortissants ;  
b) À la demande de la Cour, un État Partie saisit ses autorités compétentes aux fins de poursuites chaque fois qu'il le juge approprié. Ces autorités traitent les dossiers dont il s'agit avec diligence, en y consacrant les moyens nécessaires à une action efficace.

#### **Article 71**

##### **Sanctions en cas d'inconduite à l'audience**

- 1. La Cour peut sanctionner l'inconduite à l'audience, y compris la perturbation de l'audience ou le refus délibéré de suivre ses instructions, par des mesures administratives autres qu'une peine d'emprisonnement, par exemple l'expulsion temporaire ou permanente de la salle, une amende ou d'autres mesures analogues prévues dans le Règlement de procédure et de preuve.
- 2. Le régime des sanctions indiquées au paragraphe 1 est fixé dans le Règlement de procédure et de preuve.

#### **Article 72**

##### **Protection de renseignements touchant à la sécurité nationale**

- 1. Le présent article s'applique dans tous les cas où la divulgation de renseignements ou de documents d'un État porterait atteinte, de l'avis de cet État, aux intérêts de sa sécurité nationale. Ces cas sont, en particulier, ceux qui relèvent de l'article 56, paragraphes 2 et 3, de l'article 61, paragraphe 3, de l'article 64, paragraphe 3, de l'article 67, paragraphe 2, de l'article 68, paragraphe 6, de l'article 87, paragraphe 6, et de l'article 93, ainsi que les cas, à tout autre stade de la procédure, où une telle divulgation peut être en cause.
- 2. Le présent article s'applique également lorsqu'une personne qui a été invitée à fournir des renseignements ou des éléments de preuve a refusé de le faire ou en a référé à l'État au motif que leur divulgation porterait atteinte aux intérêts d'un État en matière de sécurité nationale et lorsque cet État confirme qu'à son avis la divulgation de ces renseignements porterait atteinte aux intérêts de sa sécurité nationale.
- 3. Aucune disposition du présent article ne porte atteinte aux normes de confidentialité applicables en vertu de l'article 54, paragraphe 3, alinéas e) et f), ni à l'application de l'article 73.

4. Si un État apprend que des renseignements ou des documents de l'État sont ou seront probablement divulgués à un stade quelconque de la procédure, et s'il estime qu'une telle divulgation porterait atteinte aux intérêts de sa sécurité nationale, cet État a le droit d'intervenir en vue d'obtenir le règlement de la question selon les dispositions du présent article.
5. Lorsqu'un État estime que la divulgation de renseignements porterait atteinte aux intérêts de sa sécurité nationale, il prend, en liaison avec le Procureur, la défense, la Chambre préliminaire ou la Chambre de première instance, selon le cas, toutes les mesures raisonnablement possibles pour trouver une solution par la concertation. Ces mesures peuvent notamment consister à :
  - a) Modifier ou préciser la demande ;
  - b) Faire trancher par la Cour la question de la pertinence des renseignements ou éléments de preuve demandés, ou la question de savoir si les éléments de preuve, quoique pertinents, pourraient être ou ont été obtenus d'une source autre que l'État requis ;
  - c) Obtenir les renseignements ou éléments de preuve d'une autre source ou sous une forme différente ; ou
  - d) Trouver un accord sur les conditions auxquelles l'assistance pourrait être fournie, notamment par la communication de résumés ou de versions corrigées, l'imposition de restrictions à la divulgation, le recours à une procédure à huis clos ou ex parte, ou l'application d'autres mesures de protection autorisées par le Statut ou le Règlement de procédure et de preuve.
6. Lorsque toutes les mesures raisonnablement possibles ont été prises pour régler la question par la concertation et que l'État estime qu'il n'existe ni moyens ni conditions qui lui permettraient de communiquer ou de divulguer les renseignements ou les documents sans porter atteinte aux intérêts de sa sécurité nationale, il en avise le Procureur ou la Cour en indiquant les raisons précises qui l'ont conduit à cette conclusion, à moins qu'un énoncé précis de ces raisons ne porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'État en matière de sécurité nationale.
7. Par la suite, si la Cour détermine que les éléments de preuve sont pertinents et nécessaires pour l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, elle peut prendre les mesures ci-après :
  - a) Lorsque la divulgation des renseignements ou du document est sollicitée dans le cadre d'une demande de coopération au titre du chapitre IX ou dans les circonstances décrites au paragraphe 2, et que l'État a invoqué le motif de refus visé à l'article 93, paragraphe 4 :
    - i) La Cour peut, avant de tirer la conclusion visée au paragraphe 7, alinéa a) ii), demander la tenue de consultations supplémentaires aux fins d'examiner les observations de l'État, y compris, le cas échéant, la tenue d'audiences à huis clos et ex parte ;
    - ii) Si la Cour conclut qu'en invoquant le motif de refus énoncé à l'article 93, paragraphe 4, dans les circonstances de l'espèce, l'État requis n'agit pas conformément aux obligations qui lui incombent en vertu du présent Statut, elle peut renvoyer l'affaire conformément à l'article 87, paragraphe 7, en précisant les raisons qui motivent sa conclusion ; et iii) La Cour peut tirer

toute conclusion qu'elle estime appropriée en l'espèce, lorsqu'elle juge l'accusé, quant à l'existence ou la nonexistence d'un fait; ou

b) Dans toutes les autres circonstances:

i) Ordonner la divulgation; ou

ii) Dans la mesure où elle n'ordonne pas la divulgation, tirer toute conclusion qu'elle estime appropriée en l'espèce, lorsqu'elle juge l'accusé, quant à l'existence ou la non-existence d'un fait.

### **Article 73**

#### **Renseignements ou documents émanent de tiers**

Si un État Partie est requis par la Cour de fournir un document ou un renseignement en sa possession, sous sa garde ou sous son contrôle qui lui a été communiqué à titre confidentiel par un État, une organisation intergouvernementale ou une organisation internationale, il demande à celui dont il tient le renseignement ou le document l'autorisation de le divulguer. Si celui qui a communiqué le renseignement ou le document est un État Partie, il consent à la divulgation du renseignement ou du document, ou s'efforce de régler la question avec la Cour, sous réserve des dispositions de l'article 72. Si celui qui a communiqué le renseignement ou le document n'est pas un État Partie et refuse de consentir à la divulgation, l'État requis informe la Cour qu'il n'est pas en mesure de fournir le document ou le renseignement en raison d'une obligation préexistante de confidentialité à l'égard de celui dont il le tient.

## **CHAPITRE IX COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE**

### **Article 86**

#### **Obligation générale de coopérer**

Conformément aux dispositions du présent Statut, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence.

### **Article 87**

#### **Demandes de coopération : dispositions générales**

1. a) La Cour est habilitée à adresser des demandes de coopération aux États Parties. Ces demandes sont transmises par la voie diplomatique ou toute autre voie appropriée que chaque État Partie choisit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent Statut ou de l'adhésion à celui-ci.

Toute modification ultérieure du choix de la voie de transmission est faite par chaque État Partie conformément au Règlement de procédure et de preuve.

c) S'il y a lieu, et sans préjudice des dispositions de l'alinéa a), les demandes peuvent être également transmises par l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) ou par toute organisation régionale compétente.

2. Les demandes de coopération et les pièces justificatives y afférentes sont soit rédigées dans une langue officielle de l'État requis ou accompagnées d'une traduction dans cette langue, soit rédigées dans l'une des langues de travail de la Cour ou accompagnées d'une traduction dans

l'une de ces langues, selon le choix fait par l'État requis au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation du présent Statut ou de l'adhésion à celui-ci.

Toute modification ultérieure de ce choix est faite conformément au Règlement de procédure et de preuve.

3. L'État requis respecte le caractère confidentiel des demandes de coopération et des pièces justificatives y afférentes, sauf dans la mesure où leur divulgation est nécessaire pour donner suite à la demande.
4. En ce qui concerne les demandes d'assistance présentées au titre du présent chapitre, la Cour peut prendre, notamment en matière de protection des renseignements, les mesures qui peuvent être nécessaires pour garantir la sécurité et le bien-être physique ou psychologique des victimes, des témoins potentiels et des membres de leur famille. La Cour peut demander que tout renseignement fourni au titre du présent chapitre soit communiqué et traité de telle sorte que soient préservés la sécurité et le bien-être physique ou psychologique des victimes, des témoins potentiels et des membres de leur famille.
5. a) La Cour peut inviter tout État non partie au présent Statut à prêter son assistance au titre du présent chapitre sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée.  
b) Si, ayant conclu avec la Cour un arrangement ad hoc ou un accord, un État non partie au présent Statut n'apporte pas l'assistance qui lui est demandée en vertu de cet arrangement ou de cet accord, la Cour peut en informer l'Assemblée des États Parties, ou le Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.
6. La Cour peut demander des renseignements ou des documents à toute organisation intergouvernementale. Elle peut également solliciter d'autres formes de coopération et d'assistance dont elle est convenue avec une organisation intergouvernementale et qui sont conformes aux compétences ou au mandat de celle-ci.
7. Si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie.

## **Article 88**

### **Procédures disponibles selon la législation nationale**

Les États Parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre.

## **Article 93**

### **Autres formes de coopération**

1. Les États Parties font droit, conformément aux dispositions du présent chapitre et aux procédures prévues par leur législation nationale, aux demandes d'assistance de la Cour liées à une enquête ou à des poursuites et concernant :
  - a) L'identification d'une personne, le lieu où elle se trouve ou la localisation de biens ;

- b) Le rassemblement d'éléments de preuve, y compris les dépositions faites sous serment, et la production d'éléments de preuve, y compris les expertises et les rapports dont la Cour a besoin ;
  - c) L'interrogatoire des personnes faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites ;
  - d) La signification de documents, y compris les pièces de procédure ;
  - e) Les mesures propres à faciliter la comparution volontaire devant la Cour de personnes déposant comme témoins ou experts ;
  - f) Le transfèrement temporaire de personnes en vertu du paragraphe 7 ;
  - g) L'examen de localités ou de sites, notamment l'exhumation et l'examen de cadavres enterrés dans des fosses communes ;
  - h) L'exécution de perquisitions et de saisies ;
  - i) La transmission de dossiers et de documents, y compris les dossiers et les documents officiels ;
  - j) La protection des victimes et des témoins et la préservation des éléments de preuve ;
  - k) L'identification, la localisation, le gel ou la saisie du produit des crimes, des biens, des avoirs et des instruments qui sont liés aux crimes, aux fins de leur confiscation éventuelle, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi ; et
  - l) Toute autre forme d'assistance non interdite par la législation de l'État requis propre à faciliter l'enquête et les poursuites relatives aux crimes relevant de la compétence de la Cour.
2. La Cour est habilitée à fournir à un témoin ou à un expert comparaissant devant elle l'assurance qu'il ne sera ni poursuivi, ni détenu, ni soumis par elle à une restriction quelconque de sa liberté personnelle pour un acte ou une omission antérieurs à son départ de l'État requis.
  3. Si l'exécution d'une mesure particulière d'assistance décrite dans une demande présentée en vertu du paragraphe 1 est interdite dans l'État requis en vertu d'un principe juridique fondamental d'application générale, ledit État engage sans tarder des consultations avec la Cour pour tenter de régler la question. Au cours de ces consultations, il est envisagé d'apporter l'assistance demandée sous une autre forme ou sous certaines conditions. Si la question n'est pas réglée à l'issue des consultations, la Cour modifie la demande.
  4. Conformément à l'article 72, un État Partie ne peut rejeter, totalement ou partiellement, une demande d'assistance de la Cour que si cette demande a pour objet la production de documents ou la divulgation d'éléments de preuve qui touchent à sa sécurité nationale.
  5. Avant de rejeter une demande d'assistance visée au paragraphe 1, alinéa l), l'État requis détermine si l'assistance peut être fournie sous certaines conditions, ou pourrait l'être ultérieurement ou sous une autre forme, étant entendu que si la Cour ou le Procureur acceptent ces conditions, ils sont tenus de les observer.
  6. L'État requis qui rejette une demande d'assistance fait connaître sans retard ses raisons à la Cour ou au Procureur.
  7. a) La Cour peut demander le transfèrement temporaire d'une personne détenue aux fins d'identification ou pour obtenir un témoignage ou d'autres formes d'assistance. Cette personne peut être transférée si les conditions suivantes sont remplies :

- i) La personne donne librement et en connaissance de cause son consentement au transfèrement ; et
    - ii) L'État requis donne son accord au transfèrement, sous réserve des conditions dont cet État et la Cour peuvent convenir.
  - b) La personne transférée reste détenue. Une fois l'objectif du transfèrement atteint, la Cour renvoie sans délai cette personne dans l'État requis.
8. a) La Cour préserve le caractère confidentiel des pièces et renseignements recueillis, sauf dans la mesure nécessaire à l'enquête et aux procédures décrites dans la demande.
- b) L'État requis peut au besoin communiquer des documents ou des renseignements au Procureur à titre confidentiel. Le Procureur ne peut alors les utiliser que pour recueillir des éléments de preuve nouveaux.
- c) L'État requis peut, soit d'office, soit à la demande du Procureur, autoriser par la suite la divulgation de ces documents ou renseignements. Ceux-ci peuvent alors être utilisés comme moyen de preuve conformément aux dispositions des chapitres V et VI et au Règlement de procédure et de preuve.
9. a) i) Si un État Partie reçoit, d'une part, de la Cour et, d'autre part, d'un autre État dans le cadre d'une obligation internationale, des demandes concurrentes ayant un autre objet que la remise ou l'extradition, il s'efforce, en consultation avec la Cour et cet autre État, de faire droit aux deux demandes, au besoin en différant l'une ou l'autre ou en la subordonnant à certaines conditions.
- iii) À défaut, la concurrence des demandes est résolue conformément aux principes établis à l'article 90.
- b) Toutefois, lorsque la demande de la Cour concerne des renseignements, des biens ou des personnes qui se trouvent sous l'autorité d'un État tiers ou d'une organisation internationale en vertu d'un accord international, l'État requis en informe la Cour et celle-ci adresse sa demande à l'État tiers ou à l'organisation internationale.
10. a) Si elle reçoit une demande en ce sens, la Cour peut coopérer avec l'État Partie qui mène une enquête ou un procès concernant un comportement qui constitue un crime relevant de la compétence de la Cour ou un crime grave au regard du droit interne de cet État, et prêter assistance à cet État.
5. b) i) Cette assistance comprend notamment :
- a. La transmission de dépositions, documents et autres éléments de preuve recueillis au cours d'une enquête ou d'un procès menés par la Cour ; et
  - b. L'interrogatoire de toute personne détenue par ordre de la Cour ;
- iii) Dans le cas visé au point a. du sous-alinéa b, i) :
- a. La transmission des documents et autres éléments de preuve obtenus avec l'assistance d'un État requiert le consentement de cet État ;
  - b. La transmission des dépositions, documents et autres éléments de preuve fournis par un témoin ou par un expert se fait conformément aux dispositions de l'article 68.

- c. La Cour peut, dans les conditions énoncées au présent paragraphe, faire droit à une demande d'assistance émanant d'un État qui n'est pas partie au présent Statut.

## **Article 99**

### **Exécution des demandes présentées au titre des articles 93 et 96**

1. L'État requis donne suite aux demandes d'assistance conformément à la procédure prévue par sa législation et, à moins que cette législation ne l'interdise, de la manière précisée dans la demande, y compris en appliquant toute procédure indiquée dans celle-ci ou en autorisant les personnes qu'elle précise à être présentes et à participer à l'exécution de la demande.
2. En cas de demande urgente, les documents ou éléments de preuve produits pour y répondre sont, à la requête de la Cour, envoyés d'urgence.
3. Les réponses de l'État requis sont communiquées dans leur langue et sous leur forme originales.
4. Sans préjudice des autres articles du présent chapitre, lorsque cela est nécessaire pour exécuter efficacement une demande à laquelle il peut être donné suite sans recourir à des mesures de contrainte, notamment lorsqu'il s'agit d'entendre ou de faire déposer une personne agissant de son plein gré, y compris hors de la présence des autorités de l'État partie requis quand cela est déterminant pour la bonne exécution de la demande, ou lorsqu'il s'agit d'inspecter un site public ou un autre lieu public sans le modifier, le Procureur peut réaliser l'objet de la demande directement sur le territoire de l'État, selon les modalités suivantes :
  - a) Lorsque l'État requis est l'État sur le territoire duquel il est allégué que le crime a été commis et qu'il y a eu une décision sur la recevabilité comme prévu aux articles 18 ou 19, le Procureur peut exécuter directement la demande, après avoir mené avec l'État requis des consultations aussi étendues que possible ;
  - b) Dans les autres cas, le Procureur peut exécuter la demande après consultations avec l'État Partie requis et eu égard aux conditions ou préoccupations raisonnables que cet État a éventuellement fait valoir. Lorsque l'État requis constate que l'exécution d'une demande relevant du présent alinéa soulève des difficultés, il consulte aussitôt la Cour en vue d'y remédier.
5. Les dispositions autorisant la personne entendue ou interrogée par la Cour au titre de l'article 72 à invoquer les restrictions prévues pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles touchant à la sécurité nationale s'appliquent également à l'exécution des demandes d'assistance relevant du présent article.





## **II. – Extraits du Règlement de procédure et de preuve**

### **Chapitre 2. Composition et administration de la Cour**

#### **Section III. Le Greffe**

##### *Sous-section 2. Responsabilité du Greffe à l'égard des victimes et des témoins*

#### **Règle 16**

##### **Responsabilités du Greffier à l'égard des victimes et des témoins**

1. En ce qui concerne les victimes, le Greffier assume les fonctions suivantes conformément au Statut et au Règlement :
  - a) Leur faire parvenir avis et notifications, ou les faire parvenir à leurs représentants légaux ;
  - b) Les aider à obtenir des avis juridiques et à se faire représenter, et fournir à leurs représentants légaux l'aide, le soutien et les informations appropriés, y compris les installations dont ils peuvent avoir besoin pour exercer directement leurs fonctions, en vue de protéger leurs droits à toutes les phases de la procédure conformément aux règles 89 à 91 ;
  - c) Les aider à participer aux différentes phases de la procédure conformément aux règles 89 à 91 ;
  - d) Dans le cas de victimes de violences sexuelles, prendre des mesures sexospécifiques pour faciliter leur participation à toutes les phases de la procédure.
2. En ce qui concerne les victimes, les témoins et toute personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, le Greffier assume les fonctions suivantes conformément au Statut et au Règlement :
  - a) Les informer des droits que leur reconnaissent le Statut et le Règlement, et de l'existence, des fonctions et de la disponibilité de la Division d'aide aux victimes et aux témoins ;
  - b) S'assurer qu'ils sont informés en temps utile des décisions de la Cour qui peuvent affecter leurs intérêts, sans préjudice des règles de confidentialité.
3. Aux fins de l'accomplissement de ces fonctions, le Greffier peut tenir un registre spécial des victimes qui ont manifesté l'intention de participer à la procédure relative à une affaire donnée.
4. Des accords concernant la réinstallation et le soutien sur le territoire d'un État de personnes traumatisées ou menacées, qu'il s'agisse de victimes, de témoins ou de toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, peuvent être négociés avec les États par le Greffier au nom de la Cour. Ces accords peuvent rester confidentiels.

#### **Règle 17**

##### **Fonctions de la Division**

1. La Division d'aide aux victimes et aux témoins exerce ses fonctions conformément au paragraphe 6 de l'article 43.
2. La Division exerce notamment les fonctions suivantes, conformément au Statut et au Règlement et, s'il y a lieu, en consultation avec la Chambre, le Procureur et la défense :

a) Dans le cas de tous les témoins, des victimes qui comparaissent devant la Cour et de toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque, et compte tenu de leurs besoins propres et de leur situation particulière :

- i) Assurer leur protection et leur sécurité par des mesures adéquates et établir des plans de protection à court et à long terme ;
- ii) Recommander aux organes de la Cour d'adopter des mesures de protection et en aviser les États concernés ;
- iii) Les aider à obtenir les soins médicaux, psychologiques ou autres dont ils ont besoin ;
- iv) Mettre à la disposition de la Cour et des parties une formation en matière de traumatismes, de violences sexuelles, de sécurité et de confidentialité ;
- v) Recommander, en consultation avec le Bureau du Procureur, l'élaboration d'un code de conduite insistant sur l'importance vitale de la sécurité et du secret professionnel à l'intention des enquêteurs de la Cour et de la défense, et de toutes les organisations intergouvernementales et non gouvernementales agissant au nom de la Cour, le cas échéant ;
- vi) Coopérer au besoin avec les États pour prendre les mesures visées par la présente règle ;

3. Dans le cas des témoins :

- i) Les conseiller sur les moyens d'obtenir un avis juridique pour protéger leurs droits, notamment à l'occasion de leur déposition ;
- ii) Les aider quand ils sont appelés à déposer devant la Cour ;
- iii) Prendre des mesures sexospécifiques pour faciliter la déposition, à toutes les phases de la procédure, des victimes de violences sexuelles.

4. Dans l'accomplissement de ses fonctions, la Division prête dûment attention aux besoins particuliers des enfants, des personnes âgées et des handicapés. Pour faciliter la participation et assurer la protection des enfants témoins, la Division désigne s'il y a lieu, avec l'accord des parents ou du tuteur légal, un accompagnateur qui aide l'enfant à toutes les phases de la procédure.

## **Règle 18**

### **Responsabilités de la Division**

1. Pour pouvoir s'acquitter utilement et efficacement de ses fonctions, la Division d'aide aux victimes et aux témoins :

- a) Veille à ce que son personnel respecte en toute circonstance le secret professionnel ;
- b) Tout en tenant compte des intérêts propres du Bureau du Procureur, de la défense et des témoins, respecte les intérêts des témoins, éventuellement en séparant ses services entre témoins à charge et témoins à décharge, agit avec impartialité dans sa coopération avec toutes les parties et conformément aux décisions rendues par les Chambres ;

- c) Met à toutes les phases de la procédure et par la suite, dans la limite du raisonnable, une aide administrative et technique à la disposition des témoins, des victimes qui comparaissent devant la Cour et de toute autre personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque ;
- d) Assure la formation de son personnel dans les matières concernant la sécurité, l'intégrité et la dignité des victimes et des témoins, y compris les sexospécificités et les particularités culturelles;
- e) Le cas échéant, coopère avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

*Sous-section 3. Conseil de la défense*

**Règle 20**

**Responsabilités du Greffier en ce qui concerne les droits de la défense**

1. En application du paragraphe 1 de l'article 43, le Greffier organise le travail du Greffe de façon à faire valoir les droits de la défense conformément au principe du procès équitable fixé par le Statut. À cette fin, il s'acquitte notamment des fonctions suivantes :
  - a) Faciliter la protection de la confidentialité telle que définie à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 67 ;
  - b) [...] ;
  - c) Aider les personnes arrêtées, les personnes auxquelles s'appliquent les dispositions du paragraphe 2, de l'article 55 ainsi que les accusés à obtenir des avis juridiques ainsi que l'assistance d'un conseil ;
6. [...]

**Chapitre 4. Dispositions applicables aux diverses phases de la procédure**

**Section I. Preuve**

**Règle 63**

**Dispositions générales en matière d'administration de la preuve**

[...]

5. Les Chambres n'appliquent pas les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve, si ce n'est au sens de l'article 21.

**Règle 65**

**Obligation de témoigner**

1. Un témoin qui comparaît devant la Cour peut être contraint par elle à déposer, sauf disposition contraire du Statut ou du Règlement, en particulier des règles 73, 74 et 75.
2. La règle 171 s'applique aux témoins qui comparaissent devant la Cour et peuvent être contraints par elle à déposer conformément à la disposition 1 ci-dessus.

**Règle 67**

### **Témoignages en direct présentés par liaison audio ou vidéo**

1. Conformément au paragraphe 2 de l'article 69, les Chambres de la Cour peuvent autoriser un témoin à présenter une déposition orale par liaison audio ou vidéo, 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.
2. L'interrogatoire des témoins envisagé dans la présente règle est mené selon les dispositions pertinentes du présent chapitre.
3. La Chambre s'assure, avec le concours du Greffe, que le lieu choisi pour la présentation d'un témoignage par liaison audio ou vidéo se prête à une déposition franche et sincère ainsi qu'au respect de la sécurité, du bien-être physique et psychologique, de la dignité et de la vie privée du témoin.

### **Règle 68**

#### **Témoignages préalablement enregistrés**

Lorsque la Chambre préliminaire n'a pas pris les mesures prévues à l'article 56, la Chambre de première instance peut, conformément au paragraphe 2 de l'article 69, autoriser la présentation de témoignages déjà enregistrés sur support audio ou vidéo, ainsi que de transcriptions ou d'autres preuves écrites de ces témoignages, pour autant que :

- a) Si le témoin dont le témoignage a été enregistré ne comparaît pas en personne devant la Chambre de première instance, le Procureur et la défense aient eu la possibilité de l'interroger pendant l'enregistrement; ou
- b) Si le témoin dont le témoignage a été enregistré comparaît en personne devant la Chambre de première instance, il ne s'oppose pas à la présentation de son témoignage enregistré et que le Procureur, la défense, et la Chambre elle-même, aient eu la possibilité de l'interroger au cours de la procédure.

### **Règle 69**

#### **Accords en matière de preuve**

Le Procureur et la défense peuvent convenir que des faits invoqués dans les charges, la teneur d'un document, le témoignage attendu d'un témoin ou d'autres éléments de preuve ne sont pas contestés; les Chambres peuvent alors considérer les faits allégués comme établis, à moins qu'elles n'estiment qu'ils doivent être exposés de façon plus complète dans l'intérêt de la justice et, en particulier, dans l'intérêt des victimes.

### **Règle 72**

#### **Examen à huis clos de la pertinence ou de l'admissibilité des éléments de preuve**

1. Si des éléments de preuve doivent être produits ou obtenus, y compris en interrogeant la victime ou le témoin, pour établir la réalité du consentement de la victime de violences sexuelles présumées, ou pour établir les paroles, la conduite, le silence ou le manque de résistance de la victime ou du témoin, eu égard aux principes a) à d) de la règle 70, une notification doit être adressée à la Cour précisant la nature de ces éléments de preuve et expliquant leur pertinence en l'espèce.

2. Lorsqu'elles se prononcent sur la pertinence ou l'admissibilité des preuves visées par la disposition 1 ci-dessus, les Chambres entendent à huis clos le Procureur, la défense, le témoin, la victime ou, le cas échéant, le représentant légal de celle-ci; elles s'assurent que les éléments produits ont une valeur probante suffisante eu égard à la question considérée et tiennent compte du préjudice qu'ils peuvent causer, comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 69. À cette fin, les Chambres prennent en considération le paragraphe 3 de l'article 21 ainsi que les articles 67 et 68, et sont guidées par les principes a) à d) de la règle 70, particulièrement en ce qui concerne l'interrogatoire proposé des victimes.
3. Lorsqu'elles déterminent l'admissibilité des éléments de preuve visés par la disposition 2 ci-dessus, les Chambres indiquent au procès-verbal à quelles fins précises ils sont admissibles. Pour apprécier les éléments de preuve, les Chambres appliquent les principes a) à d) de la règle 70.

### **Règle 73**

#### **Confidentialité**

1. Sans préjudice de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 67, les communications entre une personne et son conseil sont couvertes par le secret professionnel ; en conséquence, la divulgation de leur contenu ne peut être ordonnée, que si :
  - a) L'intéressé y consent par écrit ; ou que si
  - b) L'intéressé a volontairement divulgué ce contenu à un tiers, qui le révèle par la suite.
2. Eu égard à la disposition 5 de la règle 63, les autres communications faites dans le cadre d'une certaine catégorie de relations professionnelles ou d'autres relations confidentielles sont considérées comme couvertes par le secret professionnel, et ne peuvent donc faire l'objet d'une divulgation qu'aux mêmes conditions que celles que fixent les dispositions 1 a) et 1 b) ci-dessus, si une des Chambres détermine que:
  - a) Ces communications relèvent d'une certaine catégorie de relations professionnelles et s'inscrivent dans des rapports confidentiels dont on pouvait raisonnablement déduire qu'elles demeurerait privées et ne seraient pas révélées ;
  - b) La confidentialité est un aspect essentiel de la nature et de la qualité des relations existant entre l'intéressé et la personne à laquelle il s'est confié ; et
  - c) La reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement.
3. Lorsqu'elle procède à cette détermination, la Cour accorde une attention particulière à ce que le secret professionnel soit étendu aux communications s'inscrivant dans des relations professionnelles entre une personne et son médecin, son psychiatre, son psychologue ou son conseiller, en particulier lorsque les communications concernent ou impliquent des victimes, ou entre une personne et un membre du clergé ; dans ce dernier cas, la Cour considère comme couvertes par le secret professionnel les informations divulguées au cours d'une confession religieuse lorsque celle-ci fait partie intégrante des rites de la religion considérée.
4. La Cour considère comme couverts par le secret professionnel et ne pouvant donc être divulgués, y compris dans le cadre du témoignage d'une personne travaillant ou ayant travaillé en qualité de représentant ou d'employé pour le Comité international de la Croix-Rouge, tous

renseignements, documents ou autres éléments de preuve qui seraient tombés en la possession du Comité dans l'exercice ou en conséquence des fonctions que celui-ci assume conformément aux statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, à moins :

- a) Qu'après les consultations prévues par la disposition 6 ci-dessous, le Comité n'ait indiqué par écrit qu'il ne s'opposait pas à leur divulgation ou n'ait renoncé de quelque autre façon à ce secret ; ou
  - b) Que ces renseignements, documents ou autres éléments de preuve ne figurent dans des déclarations ou des documents du Comité déjà rendus publics.
5. La disposition 4 ci-dessus n'affecte en rien l'admissibilité d'éléments de preuve semblables obtenus par des sources autres que le Comité international de la Croix-Rouge, ses représentants ou employés, lorsque ces éléments ont été recueillis par ces sources, indépendamment du Comité, de ses représentants et de ses employés.
6. Si la Cour détermine qu'un certain renseignement, document ou élément de preuve émanant du Comité international de la Croix-Rouge est d'une grande importance dans un cas d'espèce, elle mène des consultations avec le Comité pour résoudre la question par la concertation, eu égard aux circonstances de l'affaire, à la pertinence de l'élément de preuve demandé, à la disponibilité de cet élément de preuve auprès d'une autre source, à l'intérêt de la justice et à celui des victimes, et à l'exercice par la Cour et le Comité de leur fonctions respectives.

## **Règle 74**

### **Témoignages incriminant leur auteur**

- 1. À moins que le témoin n'ait reçu l'instruction prévue à la règle 190, la Chambre lui notifie les dispositions de la présente règle avant de l'entendre.
- 2. Lorsqu'elle détermine qu'elle doit donner à un certain témoin des garanties en matière de non-incrimination, la Cour donne les garanties prévues à l'alinéa c) de la disposition 3 avant que l'intéressé ne compareaisse, soit directement soit en réponse à la demande envisagée à l'alinéa e) du paragraphe 1 de l'article 93.
- 3.
  - a) Un témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer.
  - b) Lorsqu'un témoin comparaît après avoir reçu les garanties prévues à la disposition 2 ci-dessus, la Cour peut lui enjoindre de répondre à la question ou aux questions.
  - c) Dans les autres cas, la Chambre peut ordonner au témoin de répondre à la question ou aux questions après lui avoir garanti que les éléments de preuve contenus dans sa déposition :
    - i) Resteront confidentiels et ne seront pas révélés au public ou à un État ; et
    - ii) Ne seront pas utilisés directement ou indirectement contre lui dans le cadre de poursuites ultérieures devant la Cour, sauf en application des articles 70 et 71.
- 4. Avant de donner une telle garantie, et pour s'assurer qu'elle est opportune dans le cas de ce témoin, la Chambre prend l'avis du Procureur ex parte.
- 5. Lorsqu'elle doit statuer sur le point de savoir si elle doit ordonner au témoin de répondre, la Chambre tient compte des considérations ci-après :
  - a) L'importance des éléments de preuve attendus ;

- b) Le caractère unique de ces éléments de preuve ;
  - c) La nature, si elle est connue, de l'incrimination éventuelle ; et
  - d) La qualité des mesures de protection du témoin dans les circonstances.
6. Si la Chambre détermine qu'il n'est pas opportun de donner au témoin une telle garantie, elle ne lui ordonne pas de répondre aux questions. Dans ce cas, elle peut néanmoins poursuivre l'interrogatoire sur d'autres points.
7. Afin de donner effet à la garantie qu'elle donne, la Chambre:
- a) Ordonne que la déposition se fera à huis clos ;
  - b) Ordonne que l'identité du témoin et le contenu de sa déposition ne seront divulgués d'aucune façon, et dispose que tout manquement à cet égard est passible des sanctions prévues à l'article 71 ;
  - c) Appelle expressément l'attention du Procureur, de l'accusé, du conseil de la défense, du représentant légal des victimes et de tout membre du personnel de la Cour présent, sur les conséquences du manquement visé au point b) ci-dessus ;
  - d) Ordonne la mise sous scellés des procès-verbaux ; et
  - e) Met en oeuvre les mesures de protection qu'appelle une décision prise par la Cour pour garantir que l'identité du témoin et le contenu de sa déposition ne sont pas divulgués.
8. Si le Procureur se rend compte que la déposition d'un témoin risque d'incriminer son auteur, il demande une audience à huis clos et en informe la Chambre avant que le témoin ne dépose. La Chambre peut ordonner les mesures envisagées dans la disposition 7 ci-dessus pour la totalité ou une partie de la déposition de ce témoin.
9. L'accusé, le conseil de la défense ou le témoin peut signaler au Procureur ou à la Chambre, avant qu'un témoin ne dépose, que cette déposition soulèvera des problèmes en ce qui concerne l'incrimination de son auteur ; la Chambre peut prendre les mesures envisagées dans la disposition 7 ci-dessus.
10. Si la question de l'incrimination de soi-même se pose en cours d'instance, la Chambre suspend l'audition du témoin et donne à celui-ci la possibilité d'obtenir, s'il le demande, un avis juridique aux fins de l'application de la présente règle.

## **Règle 75**

### **Témoignages de proches incriminant l'accusé**

1. Un témoin comparaissant devant la Cour qui est le conjoint, l'enfant ou le père ou la mère d'un accusé ne peut être contraint par les Chambres à faire aucune déclaration qui risquerait d'incriminer l'accusé. Le témoin peut toutefois choisir de faire une telle déclaration.
2. Lorsqu'elles apprécient un témoignage, les Chambres peuvent tenir compte du fait que le témoin visé à la disposition 1 ci-dessus a refusé de répondre à une question tendant à ce qu'il contredise une de ses déclarations précédentes et du fait qu'il a choisi de répondre à certaines questions mais pas à d'autres.

## **Section II. Divulgarion**

### **Règle 76**

#### **Divulgarion de renseignements concernant les témoins à charge au stade préliminaire**

1. Le Procureur communique à la défense le nom des témoins qu'il entend appeler à déposer et une copie de leurs déclarations. Il le fait suffisamment tôt pour que la défense ait le temps de se préparer convenablement.
2. Par la suite, le Procureur communique à la défense le nom et une copie des déclarations de tous les témoins à charge supplémentaires lorsqu'il est décidé de les citer.
3. Les déclarations des témoins à charge sont communiquées à l'intéressé dans leur texte original et dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement.
4. La présente règle s'entend sous réserve des restrictions prévues par le Statut et les règles 81 et 82 en ce qui concerne la protection des victimes et des témoins et le respect de leur vie privée ainsi que la protection des renseignements confidentiels.

### **Règle 77**

#### **Inspection des pièces en la possession ou sous le contrôle du Procureur**

Sous réserve des restrictions applicables à la communication de pièces et à la divulgation de renseignements en vertu du Statut et des règles 81 et 82, le Procureur permet à la défense de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle qui sont nécessaires à la préparation de la défense de l'accusé, qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès, ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent.

### **Règle 78**

#### **Inspection des pièces en la possession ou sous le contrôle de la défense**

La défense permet au Procureur de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qui seront utilisés par la défense comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès.

### **Règle 79**

#### **Divulgarion de certains éléments par la défense**

1. La défense informe le Procureur de son intention d'invoquer:
  - a) L'existence d'un alibi, auquel cas doivent être précisés le lieu ou les lieux où l'accusé prétend s'être trouvé au moment des faits incriminés, le nom des témoins et tous les autres éléments de preuve sur lesquels l'accusé a l'intention de se fonder pour établir son alibi;
  - b) Un des motifs d'exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l'article 31, auquel cas doivent être précisés dans la notification le nom des témoins et tous autres éléments de preuve que l'accusé a l'intention d'invoquer pour établir son moyen de défense.
2. Compte dûment tenu des délais fixés dans d'autres règles, la notification visée dans la disposition 1 ci-dessus doit être donnée suffisamment à l'avance pour que le Procureur puisse se préparer convenablement et y répondre. La Chambre saisie de l'affaire peut autoriser un ajournement pour donner le temps au Procureur d'examiner le point soulevé par la défense.



3. Le fait que la défense manque à l'obligation d'information prévue dans la présente règle ne limite pas son droit d'invoquer les circonstances visées dans la disposition 1 ci-dessus et de présenter des éléments de preuve.
4. La présente règle s'entend sans préjudice du pouvoir qu'ont les Chambres d'ordonner la divulgation de tout autre élément de preuve.

### **Règle 80**

#### **Procédure à suivre pour invoquer un motif d'exonération de la responsabilité pénale en application du paragraphe 3 de l'article 31**

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.
2. 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.
3. Si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération de la responsabilité pénale, la Chambre de première instance peut autoriser l'ajournement du procès pour donner au Procureur le temps d'examiner le motif en question.

### **Règle 81**

#### **Restrictions à l'obligation de communiquer des éléments de preuve**

1. Les rapports, mémoires et autres documents internes établis par une partie, ses assistants ou ses représentants dans le cadre de l'enquête ou de la mise en état de l'affaire n'ont pas à être communiqués.
2. Lorsqu'il est en possession ou qu'il a sous son contrôle des pièces ou renseignements qui doivent être divulgués selon le Statut, mais dont la communication peut être préjudiciable à des enquêtes en cours ou à venir, le Procureur peut demander à la Chambre saisie de l'affaire de déterminer si ces pièces ou ces renseignements doivent être communiqués à la défense. La Chambre entend le Procureur ex parte. Néanmoins, le Procureur ne peut par la suite produire ces pièces ou ces renseignements comme éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance.
3. Lorsque des mesures ont été prises pour préserver des renseignements confidentiels conformément aux articles 54, 57, 64, 72 et 93, et assurer la sécurité des témoins, des victimes et des membres de leur famille conformément à l'article 68, les informations y relatives ne sont pas communiquées, si ce n'est dans les conditions prévues dans lesdits articles. Lorsque la communication de ces renseignements peut présenter un risque pour la sécurité du témoin, la Cour prend des mesures pour en aviser à l'avance ce témoin.
4. La Chambre saisie de l'affaire prend, d'office ou à la demande du Procureur, de l'accusé ou de tout État, les mesures nécessaires pour préserver le caractère confidentiel des renseignements conformément aux articles 54, 72 et 93, et assurer la sécurité des témoins, des victimes et des membres de leur famille conformément à l'article 68, notamment en autorisant la non-divulgation de l'identité de ces personnes avant le début du procès.

5. Lorsque des pièces ou des renseignements en la possession ou sous le contrôle du Procureur n'ont pas été communiqués en application du paragraphe 5 de l'article 68, ces pièces ou ces renseignements ne peuvent par la suite être produits comme éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance.
6. Lorsque des pièces ou des renseignements en la possession ou sous le contrôle de la défense doivent être communiqués, la défense peut s'abstenir de le faire quand les circonstances sont analogues à celles qui permettent au Procureur d'invoquer le paragraphe 5 de l'article 68, et les remplacer par un résumé. Ces pièces et ces renseignements ne peuvent par la suite être produits comme éléments de preuve à l'audience de confirmation des charges ou au procès sans que le Procureur en ait eu préalablement connaissance.

## **Règle 82**

### **Restrictions à l'obligation de communiquer les pièces et les renseignements couverts par l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54**

1. Lorsque des pièces ou des renseignements en la possession ou sous le contrôle du Procureur sont couverts par l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54, le Procureur ne peut les produire par la suite comme éléments de preuve sans le consentement préalable de celui qui les a fournis et sans que l'accusé en ait eu préalablement connaissance.
2. Si le Procureur présente comme éléments de preuve des pièces ou des renseignements couverts par l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54, les Chambres ne peuvent pas ordonner la présentation d'éléments de preuve additionnels reçus de celui qui a fourni les pièces ou renseignements originels ; elles ne peuvent pas non plus citer ce dernier ou ses représentants comme témoins ni ordonner leur comparution pour obtenir ces éléments de preuve additionnels.
3. Si le Procureur cite un témoin à comparaître pour qu'il communique comme élément de preuve une pièce ou un renseignement couvert par l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54, les Chambres ne peuvent obliger ce témoin à répondre à aucune question relative à ces pièces ou ces renseignements ou à leur origine, si l'intéressé refuse de le faire en invoquant la confidentialité.
4. Le droit qu'a l'accusé de contester les éléments de preuve couverts par l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54, reste entier, soumis uniquement aux limites fixées par les dispositions 2 et 3 ci-dessus.
5. Les Chambres peuvent ordonner, à la demande de la défense, que, dans l'intérêt de la justice, les dispositions 1, 2 et 3 ci-dessus s'appliquent mutatis mutandis aux pièces et aux renseignements que l'accusé a en sa possession, qui lui ont été fournis dans les mêmes conditions que celles qu'envisage l'alinéa e) du paragraphe 3 de l'article 54 et qui doivent être présentés comme éléments de preuve.

## **Règle 83**

### **Décision concernant les éléments de preuve à décharge conformément au paragraphe 2 de l'article 67**

Le Procureur peut demander à être entendu *ex parte* dès que les circonstances le permettent par la Chambre saisie de l'affaire, afin que celle-ci prenne la décision envisagée au paragraphe 2 de l'article 67

## **Règle 84**

### **Divulgence et moyens de preuve supplémentaires en vue du procès**

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 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.

### **Section III. Victimes et témoins**

#### *Sous-section 2. Protection des victimes et des témoins*

## **Règle 87**

### **Mesures de protection**

1. Les Chambres peuvent, soit sur requête du Procureur ou de la défense soit à la demande d'un témoin, d'une victime ou, le cas échéant, du représentant légal de celle-ci, soit d'office et après avoir consulté, selon que de besoin, la Division d'aide aux victimes et aux témoins, ordonner des mesures destinées à assurer la protection d'une victime, d'un témoin ou d'une autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 68. Avant d'ordonner une mesure de protection, la Chambre cherche autant que possible à obtenir le consentement de la personne qui en fera l'objet.
2. Les requêtes ou demandes prévues par la disposition 1 ci-dessus sont régies par la règle 134, étant entendu que :
  - a) Ces requêtes ou demandes ne peuvent être présentées ex parte ;
  - b) Toute demande émanant d'un témoin, d'une victime ou, le cas échéant, du représentant légal de celle-ci doit être notifiée au Procureur et à la défense, qui ont la possibilité d'y répondre ;
  - c) Une requête ou une demande qui concerne un certain témoin ou une certaine victime doit être notifiée à ce témoin, à cette victime ou, le cas échéant, au représentant légal de celle-ci ainsi qu'à l'autre partie, qui ont la possibilité d'y répondre ;
  - d) Lorsque la Chambre agit d'office, elle avise le Procureur et la défense, ainsi que les témoins et les victimes ou, le cas échéant, les représentants légaux de celles-ci, qui feraient l'objet des mesures de protection envisagées ; elle leur donne la possibilité de répondre ;
  - e) Une requête ou une demande peut être déposée sous pli scellé ; elle demeure alors scellée tant qu'une chambre n'en décide pas autrement. Les réponses faites à des requêtes ou à des demandes déposées sous pli scellé sont également déposées sous pli scellé.
3. Saisies d'une requête ou une demande présentée conformément à la disposition 1 ci-dessus, les Chambres peuvent tenir une audience à huis clos pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner des mesures propres à empêcher que soient révélés au public, à la presse ou à des agences d'information l'identité d'une victime, d'un témoin ou d'une autre personne à laquelle la

déposition d'un témoin peut faire courir un risque, ou le lieu où se trouve l'intéressé ; elles peuvent notamment ordonner :

- a) Que le nom de la victime, du témoin ou de toute autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque et toute autre indication qui pourrait permettre l'identification de l'intéressé soient supprimés des procès-verbaux de la Chambre rendus publics ;
- b) Qu'il soit fait interdiction au Procureur, à la défense ou à toute autre personne participant à la procédure de révéler de telles informations à un tiers ;
- c) Que des dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux, y compris des moyens techniques permettant l'altération de l'image ou de la voix, des techniques audiovisuelles, en particulier la vidéoconférence et la télévision en circuit fermé, et le recours à des moyens exclusivement acoustiques ;
- d) Qu'un pseudonyme soit employé pour désigner une victime, un témoin ou une autre personne à laquelle la déposition d'un témoin peut faire courir un risque ; ou
- e) Que la procédure devant elles se déroule partiellement à huis clos.

## **Règle 88**

### **Mesures spéciales**

1. Les Chambres peuvent soit d'office, soit sur requête du Procureur ou de la défense, soit à la demande d'un témoin, d'une victime ou, le cas échéant, du représentant légal de celle-ci, et après avoir consulté, selon que de besoin, la Division d'aide aux victimes et aux témoins, ordonner, en tenant compte des vues de l'intéressé, des mesures spéciales, notamment des mesures visant à faciliter la déposition d'une victime ou d'un témoin traumatisé, d'un enfant, d'une personne âgée ou d'une victime de violences sexuelles, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 68. Avant d'ordonner une mesure spéciale, elles cherchent autant que possible à obtenir le consentement de la personne qui en fait l'objet.
2. Les Chambres peuvent, sur requête ou sur demande comme prévu par la disposition 1 ci-dessus, tenir une audience, au besoin à huis clos ou ex parte, pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner une mesure spéciale, notamment la présence d'un conseil, d'un représentant, d'un psychologue ou d'un membre de la famille de l'intéressé pendant la déposition d'une victime ou d'un témoin.
3. Les dispositions 2. b) à 2. d) de la règle 87 s'appliquent mutatis mutandis aux demandes et requêtes présentées au titre de la présente règle.
4. Une requête ou une demande présentée au titre de la présente règle peut être déposée sous pli scellé; elle demeure scellée tant qu'une chambre n'en décide pas autrement. Les réponses faites à des requêtes ou à des demandes déposées sous pli scellé sont également déposées sous pli scellé.
5. Les atteintes à la vie privée des victimes et des témoins risquant de mettre les intéressés en danger, les Chambres doivent contrôler avec vigilance la manière dont l'interrogatoire de ces personnes est mené pour éviter tout harcèlement et toute intimidation, en veillant particulièrement à la protection des victimes de violences sexuelles.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Dictionnaires spécialisés

- Andriantsimbazovina, Joël et al. *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.
- Arnaud, André-Jean (dir). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011.
- Garner, Bryan et Henry Black. *Black's law dictionary*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2006.
- Gifis, Steven H. *Law Dictionary*, 5<sup>ème</sup> éd, New York, Barron's Educational Series, 2003.
- Kdhir, Moncef. *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, 2<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Martin, Elizabeth et Jonathan Law. *Oxford Dictionary of Law*, OUP, 2006.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2<sup>e</sup> éd, 1996.
- Salmon, Jean (dir). *Dictionnaire de droit international Public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

## II. Ouvrages

- Adhémar, Esmein. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Panthéon-Assas, 2010.
- Ambroise-Casterot, Coralie et Philippe Bonfils. *Procédure pénale*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, PUF, 2011.
- Armoury Combs, Nancy. *Fact-Finding without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*, Cambridge, CUP, 2010.
- Atias, Christian. *Philosophie du droit*, 3<sup>ème</sup> éd, Paris, PUF, 2012.
- Audet, Jean et Jean-François Katz, *Précis de victimologie générale*, Paris, Dunod, 2000.
- Bassiouni, Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, 2003.
- Beccaria, Cesaria. *Des délits et des peines*, Paris, Palais Royal, 1821.
- Beigbeder, Yves. *International Criminal Tribunals: Justice and Politics*, New York, Palgrave Macmillan, 2011.
- Bellal, Annyssa. *Immunités et violations graves des droits de l'homme : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?* Bruxelles, Bruylant, 2011.
- Bentham, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*, London, Baldwin, Graddock and Joy, 1825.
- Bentham, Jeremy. *Draught of a New Plan for the organisation of the Judicial Establishment in France: proposed as a Succedaneum to the Draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21<sup>st</sup>, 1789*, Londres, 1790.
- Boas, Gideon et al. *International Criminal Procedure*, Cambridge, CUP, 2011.
- Bohlander, Michael. *Principle of German Criminal Procedure*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012.
- Boister, Neil et Robert Cryer, dir, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, Oxford, OUP, 2008.
- Bolduc, Bernard. *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2010.
- Bosly, Henri D, Damien Vandermeersch et Marie Aude-Beenaert, *Droit de la procédure pénale*, 6<sup>e</sup> éd, Brugge, La Charte, 2010.

- Bothe, Michael et al. *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 1982.
- Bousta, Rhita. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, Harmathan, 2010.
- Bowring, John. *The Works of Jeremy Bentham*, vol 4, London, Simpkin, Marshall, & Co, 1843.
- Brouwer, Anne-Marie L.M. de. *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2005.
- Brun, Henri, Pierre Brun et Fannie Lafontaine. *Charte des droits de la personne*, 26<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et LaFleur Ltée, 2013.
- Cadiet, Loïc, Jacques Normand et Soraya Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Thémis, 2010.
- Calvo-Coller, Karin. *The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd, 1998.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2003.
- Caudal, Sylvie. *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008.
- Chapus, René, *Droit administratif général*, tome II, 10<sup>e</sup> éd, Montchrestien, 1997.
- Choo, A.L-T. *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- CICR. *Commentaire des Protocoles additionnels*, Genève, CICR, 1986.
- Corker D et D Young, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Londres, Butterworths, 2003
- Corten, Olivier. *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxells, 2009.
- Cryer, Robert et al. *An Introduction to International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2007.
- Cryer, Robert et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2010.
- Damgaard, Ciara. *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues*, Berlin, Springer-Verlag, 2008.
- David, Éric. *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Drumbl, Marc A. *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, CUP, 2007.
- Dupuy, Pierre-Marie, *L'unité de l'ordre juridique international*. RCADI, tome 297, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Dussich, John et Jill Schellenberg. *The Promise of restorative justice: new approaches for criminal justice and beyond*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 2010.
- Erdal, Ugur et Hasan Bakirci. *Article 3 de la Convention européenne des Droits de l'homme: Guide pratique juridique*, Genève, OMCT, 2006.
- Franchimont, Michel, An Jacobs et Adrien Masset, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- Gardiner, Richard K. *Treaty Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Garnot, Benoît et al. *La Justice et l'histoire : sources judiciaires à l'époque moderne : XVI<sup>e</sup>, XVII<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> siècles*, Paris, Bréal, 2006.
- Garraud, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1907.
- Henckaerts, Jean-Marie et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Henham, Ralph. *Punishment and Process in International Criminal Trials*, Aldershot, Ashgate, 2005.

- Hennbel, Ludovic. *La Convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Jackson, John D et Sarah J Summers. *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, CUP, 2012.
- Jaudel, Étienne. *Le Procès de Tokyo. Un Nuremberg oublié*, Paris, Odile Jacob, 2010.
- Johnson, Lock K. *National Security Intelligence: Secrets Operations in Defense of the Democracies*, Cambridge-UK, Polity Press, 2012.
- Jon Heller, Kevin. *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2011.
- Jones, John R.W.D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Ardsley, NY, Transnational Publisher, 2000.
- Kelsen, Hans. *Qu'est-ce que la justice?* Genève, Marcus Haller, 2012.
- Khan, Karim et Rodney Dixon. *Archbold International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence*, London, Sweet and Maxwell, 2009.
- Knoops, G.J. Alexander. *Miscarriages of Justice. Practice and Procedure in National and International Criminal Law*, New York, Ardsley, Transnational Publishers, Inc., 2006.
- Kolb, Robert. *Interprétation et creation du droit international – Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- La Rosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003.
- Lambert, Pierre. *Le secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Lamont, Christopher K. *International Criminal Justice and the Politics of Compliance*, Ashgate, Farnham, 2010.
- Lehman, Hervé. *Justice : une lenteur coupable*, Paris, PUF, 2002.
- Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe*, New Jersey, Lawbook Exchange, 1944.
- Leurquin-de Visscher, Françoise. *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- May, Richard et Marieke Wierda. *International Criminal Evidence*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2002.
- McCarthy, Conor. *Reparations and Victim Support in International Criminal Court*, Cambridge, CUP, 2012.
- Mégret, Frédéric. *Le Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Paris, Pedone, 2002.
- Mendes, Errol P. *Peace and Justice at the International Criminal Court. A Court of Last Resort*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2010.
- Moris, Virginia et Michael Scharf. *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vol. 1, Irvington-on-Hudson, NY, Transnational Publishers, 1995.
- Morris, Virginia et Michael Scharf. *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, New York 1998.
- Naqvi, Yasmin Q. *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010.
- Nettelfield, Lara J. *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State*, Cambridge, CUP, 2010.
- Niyungeko, Gérard. *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Palazzani, Laura, *A Philosophical Introduction to Law*, Rome, Aracne, 2010.
- Pattenden, Rosemary. *The Law of Professional-Client Confidentiality*, Oxford, OUP, 2003.
- Pikis, Georgios M. *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, London, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Pradel, Jean et André Varinard. *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2011.

- Pritchard, R John. *The Tokyo Major War Crimes Trial : The Transcripts of the Court Proceedings of the International Military Tribunal for the far East*, vol 2, New York et Queenston, Edwin Mellen Press, 1998.
- Py, Bruno. *Le secret professionnel*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Raimondo, Fabián O. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden, Martinus Nijhoffs, 2008
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1999.
- Rawls, John. *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1971.
- Rentschler, Carrie A. *Second Wounds: Victims' Rights and the Media in the US*, Durham, NC, Duke University Press, 2011.
- Rousseau, Charles. *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944.
- Safferling, Christoph. *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012
- Safferling, Christoph. *Toward an International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2001.
- Schabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, CUP, 2004.
- Schabas, William, A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, OUP, 2010.
- Schuon, Christine. *International Criminal Procedure: A Clash of Legal Cultures*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2010.
- Stover, Eric. *The Witnesses: War Crimes and the Promise of Justice in The Hague*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2007.
- Sudre, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2011.
- Treschel, Stephane. *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005.
- Varaut, Jean-Marc. *Le procès de Nuremberg*, Paris, Perrin, 1992.
- Vauclair, Martin et Pierre Béliveau. *Traité général de preuve et de procédure pénale*, 20<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis et Yvon Blais, 2013.
- Waller, Irwin. *Rights for Victims of Crime: Rebalancing Justice*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Rowman & Littlefield Publishers, 2011.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, Little Brown & Co, 1961.
- Zapalà, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005.
- Zimmermann, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruxelles, Paris, Berne, Bruylant, LGDJ, Stämpfli, 2009.

### III. Thèses et mémoires

- Côté, Charles-Émanuel. *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles – Cowansville, Bruylant – Yvon Blais, 2007.
- Guedj, Alexis. *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- Leboeuf, Sylvain. *Le rôle du silence de l'accusé en droit comparé*, Thèse, Université Laval, 2010.
- Sévérine Ménétrey. *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural?* Paris, Dalloz, 2010.
- Simpson, Matthew. *Open Justice and the English Criminal Process*, Thèse, Université de Nottingham, 2007
- Viviane Umutesi. *Les juridictions Gacaca au Rwanda et les garanties du procès équitable*, mémoire soumis à l'Université Laval pour l'obtention du grade de Maîtrise en droit, 2012.



#### IV. Contribution à des monographies

- Adjovi, Roland et Gabriele De La Morte. « Le procès équitable devant les tribunaux pénaux internationaux » dans Fabrice Héléne Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 209.
- Ambroise-Castérot, Coralie. « Droits de la défense et secret de l'instruction » dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 887.
- Bachand, Rémi. « Pour une théorie critique en droit international » dans Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- Bassiouni, Cherif. « L'expérience des premières juridictions pénales internationales » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, Pedone, 2000, 635.
- Beaucillon, Charlotte. « Article 72. Protection des renseignements touchant à la sécurité nationale » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1016.
- Bergsmo, Morten et Pieter Kruger. « Article 54. Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article – 2ème éd*, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1077.
- Bernasconi, Paolo. « Secret bancaire et autres secrets professionnels selon les nouveaux codes suisses de procédure pénale et civile » dans Isabelle Augsburger-Bucheli, Bertrand Perrin, dir, *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, 51.
- Bitti, Gilbert. « Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Londres, Martinus Nijhoff, 2009, 281.
- Bitti, Gilbert. « Article 64: Functions and Powers of the Trial Chamber » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article –*, Munich, C H Beck, Hart, Nomos, 2008, 1199.
- Blewitt, Graham. « The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda » dans M Lattimer et Philip Sands, dir, *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 145.
- Blumann, Claude. « Transparence » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 742.
- Boas, Gideon. « Admissibility of Evidence under the RPE of the ICTY: Development of the 'flexibility principle' » dans Gabrielle Kirk McDonald et Richard May, dir, *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald*, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 2000, 263.
- Brenes, Vargas, Poletti Adorno Rodolfo et Alberto Manuel. « La victime en Espagne : acteur privilégié du procès pénal » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 87.
- Broomhall, Bruce. « Article 51 » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article –*, Munich, C H Beck, Hart, Nomos, 2008, 1033.

- Brouwer, Anne-Marie de et Marc Groenhuijsen. « The Role of Victims in International Criminal Proceedings » dans Göran Sluiter, Sergey Vasiliev, dir, *International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law*, London, Cameron May, 2009, 149.
- Brun, Henri. « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social » dans C Beckton, AW Mackay, dir, *Les tribunaux et la Charte*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, 1.
- Büngener, Lars. « Disclosure of Evidence » dans Christoph Safferling, dir, *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012, 344.
- Burgorgue-Larsen, Laurence. « Conclusions générales: une répression sous tension ou la dialectique des contraires » dans Laurence Burgorgue-Larsen, dir, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 301.
- Catherine, Marie. « Droits de la défense » dans Joël Andriantsimbazovina et al., dir, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 204.
- Cesoni, Maria Luisa. « Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité: paradigme de l'efficacité et désuétude des principes fondamentaux. Introduction générale » dans Maria Luisa Cesoni, dir, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2007, 1.
- Ciampi, Annalisa. « Article 87. Demandes de coopération : dispositions générales » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1805.
- Colard-Fabregoule, Catherine, Anne Muxart et Sonia Parayre, «Le procès équitable devant la Cour internationale de Justice» dans Fabri Hélène Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 343.
- Cosnard, Michel. « Les immunités de témoignage devant les tribunaux pénaux internationaux » dans Céline Renaut et Paul Tavernier, dir, *Actualité de la jurisprudence pénale internationale : à l'heure de la mise en œuvre de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 137.
- Cujo, Églantine et Mathias Forteau. « Les réactions des organisations politiques » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, 1<sup>ère</sup> éd, Paris, Pedone, 2000, 635.
- Decramer, Kris et Lore Gyselaers. « La victime dans la procédure pénale belge : victime de son succès? » dans Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 68.
- Delmas-Marty, Mireille. « À l'origine de ces travaux... » dans Mireille Delmas-Marty, dir, *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1991, 13.
- Delmas-Marty, Mireille. « Le paradoxe pénal », dans Mireille Delmas-Marty et Lucas de Leyssac, dir, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996.
- Dimitrijević, Vojin et Marko Milanović. « Human Rights Before International Criminal Courts » dans Jonas Grimheden, Rolf Rings, dir, *Human Rights Law: From Dissemination to Application: Essays in Honour of Göran Melander*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 149.
- Donat-Cattin, David. « Article 68. Protection of Victims and Witnesses and their participation in the proceedings » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article – 2ème éd*, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1275.
- Dreyssé, Daphné. « Article 71. Sanctions en cas d'inconduite à l'audience » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1609.

- Duffy, Helen et Rodney Dixon. « Article 72: Protection of National Security Information » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article* – 2<sup>ème</sup> éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 1361.
- Eudes, Marina. « Article 14 » dans Emmanuel Décaux, dir, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris, Economica, 2011, 329.
- Farthofer, Hilde. « Contempt of Court » dans Christoph Safferling, dir, *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012, 560.
- Farthofer, Hilde. « Evidence » dans Christoph Safferling, dir, *International Criminal Procedure*, Oxford, OUP, 2012, 463.
- Fettweis, Albert. « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense » dans Steve Gilson, dir, *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006, 127.
- Fortier, Yves et Renée Thériault. « La transparence de l’arbitrage international à l’ère des différends investisseurs-États : du mythe à la réalité » dans Sylvette Guillemard, *Mélanges en l’honneur du professeur Alain Prujiner*, Québec, Yvon Blais, 2011, 67.
- Gallant, Kenneth S. « Individual Human Rights in a New International Organization: The Rome Statute of the International Criminal Court » dans Cherif Bassiouni, dir, *International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd, 1999, 693.
- Garkawe, Sam. « The Role and Rights of Victims at the Nuremberg International Military Tribunal » dans Christoph Safferling et Herbert R Reginbogin, dir, *The Nuremberg Trials: International Criminal Law since 1945*, Munich, KG Saur, 2006, 86.
- Glueck, Sheldon. « The Nuremberg Trial and Aggressive War » dans Guénaël Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 72.
- Gradoni, Lorenzo, « Article 112. Assemblée des États parties » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 2005.
- Guido Acquaviva, « Non-state Actors in the Practice of International Criminal Tribunals » dans Jean D’Aspremont, dir, *Participants in the International legal system*, New York, Routledge, 2011, 188
- Guinchard, Serge. « Principe du contradictoire » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, PUF, 2008, 154.
- Hall, Christopher K. « Article 55 » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article* – 2<sup>ème</sup> éd, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008.
- Henrion, Hervé. « Y a-t-il une place pour la victime en procédure pénale allemande? » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 25.
- Houillon, Grégory. « Pédagogie et efficacité du droit » dans Philippe Rimbault, dir, *La pédagogie au service du droit*, Paris, LGDJ, 2011, 327.
- Jeandin, Nicolas. « Secret de la confession et justice laïque » dans Bénédicte Foëx, Laurent Hirsch, dir, *Transparence et secret dans l’ordre juridique. Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genève, Éditions Slatkine, 2010, 223.
- Jones, John R.W.D. « Protection of Victims and Witnesses » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta, John RWD Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2002, 1355.

- Jorda, Claude et Jérôme de Hemptinne. « Status and Role of the Victim » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John RWD Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2002, 1387.
- Jorda, Claude. « Du Jugement des responsabilités devant la Cour pénale internationale et de quelques réflexions sur les perspectives de la justice pénale internationale » dans Michel Danti-Juan, dir, *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, Paris, CUJAS, 2008, 207.
- Jouannet, Émanuelle. « Quelques perspectives théoriques : incertitudes sur les tiers et désordres de la justice internationale » dans Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel, dir, *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, 255.
- Kaleck, Wolfgang et Carolijn Terwindt. « Non-Governmental Organisation Fact-Work: Not Only a Technical Problem » dans Morten Bergsmo, dir, *Quality Control in Fact-Finding*, Florence, Torkhal Opshal Academic EPublisher, 2013, 403.
- Kennes, Laurent et Marc Audrey. « Vérité et preuve pénale » dans George de Leval, dir, *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Liège, Anthemis, 2011, 123.
- Khan, Karim AA et Gissou Azarnia. « Evidentiary Privileges » dans Karim AA Khan et Caroline Buisman, dir, *Principles of evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, 551.
- Kot, Jean-Philippe. « Les droits de la défense » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 909.
- Kreß, Claus et Kimberly Prost, « Article 87. Requests for Cooperation: General Provisions » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article – 2<sup>ème</sup> éd*, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 151.
- Kreß, Claus et Kimberly Prost. « Article 86. General obligation to cooperate » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article -*, Munich, C. Beck Hart Nomos, 2008, 1513.
- Kreß, Claus et Kimberly Prost. « Article 93: Other forms of cooperation » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article -*, Munich, C. Beck, Hart, Nomos, 2008, 1569.
- Kreß, Claus, Kimberly Prost et Peter Wilkitzki. « Part 9 – Preliminary Remarks » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article -*, Munich, C. Beck, Hart, Nomos, 2008, 1503.
- Lagerwall, Anne. « "Kennedy et Moi": Qu'est-ce qu'une internationaliste francophone peut apprendre des NAIL qu'elle n'aurait pas déjà appris de l'école de Reims à propos de la Guerre en Libye? » dans Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 11.
- Lagrange, Philippe. « La protection des témoins : entre le possible et le souhaitable » dans Laurence Burgorgue-Larsen, dir, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 41.
- Lambert, Pierre. « Le respect du secret professionnel de l'avocat, composante du droit à un procès équitable » dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 291.
- Lanthiez, Marie Laure. « La clarification des fondements européens des droits des victimes » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 45.

- Lazerges, Christine. « L'indemnisation n'est pas la réparation » dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 228.
- Martini, Aurélien. « La victime en Angleterre : 'une formidable absence, partout présente' », dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 47.
- Mathonnet, Paul. « Le procès équitable dans l'espace normative pénal français » dans Fabri Hélène Ruiz, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 119.
- McAuliffe, Margaret de Guzman. « Article 21. Applicable Law » dans Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article – 2<sup>ème</sup> éd*, Munich, Oxford, Baden-Baden, Nomos, Beck, Hart Publishing, 2008, 701.
- McCormack, Timothy L. et Gerry Simpson. « Achieving the Promise of Nuremberg: A New International Criminal Law Regime » dans Timothy L. McCormack, Gerry Simpson, dir, *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1997, 229.
- McDonald, Avril. « Bosnia's War Crimes Chamber and the Challenges of an Opening and Closure » dans José Doria, Hans-Peter Graser et Cherif Bassiouni, dir, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 297.
- Méchin, Martin. « Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural » dans Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges, dir, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, 2008, 104.
- Merkel, Reinhard. « The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated » dans Guénaél Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 555.
- Mistelis, Loukas. « Confidentiality and Third-Party Participation: UPS v. Canada and Methanex Corp. v. USA » dans Todd Weiler, dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, 169.
- Molleklev, Sven. « Do the Principles and Practice of Red Cross Neutrality Meet the Necessities of Today's Humanitarian Action? » dans Chile Eboe-Osuji, dir, *Protecting Humanity: Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 77.
- Møse, Erik. « The International Criminal Tribunal for Rwanda » dans Roberto Belleli, dir, *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Farnham, Ashgate, 2010, 79.
- Murphy, Peter et Lina Baddour. « International Criminal Law and Common Law Rules of Evidence » dans Karim AA Khan, Caroline Buisman et Christopher Gosnell, dir, *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, 96.
- Mutua, Makau. « Human Rights International NGOs: A Critical Evaluation » dans Claude E. Welch Jr, dir, *NGOs and Human Rights: Promise and Performance*, Philadelphia, University of Painsylvania Press, 2001, 151.
- Nowak, Manfred. « Right to Privacy and Family Life », dans Manfred Nowak, Karolina M. Januszewski, Tina Hofstätter, dir, *All Human Rights for All. Vienna Manual on Human Rights*, Antwerp, Intersentsia, 2012, 371.
- Ohlin, Jens David, « Peace, Security, and Prosecutorial Discretion » dans Carsten Stahn, Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, La Haye, Koninklijke Brill, 2009, 185.

- Osiel, Mark J., « In Defense of Liberal Show Trials – Nuremberg and beyond » dans Guénaël Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 704.
- Payam, Shahrjerdi et Vincent Tomkiewicz, « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce » dans Hélène Ruiz Fabri, dir, *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 269.
- Pellet, Alain. « Applicable Law » dans Antonio Cassese et al., dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol II, Oxford, OUP, 2002, 1051.
- Petry, Roswitha. « Les tribunaux internationaux » dans Laurent Moreillon et al., dir, *Droit pénal humanitaire*, Genève-Bâle-Munich, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2006, 39.
- Piragoff, Donald K. « Article 70. Offences against the administration of justice » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* -, Munich, C. Beck Hart Nomos, 2008, 1337.
- Piragoff, Donald K. « Protection of National Security Information » dans Roy S Lee, dir, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999, 270.
- Piragoff, Donald, « Evidence » dans Roy SK Lee et al., dir, *The International Criminal Court: Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2001, 349.
- Pocar, Fausto. « The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia » dans Roberto Belleli, dir, *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Farnham, Ashgate, 2010, 67.
- Postema, Gerald J. « The Soul of Justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law » dans Xiaobo Zhai et Michael Quinn, dir, *Bentham's Theory of Law and Public Opinion*, Cambridge, CUP, 2014, 40.
- Preumont, Marc. « Les principes généraux du droit en matière pénale » dans Steve Gilson, dir, *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2006, 111.
- Putman, Emmanuel. « Vie privée » dans Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 984.
- Ralph, Jason. « Anarchy is What Criminal Lawyers and other Actors Make of it: International Criminal Justice as an Institution of International and World Society » dans Steven C Roach, dir, *Governance, Order, and the International Criminal Court: Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford, OUP, 2009, 133.
- Ralston, John et Finnin, Sarah. « Investigating International Crimes: A review of International Law Enforcement Strategies, Expediency v Effectiveness » dans David Blumenthal et Timothy McCormack, dir, *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?* Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 47.
- Rangeon, François. « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans Danièle Lochak, dir, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, 126.
- Raspail, Hélène. « Article 88. Procédures disponibles selon la législation nationale » dans Julian Fernandez, Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1823.
- Reisinger-Coracini, Astrid. « Cooperation from States and Other Entities » dans Göran Sluiter et al, *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, Oxford, OUP, 2013, 95.
- River, Raphaële. « La preuve devant les juridictions interétatiques à vocation universelle (CIJ et TIDM) » dans Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel, dir, *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, 9.

- Rivero, Jean. «La nécessité de la thèse au regard de la science juridique» dans Association pour une Fondation nationale des études de droit, *La thèse de doctorat et la recherche juridique*, Paris, LGDJ, 1993.
- Roggemann, Herwig. « National Security and Protection of the State in National and International Criminal Procedure: Systematic and Comparative Aspects » dans Herwig Roggemann et Petar Šarčević, dir. *National Security and International Criminal Justice*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 1.
- Rolland, Patrick. « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme » dans D. Rousseau et Frédéric Sudre, dir, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990.
- Sabete, Wagdi. « Limitations aux droits » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 520.
- Saint-Bonnet, François. « Exception, nécessité, urgence » dans Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 673
- Salmon, Jean. « Changements et droit international public » dans *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 427.
- Schabas, William A. « Article 67 » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article -*, Munich, C. Beck, Hart, Nomos, 2008, 1247.
- Schabas, William A. « Interpreting the Statutes of the *Ad hoc* Tribunals » dans Lal Chand et al, dir, *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2003, 847.
- Schabas, William A. « National Security Interests and the Rights of the Accused » dans Herwig Roggemann et Petar Šarčević, dir, *National Security and International Criminal Justice*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 105.
- Sluiter, Göran, « Cooperation of States with International Criminal Tribunals » dans Antonio Cassese et al., dir, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2009, 187.
- Sluiter, Göran. « Appearance of Witnesses and Unavailability of Subpoena Powers for the Court » dans Roberto Belleli, dir, *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Farnham, Ashgate, 2010, 459.
- Sluiter, Göran. « Legal Assistance to Internationalized Criminal Courts and Tribunals' » dans CPR Romano et al., dir, *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, OUP, 2004, 379.
- Sudre, Frédéric. «Rapport introductif: La 'Construction' par le juge européen d'un droit au respect de la vie familiale» dans Frédéric Sudre, dir, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 11.
- Swart, Bert et Goran Sluiter, « The International Criminal Court and International Criminal Co-operation » dans H A M von Hebel, J G Lammers et Jolien Schuking, dir, *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, New York, Leiden, Kluwer Law International, 1998.
- Sylvester, Douglas J. « Legal Pageantry and Derogation of Due Process Norms in the Trial of Saddam Hussein » dans Istar Gozaydin et Jody Lynée Madeira, dir. *Evil, Law and the State: Perspectives on State Power and Violence*, Oxford, Inter-Disciplinary Press, 2006, 127.
- Taylor III, Don. « Demystifying the Procedural Framework of the International Criminal Court: A Modest Proposal for Radical Revision » dans Carsten Stahn, Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, 755.

- Terrier, Frank. « The Procedure before the Trial Chamber » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol II, Oxford, OUP, 2002, 1277.
- Thaman, Stephen C. « Official Privilege; State Security and the Right to a Fair Trial in the USA » dans Herwig Roggermann et Petar Šarčević, dir, *National Security and International Criminal Justice*, La Haye/La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002.
- Théry, Philippe. « Dérogation, dispense, excuse, tolérance » dans Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 363
- Tochilovsky, Vladimir. « Prosecution Disclosure Obligations in the ICC and Relevant Jurisprudence of the Ad hoc Tribunals » dans José Doria, Hans-Peter Gasser et Cherif Bassiouni, dir, *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blischenko*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 843.
- Tolbert, David et Frederick Swinnen. « The Protection of, and Assistance to, Witnesses at the ICTY » dans Abtahi et Gideon Boas, dir, *The Dynamics of International Criminal Justice: Essays in Honour of Sir Richard May*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 193.
- Trechel, Stefan. « Rights in Criminal Proceedings under the ECHR and the ICTY Statute – A Precarious Comparison » dans Bert Swart, Alexander Zahar et Göran Sluiter, dir, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford, OUP, 2011, 149.
- Triffterer, Otto, « Security Interests of the Community of States, Basis and Justification of an International Criminal Jurisdiction versus 'Protection of National Security Information', Article 72 Rome Statute » dans Herwig Roggermann et Petar Šarčević, dir. *National Security and International Criminal Justice*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 53.
- Triffterer, Otto. « Article 71. Sanctions for misconduct before the Court » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* - ,Munich, C. Beck Hart Nomos, 2008, 1347.
- Tsakyrakis, Stavros. « Is there a general right of non-disclosure? » dans *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : Mélanges en l'honneur de Christos L Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 653.
- Tschohl, Christof. « Data Protection », dans Manfred Nowak, Karolina M. Januszewski, Tina Hofstätter, dir, *All Human Rights for All. Vienna Manual on Human Rights*, Antwerp, Intersentia, 2012, 376.
- Tulkens, Françoise. « Dérogation » dans Joël Andriantsimbazovina et al. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, 211.
- Tulkens, Françoise. « La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux » dans Mireille Delmas-Marty, *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1991, 33
- Ubéda, Muriel. « L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales » dans Emmanuel Décaux, Hervé Ascensio, Alain Pellet, dir., *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, 951.
- Viala, Alexandre. « Droits et libertés (distinction » dans Joël Andriantsimbazovina et al., *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 327.
- Wachsmann, Patrick. « Le droit au secret de la vie privée » dans Frédéric Sudre, dir, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 119.



- Wechsler, Herbert. «The Issues of the Nuremberg Trial» dans Guénaél Mettraux, dir, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, OUP, 2008, 308.
- Weinstein, Harvey M et al. « Stay the Hand of Justice: Whose Priorities Take Priority? » dans Rosalind Shaw et Lars Waldorf, dir, *Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mass Violence*, Stanford, Stanford University Press, 2010, 27.
- Wouters, Jan et al. « Accountability for Human Rights Violations by International Organisations: Introductory Remarks » dans Jan Wouters et al., dir, *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Antwerp, Oxford, Portland, Intersentia, 2010, 1.
- Zanni, Dario. « Enquête pénale en milieu bancaire : obstacles et pratiques liés au secret bancaire » dans Isabelle Augsburg-Bucheli, Bertrand Perrin, dir, *Les enjeux juridiques du secret bancaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, 105.
- Zappalà, Salvatore. « Blaskić Subpoena Proceedings » dans Antonio Cassese, dir, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2009, 612.
- Zappalà, Salvatore. « The Rights of Accused » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John RWD Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol II, Oxford, OUP, 2002, 1319.

## V. Articles de périodiques

- Afifi, Abdelrahman. « On the Scope of Professional Secret and Confidentiality : The International Criminal Court Code of Professional Conduct for Counsel and the Lawyer's Dilemma » (2007) 20 LJIL 467.
- Akhavan, Payam. «The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the first State Referral to the International Criminal Court» (2005) 99 AJIL 403.
- Aldana-Pindell, Raquel. «In Vindication of Justiciable Victims' Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes» (2002) 35:5 Vandervilt Journal of Transnat'l L 1399.
- Alvarez-Jimenez, Alberto. «Public Hearings at the WTO Appellate Body: The Next Step» (2010) 59:4 ICLQ 1079.
- Amar, Akhil Reed. « Against Exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations » (1997) 20 Harv J L & Pub Pol'y 457.
- Ambos, Kai et Jan-Christoph Nemitz, Commentaire des décisions *Prosecutor v Kambanda*, ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence (4 septembre 1998) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Akayesu*, ICTR-96-4-T, Sentence (4 octobre 1998) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v Serushago*, ICTR-98-39-T, Decision Relating to a Plea of Guilty (14 décembre 1998) et Sentence, ICTR-98-39-S (5 février 1999) (TPIR, Chambre de première instance I), (2001) 2 ALC 835.
- Ambos, Kai. « The Right of Non-Self-Incrimination of Witnesses before the ICC » (2002) 15 LJIL 155.
- Ambos, Kai. «Confidential investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law» (2009) 12:4 New Crim L Rev 543.
- Ambos, Kai. «International Criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?» (2003) 3 Int'l Crim L Rev 1.
- Ambos, Kai. «The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters» (1998) IX *The Finnish Yearbook of International Law* 413.
- Amrani-Mekki, Soraya. « Le principe de célérité » (2008) n°125-1 RFAP 43.
- Apchain, Hélène. « Retour sur la notion de bonne administration de la justice » (2012) AJDA 587.
- Arbia, Sylvana. «The International Criminal Court: Witness and Victim Protection and Support, Legal Aid and Family Visits» (2010) 36 *Commonwealth Law Bulletin* 519.

- Armstrong, Jac, récénsion de *The Promise of Restorative Justice: New Approaches for Criminal Justice and Beyond* de John P. J. Dussich et Jill Schellenberg (2012) 18 Int'l Rev Victimology 183.
- Ascensio, Hervé. « La justice pénale internationale de Nuremberg à la Haye » dans Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, dir, *La justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2001, 29.
- Ayat, Mohammed. « Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit international pénal » (2002) 1:24 APC 251.
- Ayat, Mohammed. « Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés » (2010) 10 Int'l Crim L Rev 787.
- Badinter, Robert. « De Nuremberg à La Haye » (2004) 75:3 RIDP 699.
- Bank, Roland. « Cooperation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the Production of Evidence » (2000) 4 Max Planck YB UNL 233.
- Banning, Cees et Petra de Koning, Commentaire de la décision *Prosecutor v Brdanin and Talic*, IT-99-36-AR73.9, Decision on Interlocutory Appeal (11décembre 2002) (TPIY, Chambre d'appel) et Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, (2007) 11 ALC 344.
- Bar Haïm, Rosette. « Une vision du droit pénal international : « l'humanisme judiciaire ». Régulation du droit pénal international par la codification des garanties internationales d'équité du procès pénal » (2010) Hors-série RQDI 341.
- Basch, Fernando Felipe. «The doctrine of the Inter-American Cout of Human Rights Regarding States' Duty to punish Human Rights Violations and its dangers» (2007) 23 Am U Int'l L Rev 196.
- Bassiouni, Cherif. « The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia » (1994) 5:2-3 Crim L Forum 279.
- Bassiouni, Cherif. «International Recognition of Victims' Rights» (2006) 6:2 Hum Rts L Rev 203.
- Beaulac, Stéphane, «L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international» (2005) 27 Sup Ct L Rev 1.
- Beernaert, Marie-Aude. « De l'irrésistible ascension des « repentis » et « collaborateurs de justice » dans le système pénal » (2003) 27 :1 *Déviante et Société* 77.
- Beernaert, Marie-Aude. « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (2007) 69 Rev trim dr h 81.
- Béliveau, Pierre. « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en droit pénal canadien » (1997) 31 RJT 1
- Belleau, Louis. « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.P.: des secrets bien gardés » (2008) 13 RCDP 19.
- Belliver, Florence et Duvert Cyrille. « Regards pluridisciplinaire sur les victimes. Les victimes: définitions et enjeux » (2006) 28:1 APC 3.
- Beloof, Douglas E. « The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing, Remedy, and Review » (2005) BYUL Rev 255.
- Beltz, Amanda. « Prosecuting Rape in International Criminal Tribunals: The Need to Balance Victim's Rights with the Due Process Rights of the Accused » (2008) 23:1 *Journal of Civil Rights and Economic Development* 167.
- Benison, Audrey I. «War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court » (1999) 88 Geo L J 141.
- Berger, Mark, « The Right to Silence in The Hague International Criminal Courts » (2013) 47 USF L Rev 1.

- Berman, Emily Ann. « In Pursuit of Accountability: the Red Cross, War Correspondents, and Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals » (2005) 80:1 NYUL Rev 241.
- Bertrand, Mathieu, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général » (2006) 50 APD 41.
- Bonnet, Laetitia. « La protection des témoins par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) » (2005) n°5 *Droits fondamentaux* 1.
- Bottoms, Anthony et Justice Tankebe. « Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice » (2012) 102:1 J Crim L Criminology 119.
- Bourdoux, GL et Olivier Mazy. « Secret professionnel et police : questions choisies » (2010) 90:2 Rev DP & Crim 110.
- Bourguiba, Leïla. « Modèles de saisine et limites » (2008) 64:1 *Confluences Méditerranée* 25.
- Brants, Chrisje. Commentaire des décisions *Prosecutor v. Milošević*, IT-02-54-T, Decision on the Prosecution Motion for Provisional Protective Measures Pursuant to Rule 69 (19 février 2002) (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, IT-99-36-T, Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence (7 juin 2002) (TPIY, Chambre de première instance II); *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, IT-99-36-AR73.9, Decision on the Request for Extension of Time Limit and Authorising Applications as Amici Curiae (1<sup>er</sup> août 2002) (TPIY, Chambre d'appel), (2005) 8 ALC 254.
- Buchanan, Kelly. « Freedom of Expression and International Criminal Law: An Analysis of the Decision to Create a Testimonial Privilege for Journalists » (2004) 35 VUWLR 609.
- Buergenthal, Thomas. « The U.N. Human Rights Committee » (2001) 5 Max Planck YB UN L 341.
- Bui-Xuan, Olivia. « Les secrets de l'administration » (2012) n° Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger 1119.
- Burke-White, William W. « Human Rights and National Security: the Strategic Correlation » (2004) 17 *Harvard Human Rights Journal* 249.
- Burleson, Elizabeth et Diana Pei Wu. « Non-State Actors Access and Influence in International Legal and Policy Negotiations », (2010) 104 *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* 325.
- Bush, Jonathan A. « Lex Americana: Constitutional Due Process and the Nuremberg Defendants » (2001) St. Louis ULJ 515.
- Caianiello, Michelle. « Disclosure before the ICC: the Emergence of a new form of Policies implementation system in International Criminal Justice? » (2010) 10 Int'l Crim L Rev 24.
- Cassese, Antonio. « On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law » (1998) 9 EJIL 2.
- Cassese, Antonio. « The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections » (1999) 10 EJIL 144.
- Cassidy, Michael. « Sharing Sacred Secrets: Is It (Past) Time for a Dangerous Person Exception to the Clergy-Penitent Privilege? » (2003) 44:4 Wm & Mary L Rev 1627.
- Cassidy, Michael. « Reconsidering Spousal Privileges after *Crawford* » (2006) 33:3 Am J Crim L 339.
- Cazala, Julien. « Adaptation des règles et principes probatoires au nom d'une bonne administration de la justice internationale » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 55.
- Cédras, Jean. « La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux États-Unis » (2011) 82 :3 RIDP 445.
- Chapman, Nathan S et Michael W McConnell. « Due Process as Separation of Powers » (2012) 121 Yale L J 1672.
- Chapus, René. « Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (2003) n°1 *Revue du droit public* 3.

- Chaumette, Anne-Laure. « The ICTY's Power to Subpoena Individuals, to Issue Binding Orders to International Organisation and to Subpoena their Agents » (2004) 4:4 *Int'l Crim L Rev* 357
- Chemillier-Gendreau, Monique. « Contribution of the Reims School to the Debate on the Critical Analysis of International Law: Assessment and Limits » (2011) 22:3 *EJIL* 649.
- Chesterman, Simon. « The United Nations has no intelligence » (2010) 29:2 *L'Observateur des Nations Unies* 33.
- Chinkin, Christine M. « Due Process and Witness Anonymity » (1997) 91:1 *AJIL* 75.
- Christakis, Théodore. « L'État avant le droit? L'exception de « sécurité nationale » en droit international » (2008) t CXII *RGDIP* 5.
- Christie, H. « The Poisoned Chalice: Imperial Justice, Moral Relativism, and the Origins of International Criminal Law » (2010) 72 *U Pitt L Rev* 361.
- Christine H Chung. « Victims' Participation at the International Criminal Court: Are Concessions of the Court Clouding the Promise? » (2008) 6:3 *Nw J Int'l Hum Rts* 459.
- Clark, Janine Natalya. « Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and Possibilities » (2011) 9 *JICJ* 521.
- Clark, Janine Natalya. « International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach » (2009) *Int'l Crim L Rev* 99.
- Claverie, Elizabeth. « Ménager la victime? Ménager le coupable? Jugement, révision et histoire devant le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie » (2009) 58:2 *Droits et cultures* 141.
- Cogan, Jacob Katz. « International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects » (2002) 27 *Yale J Int'l L* 111.
- Cohen, Miriam. « Victims' Participation Rights Within the International Criminal Court: A Critical Overview » (2008-2009) 37 *Denv J Int'l L & Pol'y* 351.
- Cohen-Jonathan, Gérard. « L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme » (2002) n°238 *LPA* 21.
- Confalonieri, Antonietta. « The Role of the Victim in Administrative and Judicial Proceedings » (2010) 81:3 *RIDP* 529.
- Contis, Maïalen. « La nature du secret médical » (2000) n°42 *Médecine et droit* 22.
- Contreras-Garduño, Diana et Sebastiaan Rombouts. « Collective Reparations for Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights » (2010) 27:72 *UJIEL* 4.
- Crema, Luigi. « Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation (s) » (2010) 21:3 *EJIL* 681.
- Croquet, Nicolas. « Implied External Limitations on the Right to Cross-Examine Prosecution Witnesses: The Tension between a means test and a balancing test in the appraisal of anonymity requests » (2010) 11 *Melb J Int'l L* 27.
- Cryer, Robert. « Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources » (2009) 12:3 *New Crim L Rev* 390.
- Cullen, Holly et Karen Morrow. « International Civil Society in International Law: The Growth of NGO Participation » (2001) 1:1 *Non-State Act & Int'l L* 7.
- Damaška, Mirjan. « Negotiated Justice in the International Criminal Courts » (2004) 4 *JICJ* 1035.
- Damaska, Mirjan. « Reflections on Fairness in International Criminal Justice » (2012) 10 *JICJ* 611.
- Damaška, Mirjan. « The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals » (2011) 36 *NCJ Int'l L & Com Reg* 365.
- Davidson S. « Remedies for Violations of the American Convention on Human Rights » (1995) 44 *ICLQ* 405.
- De la Brosse, Renaud. « Les trois générations de la Justice pénale internationale. Tribunaux pénaux internationaux, Cour pénale internationale et tribunaux mixtes » (2006) 6 *AFRI* 154.

- de la Cuesta, José Luis. « The principle of Humanity in Penal Law » (2011) 82:3 RIDP 457.
- DeFrancia, Christian. « Due Process in International Criminal Courts: Why Procedure Matters » (2001) 87 Va L Rev 1381.
- Deguergue, Maryse. « Les dysfonctionnements du service public de la justice » (2008) n°25 *RFAP* 151.
- Del Ponte, Carla. « Investigation and Prosecution of Large-Scale Crimes at the International Level: The Experience of the ICTY » (2006) 4 JICJ 539.
- Delmas-Marty, Mireille. « Les contradictions du droit pénal » (2000) 1 Rev sc crim 1.
- Delpart, Laurent. « Du secret médical au secret d'État... ou la justification d'une violation du secret médical par la protection de la liberté d'expression » (2006) *Médecine & Droit* 1.
- Dixon, Rosalind. « Developing International Rules of Evidence for the Yugoslav and Rwanda Tribunals » (1997) 7 Transnat'l L & Contemp Probs 81.
- Dubout, Édouard. « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme » (2008) 74 Rev trim dr h 383.
- Edwards, George E. « International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy » (2001) 26 Yale J Int'l Law 323.
- Ehring, Lothar. « Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization » (2008) 11:4 J Int'l Econ L 1021.
- Eikel, Markus. « Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice » (2012) 23 *Criminal Law Forum* 97.
- Elias, Robert. « Transcending our Social Reality of Victimization: Toward a New Victimology of Human Rights » (1985) 10 *Victimology* 1.
- Fairlie, Megan A. « Rule Making from the Bench: a Place for Minimalism at the ICTY » (2004) 39 Tex Int'l LJ.
- Favoreu, Louis. « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public » (1991) 13 *Pouvoirs* 17.
- Ferencz, Benjamin B. « Nurnberg Trial Procedure and the Rights of the Accused » (1948) 39:2 Journal of Crim L & Criminology 144.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos. « International Law of Victims » (2010) 14 Max Planck YB UN L 219.
- Fernandez, Julian. « Variations sur la victime et la justice pénale internationale » (2006) 6 *Amnis* 2. En ligne, revues.org : <<http://amnis.revues.org/890>>.
- Flückiger, Alexandre. « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois » (2007) Tome XLV : 138 *Revue européenne des sciences sociales* 83.
- Forsé, Michel et Maxime Parodi. « Justice distributive: la hiérarchie des principes selon les européens » (2006) 98 *Revue de l'OFCE* 213.
- Fortin, Émilie. « Quatre détenus en République démocratique du Congo entendus à la Cour pénale internationale : saisine inédite établissant la primauté des droits de l'homme internationalement reconnus lors de l'application du *Statut de Rome* » (2011) 24:2 RQDI 53.
- Fortis, Élisabeth. « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale » (2006) 28:1 APC 41.
- Friman, Hakan. « Provisional release/ habeas corpus matters », Commentaire (2006) 10 ALC 119.
- Frulli, Micaela, Commentaire des décisions *Prosecutor v Bizimungu*, *Ndindiliyimana*, *Nzuwonemeye and Sagahutu*, ICTR-00-56-T, Decision on Nzuwonemeye's Motion Requesting the Cooperation from the Government of the Netherlands Pursuant to Article 28 of the Statute (13 février 2006) (TPIR, Chambre de première instance II); *Prosecutor v Karemera, Ngirumpatse and Nzirore*, ICTR-98-44-R94, Decision on Defence Motion to Report Government of a Certain State to United Nations Security Council and on Prosecution

- Motions under Rule 66(C) of the Rules (Article 28 of the Statute of the Tribunal and Rule 66(C) of the Rules of Procedure and Evidence) (15 février 2006) (TPIR, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, ICTR-98-41-T, Decision on Request for a Subpoena (11 septembre 2006) (TPIR, Chambre de première instance I), (2009) 24 ALC 319.
- Frulli, Micaela. «The Question of Charles Taylor's Immunity: Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?» (2002) 2:4 JICJ 1118.
- Gabarda, Olivier. « L'intérêt d'une bonne administration de la justice » (2006) numéro spécial Revue de droit public 153.
- Gardbaum, Stephen. « Human Rights as International Constitutional Rights » (2008) 19:4 Eur J Int'l L 749.
- Garrigos-Kerjan, Mariel. «La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme» (2006) 28:1 APC 187.
- Gershman, Bennett L. « Prosecutorial Ethics and Victim's Rights: the Prosecutor's Duty of Neutrality » (2005) 9:3 Lewis & Clark L Rev 559.
- Gordon, Gregory S. « Toward an International Criminal Procedure: Due Process Aspirations and Limitations » (2007) Colum J Transnat'l L 635.
- Grondin, Rachel. «Une doctrine d'abus de procédure revigorée en droit pénal canadien» (1983) 24:3 *Les Cahiers de droit* 673.
- Grover, Leena. «A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court» (2010) 21:3 EJIL 543.
- Guidicelli-Delage, Geneviève. «Juridictions militaires et d'exception: Perspectives comparées et internationales. Rapport général. Garanties procédurales et droit au recours» (2007) n°29 APC 241.
- Guillaume, Marc. « Parlement et secret(s) » (2001) 97:2 *Pouvoirs* 67.
- Hafner, Gerhard et Christina Binder. « The Interpretation of Article 21(3) ICC Statute, Opinion Reviewed » (2004) 9 Aus Rev Int'l & Eur L 187.
- Hampson, Françoise J. « The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Reluctant Witness » (1998) 47:1 ICLQ 50.
- Harmon, Mark B et Gaynor Fergal, «Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes» (2007) JICJ 683.
- Harris, Michael Ray. «Standing in the Way of Judicial Review: Assertion of the Deliberative Process Privilege in APA Cases» (2009) 53 Saint Louis University Law Journal 340.
- Henrion, Hervé. « La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime? » (2002) 24 APC 81.
- Horn, Rebecca, Simon Charters et Saleem Vahidy. «The Victim-Witness Experience in the Special Court for Sierra Leone» (2009) 15 Int'l Rev Victimology 277.
- Hunt, David. « The International Criminal Court: High Hopes, 'Creative Ambiguity' and an Unfortunate Mistrust in International Judges » (2004) 2 JICJ 56.
- Ian, Dennis. « Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination » (1995) 54:2 Cambridge LJ 342.
- Jackson, Robert H. «Nüremberg in Retrospect» (1949) 27 Can B Rev 761.
- Jalloh, Charles Chernor. «Regionalizing International Criminal Law? » (2009) 9 Int'l Crim L Rev 445.
- Janet, Manuel et Alekandar Kontic. « Transitional Justice: the Prosecution of War Crimes in Bosnia and Herzegovina under the « Rules of the Road » » (2002) 2 YIHL 331.
- Jeannet, S. «Recognition of the ICRC's Long-standing Rule of Confidentiality» (2000) 82:838 Int'l Rev Red Cross 403.

- Jeannet, S. «Testimony of ICRC Delegates Before the International Criminal Court» (2000) 82:840 *Int'l Rev Red Cross* 993.
- Johnson, Scott T. «On the Road to Disaster: the Rights of the Accused and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia» (1998) 10 *Int'l Legal Persp* 111.
- Jorda, Claude et Jean-Paul Chagnollaud. « Le juge et le politique » (2008) 64:1 *Confluences Méditerranée* 11.
- Jouet, Mugambi. «Reconciling the Conflicting Rights of Victims and Defendants at the International Criminal Court» (2007) 26 *Saint Louis University Public Law Review* 249.
- Joyner, Christopher C. «Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability» (1996) 59:4 *Law & Contemp Probs* 153.
- Kaluszynski, Martine. « Sous les pavés, le droit/Le mouvement critique du droit : ou quand le droit retrouve la politique » (2010) 76 *Droit et Société* 523.
- Katzman, Rachel. « The Non-disclosure of Confidential Exculpatory Evidence and the *Lubanga* Proceedings: How the ICC Defence System Affects the Accused's Right to a Fair Trial» (2009) 8:1 *Nw J Int'l Hum Rts* 77.
- Kelsen, Hans. « Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals » (1943) *Cal L Rev* 530.
- Kemp, Gerhard. Commentaire des décisions *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze*, ICTR-99-52-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Depositions of Ngeze Witnesses (mars 2003) (TPIR, Chambre de première instance I); *Prosecutor v. Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Decision on the Prosecution Motion for Leave to Call Rebuttal Evidence (Rule 85) (12 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance II); *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-I, Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Victims and Witnesses (20 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance I) *Prosecutor v. Ntagerura, Bagambiki and Imanishimwe*, ICTR-99-46-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Leave to Call Evidence in Rebuttal Pursuant to Rules 54, 73 and 85 (A) (iii) of the Rules of Procedure and Evidence (21 mai 2003) (TPIR, Chambre de première instance III), (2007) 12 *ALC* 262
- Kenyon, Andrew T. « Not Seeing Justice Done: Suppression Orders in Australian Law and Practice » (2006) 26 *Adelaide Law Review* 279.
- Kerbrat, Yann. «De quelques aspects des procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : les ordonnances des 29 novembre 2001 et 10 juillet 2002 dans les affaires des *Activités armées sur le territoire du Congo*» (2002) *AFDI* 343.
- Ketels, Bjorn et Tom Vander Beken. « Entre l'enclume et le marteau : le secret médical et la notification au partenaire en cas de maladies sexuellement transmissibles en Belgique » (2011) *Rev DP & Crim* 33.
- Keyzer, Patrick. «Media Access to Transcripts and Pleadings and 'Open Justice': A Case Study» (2002) 2:3 *The Drawing Board: An Australian Review of Public Affairs* 209.
- King, Rachel. « Why a Victims' Rights Constitutional Amendment is a Bad Idea: Practical Experience from Crime Victims » (2000) 68 *U Cin L Rev* 357.
- Kirk McDonald, Gabrielle. «Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY» (2004) 2 *JICJ* 558.
- Klamberg, Mark. « What are the Objectives of International Criminal Procedure? – Reflections on the Fragmentation of a Legal Regime » (2010) 79 *Nordic J Int'l L* 279.
- Knoops, G.J. Alexander. «Prosecuting the Gaddafis: Swift or Political Justice? » (2012) 4:1 *Amsterdam Law Forum* 78.
- Koering-Joulin, Renée et Jean-François Seuvic. « Droits fondamentaux et droit criminel » (1998) *AJDA* 106.

- Kolb, Robert. «La maxime de la “bonne administration de la justice” dans la jurisprudence internationale» (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 5.
- Kremis Karolina. «The Protection of the Accused in International Criminal Law According to the Human Rights Law Standard» (2011) 1:2 *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 26.
- Kreß, Kreß. « The Procedural Texts of the International Criminal Court » (2007) 5 JICJ 537.
- Kreß, Kreß. «The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide» (2007) 18:4 EJIL 619.
- Kreß, Kreß. «The Procedural Law of International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise» (2003) 1 JICJ 603.
- Kritz, Neil. «Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights» (1996) 59 *Law & Contemp Probs* 127.
- Kuschnik, Bernchard. «International Criminal Due Process in the Making: New Tendencies in the Law of Non-Disclosure in the Proceedings before the ICC» (2009) 9 *Int'l Crim L Rev* 157.
- Kyakuwa, Goreth. Commentaire des décisions *Prosecutor v Brđanin*, IT-99-36-T, Decision on Prosecution's Second Request for a Subpoena of Jonathan Randal (30 juin 2003) (TPIY, Chambre de première instance II) et Separate Opinion Judge Chikako Taya; *Prosecutor v Brđanin*, IT-99-36-T, Subpoena ad Testificandum - Confidential Ex Parte (17 juillet 2003) (TPIY, Chambre de première instance II), (2008) 14 ALC 335.
- La Rosa, Anne-Marie. « Organisations humanitaires et juridictions pénales internationales: la quadrature de cercle?» (2006) 87:861 *RICR* 169.
- La Rosa, Anne-Marie. «Défi de taille pour les Tribunaux pénaux internationaux: conciliation des exigences du droit international humanitaire et d'une procédure équitable» (1997) 828 *RICR* 677.
- Lacarte, Julio A. «Transparency, Public Debate and Participation by NGOs in the WTO: A WTO Perspective» (2004) 7 *Journal of International Economic Law* 683.
- Langbein, John H. « The Historical Origins of the Privilege against Self-incrimination at Common Law », (1994) 92:5 *Mich L Rev* 1047.
- Lascoumes, Pierre et Evelyne Serverin. «Théories et pratiques de l'effectivité du droit» (1986) 2 *Droit et Société* 127.
- Latty, Franck. «La Cour internationale de Justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des Activités armées sur le territoire du Congo» (2005) 51 *AFDI* 205.
- Lauterpacht, Hersch. « Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties » (1949) *Brit YB Int'l L* 48.
- Lawrence, Douglas. «File as witness: Screening Nazi Concentration Camps before the Nuremberg Tribunal» (1995) 105:2 *Yale LJ* 449.
- Lazerges, Christine. « Le renforcement des droits des victimes par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 » (2002) 24:1 *Archives de politique criminelle* 15.
- Le Bouthillier, Yves et Michel Morin. « La bonne foi en droit international public, le règlement pacifique des différends et le recours à la force lors de la guerre du Golfe » (1992) 37 *RD McGill* 1026.
- Le Floch, Guillaume. « L'urgence et la bonne administration de la justice internationale » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 143.
- Lécuyer, Yannick. « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence » (2004) 57 *Rev trim dr h* 197.



- Lelarge, Aurélia. « L'émergence d'un principe de bonne administration de la justice internationale dans la jurisprudence internationale antérieure à 1945 » (2009) 27:2 *L'Observateur des Nations Unies* 23.
- Leroy, Yann. « La notion d'effectivité du droit » (2011) 3 :79 *Droit et société* 715.
- Levy, René et Xavier Rousseaux. « États, justice et histoire: bilan et perspectives » (1992) 20:21 *Droit et société* 277.
- Loucaides, Loukis. « Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights » (2003) 3:1 *HRL Rev* 27.
- Lugentz, Frédéric. « La loi sur la protection des sources des journalistes: le point de vue des sources », Note, (2008) *Rev DP & Crim* 805.
- Mackenzie, Ruth et Philippe Sands. « International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge » (2003) 44:1 *Harvard Int'l L J* 271.
- Malézieux, Raymond. « Le Statut international des criminels de guerre » (1947) *RGDIP* 167.
- Mamiya, Ralph. « Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision » (2007) 25:1 *Wis Int'l LJ* 1.
- Manirakiza, Pacifique. « L'Afrique et le système de justice pénale internationale » (2009) 3 *Afr J Legal Stud* 21.
- Manirakiza, Pacifique. « Les défis de la défense devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda » (2008) 38 *RGD* 47.
- Marcus, Paul et Tara L McMahon. « Limiting Disclosure of Rape Victims' Identities » (1991) 64 *S Cal L Rev* 1019.
- Markel, Asa W. « The Future of States Secrets in War Crimes Prosecutions » (2008) 16 *Mich St J Int'l L* 411.
- Marseille, Albert T et Jan H Jans. « The Role of NGO's in Environmental Litigation against Public Authorities. Some observations on judicial review and access to court in the Netherlands » (2010) 22:3 *J Envtl L* 373.
- Marston Danner, Allison. « Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing » (2001) 87 *VA L Rev* 415.
- Massis, Thierry. « La transparence et le secret: champ social, débat de conscience » (2001) 394 :6 *Études* 751.
- May, Richard et Marieke Wierda. « Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha » (1998-1999) 37 *Colum J Transnat'l L* 725.
- McCarthy, Conor. « Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms or Compatible Forms of Justice » (2012) 10 *JICJ* 351.
- McDermott, Yvonne. « Some are more Equal than Others: Victim Participation in the ICC » (2008-2009) 5:1 *Eyes on the ICC* 23.
- McDermott, Yvonne. « Victims and International Law: Remedies in the Courtroom? » (2009) 4:3 *Hague Justice Journal* 1.
- McDowell, Joshua. « The International Committee of the Red Cross as a Witness before International Criminal Tribunals » (2002) 1:1 *Chinese J Int'l L* 158.
- McLaughlin, Colin T. « Victim and Witness Measures of the International Criminal Court: A Comparative Analysis » (2007) 6 *The Law and Practice of International Criminal Courts and Tribunals* 189.
- Meemik, James et Kimi King. « The Sentencing Determinants of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: An Empirical and Doctrinal Analysis » (2003) 16 *Leiden J Int'l L* 751.
- Mégré, Frédéric. « The International Criminal Court Statute and the Failure to Mention Symbolic Reparation » (2009) 16:2 *International Review of Victimology* 127.

- Mevis, Paul. Commentaire de la décision *Prosecutor v. Mucić*, IT-96-21-T, Decision on the Prosecution's Oral Requests for the Admission of Exhibit 155 into Evidence and for an Order to Compel the Accused, Zdravko Mucić, to provide a handwriting Sample (19 janvier 1998) (TPIY, Chambre de première instance II), (2001) 3 ALC 338.
- Miaille, Michel. « La critique du droit » (1992) 20:21 *Droit et société* 75.
- Mibenge, Chiseche. «The Special Court of Sierra Leone and the Right to Appeal», Commentaire (2006) 9 ALC 844.
- Miraglia, Michela. « Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in *Lubanga* » (2008) 6:3 JICJ 489.
- Momeni, Mercedeh. «Balancing the Procedural Rights of the Accused against a Mandate to Protect Victims and Witnesses: An Examination of the Anonymity Rules of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia» (1997) 41 How LJ 155.
- Monroe, Leigh. «The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses against Accused» (1996) 90:2 AJIL 235.
- Monroe, Leigh. «Witness Anonymity is Inconsistent with Due Process» (1997) 91:1 AJIL 80.
- Narayan, Shilpa Narayan. «Proper Assertion of the Deliberative Process Privilege: the Agency Head Requirement» (2008) 77 Fordham Law Rev 1183.
- Negri, Stefania. « The Principle of 'Equality of Arms' and the Evolving Law of International Criminal Procedure » (2005) 5 ICLR 513.
- Nijboer, Hans. « Witnesses and Admission of Evidence », Commentaire (2003) 6 ALC 338.
- Nilsson-Kleffner, Cecilia. « State Cooperation and Enforcement of sentences », Commentaire, (2007) 12 ALC 377.
- Nishino, Rumiko. «Le tribunal d'opinion de Tôkyô pour les « femmes de réconfort » » (2009) 58 :2 *Droit et cultures* 75.
- Nsereko, Daniel David Ntanda, «The Abuse of Process Doctrine in the Administration of Criminal Justice before National Courts and International Tribunals» (2008) 7 U Bostwana L J 29
- Ntube Ngane, Sylvia. « Witnesses before the International Criminal Court » (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 431.
- Ondo, Téléphore. « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef de l'État Africain » (2007) 69 Rev trim dh 153.
- Oosterveld, Valerie, Mike Perry et John McManus. « The Cooperation of States with the International Criminal Court » (2002) 25 Fordham Int'l L J 767.
- Orakhelashvili, Alexander. « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (2001) 14 EJIL 529.
- Osiel, Mark J. « Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity» (2000) 22 Hum Rts Q 118.
- Othman, Mohammed. « The 'Protection' of Refugee Witnesses by the International Criminal Tribunal for Rwanda » (2002) 14 Int'l J Refugee L 495.
- Palmeter, David. « The Need for Due Process in WTO Proceeding » (1997) 1 JWT 51.
- Pasqualucci, J. M. « Victims Reparation in the Inter-American Human Rights System » (1996-1997) 18 Mich J Int'l L 1.
- Pastre-Belda, Béatrice, « Valorisation des relations officialisées en matière de dispense d'obligation de témoigner » (2012) n° 17 Semaine Juridique Édition Générale 525.
- Pathan, Mariam. Commentaire de la décision *Prosecutor v Milutinović et al.*, IT-05-87-PT, Decision on Second Application of Dragoljub Odjanić for Binding Orders Pursuant to Rule 54bis (17 novembre 2005) (TPIY, Chambre de première instance III), (2012) 28 ALC 181
- Pavia, Marie Luce. «La place de la victime devant les tribunaux pénaux internationaux» (2002) 24 :1 APC 61

- Peiris, G L. «Legal Privilege in Commonwealth Law» (1982) 31:4 ICLQ 609.
- Pejic, Jelena. « Creating a Permanent International Criminal Court: the obstacles to Independence and effectiveness » (1998) 29 Colum Hum Rts L Rev 291.
- Pella, Vespasien. « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix » (1947) 51 RGDIP 1.
- Pena, Mariana. «Victim Participation at the International Criminal Court: Achievements Made and Challenges Lying Ahead» (2009-2010) 16 ILSA J Int'l & Comp L 497.
- Philippe, Xavier et al. « Commentaire de la décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* » (2011) 88:4 RFDC 782.
- Philippe, Xavier et Anne Desmarest. «Remarques critiques relatives au projet de loi 'portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale' : la réalité française de la lutte contre l'impunité» (2010) 81:1 RFDC 41.
- Pieslak, Sylvia. « The International Criminal Courts Quest to Protect Rape Victims of Armed Conflict: anonymity as solution» (2004) 2 Santa Clara J Int'l 138.
- Pillay, Navanethem. «Keynote address. Protection of the Health of Women through International Criminal Law: How Can International Criminal Law Contribute to Efforts to Improve the Health of Women» (2008) 22 Emory Int'l L Rev 15.
- Pin, Xavier. « Les victimes d'infractions. Définitions et enjeux » (2006) 28:1 APC 49.
- Powles, Steven. « International Criminal Courts: Practice, Procedure and Problems Relating to Evidence – Privilege from Testimony at the ICTY and the ICTR » (2003) 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 467.
- Powles, Steven. « Testify or not to Testify – Privilege from Testimony at the Ad Hoc Tribunals: The Randal Decision » (2003) 16:3 LJIL 511.
- Pozen, Joana. «Justice Obscured: the non-disclosure of witnesses' identities in ICTR Trials» (2006) 38 *International Law and Politics* 281.
- Prouvèze, Rémy. « L'apport du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au statut du Comité international de la Croix-Rouge : la règle de la confidentialité en question » (2001) 10 *L'observateur des Nations Unies* 143.
- Puéchavy, Michel. « Les limites de l'applicabilité de l'article 6, §1er de la Convention européenne des droits de l'homme à la constitution de partie civile » (2006) 65 Rev trim dr h 99.
- Quoc Dinh, Nguyen. «Les privilèges et immunités des organisations internationales d'après les jurisprudences nationales depuis 1945» (1957) 3 AFDI 262.
- Radjai, Noradèle. « Confidentiality in International Arbitration: Brief overview of the position in Switzerland and further reading» (2009) 27:1 *ASA Bulletin* 48.
- Ralph Mamiya. «Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the *Karemera* Decision» (2007) 25:1 Wis Int'l LJ 1.
- Raoult, Sacha. « Étiologie d'une dépossession. L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle » (2011) *Jurisprudence – Revue critique* 317.
- Razzaque, Jona. « Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals » (2002) 1:3 Non-State Act & Int'l L 169.
- Rix, Mark. « Counter-terrorism and Information : the NSI Act, Fair Trials, and Open, Accountable Government » (2011) 25:2 *Continuum: Journal of Medial & Cultural Studies* 285.
- Robbins, Elizabeth. «Towards Enforcement in the International Criminal Court» (2006) 3:1 *Eyes on the ICC* 85.
- Robert, Jacques. « La bonne administration de la justice » (1995) numéro spécial, *L'actualité juridique – Droit administratif* 117.

- Robinson, Patrick. « Ensuring Fair and Expeditious Trials at the ICTY » (2000) 11 EJIL 569.
- Robinson, Patrick. « The Right to Fair Trial in International, with specific reference to the work of the ICTY » (2010) 3 Berkeley JL Int'l L Publicist 1.
- Roisné, Pierre-Louis. « Tu ne chercheras pas à connaître l'identité de « Gorge profonde » » (2011) 34 *L'Europe des Libertés* 22.
- Rona, G. « The ICRC Privilege not to Testify: Confidentiality in Action » (2002) 85:845 Int'l Rev Red Cross 207.
- Roure, Sandrine. « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires: une judiciarisation du débat public » (2006) 4 :68 Rev fr dr constl 737.
- Rydberg, Asa. « The Protection of the Interests of Witnesses – The ICTY in Comparison to the Future ICC » (1998) 12 Leiden J Int'l L 455.
- Saada, Julie. « De la fumée et des miroirs. Justice d'après-guerre, dramaturge et dissensus politique » (2012) n°45 *Raisons politiques* 129.
- Saada, Julie. « La justice pénale internationale, entre idéaux et justifications » (2011) n°105 *Revue Tiers Monde* 47.
- Sadat, Leila Nadya et Richard S Carden. « The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution » (2000) 88 Geo L J 381.
- Sarooshi, Danesh. « The Powers of the United Nations International Criminal Tribunals » (1998) 2 Max Planck YB UNL 141.
- Sartre, Patrice et Philippe Ferlet. « Le secret de défense en France » (2010) 412:2 *Études* 165.
- Savonet, Claude. « Le droit au silence. Un droit relatif? » (2009) 79 *Rev trim dr h* 763.
- Schabas, William A. « Common law, « Civil law » et droit pénal international : tango (le dernier?) à La Haye » (2003) 13:1 RQDI 287.
- Schabas, William A. « United States Hostility to the International Criminal Court : It's All about the Security Council » (2004) 15:4 EJIL 701.
- Scharf, Michael. « Trading Justice for Efficiency » (2004) 4 JICJ 1075.
- Schattenfield, Thomas S. « The Right to a Public Trial » (1955-1956) 7 W Res L Rev 78.
- Scheffer, David et Ashley Cox. « The Constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court » (2008) 98:3 J Crim L & Criminology 983.
- Scheffer, David. « A Review of the Experience of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence » (2008) 21 Leiden J Int'l L 151.
- Schomburg, Wolfgang. « The Role of International Criminal Tribunals in Promoting Respect for Fair Trial Rights » (2009) 8:1 Northwestern Journal of International Human Rights 1.
- Schwager, Elke. « The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict » (2005) 4:2 Chinese J Int'l L 417.
- Sermet, Laurent. « De la carence dans la Charte Africaine des Droits de l'homme et de peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme » (2005) 2 RGDIP 389.
- Sheppard, Daniel. « The International Criminal Court and "Internationally Recognized Human Rights": Understanding Article 21(3) of the Rome Statute » (2010) 10 Int'l Crim L Rev 43.
- Sibi, Barbara. « Le principe de l'égalité des armes et la victime au procès pénal » (2005) n°3 *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 547.
- Simmons, Beth Ann et Allison Danner. « Credible Commitments and the International Criminal Court » (2010) 64 :2 *International Organization* 225
- Sloane, Robert D. « The expressive capacity of International Punishment: the Limits of National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law » (2007) 43:1 Stan J Int'l L 39.
- Sluiter, Göran. « Karadžić on Trial – Two Procedural Problems » (2008) 6 JICJ 617

- Sluiter, Göran. « 'I Beg You, Please Come Testify' - The Problematic Absence of Subpoena Powers at the ICC » (2009) 12:4 *New Crim L Rev* 590
- Sluiter, Göran. « International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights » (2003) 37 *New Eng L Rev* 935.
- Sluiter, Göran. « Le procès Seselj et la compromission de la justice pénale internationale » (2007) 2:1 *Hague Justice Journal* 1.
- Sluiter, Göran. « Shared Responsibility in International Criminal Justice » (2012) 10 *JICJ* 661.
- Sluiter, Göran. « The ICTR and the Protection of Witnesses » (2005) 3 *JICJ* 962.
- Sluiter, Göran. « The Law of International Criminal Procedure and Domestic War Crimes Trials » (2006) 6 *Int'l Crim L Rev* 605.
- Sluiter, Göran. Commentaire des décisions *Prosecutor v Simić and others*, IT-95-9-PT, Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (ex parte confidential) (27 juillet 1999) (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Simić and others Separate*, IT-95-9-PT, Opinion of Judge David Hunt on Prosecutor's Motion for a Ruling concerning the Testimony of a Witness (ex parte confidential) (27 juillet 1999) (TPIY, Chambre de première instance III); *Prosecutor v Simić and others*, IT-95-9-PT, Decision on (1) Application by Stevan Todorović to Re-Open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion by ICRC to Re-Open Scheduling Order of 18 November 1999, And (3) Conditions for Access to Material (28 février 2000) (TPIY, Chambre de première instance III), (2002) 4 *ALC* 271.
- Smith, Ellie. « L'impact du trauma sur le souvenir, la preuve et le témoignage » (2009) n°18 *Bulletin du Groupe de travail pour les droits des victimes* 3.
- Snyder, Jack et Leslie Vinjamuri. « Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice » (2004) 28:3 *Int'l S* 5.
- Sorochinsky, Mykola. « Prosecuting Torturers, Protecting 'Child Molesters': Toward a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law » (2010) 31 *Mich J Int'l L* 157.
- Spigelman, James. « The Principle of Open Justice: A Comparative Perspective », (2006) 29:2 *UNSW Law Journal* 147.
- Stahn, Carsten. « Modification of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55 » (2005) 16 *Crim L Forum* 3.
- Sulzer, Jeanne. « Le statut des victimes dans la justice pénale internationale émergente » (2006) 28:1 *APC* 29.
- Swart, Mia. « Ad Hoc Rules for Ad Hoc tribunals: the Rule-Making Power of the Judges of the ICTY and ICTR » (2002) 18 *South African J Hum Rts* 570.
- Swoboda, Sabina. « Confidentiality for the Protection of National Security Interests » (2010) 81:1 *Rev IDP* 209.
- Tallgren, Immi. « The Sensibility and Sense of International Criminal Law » (2002) 13:2 *EJIL* 561.
- Thouvenin, Jean-Marc. « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du Timor oriental (Portugal c Australie) » (1995) 41 *AFDI* 328.
- Tigroudja, Hélène. « La Cour Européenne des droits de l'homme et les immunités juridictionnelles d'États : Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Forgarty* et *Al Adsani c Royaume Uni* du 21 novembre 2001 » (2002) 34:1 *Rev BDI* 526.
- Todorov, Tzvetan. « The Limitations of Justice » (2004) 2 *JICJ* 711.
- Tomuschat, Christian. « Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations » (2002) 10 *Tul J Int'l & Comp L* 157.
- Vallières, Nicole. « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985) 26:4 *Les Cahiers de droit* 1019.

- Van der Spoel, Tjarda. Commentaire des décisions *Prosecutor v Norman, Fofana and Kondewa* Fofana, SCSL-2004-14-AR73, Decision on Appeal Against "Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence" (16 mai 2005) (TSSL, Chambre d'appel); Separate Opinion of Justice Robertson, Justice Ayoola's Separate Opinion; *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16-PT, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (25 octobre 2005) (TSSL, Chambre de première instance II), (2010) 21 ALC 157.
- van Sliedregt, Elies. Commentaire des décisions *Prosecutor v Norman*, SCSL-2003-08-PT, Decision on the Defence Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction: Command Responsibility (15 octobre 2003) (TSSL, Chambre de première instance); *Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16-PT, Written Reasons for the Trial Chamber's Oral Decision on the Defence Motion on Abuse of Process due to Infringement of Principles of Nullum Crimen Sine Lege and Non-Retroactivity as to Several Accounts (31 mars 2004) (TSSL, Chambre de première instance), (2005) 9 ALC 123.
- Verhoeven, Joe. « Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable law » (2002) XXXIII Netherlands YB Int'l L 1.
- Vervaele, John. « Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme. Rapport général » (2009) 80:1 RIDP 19.
- Virally, Michel. « Le rôle des organisations internationales dans l'atténuation et le règlement des crises internationales » (1976) 41:6 *Politique étrangère* 529.
- Vladeck, David C. « Litigating National Security Cases in the Aftermath of 9/11 » (2006-2008) 2 J Nat'l Sec L & Pol'y 165.
- Vu, Nhu B. «The Necessity of Maintaining Protective Measures in Balancing the Rights of Victims and the Accused» (2007) 4:1 *Eyes on the ICC* 23.
- Wald, Patricia M. «To "Establish Incredible Events by Credible Evidence": The Use of Affidavit Testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings» (2001) 42 Harvard Int'l L J 535.
- Wallach, Evan J. «The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials: Did they Provide an Outline for International Legal Procedure» (1998-1999) 37 Colum J Transnat'l L 851.
- Walley, Luc. « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole » (2002) 845 RICR 51.
- Warusfel, Bertrand. « Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'état de droit » 96:4 *Revue droit et défense* 23.
- Wemmers, Jo-Anne. «Procedural Justice and Dutch Victim Policy» (1998) 20:1 *Law and Policy* 57.
- Wemmers, Jo-Anne. «Victim Reparation and the International Criminal Court» (2009) 16 *International Review of Victimology* 123.
- Wittenberg, J.C. « De Grotius à Nuremberg. Quelques réflexions » (1947) 51 RGDIP 89.
- Woods, Andrew K. « Moral Judgments & International Crimes: The Disutility of Desert » (2012) 52 VA J Int'l L 633.
- Yacoubian, George S Jr. «Evaluating the Efficacy of the International Criminal Tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia» (2003) 165:3 *World Affairs* 133.
- Young, Alan N. «Crime Victims and Constitutional Rights» (2005) 49 *Crim L Q* 432.
- Young, Rebecca. «Internationally Recognized Human Rights' Before the International Criminal Court» (2011) 60:1 ICLQ 189.
- Yuval, Shany. «Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach» (2012) 106:2 *AJIL* 225.
- Zacklin, Ralph. «The Failings of Ad Hoc International Tribunals» (2004) 2 J Int'l Crim Just 541.

- Zagaris, Bruce. «Background to Disclosure Rules in the ICTR», Commentaire (2003) 6 ALC 375.
- Zahar, Alexander. « International Court and Private Citizen » (2009) 12:4 New Crim L Rev 569.
- Zani, Mamoud. « La notion de secret à la lumière de la procédure 1503 du Conseil économique et social de l'ONU » (2010) 29 :2 *L'Observateur des Nations Unies* 107.
- Zappalà, Salvatore, Commentaire des décisions *Prosecutor v Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure Pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Statute (19 mai 2006) (CPI, Chambre préliminaire I); Decision on the Prosecution Request for Access to the Registry Recommendations (31 juillet 2006); First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions Under Rule 81(15 septembre 2006); Judgment 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 Rules of Procedure and Evidence" (13 octobre 2006) (CPI, Chambre d'appel); Dissenting Opinion of Judge Georgios M. Pikis; Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "First Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81" (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel); Separate Opinion of Judge Georgios M. Pikis; Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81" (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel) Separate Opinion by Judge Georgios M. Pikis, (2010) 23 ALC 444.
- Zappalà, Salvatore. «The Rights of Victims v the Rights of the Accused» (2010) 8 JICJ 137.

## VI. Communications à des conférences et recherches

- Amnesty International. *The International Criminal Court: Fact sheet 6 Ensuring justice for victims*.
- Boisvert, Anne-Marie. *La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise*, Rapport final présenté au ministère de la Sécurité publique, Québec, juin 2005.
- Cameron, Jamie. *Victim Privacy and the Open Court Principle* (Ottawa: Policy Centre for Victims Issues, 2003). En ligne, Ministère de la justice du Canada : <[http://www.justice.gc.ca/eng/pi/rs/rep-rap/2003/rr03\\_vic1/rr03\\_vic1.pdf](http://www.justice.gc.ca/eng/pi/rs/rep-rap/2003/rr03_vic1/rr03_vic1.pdf)>.
- Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. *La protection des témoins : pierre angulaire de la justice et de la réconciliation dans les Balkans*, Note d'information du rapporteur Jean-Charles Gardetto sur le système de protection des témoins devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Doc AS/Jur (2009) 38, 3 septembre 2009.
- Dandurand, Yvon et Kristin Farr. *Revue de certains programmes de protection des témoins*, Rapport n° 001, Division de la recherche et de la coordination nationale sur le crime organisé, Secteur de la police et de l'application de la loi, Sécurité Publique Canada, 2010.
- Dutheillet de Lamothe, Olivier. *Observations sur la loi sur le secret d'État (1994) de la République de Moldova*, Commission Européenne pour la démocratie par le droit, Avis No. 458/2007, Doc. CDL(2008)031, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 5 mars 2008, en ligne : Commission de Venise <<http://www.venice.coe.int>>.
- Fedorova, Masha, Sten Verhoven et Jan Wouters. *Safeguarding the Rights of Suspects and Accused Persons in International Criminal Proceedings*, Katholieke Universiteit Leuven, Institute for International Law, Working Paper N°27, juin 2009. En ligne: < <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/wp137e.pdf>>.

- FIDH, *La Cour pénale internationale, 2002-2012 : 10 ans, 10 recommandations pour une Cour pénale internationale efficace et indépendante*. En ligne : FIDH < <http://fidh.org/IMG/pdf/cpi10ansfr.pdf>>.
- FIDH. *The Office of the Prosecutor of the ICC-9 years on: Analysis of the Prosecutorial Strategy and Policies of the Office of the Prosecutor (2003-2011). Recommendations to the next ICC Prosecutor*, décembre 2011, n°579. En ligne <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/cpiproc579ang.pdf>>.
- Gabor, Rona. «Le CICR et le privilège de ne pas témoigner : la confidentialité dans l'action : mémoire explicatif par Gabor Rona, conseiller juridique à la Division juridique du CICR », en ligne CICR <<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5wsegg.htm>>.
- Guillaume, Gilbert. « The Contribution of the Permanent Court of Arbitration and its International Bureau to Arbitration between States », discours à l'occasion de la célébration du centenaire de la deuxième convention de La Haye du 18 octobre 1907. En ligne : Cour permanente d'arbitrage <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guillaume%20EN.pdf>>.
- Hakan Friman et al., *Measures available to the International Criminal Court to Reduce the Length of Proceedings*, Informal Expert Paper, CPI, 2003.
- IBA, *Witnesses before the International Criminal Court*, An International Bar Association International Criminal Court Programme Report on the ICC's efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses, juillet 2013.
- Institut de droit international, *Interprétation des traités*, Résolution de la session de Grenade, 19 avril 1956, sur le rapport de Hersch Lauterpacht.
- Manson, Allan. *Témoignage d'un conjoint dans les causes criminelles au Canada*, Rapport de la commission du droit du Canada, septembre 2001.
- Ocampo, Luis Moreno. «Part III: Keynote by the ICC Chief Prosecutor», *Report of the Proceedings of the colloquium of Prosecutors of International Criminal Tribunals*, Arusha, Tanzania, 25-27 Novembre 2004.
- Recours. « Les premiers témoins sont entendus au procès Lubanga » (2009) n°14 *Bulletin du Groupe de travail pour les droits des victimes* à la p. 2, en ligne : Recours : <<http://www.vrwg.org>>.
- Secrétaire général des Nations Unies. *État de droit et justice transitionnelle dans les sociétés en situation de conflit ou d'après conflit*, Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité, Doc NU S/2011/634, 12 octobre 2011.
- Skinnider, Eileen. *Improperly or Illegally Obtained Evidence : The Exclusionary Evidence Rule in Canada*, Vancouver, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2005
- Stillhart, Dominik. « La confidentialité : un principe essentiel pour l'action du CICR, mais pas absolu » (24 septembre 2010), en ligne : icrc.org < <http://www.icrc.org> >.
- UNITAR, *A Humanitarian Dilemma: Protecting Civilians and Promoting Justice*, UNITAR Peace and Security Series, Briefing Report Organized Jointly with the Friends of the International Criminal Court (ICC), 30 octobre 2007. En ligne: < [http://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/final%20Summary%2030%20Oct\(1\).pdf](http://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/final%20Summary%2030%20Oct(1).pdf)>.
- War Crimes Research Office, *Expediting Proceedings at the International Criminal Court*, International Criminal Court Legal Analysis and Education Project, American University Washington, juin 2011.
- Young, Alan N. *Le rôle de la victime au sein du processus judiciaire : une analyse bibliographique – 1989 à 1999*, Série de recherches sur les victimes d'actes criminels, Centre de la politique concernant les victimes, Ministère de la Justice du Canada, 2001.



## VII. Documents internationaux

### 7.1. Cour pénale internationale

- Accord de coopération et d'Assistance entre la Cour pénale internationale et l'Union européenne*, ICC-PRES/01-01-06, 10 avril 2006, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2006.
- Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies*, ICC-ASP/3/Res.1, 4 octobre 2004, entrée en vigueur le 22 juillet 2004.
- BdP, *Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites*, La Haye, 14 septembre 2006.
- BdP, *Règlement du Bureau du Procureur*, La Haye, le 23 avril 2009, en ligne BdP : <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280254/ICCBD050109FRA1.pdf>>.
- BdP, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, La Haye, 1<sup>er</sup> février 2010.
- Comité plénier, Conférence de Rome, Groupe de travail sur les peines, Document de travail du président sur l'article 75, A/Conf.183/C.1/WGP/L.3, 30 juin 1998.
- Éléments de crimes de la Cour pénale internationale, Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, première session*, New York, 3-10 septembre 2002 (publication des Nations Unies, N° de vente F.03.V.2 et correctif), deuxième partie B et *Documents officiels de la Conférence de révision au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Kampala, 31 mai-11 juin (publication de la Cour pénale internationale, RC/11).
- BdP, *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*, La Haye, 4 octobre 2010.
- BdP, *Paper on some policy issues before Office of the Prosecutor*, Cour pénale internationale, La Haye, Pays-Bas, 2003.
- Plan stratégique d'information et de sensibilisation de la Cour pénale internationale*, Assemblée des États Parties, Cinquième session, La Haye, 23 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2006, Doc CPI ICC-ASP/5/12, 29 septembre 2006.
- Projet de Statut pour une cour pénale internationale*, A/Conf.183/2/Add.1), 14 avril 1998.
- Proposal by France and the UK to the Preparatory Committee (A/AC.249/1998/WG.4/DP.19), 10 février 1998.
- Règlement de la Cour*, Doc ICC-BD/01-02-07 adopté le 26 mai 2004 tel qu'amendé le 9 mars 2004, le 14 juin et le 14 novembre 2007.
- Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale*, adopté par la première session de l'Assemblée des États Parties, New York, 3-10 septembre 2002, Doc off ICC-ASP/1/3.
- Règlement du Greffe*, Doc ICC-BD/03-01-06-Rev.1, en vigueur le 6 mars 2006, révisé le 25 septembre 2006.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU I-38544 (amendé par les procès-verbaux des 10 novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002).
- Report of the International Criminal Court to the United Nations for 2011/12*, 67<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Doc A/67/308, 14 août 2012.
- Memorandum of understanding between the United Nations and the International Criminal Court concerning the Cooperation between the United Nations Organization Mission in the*

## **7.2. Nations Unies en général**

- Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique*, 6 juin 2003, 2329 RTNU I-41723 (entré en vigueur le 29 avril 2005 par notification, conformément à l'article 32).
- Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité en date du 14 août 2000, 16 janvier 2002 dans Éric David, Françoise Tulkens, Damien Vandermeersch, *Code de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 857-871.
- Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* du 10 décembre 1982 adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution A/RES/48/263 du 17 août 1994.
- AG NU, *Résolution priant le Secrétaire général de poursuivre les discussions avec le gouvernement du Cambodge en vue des procès Khmers rouges*, Doc NU A/RES/57/228, 77<sup>e</sup> séance plénière, 18 décembre 2002.
- AG NU, *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, Rés. AG 95 (I), Doc. off. AG NU, du 11 décembre 1946.
- Bureau du Haut-Commissaire aux Droits de l'homme, *Droits civils et politiques : le Comité des droits de l'homme. Fiche d'information n°15 (Rev. 1)*, pp. 18-19. En ligne: <<http://www.ohchr.org>>.
- Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RTC. 1945 n°7, 557 RTNU 143, 638 RTNU 306, RTC 1973 n°4.
- CDI, *Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session*, Doc off AG NU, 4 mai 1966, 21<sup>e</sup> sess sup n°9 Doc NU A/6309/Rev.1, Ann CDI (1966) vol 2.
- CDH, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, vol I, AG Doc off, 50<sup>ème</sup> sess. suppl. n°40 (A/50/40) (4 février 1996).
- ECOSOC, *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Cherif Bassiouni, Commission des droits de l'homme, Doc NU E/CN.4/2000/62 du 18 janvier 2000 (Principes Bassiouni).
- ECOSOC, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire*, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996 (Principes Theo van Boven).
- ECOSOC, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final établi par M. Louis Jouanet, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1997/20 du 27 juin 1997 (Rapport Jouanet).
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969 1155 RTNU 331.
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10 décembre 1982, 1834 RTNU, Annexe VI portant *Statut du Tribunal international du droit de la mer*.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, Washington, 18 mars 1965, 575 RTNU 159 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966).
- Convention relative au statut des réfugiés*, Genève, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137.

*Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 13 février 1946, 1 RTNU 15.

*Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés AG 40/34, Do off AG NU, 29 novembre 1985.

*Déclaration Universelle des Droits de l'homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3<sup>e</sup> sess., supp. n°13, Doc NU A/810, 10 décembre 1948.

Doc off CS, 5685<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/1757 (2007) portant entrée en vigueur de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un tribunal spécial pour le Liban annexé, 30 mai 2007.

Nations Unies, *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, Rome, 15 juin – 17 juillet 1998, Official Records, vol III, Doc NU A/CONF.183/13 (Vol.III).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Doc. off. A.G. N.U., 21<sup>e</sup> sess. Doc. N.U. A/RES/2200 (XXI), 16 décembre 1966, 999 RTNU 171.

*Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*, 2<sup>e</sup> session de la Commission du droit international de 1950 dans « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa deuxième session », *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. 2, New York.

*Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 60/147, Do off AG NU, 16 décembre 2005.

*Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, annexe et appendices I à III*, 46<sup>e</sup> session de la Commission du droit international de 1994 dans « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session », *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. 2 (deuxième partie) New York.

*Proposal Submitted by Germany for Article 26*, Preparatory to Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Doc NU A/A.249/WP.1 (15 août 1996).

*Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AG NU, Résolution 2200 A(XXI), 16 décembre 1966, en vigueur le 23 mars 1976.

*Règlement du Tribunal international du droit de la mer*, Doc. ITLOS/O8 tel qu'amendé le 17 mars 2009.

Résolution 351 A (IV), 4<sup>e</sup> sess. AG, 24 novembre 1949, Création du Tribunal administratif des Nations Unies.

*Résolution portant création du Conseil des Droits de l'homme*, Doc off AG NU, 60<sup>e</sup> sess. Doc. NU A/RES/60/251, 3 avril 2006.

Secrétaire général des NU, *Rapport sur la mise en œuvre du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie conformément au par. 2 de la Résolution 827(1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Doc NU S/25704 et Add.1, 3 mai 1993.

*Statut de la Cour internationale de Justice* annexé à la *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, 557 RTNU 143, 638 RTNU 306, R.T. Can. 1973 n°4.

*Statut du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail*, Conférence internationale du Travail le, 9 octobre 1946, modifié par la Conférence le 29 juin 1949, le 17 juin 1986, le 19 juin 1992, le 16 juin 1998 et le 11 juin 2008.

*Statut du Tribunal international du droit de la mer* (annexe VI à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

*Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 45/1117, modifié par la résolution 53/112.

*Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 43/173 du 9 décembre 1988.

### **7.3. Conseil de sécurité et organes subsidiaires**

*Code de déontologie à l'intention des Conseils de la défense*, Tribunal pénal international pour le Rwanda, 14 mars 2008.

*Code de déontologie pour les avocats exerçant devant le Tribunal international*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Doc IT/125 RÉV.3, 22 juillet 2009.

Conseil de sécurité, 6772<sup>e</sup> séance, 16 mai 2012, Doc CS S/PV.6772.

Conseil de sécurité, Doc NU S/RES/1315 (2000).

Conseil de sécurité, *Lettre datée du 15 novembre 2011, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, Annexe I Évaluations et rapport du juge Patrick Robinson, Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004) et portant sur la période comprise entre le 15 mai et le 15 novembre 2011*, Doc N U S/2011/716.

Conseil de sécurité, Résolution 808(1993) du 22 février 1993.

Conseil de sécurité, résolution 955(1994) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 3454<sup>e</sup> séance le 8 novembre 1994, Doc NU S/RES/955(1994).

*Établissement d'une administration provisoire des Nations Unies au Timor oriental*, Doc off CS, 4057<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/1272 (1999).

Président du TPIY, *Rapport du Tribunal international au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale*, Doc NU A/49/342 du 29 août 1994.

*Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, en vigueur le 14 mars 2008.

*Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénale international pour l'ex-Yougoslavie*, séance plénière extraordinaire, Doc off IT/32/Rev. 46, La Haye, 20 octobre 2011.

*Règlement n° 2000/11 établissant les Chambres spéciales au sein du Tribunal de District de Dili pour les crimes graves commis en 1999 au Timor oriental*, Administration Transitoire des Nations Unies au Timor Oriental (ATNUTO), 6 mars 2000.

Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, Doc NU A/54/634, 22 novembre 1999.

Conseil de sécurité, Résolution 827(1993) du 25 mai 1993, Doc NU S/RES/827(1993).

*Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Doc off CS, 3453<sup>e</sup> séance, Doc NU S/RES/955 (1994).

TPIY, *Deuxième rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, Doc CS A/50/365 S/1995/728, 23 août 1995.

TPIY, *Les statistiques relatives aux témoins*, en ligne : TPIY < <http://www.icty.org/sid/10175>>.

TPIY, *Premier rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, Doc CS A/49/342 S/1994/1007, 29 août 1994.

#### 7.4. Instruments préexistant aux Nations Unies

- Accord entre le Gouvernement provisoire de la République française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire et Statut du Tribunal Militaire International*, 8 août 1945, 82 RTNU 279.
- Acte général d'arbitrage pour le règlement pacifique des différends internationaux*, 9<sup>e</sup> session de l'Assemblée de la Société des Nations, 26 septembre 1928.
- Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient*, approuvée par le Commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient, 19 janvier 1946 dans Éric David, *Code de droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2004 aux pp 1004-1009.
- Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 29 juillet 1899 (première convention de La Haye).
- Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, La Haye, 18 octobre 1907 (deuxième convention de La Haye).
- Déclaration relatives aux guerres d'agression*, Résolution de l'Assemblée de Genève, Doc SdN A.109.1927.IX, Genève, 24 septembre 1927.
- Pacte de la Société des Nations : y compris les amendements en vigueur*, 8 août 1934.

#### VIII. Documents régionaux

##### 8.1. Documents européens

- Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 925<sup>ème</sup> réunion, *Recommandation Rec(2005)9 relative à la protection des témoins et des collaborateurs de justice*, 20 avril 2005.
- Conseil de l'Europe, *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale*, 20 avril 1959, STE-n°30.
- Conseil de l'Europe, *Recommandation n° R(85) 11 du Comité des Ministres aux États membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale*, adoptée par le Comité des ministres, 28 juin 1985, 387<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5.
- Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme*, STCE-n° 196, Varsovie, 16 mai 2005.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, STCE-n° 197, Varsovie, 16 mai 2005.
- Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes*, Conseil de l'Europe, sér des traités européens n° 116, Strasbourg, 24 novembre 1983.
- Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*, JOCE, L. 82 du 22 mars 2001.
- Protocole n°4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention*, Strasbourg 16 septembre 1963, STCE n°46.
- Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg 22 novembre 1984, STCE n°117.

*Recommandation n° R (87) 21 du Comité des ministres aux États membres sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation*, adoptée par le Comité des ministres le 17 septembre 1987, 410<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.

*Recommandation Rec (2006)8 du Comité des Ministres aux États Membres sur l'assistance aux victimes d'infractions*, adoptée par le Comité des Ministres le 14 juin 2006, 967<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.

*Règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme* tel qu'amendé le 29 juin 2009 et entrée en vigueur en juillet 2009.

*Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 5 mars 1996.

*Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, JO de l'UE, C 326/93.

## **8.2. Documents américains**

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Conférence interaméricain de San José, Costa Rica, 22 novembre 1969.

*Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, adopté par l'Assemblée générale de l'OEA à sa 9<sup>ème</sup> session ordinaire de La Paz Bolivie d'octobre 1979, Résolution no. 448.

## **8.3. Documents africains**

*Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples*, Nairobi, 27 juin 1981, 1520 RTNU I-26363.

*Projet de protocole relatif à l'intégration de la Cour ADHP à la Cour de Justice de l'Union Africaine*, Sommet de l'UA de Sirte, Lybie, EX.CL/195 (VII), juillet 2005.

*Protocole à Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la création de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, adopté par la 34<sup>ème</sup> Session Ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'États et de Gouvernement réunit à Ouagadougou, Burkina Faso du 8 au 10 juin 1998, entrée en vigueur le 25 janvier 2004.

*Protocole portant création de la Cour de Justice de l'Union Africaine*, Adopté par la 2<sup>ème</sup> session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003.

*Protocole portant Statut de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'Union Africaine, Sharm El-Sheikh (Égypte), 1<sup>er</sup> juillet 2008.

# **IX. Documents nationaux**

## **9.1. États-Unis**

*Detroit Free Press v Ashcroft*, 303 F 3d 681 (6th Cir, 2002).

*Newman v Graddick*, 696 F 2d 796 (11th Cir, 1983).

*North Jersey Media Group v Ashcroft*, 308 F 3d 198 (3rd Cir, 2002) *cert denied* 123 S Ct 225 (2003).

*Press-Enterprise Co v Superior Court*, 464 US 501 (1984).

*Press-Enterprise Co v Superior Court*, 478 US 1 (1986).

*Publicker Industries Inc v Cohen*, 733 F 2d 1059 (3rd Cir, 1984).

*Richmond Newspapers Inc v Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

*United States v Miami University*, 294 F 3d 797 (6th Cir, 2002).

*Westmoreland v Columbia Broadcast System, Inc*, 752 F 2d 16 (2nd Cir, 1984).

*In re Yamashita*, 327 US. 1 (1946).

*In Re: the Enforcement of a Subpoena*, 463 Mass. 162 (Mass. Sup. Ct. 2012).

*Reynolds v United States* 345 US, 1 (1953)  
*Schmerber v California*, 384 US 757, 761 (1966); *Holt v United States*, 218 US 245, 252-253 (1910);  
*Doe v United States*, 487 US 201 (1988).  
*Miranda c Arizona* 384 US 436 (1966).  
*United States v Balsys*, 524 US 666, 669 (1998).  
*Classified Information Procedure Act*, 18 USC app 3 (2000) PL 96-456 (15 octobre 1980), 94 Stat 2025-32.  
*Crime Victims' Rights Act*, 18 USC.  
*La Déclaration des droits des États-Unis*, adoptée par le Congrès le 26 septembre 1789 et entrée en vigueur le 15 décembre 1791.  
*Quatorze points de Wilson*, Discours prononcé par le président des États-Unis Woodrow Wilson devant le Congrès américain, 8 janvier 1918.

## 9.2. France

CE Ass, *Secrétaire d'État à la guerre c Coulon*, 11 mars 1955, (1955) Dalloz 558 (note De Soto et Léauté).  
Crim 16 mars 1893, *D* 1894.  
Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *M<sup>me</sup> Ekaterina B., épouse D., et autres (secret défense)*.  
CE, Sect, 29 avril 2002, Ullmann, RFDA 2003, p 135, concl. D. Piveteau.  
Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 19 octobre 2004, 0-84-928, Inédit.  
Crim 22 décembre 1966, *Bordier* (*Bull. crim.* n°305; *D.* 1967. 122, rapport R. Combaldieu; *JCP* 1967. II. 15126, note R. Savatier; *RSC* 1967. 453, obs. G. Levasseur)  
*Le secret de la défense nationale devant le juge*, service des affaires européennes du Sénat français, février 1998. En ligne : Sénat <<http://www.senat.fr/lc/lc35/lc35.html>>.  
Circularité relative au secret professionnel des ministres du culte et aux perquisitions et saisies dans les lieux de culte, CRIM 2004-10 E1/11-08-2004, *Bulletin Officiel du Ministère de la justice*, n°95 (1<sup>er</sup> juillet – 30 septembre 2004).  
République française, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Paris, La documentation française, 2010.

## 9.3. Grande Bretagne

*Gouriet v Union of Post Office Workers*, 1978, AC 435.  
House of Lord, *Scott v Scott* [1913] AC 417.  
*R v Davis*, [2008] UKHL 36 (HL) [26(2)].  
*R v Sussex Justices; Ex parte Macarthy* [1924] 1 KB 256.  
*R v Barton* [1972] 2 All ER 1192.  
*Secretary of State for the Home Department c A F (No. 3)*, [2009] UKHL 28 3 All ER 643

## 9.4. Canada

*Charte Canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, C 11  
*Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5.  
*R c Leipert*, [1997] 1 RCS 281.  
*Biscaillon c Keable*, [1983] 2 RCS 60.  
*R c Scott*, [1990] 3 RCS 979

*R c Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 RCS 368.  
*A (LL) c B (A)*, [1995] 4 RCS 536.  
*R v Coxand Railton* (1884), 14 QBD 153.  
*Vancouver Sun (Re) c Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique*,  
 «personne désignée», Ajaib Singh Bagri et Ripudaman Singh Malik, [2004], 2 RCS 332.  
*Personne désignée c Vancouver Sun*, [2007] 3 RCS 253.  
*R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30.  
*Hunter c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145  
*R c Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 RCS 110  
*R c Noble*, [1997] 1 RCS 874  
*R c Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 RCS 639  
*R c Couture*, [2007] 2 RCS 517  
*R c Gruenke*, [1991] 3 RCS 263, 1991 CanLII 40 (CSC)  
*Glegg v Smith & Nephew Inc*, [2005] 1 SCR 724  
*Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat* 2014 CSC 37  
*Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les*  
*pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425  
*R c Turcotte*, [2005] 2 RCS 519.  
*Prentice c Canada*, (2006) 3 RCF 135 (CA), 2005 CAF 395.  
*Ezokola c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40

## 9.5. Autres pays

*Déclaration des droits du Liberia*, 26 juillet 1847. En ligne : AIDH.ORG  
[http://www.aidh.org/Biblio/Text\\_fondat/A\\_liberia\\_01.htm](http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/A_liberia_01.htm).  
*Charte arabe des droits de l'homme*, adoptée en mai 2004 à Tunis, lors du 16<sup>e</sup> sommet de la Ligue  
 des États arabes, entrée en vigueur le 15 mars 2008. En ligne : AIDH.ORG  
[http://www.aidh.org/Biblio/TxT\\_Arabe/inst\\_l-chart04.htm](http://www.aidh.org/Biblio/TxT_Arabe/inst_l-chart04.htm).  
*Lois sur la création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la*  
*poursuite des crimes commis Durant la période du Kampuchea Démocratique*, promulguée  
 le 27 octobre 2004 Doc NS/RKM/1004/006.

## X. Jurisprudence

### 10.1. Cour pénale internationale

#### **Lubanga**

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 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) (CPI, Chambre  
 d'appel).  
*Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, ICC-01/04-01/07-585, Victims and Witnesses Unit's  
 Considerations on the System of Witness Protection and the Practice of "Preventive  
 Relocation" (12 juin 2008) (CPI, Bureau du Greffier).  
*Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-169, sous scellés *Ex parte*, réservé au  
 Procureur, reclassifiée publique conformément à la décision ICC-01/04-538-PUB-Exp du 23  
 septembre 2008, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la



- Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 » (13 juillet 2006) (CPI, Chambre d'appel).
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-824, document public, 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) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1119-tFRA, Décision relative à la participation des victimes (18 janvier 2008) (Chambre de première instance I).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, 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 (11 juillet 2008) (CPI, Chambre d'appel).
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1835, Public Redacted « Decision on « Prosecution's Application for Non-disclosure of Information » filed on 14 May 2008 » (5 mai 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1980 An2, Redacted Decision the « Prosecution's Request for Non-disclosure of the Identity of Eight Individuals providing Rule 77 Information » of 5 December 2008 and « Prosecution's Request for Non-disclosure of Information in One Witness Statement containing Rule 77 Information » of 12 March 2009 (24 juin 2009) (CPI, Chambre de première instance).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, 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 (13 juin 2008) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, 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 le 13 juin 2008 (21 octobre 2008) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-T-52-FRA, Transcription d'audience, 1<sup>er</sup> octobre 2007.
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-108-Corr-tFR, 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 (19 mai 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-568-tFRA, 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 (13 octobre 2006) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-774-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Deuxième

- décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve » (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-101, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 et VPRS6 (17 janvier 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-494, public, Décision autorisant le dépôt d'observations sur les demandes de participation à la procédure a/0072/06 à a/0080/06 et a/0105/06 (29 septembre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-453-Conf-Exp-tFR, Deuxième décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées introduites par l'accusation sollicitant des expurgations en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve (20 septembre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-168, Arrêt relatif à la requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel (13 juillet 2006) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-355-tFRA, Décision relative à la pratique de l'accusation consistant à fournir à la défense des versions expurgées des éléments de preuve du dossier sans l'autorisation de la Chambre (25 août 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2597-Red, Public Redacted Decision on the Prosecution's Requests for Non-Disclosure of Information in Witness-Related Documents (3 décembre 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2763-Red, Public Redacted Decision on the Prosecution's Request for Non-Disclosure of Information in Six Documents (25 juillet 2011) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, 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 défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-407-tFR, Décision relative au délai du 12 septembre 2006 imposé à l'accusation et à la défense (7 septembre 2006) (Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-524, Décision relative à la requête déposée par le Procureur le 5 octobre 2006 (5 octobre 2006) (Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-629, Décision suite aux informations fournies par le Procureur le 25 octobre 2006 (30 octobre 2006) (Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-462, Décision sur les modalités de participation des victimes a/0001/06, a/0002/06, a/0003/06 à l'audience de confirmation des charges (22 septembre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-102-tFR, Décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échéancier, 15 mai 2006, Annexe I (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2032-Anx, Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial (26 juin 2009) (CPI, Chambre préliminaire I).

- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2179-Red2, Redacted Decision on the « Prosecution's Application for Non-disclosure of Sources contained in the meta-data in compliance with the Consolidated E-Court Protocol » of 16 April 2009 (11 novembre 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2186-Red, Redacted Decision on the Prosecution's application for non-disclosure of information filed on 17 July 2009 (10 décembre 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2283-Red-tFRA, Version expurgée de la Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de non-communication de renseignements figurant dans les déclarations de trois personnes fournissant des informations relevant de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (24 février 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2285-Red, Redacted Decision on the defence request for a witness to give evidence via video-link (9 février 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2434-Red2-tFRA-Corr, version expurgée de la Décision relative aux intermédiaires (31 mai 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2465-Red-tFRA, Version expurgée de la décision relative à la requête de l'accusation aux fins de non-communication d'informations contenues dans les transcriptions d'interrogatoires de témoins à charge (7 juin 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2517-Red-tFRA, version expurgée de la décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins (8 juillet 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2582-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la Chambre de première instance I le 8 juillet 2010, intitulée « Décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins » (8 octobre 2010) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012 (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2901, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut, 10 juillet 2012 (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1644, Reason for Oral Decision lifting the stay of proceedings (1<sup>er</sup> janvier 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-517-tFR, Décision relative aux éléments de preuve sous forme de résumés proposés par l'accusation (4 octobre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1803-tFRA, Décision portant annexe à la Décision portant levée de la suspension de la procédure rendue le 23 janvier 2009 (23 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-172, Décision sur les demandes de participation à la procédure présentées par les Demandeurs VPRS 1 à VPRS 6 dans l'affaire (29 juin 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 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 », Opinion dissidente de M. le juge Georgios M. Pikis (21 octobre 2008) (CPI, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-512-tFR, Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut (3 octobre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-424-tFR, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, Opinion individuelle concordante du juge Georgios M. Pikis (12 septembre 2006) (CPI, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-679-tFR, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour (*witness familiarisation and proofing*) (8 novembre 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2662, Decision on the Prosecution's Application for Admission of four Documents from the Bar Table pursuant to Article 64(9) (16 décembre 2010) (CPI, Chambre de première instance I).

*Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-46-tFR, Décision de lever les scellés sur certains documents supplémentaires du dossier de l'affaire concernant M Thomas Lubanga Dyilo et d'en modifier la classification (22 mars 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1377, Public Decision on prosecution's requests to add items to the evidence to be relied on at trial filed on 21 April and 8 May 2008 (4 juin 2008) (CPI, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, conférence de mise en état, ICC-01/04-01/06-T-104 (16 janvier 2009) (CPI, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1235-tFRA, Décision sur la communication de certains éléments par la défense (20 mars 2008) (CPI, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1211-tFRA, Décision relative au rôle du Bureau du conseil public pour les victimes et à sa demande de consultation de documents (6 mars 2008) (CPI, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-54-tFRA, Décision invitant l'accusation et le Conseil de permanence assistant la défense à déposer des observations au sujet du système de communication des pièces et mettant en place un système provisoire de communication des pièces (23 mars 2006) (Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2949, Mémoire de la défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012 (3 décembre 2012) (CPI, défense Lubanga).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2433-tFRA, Décision relative à l'interview de M<sup>me</sup> Le Fraper du Hellen (12 mai 2010) (CPI, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-773-tFR, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve » (14 décembre 2006) (CPI, Chambre d'appel).

- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2192-Red, Public Redacted Second Decision on Disclosure by the Defence and Decision on whether the Prosecution may Contact Defence Witnesses (20 janvier 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2588-Red, Decision on the « Prosecution's Application for Admission of Documents Related to Witness 297 Pursuant to Article 64(9) » (12 novembre 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1058, Public Decision on the procedures to be adopted for *ex parte* proceedings (6 décembre 2007) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA, Décision fixant le calendrier et les modalités de la communication des pièces et la date du procès (9 novembre 2007) (CPI, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1377, Public Decision on prosecution's requests to add items to the evidence to be relied on at trial filed on 21 April and 8 May 2008 (4 juin 2008) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-T-104, conférence de mise en état (16 janvier 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-ICC-01/04-01/06-126-tFR, Décision relative au report de l'audience de confirmation des charges et à la modification de l'échéancier établi dans la décision relative au système définitif de divulgation (24 mai 2006) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1311-Anx2-tFRA, 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) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2433-tFRA, Décision relative à l'interview de M<sup>me</sup> Le Fraper du Hellen (12 mai 2010) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2949, Mémoire de la défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre de la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » rendue par la Chambre de première instance I le 10 juillet 2012 (3 décembre 2012) (CPI, défense Lubanga).
- Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1418-tFRA, Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo (2 juillet 2008) (CPI, Chambre de première instance I).

### ***Katanga-Chui***

- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (7 mars 2014) (CPI, Chambre de première instance II)
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1101, Décision concernant la requête du Procureur aux fins d'expurgation d'informations relevant de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (ICC-01/04-01/07-934) (4 mai 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1795-Red, Décision prononçant des mesures de protection au profit du témoin 323 lors de sa déposition à l'audience (25 janvier 2010) (CPI, Chambre de première instance II).

- Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3057, Decision on the Defence Request to Redact the identity of the source of Three items of Documentary Evidence (4 juillet 2011) (Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1332, Version publique expurgée de la décision sur la protection de 21 témoins relevant de l'article 67-2 du Statut et/ou de la règle 77 du Règlement de procédure et de preuve (24 juillet 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1281, Version publique expurgée de la « décision relative à la requête du Procureur aux fins de mesures de protection et d'expurgations d'informations dans des éléments de preuve relevant de la règle 77 (témoins 132, 249 et 287) (ICC-01/04-01/07-1194) » du 2 juillet 2009 (ICC-01/04-01/07-1265-Conf-Exp) (8 juillet 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1179, Version publique expurgée de la « Décision relative à la protection des témoins à charge 267 et 353 » du 20 mai 2009 (ICC-01/04-01/07-1156-Conf-Exp) (28 mai 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1240, Version publique expurgée de la « Décision concernant la requête du Procureur aux fins d'expurgations d'informations relevant de la règle 77 du Règlement de Procédure et de preuve (témoins 007 et 294) » du 17 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1214-Conf-Exp (23 juin 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-427, Cinquième décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'autorisation d'expurger les déclarations des témoins 157, 161, 268, 279, 280 et 311, les notes d'enquêteurs, les consentements écrits et des documents relatifs à ces témoins, ainsi que d'autres documents (21 avril 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1394, Version publique expurgée de la « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de suppressions d'informations dans une bande vidéo » du 18 mai 2009 (ICC-01/04-01/07-1148-Conf-Exp) (18 août 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1282, Version publique expurgée de la « Décision concernant la communication d'une version expurgée de la note d'enquêteur relative au témoin 315 » du 2 juillet 2009 (ICC-01/04-01/07-1264-Conf-Exp) (8 juillet 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ndjudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, Décision sur la confirmation des charges (30 septembre 2008) (Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-90-tFRA, Première décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins (7 décembre 2007) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-621, 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) (CPI, Chambre préliminaire II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1948-Red, Décision sur la requête aux fins de divulgation des documents DRC-OTP-0021-0034 et DRC-0159-0408 ainsi que de leur source (10 janvier 2011) (CPI, Chambre de première instance II).

- Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3122, Decision on the Defence Request to Redact the Identity of the source of DRC-D03-0001-0707 (22 août 2011) (Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1788, Décision relative aux modalités de participation des victimes au stade des débats sur le fond (22 janvier 2010) (Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-931, 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) (Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-428-Corr-tFRA, version publique expurgée du rectificatif à la décision relative à la portée des éléments de preuve qui seront présentés à l'audience de confirmation des charges, à la réinstallation préventive et à la communication en application de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement (25 avril 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, Arrêt relative 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) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-476-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga 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) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-249, Rectificatif à la Troisième Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'autorisation d'expurger les pièces relatives aux déclarations des témoins 7, 8, 9, 12 et 14 (5 mars 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-474-tFRA, Décision relative à l'ensemble des droits procéduraux associés à la qualité de victime dans le cadre de la procédure préliminaire en l'espèce (13 mai 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-16-tFRA, Décision relative à la requête introduite par l'accusation en vertu des règles 81-2 et 81-4 (29 août 2007) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-3, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (18 décembre 2012) (CPI, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-579, Public Redacted Version of the Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case (10 juin 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecution v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-648, Decision on the Three Defenses's Requests Regarding the Prosecution's Amended Charging Document (25 juin 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red, Décision sur la requête aux fins de communication du document DRC-OTP-0020-0003 (10 janvier 2011) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, CC-01/04-01/07-543-tFR, Décision invitant au dépôt d'observations concernant les documents relevant de l'article 54-3-e du Statut identifiés comme potentiellement à décharge ou de toute autre manière nécessaires à

- la préparation de la défense aux fins de l'audience de confirmation des charges (2 juin 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Procureur c Germain Katana et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1666-Conf-Exp, Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure (20 novembre 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (12 juillet 2010) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1336-tFRA, Décision relative à la requête urgente de l'accusation aux fins d'autorisation de présenter comme éléments de preuve à charge des transcriptions et des traductions d'enregistrements vidéo, ainsi que l'enregistrement vidéo DRC-OTP-1042-0006 en vertu de la norme 35 et à sa demande d'expurgation (ICC-01/04-01/07-1260) (27 juillet 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-776-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la portée des éléments de preuve qui seront présentés à l'audience de confirmation des charges, à la réinstallation préventive et à la communication en application de l'article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement rendue par la Chambre préliminaire I (26 novembre 2008) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3153-tFRA, Décision relative à la requête de la défense de Mathieu Ngudjolo en vue d'obtenir des garanties de non-incrimination (13 septembre 2011) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, conférence de mise en état, ICC-01/04-01/07-T-52 (27 novembre 2008) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-172-tFRA, Décision de suspension des délais courant avant l'ouverture de l'audience de confirmation des charges (30 janvier 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-999, Décision fixant la date du procès (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve) (27 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2388-tFRA, Décision relative à la requête de l'accusation concernant la communication d'éléments par la défense en application des règles 78 et 79-4 (14 septembre 2010) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-846, Ordonnance fixant le calendrier de communication des éléments de preuve à charge et à décharge avant le procès et la date d'une conférence de mise en état (règle 132 du Règlement de procédure et de preuve) (23 janvier 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3319, 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) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1423-tFRA, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de communication tardive d'éléments de preuve



- à décharge (Témoignage P-387) (ICC-01/04-01/07-1296) (25 août 2009) au para 10 (CPI, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2288, Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 entitled “Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial” (16 juillet 2010) (CPI, Chambre d’appel).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-989, Décision relative à la demande de mesures de protection présentée par le Procureur en vertu de l’article 54-3-f du Statut et de la règle 81-4 du Règlement (25 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1336-tFRA, Décision relative à la requête urgente de l’Accusation aux fins d’autorisation de présenter comme éléments de preuve à charge des transcriptions et des traductions d’enregistrements vidéo, ainsi que l’enregistrement vidéo DRC-OTP-1042-0006 en vertu de la norme 35 et à sa demande d’expurgation (ICC-01/04-01/07-1260) (27 juillet 2009) (CPI, Chambre de première instance I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-776-tFRA, Arrêt relatif à l’appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la portée des éléments de preuve qui seront présentés à l’audience de confirmation des charges, à la réinstallation préventive et à la communication en application de l’article 67-2 du Statut et de la règle 77 du Règlement rendue par la Chambre préliminaire I (26 novembre 2008) (CPI, Chambre d’appel).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-T-52, conférence de mise en état (27 novembre 2008) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-172-tFRA, Décision de suspension des délais courant avant l’ouverture de l’audience de confirmation des charges (30 janvier 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-999, Décision fixant la date du procès (règle 132-1 du Règlement de procédure et de preuve) (27 mars 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2052-Red, Décision sur la requête aux fins de communication du document DRC-OTP-0020-0003 (10 janvier 2011) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-628-tFRA, Décision relative aux demandes présentées par les victimes en vue d’obtenir l’anonymat au stade préliminaire de la procédure (23 juin 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-123-Conf-Exp-tFRA, Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins d’autorisation d’expurger les déclarations des témoins 4 et 9 (21 décembre 2007) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Procureur c Germain Katana et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1666-Conf-Exp, Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure (20 novembre 2009) (CPI, Chambre de première instance II).
- Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-2259-tFRA, Arrêt relatif à l’appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue le 20 novembre 2009 par la Chambre de première instance II intitulée « Décision relative à la requête de la défense de Germain Katanga en illégalité de la détention et en suspension de la procédure » (12 juillet 2010) (CPI, Chambre d’appel).

## **Bemba**

- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1099-Red-tFRA, version publique expurgée du document ICC-01/05-01/08-1099-Conf : Décision relative à la requête de la défense aux fins d'autorisation de Jean-Pierre Bemba à prendre part aux cérémonies de funérailles de sa belle-mère (12 janvier 2011) (CPI, Chambre de première instance III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1565-Red-tFRA, version publique expurgée de la « Décision relative aux requêtes aux fins de mise en liberté provisoire » du 27 juin 2011 (16 août 2011) (CPI, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-437-RED, Decision on the Defences Urgent Request concerning Mr Jean-Pierre Bemba's Attendance of his Father's Funeral (3 juillet 2009) (CPI, Chambre préliminaire II).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-947-Red, Redacted Decision on the "Request for the conduct of the testimony of witness CAR-OTP-WWW-0108 by video-lin" (12 octobre 2010) (CPI, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-815, Pubic Redacted Decision on the Prosecution's applications for redactions (ICC-01/05-01/08-772-Conf, ICC-01/05-01/08-778-Conf and ICC-01/05-01/08-786-Conf) (20 juillet 2010) (CPI, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba*, ICC-01/05-01/08-805, Decision on the « Prosecution's Request to Apply Redactions to Audio-Video Recording of Statements Already Disclosed to Defence » (ICC-01/05-01/08-724) (29 juin 2010) (CPI, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-699, Decision defining the status of 54 victims who participated at the pre-trial stage, and inviting the parties's observations on applications for participation by 86 applicants (22 février 2010) (Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-750-Red, Public redacted version of "Decision on the Defence Request for disclosure of pre-interview assessments and the consequences of non-disclosure" (ICC-01/05-01/08-750-Conf) (9 avril 2010) (Chambre préliminaire III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802-tFRA, Décision relative aux exceptions tirées de l'irrecevabilité de l'affaire et de l'abus de procédure (24 juin 2010) (Chambre de première instance III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-196-tFRA, Décision relative à la reclassification de documents relevant de l'article 54-3-e du Statut de Rome (29 octobre 2008) (Chambre préliminaire III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-75-tFRA, 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) (CPI, Chambre préliminaire III, Juge unique Hans-Peter Kaul).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1626-Red, Public redacted version of the judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 27 June 2011 entitled « Decision on Applications for Provisional Release » (19 août 2011) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-170-tENG, Décision sur le report de l'audience de confirmation des charges (17 octobre 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).

- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-632, Decision on the defence application for additional disclosure relating to a challenge on admissibility (2 décembre 2009) (CPI, Chambre de première instance III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-655, Deuxième décision relative à la communication de pièces concernant une exception d'irrecevabilité (14 décembre 2009) (CPI, Chambre de première instance III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-529, Décision relative à la « Requête aux fins de divulgation des éléments pertinents relatifs à l'admissibilité » (18 septembre 2009) (CPI, Chambre préliminaire II).
- Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-232, Decision on the Submission of an Updated, Consolidated Version of the In-depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence (10 novembre 2008) (CPI, Chambre préliminaire III).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, 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) (CPI, Chambre préliminaire III).
- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-323, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of the Pre-trial Chamber III entitled Decision on application for interim release" (16 décembre 2008) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-311-tFRA, Décision relative à la communication d'éléments de preuve par la défense (5 décembre 2008) (CPI, Chambre préliminaire III).
- The Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-813-Conf-Exp, Decision on the Prosecution's Requests to Lift, Maintain and Apply Redactions to Witness Statement and Related Documents (7 juillet 2010) (CPI, Chambre de première instance III).

### **Mbarushimana**

- The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-167, Decision on the Prosecution's applications for redactions pursuant to Rule 81(2) and Rule 81(4) (20 mai 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-514, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of the Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled « Decision of the Confirmation of Charges » (30 mai 2012) (CPI, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, Décision relative à la confirmation des charges (11 décembre 2011) (Chambre préliminaire).
- Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-386, Decision on the « Defence request for disclosure of information related to the alleged victims of sexual violence » (23 août 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-67-tFRA, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'examen de pièces potentiellement couvertes par le secret professionnel (4 mai 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-105, Second Decision on Matters Regarding the Review of Potentially Privileged Material (15 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-314, Fourth Decision on the Review of Potentially Privileged Material (26 juillet 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).
- Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-47, Decision on the Defence Request for Disclosure (27 janvier 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01310-116, Decision on the Prosecution's application for leave to Appeal the "Decision on issues relating to disclosure" (ICC-01/04-01/10-87)" (21 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-237, Decision on the review of potentially privileged material (15 juin 2011) (Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-291-tFRA, Décision relative aux données extraites des appareils défectueux et cryptés et à l'analyse des téléphones portables confisqués à Callixte Mbarushimana (19 juillet 2011) (CPI, Chambre préliminaire I).

### **Kony et consorts**

*Le Procureur c Joseph Kony et al*, ICC-02/04-01/05-312-tFRA, Décision sur la représentation légale, la désignation d'un conseil de la défense, les critères d'expurgation des demandes de participation et la présentation d'observations relatives aux demandes de participation a/0014/07 à a/0020/07 et a/0076/07 à a/0125/07 (17 septembre 2008) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Le Procureur c Joseph Kony et consorts*, ICC-02/04-01/05-266-tFRA, Décision de la Chambre d'appel relative à la levée des scellés (4 février 2008) (CPI, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Joseph Kony et al.*, ICC-02/04-01/05-328, Decision on Defence Counsel's Request for conditional stay of proceedings (31 octobre 2008) (CPI, Chambre préliminaire II).

### **Situation au Darfour**

*Prosecutor v Abdallah Banda Abakaer, Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, Corrigendum of the « Decision on the Confirmation of Charges » (7 mars 2011) (Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-259, Decision on Article 54(3)(e) documents (23 novembre 2011) (Chambre de première instance IV).

*Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-74-tFRA, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'autorisation de non-communication de l'identité des témoins DAR-OTP-WWW-0304, DAR-OTPWWW-0305, DAR-OTP-WWW-0306, DAR-OTP WWW-0307, DAR-OTPWWW-0312 et DAR-OTP-WWW-0314 (31 août 2009) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-77-tFRA, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'autorisation de non-communication de l'identité du témoin DAR-OTP-WWW-0433 (31 août 2009) (Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, ICC-02-/05-01/07-57, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies du défaut de coopération de la part de la République du Soudan (25 mai 2010) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-49-tFRA, Décision relative à des questions touchant à la communication des pièces (29 juin 2010) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, Décision relative à la confirmation des charges (8 février 2010) (Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Bahr Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-35, Second decision on issues relating to Disclosure (15 juillet 2009) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-136, Decision on Victims' Modalities of Participation at the Pre-Trial Stage of the Case (6 octobre 2009) (CPI, Chambre préliminaire I).

### **Situation au Kenya**

*Situation en République du Kenya*, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (31 mars 2010) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-763-Red, Public Redacted Version of 'Decision on Commencement Date of Trial' (20 juin 2013) (CPI, Chambre de première instance V(B)).

*Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-74, Decision on the "Prosecution's Application for leave to Appeal the "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/09-01/11-44" (2 mai 2011) (CPI, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-44, Public Decision setting the Regime for Evidence Disclosure and other related Matters (6 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-495, Decision on the Protocol Establishing a Redaction Regime (27 septembre 2012) (CPI, Chambre de première instance V).

*Prosecutor v William Samoe Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute (23 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/04-01/10-48, Public decision setting the Regime for evidence disclosure and other related matters (6 avril 2011) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-340, Decision on the "Request by the Government of Kenya in respect of the Confirmation of Charges Proceedings" (20 septembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire II).

*Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-763-Red, Public Redacted Version of 'Decision on Commencement Date of Trial' (20 juin 2013) (CPI, Chambre de première instance V(B)).

### **Gbagbo**

*Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-211, Decision on the OPCV's « Request for leave to submit observations and Request to access the Expert Reports » (15 août 2012) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-30, Decision establishing a disclosure system and a calendar for disclosure (24 janvier 2012) (CPI, Chambre préliminaire III).

*Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 61-7-c-i du Statut (3 juin 2013) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Laurent Koudou Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 (30 novembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire III).

*Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (15 novembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire III).

*Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-Anx-Corr-tFRA, Opinion dissidente de la juge Silvia Fernández de Gurmendi (19 juin 2013) (CPI, Juge de Gurmendi).

*Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-01/11-1-tFRA, sous scellés, *Ex parte*, réservé à l'Accusation et au Greffe, Mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo (23 novembre 2011) (CPI, Chambre préliminaire III).

*Prosecutor v Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-349-Red, Decision on the Prosecution's Request for Redactions Pursuant to Rule 81(2) and for Disclosure of an anonymous Witness Summary Pursuant to Articles 68(1) and 61(5) (10 janvier 2013) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-170-tENG, Décision sur le report de l'audience de confirmation des charges (17 octobre 2008) (CPI, Chambre préliminaire I).

*Le Procureur c Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-432-tFRA, Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 61-7-c-i du Statut (3 juin 2013) (CPI, Chambre préliminaire I).

## **10.2. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie**

*Prosecutor v Dusko Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses (10 août 1995) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Arrêt relatif à la requête de la Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête non contradictoire du Conseil de Zdravko Mucić concernant la délivrance d'une assignation à comparaître à un interprète (8 juillet 1997) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt relatif à la requête aux fins de conservation et de communication d'éléments de preuve (22 avril 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Vidoje Blagojević*, IT-02-60-AR73-4, Public and Redacted Reasons for Decision on Appeal by Vidoje Blagojević to Replace His Defence Team (7 novembre 2003) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Slobodan Milošević*, IT-02-54-AR108bis & AR73.3, version publique de la décision relative à l'interprétation et à l'application de l'article 70 du Règlement (23 octobre 2002) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Milošević*, IT-99-36-T, Public version of the Confidential Decision on the Admission of Rule 92bis Statements dated May 2002 (23 mai 2002) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Blaskić*, IT-95-14-PT, Decision of Trial Chamber I on the Prosecutor's Motion for Video Deposition and Protective Measures (11 novembre 1997) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Radoslav Brđanin and Momir Talić*, IT-99-36-T, Decision on « Motion for Production of Documents – Dzonlić Testimony » of 11 March 2002 (9 avril 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-PT, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'une ordonnance portant désignation d'un conseil pour Vojislav Šešelj (9 mai 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Brđanin*, IT-99-36-AR73.9, Décision sur l'appel interlocutoire (11 décembre 2002) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Brđanin and Talić*, IT-99-36-T, Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to give evidence (7 juin 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radoslav Brđjanin and Momir Talic*, IT-99-36-T, Confidential Subpoena to Give Evidence (29 janvier 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecution v Jovica Stanišić and Franko Simatović*, IT-03-69-T, Decision on urgent defence request for further submissions of psychiatric medial expert and decion on defence motion to redact medical reports (6 août 2009) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Decision (16 juillet 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, IT-06-90-PT, Public Decision on Motion for Clarification, Reconsideration or Certification to Appeal (18 septembre 2007) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Milan Kovacević*, IT-97-24, Décision portant refus d'une requête de la défense relative à la délivrance d'une injonction de produire (23 juin 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Tihomir Blaskić*, IT-95-14, Décision de la Chambre de première instance I aux fins de comparution de M. Jean-Pierre Thebault (25 mars 1999) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Delalić et al*, IT-96-21, Décision Relative aux Requêtes Déposées par l'Accusation aux Fins d'Obtention de Mesures de Protection pour les Témoins à Charge "B" à "M" (28 avril 1997) au para 65 (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecution v Tadić*, IT-94-1, Separate Opinion of Judge Stephen on the Decision on the Prosecutor's Motion requesting Protective Measures for Victims and Witnesses (10 août 1995) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Decision on the Application of the Prosecutor dated 17 October 1996 requesting protective measures for victims and Witnesses (5 novembre 1996) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Radoslav Brđanin et Momir Talić*, IT-99-36-PT, Décision relative à la deuxième requête de Radoslav Brdanin aux fins d'accès à des documents confidentiels (20 juin 2001) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion to Summon and Protect Defence Witnesses, and on the Giving of Evidence by video-link, IT-94-1-T (25 juin 1996) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on video-conference link for the testimony of Asim Egrić and Atif Dzafić (23 septembre 2011) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Zejnil Delalić et al.*, IT-96-21-T, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to give their Testimony by Means of Video-link Conference (28 mai 1997) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Vojislav Seselj*, IT-03-67-R77.2-A, Jugement (19 mai 2010) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Ivica Marijacic and Markica Revic*, IT-95-14-R77.2, Judgment (10 mars 2010) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Ivica Marijacic and Markica Revic*, IT-95-14-R77.2-A, Judgment (27 septembre 2006) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Drazen Erdemović*, IT-96-22-A, Arrêt: opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge McDonald et le juge Vohrah (7 octobre 1997) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Zejnil Delalić et al.*, IT-96-21-T, Jugement (13 novembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Tihomir Blaskić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Kupreskić et al.*, IT-95-16, Jugement (14 janvier 2000) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Delalić et al.*, IT-96-21-T, Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the Accused, Esad Landzo (1<sup>er</sup> mai 1997) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Haraqija and Morina*, IT- 04-84-R77.4, Decision on Morina and Haraqija Request for a Declaration of Inadmissibility and Exclusion of Evidence (27 novembre 2008) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Decision on the Admissibility into Evidence of Intercept-Related Materials (19 décembre 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Brdanin*, IT-99-36-T, Decision on the Defence "Objection to Intercept Evidence" (3 octobre 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Brdanin and Talić*, IT-99-36-T, Order on the Standards Governing the Admission of Evidence (15 février 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Motion to Exclude Intercepted Conversations (30 septembre 2010) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on accused's motion for reconsideration of chamber's decision on motion to exclude intercepted communications (18 avril 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on prosecution's second bar table motion for the admission of intercepts (25 mai 2010) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1, Arrêt relatif à l'appel du Procureur concernant l'admissibilité d'éléments de preuve (16 février 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Dario Kordić et Mario Cerkez*, IT-95-14/2, Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé (21 juillet 2000) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Kupreskić et consorts*, IT-95-16-T, Décision relative à la communication entre les parties et leurs témoins (21 septembre 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Dario Kordić et Mario Cerkez*, IT-95-14/1, Décision relative à la requête du Procureur concernant les « pièces de Zagreb » et les comptes rendus présidentiels (1<sup>er</sup> décembre 2000) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Zejnil Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de déterminer la recevabilité d'éléments de preuve (19 janvier 1998) (TPIY, Chambre de première instance).



*Le Procureur c Ljube Bošković et Johan Tarčulovski*, IT-04-82-T, Decision on Tarčulovski's Second Motion for Admission of Exhibits from the bar table with Annex A (7 avril 2008) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de rouvrir le dossier et de dépasser le nombre limite de mots fixé et deuxième requête aux fins d'admission de pièces présentées directement à l'audience (7 décembre 2009) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Milan Lukić and Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-T, Decision on Milan Lukić fourth bar table motion (5 mai 2009) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, Decision on Prosecution motion for testimony to be heard via video-conference link (23 juin 2009) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Brđjanin and Talić*, IT-99-36-T, Decision on Objection and/or Consent to Rule 92bis Admission of Witness Statements Number One Filed by Brđjanin on 16 January 2002 (30 janvier 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Naletilić and Martinović*, IT-99-34-T, Decision on the Prosecutor's Request for Public Version of Trial Chamber's Decision on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness of 22 January 2002 (27 février 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Skirica et al.*, IT-95-08-T, Decision on Prosecution's Application to Admit Transcripts under Rule 92bis (23 mai 2001) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Milosevic*, IT-01-47-T, Decision on Prosecution's Request to have written statements admitted under Rule 92bis (21 mars 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Momir Nikolić*, jugement (2 décembre 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Vojislav Seselj*, IT-03-67-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'ajournement. Avec en annexe l'opinion dissidente du juge Antonetti (11 février 2009) (TPIY, Chambre de première instance III).

*Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72), Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Arrêt (24 mars 2000) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Furundžija*, IT-95- 17/1-A, Arrêt (21 juillet 2000) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Momir Nikolić*, IT-02-60/1-S, Jugement sur la peine (2 décembre 2003) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Omar Serushago*, ICTR-98-39-S, Jugement sur la peine (5 février 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Jugement de condamnation et peine (6 décembre 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Krstić*, IT-98-33-T, jugement (2 août 2001) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Goran Jelisić*, IT-95-10-T, jugement (10 décembre 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Krstić*, IT-98-33-A, arrêt (19 avril 2004) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Radislav Krstić*, Arrêt relatif à la demande d'injonctions (1<sup>er</sup> juillet 2003) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Tihomir Blaškić*, IT-95-14-PT, Injonction de produire décernée à la République de Croatie et au Ministre de la défense Gojko Susak (15 janvier 1997) (TPIY, juge McDonald).

*Le Procureur c Tihomir Blaškić*, IT-95-14-PT, Décision relative à l'opposition de la République de Croatie quant au pouvoir du Tribunal de décerner des injonctions de produire (*subpoena duces tecum*) (18 juillet 1997) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c. Brdanin et Talić*, IT-99-36-T, Décision confidentielle relative à l'illégalité présumée de l'article 70 du Règlement du 6 mai 2002 (Version publique) (23 mai 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Duško Tadić*, IT-94-1-A-AR77, arrêt confirmative relative aux allegations d'outrage formulées à l'encontre du précédent Conseil, Milan Vujin (27 février 2001) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Blagoje Simić et al.*, IT-95-9-PT, Decision on the Pre-trial Motion by the Prosecution Requesting the Trial Chamber to Take Judicial Notice of the International Character of the Conflict in Bosnia-Herzegovina (25 mars 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Milan Milutinovic et al.*, IT-99-37-PT, Décision relative à la requête de Dragoljub Ojdanic aux fins de délivrance d'ordonnances contraignantes en application de l'article 54 *bis* du Règlement (23 mars 2005) (TPIY, Chambre de première instance)

*Le Procureur c Blagoje Simić et consorts*, IT-95-9-PT, Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the testimony of a witness (27 juillet 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Decision on Admission into Evidence of Interview of the Accused (20 juin 2005) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Milutinović*, IT-99-37-PT, Separate and Concurring Opinion of Judge Ian Bonomy in the Decision on Application of Dragoljub Odjanić for Binding Orders Pursuant to Rule 54*Bis* Dated 23 March 2005 (23 mars 2005) (TPIY, Juge Bonomy).

*Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, IT-06-90-T, Decision on Requests for Permanent Restraining Orders Directed to the Republic of Croatia (12 mars 2010) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Décision relative à la demande de modification du premier acte d'accusation modifié présentée par l'accusation (16 février 2009) (TPIY, Chambre de première instance).

*The Prosecutor v Perišić*, IT-04-81, Decision on Prosecution Motion for Protective Measures for Witnesses (27 mai 2005) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Todorović*, IT-95-9/1, 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) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Tadić*, IT-94-1, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald, Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements (27 novembre 1996) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, Decision on prosecution motion for order requiring particulars of accused's alibi defence (1<sup>er</sup> décembre 2010) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Radoslav Brdanin*, IT-99-36-T, Jugement (1<sup>er</sup> septembre 2004) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-A, Arrêt (25 février 2004) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Zenjnil Delalic et al.*, IT-96-21-T, Décision relative aux requêtes orales de l'accusation aux fins d'admission de la pièce 155 au dossier des éléments de preuve et aux fins de

contraindre l'Accusé Zravko Mucic à produire un échantillon d'écriture (19 janvier 1998) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Delalić et al.*, IT-96-21-T, Décision du Président relative à la requête de l'accusation aux fins de la production des notes échangées entre Zjenil Delalić et Zdravko Mucić (11 novembre 1996) (TPIY, Président).

*Le Procureur c Zejnil Delalić*, IT-96-21-T, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de la production des notes échangées entre Zejnil Delalić et Zdravko Mucić (31 octobre 1996) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Order to the Registry of the Tribunal to Provide Documents (5 juillet 2002) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c Delalić et al.*, IT-96-21-A, Arrêt (20 février 2001) (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Jugement (31 mars 2003) (TPIY, Chambre de première instance).

*Procureur c Momčilo Perišić*, IT-04-81-T, Décision relative à la demande présentée par l'accusation aux fins d'une décision anticipée concernant les limites d'un contre-interrogatoire acceptable (12 juin 2009) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, version expurgée de la « Décision relative à la mise sur écoute des communications privilégiées de l'accusé avec en annexe l'opinion dissidente du juge Harhoff » (28 novembre 2008) (TPIY, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on Request for Review of the Decision on Privileged Telephone Calls (23 mars 2012) (TPIY, Président du Tribunal).

*Prosecutor v Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Decision on Accused's Submission 479 on the Monitoring of his privileged communications (10 novembre 2011) (TPIY, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Interim Decision on Prosecution's Motion for Partial Reconsideration or Clarification of the Chamber's Decision on the Accused's Motion to Unseal ICMP Exhibits (11 juillet 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Public Decision on Prosecution's Motion for Partial Reconsideration or Clarification of the Chamber's Decision on the Accused's Motion to Unseal ICMP Exhibits (5 septembre 2012) (TPIY, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Vujadin Popović et al.*, IT-05-88-A, Public Redacted Version of the Decision on Prosecution Motion for the Appointment of Independent Counsel to Review Material Potentially Subject to Lawyer-Client Privilege (16 juillet 2012) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Momcilo Krajisnik*, IT-00-39-A, Decision on Krajisnik Request and on Prosecution Motion (11 septembre 2007) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Momcilo Krajisnik*, IT-00-39-A, Public Decision on Momcilo Krajisnik's Request for Reconsideration of the Pre-Appeal Judge's Decision of 11 June 2008 (4 juillet 2008) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Prosecution's Application for an Order Pursuant to Rule 54 bis Directing the Federal Republic of Yugoslavia to Comply with Outstanding Requests for Assistance (13 décembre 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Ordonnance mettant fin à la procédure engagée contre Slobodan Milosevic (14 mars 2006) (TPIY, Chambre de première instance).

*The Prosecutor v Slobodan Milosević*, IT-02-54-T, Order (16 avril 2002) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Momčilo Krajisnik*, IT-00-39-A, Ordonnance levant la confidentialité de documents (23 janvier 2009) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused' Motion for Subpoena to interview Miroslav Tuđman (14 juillet 2011) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Décision relative à la demande d'autorisation de présenter des moyens de preuve supplémentaire et de faire citer des témoins supplémentaires en application de l'article 115 du Règlement, et de réexamen de la décision de ne pas citer les anciens conseils à comparaître, présentée par Momčilo Krajišnik (6 novembre 2008) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on the Accused's Application for Binding Order Pursuant to Rules 54 *bis* (United States of America) (12 octobre 2009) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Milan Milutinović*, IT-05-87-AR108bis.2, Décision relative à la demande d'examen présentée par les États-Unis d'Amérique (12 mai 2006) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Decision on the Registry Submission Pursuant to Rule 33 (B) Following the President's Decision of 17 December 2008 (9 avril 2009) (TPIY, Chambre d'appel).

*The Prosecutor v Jovica Stanišić and Franko Simatović*, IT-03-69-T, Decision on Urgent *Stanišić* Motion for Provisional Release (21 avril 2011) (TPIY, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Vojislav Seselj*, IT-03-67-T, Decision on Accused's Claim for Damages on Account of Alleged Violations of his Elementary Rights During Provisional Detention (21 mars 2012) au para 46 (TPIY, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Milutinović et al.*, IT-05-87-AR108bis.1, Decision on Request of the North Atlantic Treaty Organisation for Review (15 mai 2006 (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's second Motion for Subpoena to interview President Bill Clinton (21 août 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

Decision on Accused's Motion to Subpoena President Karolas Papoulias (23 octobre 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

Decision on Accused's Motion to Subpoena Prime Minister Milan Panic (13 décembre 2012) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Karadzic*, IT-95-S/18-AR73.11, Decision on Appeal Against the Decision on the Accused's Motion to Subpoena Zradko Tolimir (13 novembre 2013) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Binding Order Motion (The French Republic) (30 juin 2010) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Radovan Karadzic*, IT-95-5/18-T, Decision on the Accused's Sixth Motion for Order Pursuant to Rule 70 (United States of America) (4 mars 2013) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Blaskić*, IT-95-14-A, Arrêt (29 juillet 2004) au para 266 (TPIY, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Slobodan Milošević*, IT-02-54-T, Ordonnance mettant fin à la procédure engagée contre Slobodan Milošević (14 mars 2006) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Dragan Nikolić*, IT-94-2-PT, Décision relative à l'exception d'incompétence du tribunal soulevée par la défense (9 octobre 2002) (TPIY, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c Dragan Nikolić*, IT-94-2-AR73, Décision relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation (5 juin 2003) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-PT, Decision on Motion to Dismiss for Abuse of Process (12 mai 2009) (TPIY, Chambre de première instance).

### 10.3. Tribunal pénal international pour le Rwanda

- Prosecutor v Kajelijeli*, ICTR-98-44-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Protective Measures for Witnesses (6 juillet 2000) (TPIR, Chambre de première instance).
- Le Procureur c Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement (2 septembre 1998) (TPIR, Chambre de première instance).
- Le Procureur c Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement (21 mai 1999) (TPIR, Chambre de première instance).
- Le Procureur c Édouard Karemera et al.*, TPIR-98-44-T, Ordonnance concernant la requête de Joseph Nzirorera en communication d'informations médicales et en extension de délai (26 août 2009) (TPIR, Chambre de première instance III).
- Le Procureur c Nindilyimana et al.*, ICTR-00-56-T, Decision on Witness GFR's recantation of evidence (10 février 2010) (TPIR, Chambre de première instance).
- Le Procureur c Pauline Nyiramasuhuko et al.*, Arrêt (24 septembre 2003) (TPIR, Chambre d'appel).
- Le Procureur c Semenza*, ICTR-97-20-A, Jugement (20 mai 2005) (TPIR, Chambre d'appel).
- Prosecution v Édouard Karemera et al*, ICTR-98-44-AR73.16, Decision on Appeal Concerning the Severance of Mathieu Ngirumpatse (19 juin 1999) (TPIR, Chambre d'appel).
- Prosecutor v Augustin Ngirabatware*, ICTR-99-54-R77.1, Decision on Allegations of contempt (12 mars 2010) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Bagambiki et al.*, ICTR-97-36-T, Decision on the Defence Motion for the Protection of Witnesses (10 octobre 1998) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Callixte Nzabonimana*, ICTR-98-44D-T, Decision on repot of amicus curiae on investigation related to the disclosure of prosecution witnesses CNAL and CNA statements (19 novembre 2010) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Édouard Karemera et al*, ICTR-98-44-T, Decison on Joseph Nzirorera's Motion for Video-Link Testimony of Jean Baptiste Butera (19 mars 2008) (TPIR, Chambre de première instance).
- Prosecutor v Élie Ndayambaje*, ICTR-98-42-T, Decision on Prosecution Motion to Unseal the Transcripts of Witness WDUSA (1<sup>er</sup> novembre 2006) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Ferdinand Nahimana et al.*, Decision on the Prosecutor's Application to Add Witness X to Its List of Witnesses and for Protective Measures, ICTR-99-52-I (14 septembre 2001) (TPIR, Chambre de première instance I).
- Prosecutor v Idelphonse Nizeyimana*, ICTR-00-55C-PT, Decision on Nizeyimana's Extremely Urgent and Confidential Motion Challenging the Admissibility of Witness TQ's Testimony (26 janvier 2011) (TPIR, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Jean-Baptiste Gatete*, ICTR-2000-61-PT, Decision on defence motion for the disclosure of identifying information in relation to witnesses to be called by the Prosecution at trial (11 septembre 2009) (TPIR, Chambre de première instance III).
- Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (18 juin 1997) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice Pursuant to Rule 94 of the Rules (16 avril 2002) (TPIR, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Kanyarukiga*, ICTR-2002-78-R11 *bis*, Decision on Prosecutor's Request for Referral to the Republic of Rwanda (6 juin 2008) (TPIR, Chambre de première instance).
- Prosecutor v Karemera*, ICTR 98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice (16 juin 2006) (TPIR, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Niyitegeka*, ICTR-96-14-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Facts: Rule 94 of the Rules of Procedure and Evidence (4 septembre 2002) (TPIR, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Ntagerura*, ICTR-96-10-I, Decision on the Defence Motion for Additional Protective Measures for Defence Witnesses (4 février 2000) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Ntakirutimana*, ICTR-96-10-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Facts: Rule 94(B) of the Rules and Procedure and Evidence (22 novembre 2001) (TPIR, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (15 mai 2002) (TPIR, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Obed Ruzindana*, Decision on the Motion filed by the Prosecutor on the Protection of victims and Witnesses (4 mars 1997) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko et Arsène Ntahobali*, ICTR-97-21-T, Decision on Ntahobali's Extremely Urgent Motion for Inadmissibility of Witness TQ's Testimony (15 juillet 2004) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Semanza*, ICTR-97-20-I, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice and Presumptions of Facts Pursuant to Rules 94 and 54 (3 novembre 2000) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Semanza*, ICTR-97-20-I, T, Decision on Semanza's Motion for Subpoenas, Depositions, and Disclosure (20 octobre 2000) (TPIR, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Tharcisse Muvunyi*, ICTR-00-55A-T, Decision regarding Tharcisse Muvunyi's application for protective measures (18 août 2009) (TPIR, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Théoneste Bagosora et Anatole Nsengiyumva*, ICTR-98-41-A, Judgment (14 décembre 2011) (TPIR, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I (3 juin 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko et al.*, Decision in the Matter of Proceedings under Rule 15bis (D), ICTR-98-42-A15bis (24 septembre 2003) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-I, Decision on Defence Request for Protection of Witnesses (25 août 2004) (TPIR, Chambre d'instance).

*Prosecutor v Léonidas Nshogoza*, ICTR-07-91-T, Decision on Defence Motion for Order to Registrar to Provide Information to the Defence Regarding Prosecution Visits to Witness GAA at UNDF (28 avril 2009) (TPIR, Chambre de première instance III).

*Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on Nyiramasuhuko's strictly confidential *ex parte* – Under Seal – Motion for additional protective measures for some defence witnesses (1<sup>er</sup> mars 2005) (TPIR, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c Ferdinand Nahimana et consorts*, ICTR-99-52-I, Décision relative à la requête de la défense en déclaration des droits des parties face aux mesures administratives imposées à Hassan Ngeze au Quartier pénitentiaire des Nations Unies (9 mai 2002) (TPIR, Chambre de première instance I).

*Prosecutor v Rusatira*, ICTR-2002-80-I, Decisions on the Prosecutor's *Ex Parte* Application for Leave to Withdraw the Indictment (14 août 2002) (TPIR, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Gratien Kabiligi and Aloys Ntabakuze*, ICTR-96-34-I, Decision on the Defence Motions Objecting to a lack of Jurisdiction and seeking to declare the indictment void ab initio (13 avril 2000) (TPIR, Chambre de première instance III).

*Jean de Dieu Kamuhanda c Le Procureur*, ICTR-99-54A-R68, Décision sur la demande de divulgation (4 mars 2010) (TPIR, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Radoslav Brdanin*, IT-99-36-R77, Decision on Motion for Acquittal Pursuant to Rule 98 Bis (19 mars 2004) (TPIY, Chambre de première instance).

*Le Procureur c Théoneste Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, Décision relative à la requête de Bagosora intitulée *Bagosora Defence Request for Certification of a Decision of 20 October 2006* (6 novembre 2006) (TPIR, Chambre de première instance I).

*The Prosecutor v Augustin Bizimungu et al.*, ICTR-00-56-T, Decision on Bizimungu's Urgent Motion Pursuant to Rule 73 to Deny the Prosecutor's Objection Raised During the 3 March 2005 Hearing (1<sup>er</sup> avril 2005) (TPIR, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Augustin Ngirabatware*, ICTR-99-54-PT, Decision on Defence Request for an Amendment to the Response of Ngirabatware to Prosecutor's Request to Admit Facts (24 août 2009) (TPIR, Chambre de première instance II).

*Le Procureur c Théoneste Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T, Décision relative à la requête du Procureur en uniformisation et modification de mesures de protection de témoins (1<sup>er</sup> juin 2005) (TPIR, Chambre de première instance I).

*Le Procureur c Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A, Arrêt (23 mai 2005) (TPIR, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Éliézer Niyitegeka*, ICTR-96-14-T, Jugement portant condamnation (16 mai 2003) au para 46 (TPIR, Chambre de première instance I).

*The Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I: Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen (3 juin 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

*The Prosecutor v Joseph Kanyabashi*, ICTR-96-15-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on the Jurisdiction of Trial Chamber I: Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Vohrah/Corr (3 juin 1999) (TPIY, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Pauline Nyiramasuhuko*, ICTR-97-21-T, Decision on Defence Motion for a stay of proceedings and abuse of process (20 février 2004) (TPIR, Chambre de première instance II).

*Procureur c Barayagwiza*, ICTR-97-19-AR72, Decision (3 novembre 1999) (TPIR, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A, Arrêt (23 mai 2005) (TPIR, Chambre d'appel).

*Le Procureur c Ndindilyimana et al.*, ICTR-00-56-T, Decision on Witness GFR's recantation of evidence (10 février 2010) (TPIR, Chambre de première instance).

#### **10.4. Tribunal spécial pour la Sierra Leone**

*Prosecutor v Brima*, SCSL-04016, Decision on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to Rule 70 (B) and (D) of the Rules (16 septembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-2004-14-T, Decision on Interlocutory Appeals against Trial Chamber Decision Refusing to Subpoena the President of Sierra Leone (11 septembre 2006) (TSSL, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Norman*, SCSL-2004-14-T, Decision on Prosecution Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (8 juin 2004) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Norman*, SCSL-2004-14-T, Ruling on Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (18 novembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Sesay*, SCSL-2004-15-T, Decision on Prosecution Motion for Modification of Protective Measures for Witnesses (5 juillet 2004) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Gbao*, SCSL-2003-09-PT, Decision on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (10 octobre 2003) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Norman, Kallon et Gbao*, SCSL-2003-09-PT, Decision on the Application for a Stay of Proceedings and Denial of Right to Appeal (4 novembre 2003) (TSSL, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Charles Taylor*, SCSL-03-1-T, Decision on the Defence Motion for the Disclosure of the Identity of a Confidential Source Raised during Cross-Examination of TF1-355 (6 mars 2009) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-T, Sentencing judgment (30 mai 2012) (TSSL, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Samuel Hinga Norman*, SCSL-03-08-PT, Decision on the Prosecutor's Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (23 mai 2003) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Kamara*, SCSL-03-10-PT, Decision on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure (23 octobre 2003) (TSSL, Chambre préliminaire).

*Prosecutor v Kondewa*, SCSL-03-12-PT, Ruling on the Prosecution Motion for Immediate Protective Measures for Witnesses and Victims and for Non-Public Disclosure and Urgent request for Interim Measures until Appropriate Protective Measures are in Place (10 octobre 2003) (TSSL, Chambre d'instance).

*Prosecutor v Fofana, Kondewa et Norman*, SCSL-04-14-T, Decision on Motions by Moinina Fofana and Sam Hinga Norman for the Issuance of a *subpoena ad testificandum* to H.E. Alhaji Dr. Ahmad Tejan Kabbah, President of the Republic for Sierra Leone (13 juin 2006) (TSSL, Chambre d'instance I).

*Prosecutor v Norman et al.*, SCSL-04-14-T, Decision on Joint Motion by Sam Hinga Norman, Fofana and Kondewa Seeking Permission for Defence Investigators to Sit in Court Room During Closed Session (28 février 2005) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Norman, Fofana, Kondewa*, SCSL-04-14-T, Order for Submissions and Interim Order Pursuant to Rule 54 of the Rules (1<sup>er</sup> décembre 2005) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v. Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-T, Decision on the Prosecution's Application for Leave to File an Interlocutory Appeal against the Decision on the Prosecution's Request for Leave to Amend the Indictment Against Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa (2 août 2004) (TSSL, Chambre de première instance).

*Prosecutor v Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-AR73, Decision on Appeal Against « Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence », Separate Opinion of Justice Robertson (16 mai 2005) (TSSL, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Sesay, Kallon, Gbao*, SCSL-04-15-T, Order to Hear the Evidence of Witness TFI-235 in closed Session (8 novembre 2004) (TSSL, Chambre d'instance).

*Prosecutor v Brima et al.*, SCSL-04-16-AR73, Decision on Prosecution Appeal against decision on oral application for witness TF1-150 to testify without being compelled to answer questions on grounds of confidentiality (26 mai 2006) (TSSL, Chambre d'appel).

*Prosecutor v Brima, Kamara et Kanu*, SCSL-04-16-PT, Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence (25 octobre 2005) (TSSL, Chambre de première instance II).

*Prosecutor v Alex Tamba Brima et al.*, SCSL-04-16-T, Decision on Joint Defence Motion on Admissibility of Expert Witnesses/Expert Evidence and Filing of Notice Pursuant to Rule



- 94bis (B)(i) and (ii), on Refiled Defence Request for Disclosure, and on the Joint Defence Motion for Exclusion of Medical Information, Statistics and Abstracts Pertaining to Witnesses TF1-081 and TF1-188 (16 juin 2005) (TSSL, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-04-16PT, Written Reasons for the Trial Chamber's Oral Decision on the Defence Motion on Abuse of Process due to Infringement of Principles of *Nullem Crimen Sine Lege* and Non-Retroactivity as to Several Accounts (31 mars 2004) (TSSL, Chambre de première instance).
- Prosecutor v Hassan Papa Bangura et al.*, SCSL-11-02-T, Decision on Prosecutor's Request for Subpoena (28 juin 2012) (TSSL, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Hassan Papa Bangura et al.*, SCSL-11-02-T, Interim Decision on Prosecutor's Additional Statement of Anticipated Trial Issues and Request for Subpoena (18 juin 2012) (TSSL, Chambre de première instance II).
- Prosecutor v Hassan Papa Bangura et al.*, SCSL-11-02-T, Interim Decision on Prosecutor's Additional Statement of Anticipated Trial Issues and Request for Subpoena (18 juin 2012) (TSSL, Chambre de première instance II).

### 10.5. Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de Justice

- Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c Grande Bretagne)* (1924), arrêt sur l'exception préliminaire d'incompétence, CPJI (Sér A) n°2.
- Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (France c Suisse)* (1932), CPJI (Sér A/B) n°46.
- Affaire du Wimbledon (Grande Bretagne et al. c Allemagne et Pologne)* (1923), CPJI (Sér A) n°1.
- Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne* (1925), Avis consultatif, CPJI (Sér B) n°12.
- Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, ordonnance du 10 juillet 2002, [2002] CIJ rec 219.
- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c Etats-Unis)*, [1986] CIJ rec 14.
- Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, [1974] CIJ rec 253.
- Affaire des pêcheries (Royaume Uni c Norvège)*, [1951] CIJ rec 116.
- Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c Albanie)*, [1949] CIJ rec 4.
- Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c Tchad)*, [1994] CIJ rec 6.
- Affaire du plateau continental (Libye c. Malte)*, [1984] CIJ rec 3.
- Affaire LaGrand (Allemagne c États-Unis)*, [2001] CIJ rec 466.
- Anglo Iranian Oil Company (Royaume-Uni c Iran)*, [1952] CIJ rec 93.
- Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ rec 43.
- L'interprétation des traités de paix*, Avis consultatif du 30 mars 1950, [1950] CIJ rec 65.
- Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] CIJ rec 226.
- Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, [1949] CIJ rec 174.
- Timor oriental (Portugal c Australie)*, [1995] CIJ rec 90.
- Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c Inde)*, [1960] CIJ rec 6.

## 10.6. Commission et Cour européenne des droits de l'homme

*Abdulsamet Yaman c Turquie*, n° 32446/96 (2 novembre 2004).  
*Acquaviva c France*, n° 19248/91 (21 novembre 1995).  
*Aksoy c Turquie*, n° 21987/93 (18 décembre 1996).  
*Atlan c Royaume-Uni*, n° 36533/97 (19 juin 2001).  
*Averill c Royaume-Uni*, n°36408/97 (6 juin 2000).  
*Axen c Allemagne*, n° 8273/78 (8 décembre 1983).  
*Barberà, Messegué et Jardo c Espagne*, n° 10590/83 (6 décembre 1988).  
*Bekos c Grèce*, n° 15250/02 (13 décembre 2005).  
*Campbell c Royaume-Uni*, n°13590/88 (25 mars 1992).  
*Celikkilek c Turquie*, n°27693/95 (31 mai 2005).  
*Clinique des Acacias et autres c France*, n° 65399/01 (13 octobre 2005).  
*Comm EDH, Mantovanelli c France* (29 novembre 1995).  
*Delcourt c Belgique*, n°2689/65 (17 janvier 1970).  
*Doorson c Pays-Bas*, n°20524/92 (26 mars 1996).  
*Dowsett c Royaume Uni*, n° 39482/98 (24 juin 2003).  
*Edwards c Royaume-Uni*, n°13071/87 (16 décembre 1992).  
*Edwards et Lewis c Royaume Uni*, n° 39647/98 40461/98 (22 juillet 2003).  
*Fitt c Royaume-Uni*, n° 29777/96 (16 février 2000).  
*Funke c France*, n°10588/83 (25 février 1993).  
*Goktepe c Belgique*, n° 50372/99 (2 juin 2005).  
*Goodwin c Royaume-Uni [GC]*, n°17488/90 (27 mars 1996).  
*Hamer c Belgique*, n° 21861/03 (27 novembre 2007).  
*Heaney et McGuinness c Irlande*, n°34720/97 (21 décembre 2000).  
*Idalov c Russie [GC]*, n° 5826/03 (22 mai 2012).  
*Ireland c Royaume-Uni (I)*, n°5310/71 (18 janvier 1978).  
*Jalloh c Allemagne [GC]*, n° 54810/00 (11 juillet 2006).  
*Jasper c. Royaume-Uni*, n°27052/95 (16 février 2000).  
*K c Autriche*, n°16002/90 (2 juin 1993).  
*Kamasinski c Autriche*, n° 9783/82 (19 décembre 1989).  
*Kerojärvi c Finlande*, n°17506/90 (19 juillet 1995).  
*Krcmar et consorts c République Tchèque*, n° 35376/97 (3 mars 2000).  
*Kurt c Turquie*, n° 15/1997/799/1002 (25 mai 1998).  
*Loizidou c Turquie (exceptions préliminaires)*, n° 15318/89 (23 mars 1995).  
*McCann c Royaume-Uni [GC]*, n°18984/91 (27 septembre 1995).  
*Menesheva c Russie*, n° 59261/00 (9 mars 2006).  
*Menet c France*, n° 39553/02 (14 juin 2005).  
*O'Halloran et Francis c Royaume-Uni [GC]*, n°15809/02 (29 juin 2007).  
*Öcalan c Turquie, [GC]*, n°46221/99 (12 mai 2005).  
*Öneryildiz c Turquie*, n° 48939/99 (30 novembre 2004).  
*Osman c Royaume-Uni*, n° 87/1997/871/1083 (28 octobre 1998).  
*Papageorgiou c Grèce*, n°59506/00 (9 mai 2003).  
*Papamichalopoulos et al. c Grèce*, n° 14556/89 (31 octobre 1995).  
*Pedersen et Baadsgaard c Danemark [GC]*, n° 49017/99 (17 décembre 2004).  
*Pélissier et Sassi c France [GC]*, n° 25444/94 (25 mars 1999).  
*Perez c France [GC]*, n°47287/99 (12 février 2004).

*Philis c Grèce*, n° 12750/87 13780/88 14003/88 (27 août 1991).  
*Pretto et autres c Italie*, n° 7984/77 (8 décembre 1983).  
*Quinn c Irlande*, n°36887/97 (21 décembre 2000).  
*Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, n°28901/95 (16 février 2000).  
*S c Suisse*, n°12629/87; 13965/88 (28 novembre 1991).  
*Sanoma Uitgevers BV c Pays-Bas* [GC], n°38224/03(14 septembre 2010).  
*Sutter c Suisse*, n°8209/78 (22 février 1984).  
*Tanrikulu c Turquie* [GC], n°23763/94 (8 juillet 1999).  
*Timurtas c Turquie*, n°23531/94 (13 juin 2000).  
*V. c Finlande*, n°40412/98 (24 juillet 2007).  
*Van der Heijden c Pays-Bas* [GC], n°42857/05 (3 avril 2012).  
*Van Mechelen et autres c Pays-Bas*, n°21363/93 et autres (23 avril 1997).  
*Vernes c France*, n°30183/06 (20 janvier 2011).  
*Werner c Autriche*, n° 21835/93 (24 novembre 1997).  
*X et H c Pays-Bas*, n° 8978/80 (26 mars 1985).

#### **10.7. Cour interaméricaine des droits de l'homme**

*Blake (Guatemala)* (1998), Cour IADH (Sér C) n°36.  
*Caballero-Delgado (Colombie)* (1995), Cour IADH (Sér C) n°22.  
*Caesar (Trinité-et-Tobago)* (2005), Cour IADH (Sér C) n°123.  
*Caso del Tribunal Constitucional (Pérou)* (2001), Cour IADH (Sér C) n°71.  
*Cantoral Benavides (Pérou)* (2000), Cour IADH (Sér C) n°69.  
*Genie-Lacayo (Nicaragua)* (1997), Cour IADH (Sér C) n°30.  
*Godnez Cruz (Honduras)* (1989), Cour IADH (Sér C) n°5.  
*Loayza-Tomayo (Pérou)* (1998), Cour IADH (Sér C) n°24.  
*Lori Berenson Mejia (Pérou)* (2004), Cour IADH (Sér C) n°119.  
*Paniagua Morales (Guatemala)* (1998), Cour IADH (Sér C) n°37.  
*Velasquez-Rodriguez (Honduras)* (1988), Cour IADH (Sér C) n°4.  
*Suarez Rosero (Équateur)* (1997), Cour IADH (Sér C) n°35.

#### **10.8. Comité des droits de l'homme des Nations Unies**

*Barbato c Uruguay*, n°84/1981 (21 octobre 1982), Doc NU CCPR/C/17/D/84/1981.  
*Campbell c Jamaïque*, n° 307/1988 (12 mai 1993), Doc NU CCPR/C/47/D/307/1988.  
*Little c Jamaïque*, n°283/1988 (19 novembre 1991), Doc NU CCPR/C/43/D/283/1988.  
*Observation générale n°32 (Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable)*, Doc NU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007.  
*Yves Moraël c France*, n°207/1986 (4 novembre 1988), Doc NU Supp N°40 (A/44/40).

#### **10.09. Tribunaux militaires de l'après deuxième guerre mondiale**

*United States v Araki et al.*, Judgment of the International Military Tribunal for the Far East, 24 novembre 1948 (International Military Tribunal for the Far East), US Government Printing Office, 1948.

## 10.10. Autres instances

*États-Unis – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communauté Européennes)* (2008), OMC Doc WT/DS320/AB/R (Rapport de l’Organe d’appel).

*Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)* (2001), OMC Doc WT/DS122/AB/R (Rapport de l’Organe d’appel).

CJCE, *X c Commission*, n°C-404/92P (5 octobre 1994), rec 4737.

Tribunal administratif de l’OIT, *Affaire Ballo*, Jugement n°191 (15 mai 1972) dans Bulletin officiel de l’OIT, vol LV, n°s 2, 3 et 4.

*Le Procureur c Salim Jamil Ayyah et consorts*, STL-11-01/PT/PTJ, Décision relative à la requête de la défense en ajournement de la date d’ouverture du procès (21 février 2013) (TSL, Juge de la mise en état)

## XI. - MÉDIAS

Lafontaine, Fannie et Jayne Stoyles. *Union africaine vs Cour pénale internationale : l’état de droit menacé*, Blogue de la Clinique de droit international pénal et humanitaire de la faculté de droit de l’Université Laval, 12 octobre 2013.

Schabas, William A. *Judicial Activism at the ICC*, PhD Studies in Human Rights, 20 avril 2014. En ligne <<http://humanrightsdoctorate.blogspot.ca/search?updated-max=2014-05-08T16:10:00%2B01:00&max-results=10>>.

RFI, *Kenya: colère de la CPI après la révélation présumée du nom d’un témoin protégé*, 18 septembre 2013. En ligne : <<http://www.rfi.fr/afrique/20130918-kenya-colere-cpi-cour-penale-internationale-revelation-nom-temoin-protege-william-ruto>>.

Randal, Jonathan C. *Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing; Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Process as Beyond Reversal*, Washington Post, 11 février 1993.

Stéphanie Maupas, *La CPI: la procureure repousse le procès Kenyatta pour insuffisance de preuves*, Le Monde, La Haye, 21 décembre 2013.

Vaughan, Jenny et Audet Genet. *Africa closes ranks to condemn “racist” ICC on Kenya cases*, AFP, 27 mai 2013.

Milutinovic, Radosa. *ICTY Trials come to Light*, International Justice Tribune, n°146, 2012.