

Études

Le Règlement de preuve et de procédure 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

William A. SCHABAS*

I.- La valeur juridique du Règlement de procédure et de preuve

Le 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 a été créé par la résolution 827 du Conseil de sécurité¹, adoptée en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*². Cette décision³ du Conseil de sécurité approuve le rapport du Secrétaire-général et adopte le *Statut du Tribunal*, un instrument de 34 articles. Le *Statut* énumère les infractions pour lesquelles le Tribunal est compétent. Il détermine également les grandes lignes du fonctionnement du Tribunal, la procédure de mise en accusation, le procès en première instance, et l'appel, ainsi que

II.- Les dispositions du Règlement

les questions de peines et d'entraide judiciaire. Selon les notes du Secrétaire-général qui accompagnent le texte du *Statut*, il est «axiomatique» que le Tribunal respecte pleinement les normes concernant les droits de l'accusé à toute étape de la procédure. De l'avis du Secrétaire-général⁴, de telles normes sont plus particulièrement celles comprises à l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵.

L'article 15 du *Statut* délègue aux juges du Tribunal le pouvoir d'adopter des règles de procédure et de preuve. Les juges du Tribunal, depuis leur nomination en automne 1993, ont travaillé principalement sur la rédaction du *Règlement de procédure et de preuve*⁶. Ce dernier instrument a été adopté le 11 février 1994 lors de la deuxième session du Tribunal, et il a été rendu public le 14 mars 1994. Le *Règlement* nous donne un aperçu de la pensée des juges sur des questions qui assez souvent impliquent l'équité de la procédure et les garanties judiciaires. Sans aucun doute, il y a des éléments du *Règlement* qui risquent de mettre en cause certains des droits fondamentaux garantis par des instruments internationaux. À titre d'exemple, l'article 96 du *Règlement*, qui a trait à l'infraction de viol, proscrit la preuve du comportement sexuel antérieur de la victime. Or, une telle règle peut porter atteinte aux droits de la défense, qui sont protégés à l'article 14§3 du *Pacte international*⁷, à l'article 6§3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁸ ainsi qu'à d'autres

* William A. SCHABAS, M.A., LL.D., Professeur, Département de sciences juridiques, Université du Québec à Montréal, Case postale 8888, succursale Centre-Ville, Montréal (Québec) H3C 3P8 Tel.: (514) 987 6547. FAX: (514) 987 4784. schabas.william@uqam.ca.

1 C.S. Rés. 827 (1993). Voir aussi: C.S. Rés. 713 (1991), §6; C.S. Rés. 808 (1993). Pour les projets de statut, voir: Doc. N.U. S/25266; Doc. N.U. S/25300; Doc. N.U. S/25307.

2 Nous mentionnons une bibliographie partielle sur le sujet: Morten BERGSMO, «The Establishment of the International Tribunal on War Crimes», (1993) 14 *H.R.L.J.* 371; James C. O'BRIEN, «The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia», (1993) 87 *A.J.I.L.* 640; Alain PELLET, «Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?», (1994) 98 *R.G.D.I.P.* 7; Maria CASTILLO, «La compétence du tribunal pénal pour la Yougoslavie», (1994) 98 *R.G.D.I.P.* 61; Éric DAVID, «Le tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie», (1992) 25 *R.B.D.I.* 565; Theodore MERON, «War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law», (1994) 88 *A.J.I.L.* 78; Christopher GREENWOOD, «The International Tribunal for former Yugoslavia», (1993) 69 *International Affairs* 641.

3 Pour la valeur juridique d'une décision du Conseil de sécurité, voir: Erik SUY, «Article 25», dans Jean-Pierre COT, Alain Pellet (éds.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, Bruylant, Economica, Bruylant, 1985, p. 475.

4 Doc. N.U. S/2504, §106.

5 (1976) 999 R.T.N.U. 171.

6 Doc. N.U. IT/32. Le Tribunal présente certains commentaires sur le *Règlement* dans son premier rapport annuel, soumis le 17 août 1994: Doc. N.U. A/49/342, S/1994/1007, §§52-97.

7 *op. cit.*, supra note no. 5.

8 (1955) 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5.

instruments. Les droits de la défense sont pourtant repris par l'article 21 du *Statut* du Tribunal, auquel, en vertu des principes de la législation déléguée, le *Règlement* doit se conformer strictement.

Nous ne proposons pas, dans le présent rapport, de réviser, même sommairement, l'ensemble des dispositions du *Règlement*. Nous nous attarderons sur certaines d'entre elles qui semblent particulièrement intéressantes, et qui risquent de soulever des difficultés d'interprétation ou de mise en oeuvre. Mais d'abord, dans la première partie de notre étude, nous tenterons d'identifier la valeur juridique du *Règlement*.

I.- La valeur juridique du Règlement de procédure et de preuve

Les membres de l'Organisation des Nations Unies auraient pu créer le Tribunal par convention internationale, comme ce fut le cas du tribunal de Nuremberg⁹. Une telle approche est aussi envisagée pour le Tribunal international pénal, qui sera probablement créé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans un proche avenir. Mais dans le cas de la Yougoslavie, il est douteux que les États en cause aient ratifié une convention de ce genre dans un délai raisonnable, et avec effet rétroactif. C'est pourquoi le Secrétaire-général a proposé que le Tribunal soit créé par décision du Conseil de sécurité, ce que le Conseil a accepté¹⁰. Le *Statut* du tribunal est donc une résolution du Conseil de sécurité et, en tant que décision prise en vertu de l'article 25 de la *Charte des Nations Unies*, il est obligatoire pour l'ensemble des États membres des Nations Unies. Quant au Tribunal, il constitue un organe subsidiaire du Conseil de sécurité, en conformité avec l'article 29 de la *Charte*¹¹.

L'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice* définit les sources de droit international. L'énumération classique - la coutume, les conventions, les principes généraux, la doctrine, et la jurisprudence - ne peut toutefois être exhaustive. Le *Règlement de procédure et de preuve* du Tribunal nous fournit l'exemple d'une source additionnelle de droit international, soit l'acte unilatéral d'une organisation internationale, que nous pouvons qualifier de droit dérivé¹². Le droit dérivé est surtout reconnu comme une source de droit en droit européen¹³. En tant que tel, il est tributaire du droit conventionnel, puisque les États parties à une convention quelconque ont délégué, expressément ou implicitement, le pouvoir à une organisation internationale de créer de nouvelles règles de droit. Naturellement, ce pouvoir ne peut être illimité. La règle dérivée n'est légale que dans la mesure où elle respecte les paramètres de la délégation, et où elle est compatible avec la convention originale elle-même.

En ratifiant la *Charte des Nations Unies*, les États membres ont délégué le pouvoir de faire des «lois» à caractère international au Conseil de sécurité¹⁴. En revanche, ils n'ont

pas expressément autorisé le Conseil de sécurité à déléguer, à son tour, ce pouvoir. Or, c'est exactement ce que le Conseil de sécurité a fait en autorisant les juges du Tribunal international d'adopter des règles de pratique. À première vue, il s'agit d'une violation de la maxime *delegatus non potest delegare*, à moins de considérer que ce pouvoir est implicitement compris dans l'article 25 de la *Charte*. Nous faisons ici une distinction avec d'autres conventions créatrices de juridictions, lesquelles, en général, prévoient l'adoption des règles par les membres du tribunal; la délégation de pouvoir est alors inscrite à même l'instrument. À titre d'exemple, le *projet de statut du Tribunal pénal international rédigé par la Commission du droit international*, qui sera une convention ouverte pour ratification ou adhésion suite à son adoption par l'Assemblée générale, autorise les juges du tribunal à adopter des règles de pratique, mais sous réserve d'approbation par les États partis au statut¹⁵. Dans le cas de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà décidé que le règlement de procédure de la Commission n'est pas obligatoire et ne lie pas les États partis¹⁶. À notre avis, il aurait été souhaitable, afin de mettre fin à tout doute concernant la légalité du *Règlement*, de le soumettre au Conseil de sécurité pour son approbation.

Si la légalité de la délégation du pouvoir de faire des règles aux juges du tribunal par le Conseil de sécurité peut théoriquement être questionnée, il faut admettre que les États membres n'ont soulevé aucune objection à cette procédure. On peut donc constater que la pratique a reconnu la légalité de cette délégation du pouvoir de faire des règles. Toutefois, comme nous l'avons déjà signalé, les règles doivent toujours respecter le cadre de la délégation ainsi que celle du *Statut* lui-même. Un exemple des difficultés susceptibles de se produire est la création dans les règles d'une nouvelle infraction de faux témoignage sous déclaration solennelle¹⁷. Le *Statut* du tribunal est très clair: il est chargé de poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Or, comme le tribunal siègera à la Haye dans les Pays-Bas, l'infraction de faux témoignage devant le tribunal sera commise sur le territoire des Pays-Bas, et non pas sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. De plus, il est difficile de qualifier le crime de faux témoignage de «violation grave du droit international humanitaire». On présume que les juges justifient la création de cette infraction comme étant ancillaire au fonctionnement du Tribunal¹⁸. Mais selon le même raisonnement exagéré, les juges pourraient adopter des dispositions concernant le vol des biens des membres du Tribunal, les conditions de travail de leurs employés, et l'octroi des places de stationnement dans le parking du siège du Tribunal! La disposition du *Règlement* qui crée l'infraction de faux témoignage sera donc attaquantable comme un excès de pouvoir, en dehors du mandat accordé par le Conseil de sécurité au Tribunal.

Est-ce que l'individu accusé de faux témoignage sous déclaration solennelle devant le Tribunal pourra contester la légalité de cette infraction? Quand bien même la Cour

⁹ Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, (1951) 82 R.T.N.U. 279.

¹⁰ Voir sur ce sujet le rapport du Secrétaire-général, Doc. N.U. S/2504, §§18-30.

¹¹ Éric DAVID, *op. cit.*, supra, note no. 2, p. 567.

¹² Constantin ECONOMIDES, «Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international», (1988) 34 A.F.D.I. 131.

¹³ Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, 3e éd., Paris, Masson, 1990, pp. 120-121.

¹⁴ *Affaire de la Namibie*, [1971] C.I.J. Recueil 1, pp. 52-54.

¹⁵ Doc. N.U. A/CN.4/L.491, art. 19.

¹⁶ *Cruz Varas et al. c. Suède*, le 20 mars 1991, Série A, Vol 201.

¹⁷ *op. cit.*, supra, note no 6, art. 91.

¹⁸ Il y a également, à l'article 77 du *Statut*, une disposition concernant l'infraction d'outrage au tribunal.

internationale de justice adopterait une attitude plus agressive envers les décisions du Conseil de sécurité ou sa législation dérivée, elle n'entendrait pas pour autant les recours individuels¹⁹. Toutefois, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ainsi que la *Convention européenne des droits de l'homme* sont applicables aux Pays-Bas; ce dernier État est donc tenu d'en assurer le respect sur l'ensemble de son territoire, y compris la ville de La Haye. Les Pays-Bas ont fait des ratifications et déclarations nécessaires pour reconnaître le droit de requête individuelle au Comité des droits de l'homme²⁰ de même qu'à la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme²¹. La requête individuelle devant la Commission européenne des droits de l'homme est donc théoriquement possible, mais la jurisprudence de la Commission s'oppose à toute intervention dans les activités des organisations internationales²². Pour ce qui est du Comité des droits de l'homme, sa position relative quant à pareille initiative n'est pas encore connue. Dans un tel cas, l'individu concerné pourrait invoquer l'article 9 du *Pacte international*, qui déclare que «[n]ul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi», et que «[q]uiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale»²³.

L'application de l'article 103 de la *Charte des Nations Unies*, qui prévoit la primauté de la *Charte* sur d'autres obligations, est douteuse. Il s'agit, en effet, d'un *Règlement* adopté par onze juges et non pas de la *Charte* elle-même.

II.- Les dispositions du Règlement

A.- Dispositions générales

Le premier chapitre du *Règlement de preuve et de procédure* est intitulé «dispositions générales», et comprend sept articles²⁴. Ces articles ont trait à l'entrée en vigueur du *Règlement*²⁵, à l'emploi des langues devant le tribunal²⁶, et à la modification du *Règlement*²⁷. Le texte du *Règlement* est en anglais et en français, les deux versions faisant également foi²⁸. Dans un libellé inspiré de l'ancienne *Loi sur les langues officielles* du Canada²⁹, on déclare qu'en cas de divergence, «le

texte qui reflète le plus fidèlement l'esprit du *Statut* et du *Règlement* prévaut»³⁰.

B.- Primauté du tribunal

Le deuxième chapitre du *Règlement de procédure et de preuve* est intitulé «la primauté du tribunal»³¹. Les dispositions de ce chapitre visent les questions reliées aux conflits potentiels avec des juridictions nationales, soit avant ou après un jugement final du Tribunal, et notamment la mise en oeuvre de la règle *non bis in idem*. La question de la légalité du *Règlement* se pose immédiatement, parce que l'article 8 autorise le Procureur du Tribunal à demander des informations concernant des enquêtes ou des poursuites pénales aux États. L'article 29 du *Statut* ordonne aux États de collaborer complètement avec le Tribunal, et plusieurs États ont déjà prévu la modification de leur législation interne afin de faciliter la collaboration avec le Tribunal.

L'article 9 vise le dessaisissement d'un tribunal pénal national en faveur du Tribunal international, mais dans ce cas, le Procureur doit obtenir une ordonnance («une demande officielle») de la Chambre de première instance à cet effet³². En cas de non-respect d'une telle demande, la Chambre peut prier le Président du Tribunal de soumettre la question au Conseil de sécurité³³.

C.- Organisation du tribunal

Le troisième chapitre du *Règlement de preuve et de procédure* est intitulé «organisation du tribunal». Les quatre articles concernant les juges³⁴ visent notamment des problèmes d'indépendance et d'impartialité. Ils énoncent l'obligation d'un serment d'office³⁵ un mécanisme de récusation et les motifs qui le justifient³⁶, et le cas de démission d'un juge³⁷. Les Président et Vice-président du Tribunal sont élus pour une période de deux ans, et ne peuvent être réélus qu'une seule fois³⁸. Plusieurs règles sont énoncées concernant le Bureau du Tribunal³⁹, les réunions plénières du Tribunal⁴⁰, l'affectation des juges⁴¹, les activités du greffe⁴² et les fonctions du procureur⁴³.

D.- Enquêtes et droits des suspects

Le quatrième chapitre du *Règlement de procédure et de preuve* est intitulé «enquêtes et droits des suspects»⁴⁴. C'est le Procureur du Tribunal qui est habilité à

19 *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. R.U. et U.S.A.)*, [1992] C.I.J. Recueil 3; Jean-Marc Sorel, «Les ordonnances de la Cour internationale de justice du 14 avril 1992 dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie», (1993) 97 R.G.D.I.P. 689; F. Beveridge, «The Lockerbie Affair», (1992) 41 I.C.L.Q. 907; T.M. Franck, «The Powers of Appreciation: Who is the Ultimate Guardian of U.N. Legality», (1992) 86 A.J.I.L. 519; G.R. Watson, «Constitutionalism, Judicial Review and the World Court», (1993) 34 Harv. I.L.J., 1.

20 *Protocol facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

21 *Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 8, art. 25, 46.

22 *M et Co. c. République fédérale allemande* (Req no 13258/87), (1991) 3 R.U.D.H. 134.

23 *Supra* note 5.

24 *Supra* note 6, arts. 1 à 7.

25 *Ibid.*, art. 1.

26 *Ibid.*, art. 3.

27 *Ibid.*, art. 6.

28 *Ibid.*, art. 7.

29 S.R.C. 1970, c. O-2, art. 8. Disposition abrogée par L.C. 1988, c. 38, art. 110.

30 Nous signalons, avec satisfaction, une autre touche canadienne: le *Règlement* parle, dans son article 95, de «droits de la personne» - la terminologie non-sexiste employée dans la législation canadienne et québécoise depuis vingt ans.

31 *supra*, note 6, arts. 8 à 13.

32 *Ibid.*, arts. 10, 13.

33 *Ibid.*, arts. 11, 13.

34 *Ibid.*, arts. 14 à 17.

35 *Ibid.*, art. 14.

36 *Ibid.*, art. 15.

37 *Ibid.*, art. 16.

38 *Ibid.*, arts. 18, 20.

39 *Ibid.*, art. 23.

40 *Ibid.*, arts. 24-26.

41 *Ibid.*, arts. 27-28.

42 *Ibid.*, arts. 30-36.

43 *Ibid.*, arts. 37-38.

44 *Ibid.*, arts. 39-46.

convoquer et interroger les suspects, à entendre les victimes et les témoins, à prendre «toutes autres mesures jugées nécessaires aux fins de l'enquête», à demander l'aide de l'INTERPOL, et à solliciter «toute ordonnance nécessaire» au Tribunal⁴⁵. En cas d'urgence, on accorde au Procureur le pouvoir de demander directement d'un État des mesures conservatoires, y compris l'arrestation et la mise en garde à vue d'un suspect⁴⁶. Dans ce dernier cas, on peut imaginer la contestation de la légalité du *Règlement* par voie d'*habeas corpus*, à moins que l'État en question ait adopté une législation interne afin de donner effet au *Règlement*. De toute façon, l'État en question ne peut pas suspendre le droit à l'*habeas corpus* sans enfreindre les garanties prévues dans les conventions de protection des droits de l'homme⁴⁷.

En ce qui concerne les droits durant l'enquête, pendant «la garde à vue»⁴⁸ «le suspect est informé de ses droits dans une langue qu'il parle et comprend», à savoir son droit au conseil de son choix⁴⁹, à l'assistance judiciaire et à un interprète⁵⁰. L'interrogatoire du suspect ne peut avoir lieu qu'en présence de son conseil, à moins de renonciation à ce droit. De surcroît, l'interrogatoire doit être enregistré⁵¹. Mais le *Règlement* ne spécifie pas si le «suspect» doit collaborer lors de son interrogatoire, ou s'il peut exercer un droit au silence, droit qui est conforme à la présomption d'innocence⁵²; dans une telle éventualité, est-ce que le refus de collaboration du «suspect» peut éventuellement être invoqué lors d'un procès comme fait défavorable ou indice de culpabilité? Il faut présumer que le Tribunal respecte le «droit au silence», puisque ce droit est garanti à l'accusé plus loin dans le *Règlement*, et qu'il est inconcevable qu'un accusé ait plus de droits qu'un «suspect»⁵³.

Soulignons que le statut du «suspect» n'est pas envisagé par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui parle plutôt d'un «accusé». Un accusé bénéficie notamment du droit d'être informé des raisons de son arrestation⁵⁴, mais le *Règlement* ne prévoit pas un tel droit au «suspect». La raison est claire: en vertu du *Pacte*, on ne peut détenir un individu dans le cadre d'une procédure pénale que s'il est accusé d'une infraction. Nous croyons que le statut de «suspect» est incompatible avec les normes internationales, et qu'un individu ne peut être arrêté et interrogé que dans la mesure où il est accusé d'une infraction, à moins qu'il n'offre de collaborer avec le Tribunal.

E.- Mise en accusation

Le cinquième chapitre du *Règlement de procédure et de preuve* est intitulé «mise en accusation»⁵⁵. Cette partie importante du *Règlement* concerne l'émission de l'acte d'accusation et des ordonnances d'entraide judiciaire de même que la communication et l'échange de moyens de preuve entre les parties. Lorsque le Procureur considère qu'il existe des éléments de preuve suffisants pour soutenir raisonnablement qu'un suspect a commis une infraction relevant de la compétence du Tribunal, il soumet le dossier à un juge du Tribunal pour l'émission d'un mandat d'arrestation⁵⁶. Quant à l'exécution du mandat d'arrestation, elle est laissée aux autorités nationales en vertu des principes d'entraide judiciaire⁵⁷. Dans les commentaires du Secrétaire-général sur le *Statut*, on explique qu'une ordonnance par la Chambre de première instance pour la remise ou le transfert d'un prisonnier est sensée être la mise en oeuvre d'une mesure au sens du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. Elle est donc obligatoire pour les États membres des Nations Unies. Si l'État en question n'exécute pas le mandat, le Président du Tribunal en informe le Conseil de sécurité⁵⁸.

Tout mandat doit être accompagné d'un document informant l'accusé de son droit à un avocat, ainsi que de son «droit de conserver le silence», et une mise en garde selon laquelle toute déclaration faite par lui est enregistrée et peut être retenue contre lui. Est-ce que, comme dans certains États, la violation du droit à l'avocat et de son pendant, le droit au silence, peut entraîner le rejet d'éléments de preuve, notamment des aveux obtenus par des enquêteurs impatients et impétueux?⁵⁹ Selon le *Règlement*, les éléments de preuve obtenus par des moyens constituant «une grave violation de droits de la personne internationalement protégés» ne sont pas recevables⁶⁰. La disposition ne laisse aucune discrétion au juge à cet égard. Il faut, toutefois, clarifier le sens à donner à l'expression «une grave violation de droits de la personne internationalement protégés». Sans doute, elle couvre le cas de la torture. Mais cette norme peut également couvrir une atteinte à la vie privée, dans le cas par exemple d'une fouille ou d'une perquisition, ou d'une interception de la correspondance ou d'une conversation téléphonique.

Lorsque l'accusé est appréhendé, il doit être conduit au siège du Tribunal où il doit comparaître sans délai devant une Chambre de première instance⁶¹. L'accusé est détenu⁶², à moins que la mise en liberté provisoire ne soit ordonnée par la Chambre de première instance. Cette mise en liberté n'est possible que dans des circonstances exceptionnelles⁶³. Le *Règlement* ne respecte donc pas l'article 9§3 du *Pacte international* qui affirme que «[l]a détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience»⁶⁴.

45 *Id.*, art. 39.

46 *Id.*, art. 40.

47 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 5, art. 9§4; *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 8, art. 5§4.

48 C'est la terminologie employée à l'article 40 (i) du *Règlement*. Il s'agit d'un emprunt au droit pénal continental qui est contestable, vu l'incompatibilité de la garde à vue avec la présomption d'innocence.

49 Le conseil peut être un avocat habilité à exercer la profession d'avocat dans un État ou un professeur de droit dans une université: voir les articles 44-46.

50 *Op. cit.*, *supra*, note no. 6, art. 42.

51 *Ibid.*, art. 43.

52 Selon la *common law*, le droit au silence lors de l'enquête fait partie de la présomption d'innocence: *Rice c. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649, p. 652.

53 *Op. cit.*, *supra*, note no 6, art. 55 (A).

54 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *op. cit.*, *supra*, note no 5, art.9.

55 *Op. cit.*, *supra*, note no 6, arts. 47-65.

56 *Ibid.*, art. 47.

57 *Id.*, arts. 55, 56.

58 *Id.*, art. 60.

59 *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24§2.

60 *Op. cit.*, *supra*, note no 6, art. 95.

61 *Ibid.*, art. 62.

62 *Id.*, art. 64.

63 *Id.*, art. 65.

64 *Op. cit.*, *supra*, note no 5, art. 9.

L'étape de l'arrestation nous semble primordiale, d'autant plus que les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme y consacrent des dispositions importantes, et mêmes impératives⁶⁵. Pourtant, ni le *Statut* ni le *Règlement* n'envisagent de procédures analogues à la requête en *habeas corpus* afin de contrôler les illégalités ou les irrégularités possibles pendant la détention préventive.

Une procédure de communication des éléments de preuve est prévue par le *Règlement*. Le Procureur du Tribunal doit obligatoirement fournir à la défense copie de toutes les pièces jointes à l'acte d'accusation. Il doit également informer la défense d'éléments de preuve dont il a connaissance qui sont de nature à disculper l'accusé⁶⁶. Enfin, le Procureur doit également fournir à la défense une liste de témoins à charge⁶⁷, à moins que le Tribunal en ordonne autrement à titre de mesure de protection des victimes et des témoins⁶⁸. Le Tribunal peut, lors d'une audience *ex parte*, ordonner des mesures de nature à empêcher la divulgation au public ou aux médias de l'identité d'une victime ou d'un témoin⁶⁹.

À la demande de la défense, le Procureur doit lui permettre de prendre connaissance des livres, photographies, pièces à conviction et de tout document se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qui sont nécessaires à la défense de l'accusé, et qui seront utilisés par le Procureur comme moyens de preuve au procès, ou qui ont été obtenus de l'accusé ou lui appartiennent⁷⁰. Mais si la défense fait cette demande, elle est obligée de la même façon à communiquer ses propres éléments de preuve⁷¹. Ceci constitue, à notre avis, une atteinte à la présomption d'innocence, dans la mesure où l'accusé se voit forcé de divulguer ses moyens de défense et sa preuve avant même de connaître la preuve de la poursuite.

La défense est aussi tenue d'informer le Procureur de son intention de faire une défense d'alibi, et de fournir les détails d'une telle défense. Même si la défense a généralement intérêt à déclarer l'existence d'une défense d'alibi dès la première heure, afin de s'assurer de la crédibilité d'un tel moyen de défense, cette règle ne devrait pas être obligatoire. Les juges du tribunal doivent être capables d'évaluer la crédibilité et la valeur d'une défense d'alibi annoncée tardivement selon les circonstances de chaque cas. Le *Règlement* affirme que le défaut d'une telle notification ne limite pas le droit de l'accusé de témoigner sur ce moyen de défense; *a contrario*, le *Règlement* suggère donc que la défense ne peut pas faire témoigner d'autres personnes à l'appui d'un tel moyen de défense⁷². Or, une défense d'alibi non-corroborée a peu de chances de succès. La défense doit également informer le Procureur de tout moyen de défense spéciale, y compris le défaut total ou partiel de responsabilité mentale⁷³. L'expression «moyen de défense spéciale» n'est pas définie par le *Règlement*.

Les dispositions concernant la comparution ne laissent pas de doute sur la nécessité de la présence de l'accusé lors du procès⁷⁴. La présence de l'accusé est aussi exigée à d'autres étapes de la procédure, par exemple à l'article 88 qui déclare que «[l]e jugement est prononcé, en audience publique et en présence de l'accusé», ou à l'article 101 où sa présence est essentielle lors du prononcé de la sentence. Voilà qui dispose de certaines suggestions doctrinales voulant que les procès par contumace soient autorisés par le *Statut*⁷⁵.

F.- Le procès en première instance

Le sixième chapitre du *Règlement de procédure et de preuve* est intitulé «le procès en première instance»⁷⁶. Ces dispositions ont trait à plusieurs aspects de la procédure, y compris l'octroi du statut d'intervenant ou d'*amicus curiae*⁷⁷, les accusations d'outrage au tribunal⁷⁸ et de faux témoignage⁷⁹, les audiences à huis clos⁸⁰, le déroulement de l'enquête et de l'audition⁸¹, les règles de preuve⁸², et la sentence⁸³.

1 Les règles de preuve

Le *Règlement* déclare que «[l]a Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante»⁸⁴. Dans la détermination de la recevabilité de la preuve, on propose l'exclusion des éléments de preuve «dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable»⁸⁵. Enfin, dans les cas où le *Règlement* est muet, le Tribunal est invité à appliquer les règles propres à parvenir, dans l'esprit du *Statut* et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause⁸⁶. Il ne semble pas que le Tribunal autorisera l'admission des déclarations solennelles ou des affidavits, une pratique largement et abusivement employée à Nuremberg.

À quelques exceptions très précises, le *Règlement* n'exclut pas *a priori* de genres particuliers de preuve. Il n'essaie pas de suivre le modèle anglo-saxon, en codifiant un grand nombre de règles d'exclusion. Voilà qui suggère que la preuve par affidavit ne soit admise que rarement, dans la mesure où sa valeur probante n'est pas largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable. Ceci ressort implicitement de la disposition concernant les dépositions, qui dispose qu'«[e]n raison de circonstances exceptionnelles et dans l'intérêt de la justice», un témoignage extrajudiciaire peut être recueilli à la demande d'une des parties et avec l'autorisation de la Chambre de première instance⁸⁷. En prévoyant expressément ce régime de témoignage extrajudiciaire, le

74 *Ibid.*, art. 62.

75 Deux auteurs ont proposé que le Tribunal pouvait juger par contumace: Alain Pellet, *supra* note 2, p. 49; Eric David, *supra* note 2, p. 589. Pour l'opinion contraire, voir Christopher Greenwood, *supra* note 2, p. 653.

76 *Supra* note 6, arts. 66-106

77 *Ibid.*, art. 74,

78 *Ibid.*, art. 77.

79 *Ibid.*, art. 91.

80 *Ibid.*, art. 79,

81 *Ibid.*, arts. 85 à 88.

82 *Ibid.*, arts. 89 à 98.

83 *Ibid.*, arts. 99 à 106.

84 *Ibid.*, art. 89(c)

85 *Ibid.*, art. 89(d).

86 *Ibid.*, art. 89(b).

87 *Ibid.*, art. 71.

65 *L'habeas corpus dans des situations d'urgence* (Arts. 27(2), 25(1) et 7(6) de la Convention américaine des droits de l'homme), Avis consultatif OC-8/87 du 30 janvier 1987, Série A, No. 8.

66 *Supra* note 6, art. 68.

67 *Ibid.*, art. 67(A)(i).

68 *Ibid.*, art. 69.

69 *Ibid.*, art. 75.

70 *Ibid.*, art. 66.

71 *Ibid.*, art. 67(C).

72 *Ibid.*, art. 67 (B).

73 *Ibid.*, art. 67 (A)(ii).

Tribunal limite considérablement la possibilité de preuve par affidavit⁸⁸.

Dans les dispositions concernant le témoignage, le *Règlement* déclare qu'«un témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer»⁸⁹. Cette règle étonnante est comparable à celle énoncée au cinquième amendement du *Bill of Rights* américain⁹⁰. Pourtant, elle ne se trouve nulle part dans les principes de droit international des droits de l'Homme. Elle n'est pas sans poser de difficultés, notamment en limitant les droits de la défense lorsqu'un témoin qu'elle interroge refuse de répondre pour ce motif.

Le viol a toujours été réprimé par le droit international humanitaire⁹¹. Dans le *Code Lieber*, on impose la peine de mort aux soldats coupables du viol de membres de la population civile⁹². Pourtant, le viol n'est pas reconnu comme une infraction grave dans la quatrième *Convention de Genève*. Les hésitations quant à son importance sont clarifiées par le *Statut*, qui énumère le crime de viol parmi les crimes contre l'humanité⁹³. Il est probable que les infractions d'ordre sexuel commises à l'égard des populations civiles occupent une place significative dans les activités du Tribunal. Pourtant, cette infraction, pour plusieurs raisons, a toujours soulevé des questions de preuve et de procédure difficiles.

Dans une disposition distincte, le *Règlement* prévoit l'administration des preuves «en matière de violences sexuelles»⁹⁴. Nous signalons immédiatement une difficulté de terminologie. La disposition du *Règlement* parle de «violences sexuelles», mais dans le *Statut* du Tribunal, aucune infraction de ce genre n'est énumérée. Il faut présumer que le *Règlement* se réfère à la seule infraction d'ordre sexuel qui se trouve dans le *Statut*, à savoir le crime de viol. Trois règles sont énumérées: (1) la corroboration du témoignage de la victime par des témoins n'est pas requise; (2) le consentement de la victime ne peut être invoqué comme moyen de défense; (3) le comportement sexuel antérieur de la victime ne peut être invoqué comme moyen de défense.

Certains systèmes de droit pénal, et notamment la *common law*, ont insisté sur la corroboration du témoignage de la plaignante dans le cas des infractions d'ordre sexuel⁹⁵. Il s'agit d'une exigence fondée sur des stéréotypes sexistes voulant que les victimes de violence sexuelle, en très grande majorité de sexe féminin, ne soient pas des témoins fiables. Toutefois, le texte du *Règlement* n'écarte pas le principe de la corroboration facultative en vertu duquel le tribunal juge qu'il

est imprudent de baser une condamnation en matière de violence sexuelle sur un témoignage non-corroboré. Pourtant, la corroboration facultative a également été abandonnée par plusieurs législatures progressistes⁹⁶. Nous espérons donc que le libellé de la disposition du *Règlement*, qui affirme l'inapplicabilité de la corroboration obligatoire, ne sera pas interprété par les juges comme une approbation de l'opportunité de la corroboration facultative.

La deuxième règle en matière de violence sexuelle affirme que le consentement de la victime ne peut être invoqué comme moyen de défense. Cette règle semble être assez exorbitante des systèmes de droit pénal en vigueur dans le monde actuellement. Le viol est normalement défini comme des rapports sexuels avec une personne sans son consentement. Mais il est invraisemblable que les rédacteurs du *Règlement* du Tribunal aient voulu criminaliser tous les rapports sexuels, même ceux qui sont consensuels. Possiblement, la clé de cette difficulté se trouve dans la phrase «violences sexuelles», qui est employée dans la disposition, plutôt que le mot «viol». Mais même la «violence sexuelle» peut être consensuelle, et est permise, dans certaines limites, dans la plupart des systèmes de droit pénal interne.

Abroger la défense de consentement constitue, à notre avis, une modification de l'infraction, ou plutôt, la création d'une nouvelle infraction. Or, cette nouvelle infraction violerait la règle contre la rétroactivité des infractions pénales, parfois qualifiée de règle de *jus cogens*. Le commentaire du Secrétaire-général sur le *Statut* du Tribunal indique sans l'ombre d'un doute que la compétence *ratione materiae* du Tribunal est fondée sur le principe *nullum crimen sine lege*. De plus, cette infraction de viol avec consentement excède la compétence du Tribunal, dont les pouvoirs sont encadrés par le *Statut*, lequel contient une énumération exhaustive des infractions susceptibles de poursuites devant le Tribunal. Modifier la nature de l'infraction par l'imposition d'une règle de preuve revient à faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement⁹⁷.

La troisième règle stipule que le comportement sexuel antérieur de la victime ne peut être invoqué comme moyen de défense. Des règles de ce genre ont été adoptées dans les juridictions internes depuis quelques décennies, généralement pour mettre fin aux contre-interrogatoires dégradants des victimes d'agressions sexuelles⁹⁸. Pourtant, la plupart des juridictions ont adopté des règles moins sévères que celle du Tribunal, en permettant une certaine souplesse afin de minimiser les atteintes aux droits de la défense. Lorsque le législateur canadien a adopté une règle comparable à celle du Tribunal, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'elle portait atteinte au droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière, garantis par la *Charte canadienne de droits et libertés*⁹⁹. Sans pour autant autoriser l'utilisation générale de ce genre de preuve, la Cour suprême

88 Voir aussi art. 90, *Op. cit.*, *supra*, note no.6.

89 *Ibid.*, art. 90(D).

90 «American Bill of Rights», dans William A. SCHABAS, Daniel TURP, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés: notes et documents*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 250.

91 Theodor MERON, «Rape as a Crime Under International Humanitarian Law», (1993) 87 *A.J.I.L.*, 424.

92 Dietrich SCHINDLER, Jiri TOMAN, eds., *The Laws of Armed Conflicts*, p. 3.

93 *Op. cit.*, *supra*, note no.1.

94 *Op. cit.*, *supra*, note no. 6, art. 96.

95 Par exemple, selon la *common law*: *Mattouk c. Massad*, [1943] A.C. 588 (C.P.). À plusieurs égards, les règles font appel à des notions venant des deux grands systèmes de droit pénal, la *common law* et le droit germano-français. Pour le juge Jules Deschênes, membre du tribunal, il s'agit d'un «mélange heureux» des deux systèmes (allocation prononcée lors de la réunion annuelle du Conseil canadien du droit international, le 21 octobre 1994).

96 Par exemple, le *Code criminel canadien*: L.R.C. (1985), c. C-46, art. 274.

97 Les membres du tribunal se sont rendus compte des difficultés de cette disposition et, à toutes fins pratiques, ils l'ont abrogée quelques mois après l'adoption du *Règlement*: Doc. N.U. IT/61/Rev.1, (1994) 33 *I.L.M.* 838.

98 Voir, par exemple, Harriett R. Galvin, «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade», (1986) 70 *Minn.L.Rev.* 763.

99 *R. c. Seaboyer, R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, 66 C.C.C. (3d) 321, 83 D.L.R. (4th) 193, 4 O.R. (3d) 383, 6 C.R.R. (2d) 35, 48 O.A.C. 81, 128 N.R. 81, 13 W.C.B. (2d) 624.

du Canada démontre que son interdiction absolue risque de causer des injustices dans certains cas.

Le *Règlement* déclare que toutes les communications entre un avocat et son client sont privilégiées¹⁰⁰. Il s'agit de la seule exception fondée sur les privilèges de certains intervenants. D'autres catégories exceptionnelles qui sont connues en droit interne, par exemple les délateurs ou ceux susceptibles de témoigner sur des questions de sécurité nationale, ne se trouvent pas dans le *Règlement*. Même si ces catégories n'ont pas de véritable pertinence en droit international humanitaire, on peut penser à des problèmes analogues, par exemple le cas du témoignage d'un délégué ou d'un autre employé du Comité international de la Croix-Rouge. La confidentialité de son intervention est fondamentale aux activités du C.I.C.R., et le respect rigoureux de cet engagement a permis à l'organisation de tenir un rôle précieux dans la protection des détenus, des réfugiés et des personnes déplacées. Mais aucune exception dans le *Règlement* ne permettra à un représentant du CICR de refuser de témoigner au nom de la confidentialité de ses sources de renseignements. Il en est de même pour les journalistes. D'ailleurs, un tel refus les rendrait susceptibles d'une condamnation pour outrage au Tribunal, une amende de cinq mille dollars et une détention de six mois.

2 La sentence

En cas d'acquiescement, l'accusé est remis en liberté, à moins que le Procureur demande sa détention pendant l'appel du jugement¹⁰¹. Si l'accusé est trouvé coupable, les parties peuvent faire des représentations sur la sanction appropriée. Le *Statut* prévoit déjà certains critères applicables à la détermination de la peine¹⁰², mais le *Règlement* en ajoute d'autres, notamment «la grille générale des peines d'emprisonnement telles qu'appliquées par les Tribunaux en ex-Yougoslavie»¹⁰³. Pourtant, il ne nous semble pas évident que la politique pénale dans l'ex-Yougoslavie doive guider le Tribunal, qui ne se prononce pas sur les crimes «ordinaires» mais sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Ses critères ont été élaborés dans un régime où la peine la plus grave est la peine de mort, une sanction que le Conseil de sécurité a exclue dans le cas du Tribunal international. De toute façon, il est improbable que la jurisprudence yougoslave soit très utile pour juger des infractions qui relèvent du Tribunal, parce que ces infractions sont peu fréquentes en temps de paix.

Une disposition détaillée prévoit la restitution de biens. Le Tribunal peut «déterminer qui est le propriétaire légitime du bien» et en ordonner la restitution à ce dernier¹⁰⁴. Dans une autre disposition, certainement superflue, le *Règlement* ajoute que la victime ou ses ayants droits peuvent aussi intenter une action devant une juridiction compétente afin d'obtenir réparation du préjudice¹⁰⁵. Le *Règlement* déclare que le jugement du Tribunal «est définitif et déterminant quant à la responsabilité pénale de la personne condamnée»¹⁰⁶. On peut se demander en quoi ces

dispositions, qui ne regardent que la responsabilité civile, concernent les «violations graves du droit international humanitaire» ou, pour ainsi dire, «la paix et la sécurité internationale», qui sont la justification ultime de l'intervention du Conseil de sécurité.

G.- Appel

Le septième chapitre du *Règlement de preuve et de procédure* est intitulé «l'appel», et comprend douze articles¹⁰⁷. Selon le *Règlement*, il y a appel *de plano* d'un jugement du Tribunal¹⁰⁸. Le *Règlement* ne spécifie pas si l'appel est possible dans le cas des jugements interlocutoires, par exemple en matière d'exception préjudicielle¹⁰⁹. De tels appels peuvent causer des délais inacceptables dans la procédure, et il serait préférable que le Tribunal clarifie cette question. Une procédure d'appel avec permission dans le cas des jugements interlocutoires nous paraît être une solution appropriée à cette question.

H.- Révision

Le huitième chapitre du *Règlement de preuve et de procédure* est intitulé «la révision», et comprend quatre articles¹¹⁰. Cette procédure se distingue de l'appel dans la mesure où elle s'applique même après l'arrêt de la Chambre d'appel, mais à la condition de la découverte d'un fait nouveau inconnu de la partie intéressée lors du procès ou de l'appel. L'accusé peut demander la révision en tout temps, mais le Procureur ne dispose que d'un délai d'un an depuis «le prononcé du jugement définitif»¹¹¹. La terminologie de la disposition soulève un problème d'interprétation. Est-ce que la référence au «jugement définitif» envisage le jugement de première instance, qui est appelé «jugement» dans le *Règlement*¹¹², ou le jugement en appel, qui est appelé «arrêt» dans le *Règlement*¹¹³? À notre avis, tout doute quant à l'interprétation doit être résolu en faveur de l'accusé. Par conséquent, le délai d'un an pour la demande de révision par le Procureur commence à courir lors de la condamnation en première instance.

I.- Grâce et commutation de peine

Le neuvième chapitre du *Règlement de preuve et de procédure* est intitulé «grâce et commutation de peine», et comprend trois articles¹¹⁴. L'octroi de la grâce ou de la commutation relève de la compétence du Tribunal. Toutefois, le *Règlement* précise que la grâce ou la commutation ne peuvent être demandées que dans la mesure où la législation de l'État sur le territoire duquel le condamné est incarcéré l'autorise. Cette disposition risque de créer des inégalités de traitement des condamnés. Il peut même permettre à la législation d'un État subséquente à la condamnation de modifier les modalités de détention du condamné. À notre

100 *Op. cit.*, *supra*, note no. 6, art. 97.

101 *Ibid.*, art. 99.

102 *Id.*, art. 24.

103 *Id.*, art. 101.

104 *Id.*, art. 105 (D).

105 *Id.*, art. 106 (B).

106 *Id.*, art. 106 (C).

107 *Id.*, arts. 107 à 118.

108 *Id.*, art. 108.

109 *Id.*, art. 73.

110 *Id.*, arts. 119 à 122.

111 *Id.*, art. 119.

112 *Id.*, art. 88.

113 *Id.*, art. 117.

114 *Id.*, arts. 123 à 125.

avis, il est préférable que la grâce et la commutation de la peine existent dans tous les cas de condamnation par le Tribunal.

Le Tribunal international constitue un laboratoire unique en droit pénal international. Son expérience sera précieuse pour la mise sur pied du Tribunal international permanent, dont le projet, élaboré par la Commission du droit international, est à toutes fins pratiques prêt à être adopté par l'Assemblée générale. Le Tribunal aura également un rayonnement très important dans les systèmes de droit interne. À travers le monde, des juristes vont prendre sa pratique et sa jurisprudence comme modèle, comme l'exemple à suivre par des tribunaux nationaux soucieux des garanties judiciaires protégées par l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et par les dispositions équivalentes dans les instruments régionaux.

Les organes de contrôle des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ont traditionnellement été très réticents à intervenir dans les questions de preuve et de procédure des tribunaux. Saisis de requêtes alléguant des irrégularités lors d'un procès, le Comité des droits de l'homme et les organes de Strasbourg ont typiquement refusé de se prononcer, soulignant que le tribunal de première instance est mieux qualifié pour trancher ce genre de question. Mais avec le Tribunal international, nous avons un tribunal de première instance dont la qualité des jugements et le respect pour les droits de l'accusé ne doivent pas faire de doute. Les jugements du Tribunal international sur les questions de preuve et de procédure vont faire jurisprudence à travers le monde, et par conséquent, une très grande vigilance s'impose en ce qui concerne le respect des garanties judiciaires.