

COMMON LAW, «CIVIL LAW» ET DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : TANGO (LE DERNIER?) À LA HAYE

*Par William A. Schabas**

Les systèmes de *common law*, puis de droit continental ou romano-germanique, offrent à la procédure criminelle deux approches très différentes. Ces systèmes se rencontrent dans le nouveau domaine, en constante évolution, du droit pénal international où les juristes des deux systèmes s'efforcent de créer un nouveau modèle. Dans ce contexte, on doit faire face aux contributions, et aux incompréhensions, qui proviennent d'un tel processus.

Le développement d'un système international prend aussi place dans un contexte de respect international des garanties judiciaires prévues dans les instruments de protection des droits de la personne. Enfin, les exigences spécifiques de la justice internationale influence le modèle procédural. Ces trois thèmes sont abordés à la lumière de la pratique des deux tribunaux *ad hoc*, pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, puis de la Cour pénale internationale et du Statut de Rome.

Two very different approaches to criminal procedure are provided by the common law system and the continental or Romano-Germanic system. They meet in the new and evolving field of international criminal law, where jurists from both systems endeavour to create a new model. It must contend with the contributions, and misunderstandings, that derive from such a process.

Moreover, the development of an international system takes place in the context of the international enforcement of due process norms set out in human rights treaties. Finally, the very specific demands of international justice influence the procedural model. These three themes are discussed in light of the practice of the two *ad hoc* tribunals, for the former Yugoslavia and Rwanda, and the Rome Statute of the International Criminal Court.

*

William A. Schabas, M.A. (Toronto), LL.D. (Montréal), Professeur titulaire en droits de la personne, Université nationale irlandaise, Galway, et Directeur du Centre irlandais des droits de la personne. L'auteur veut remercier Me Nancie Prud'homme pour son aide à la préparation du texte.

À la conclusion des deux guerres mondiales, la communauté internationale – c'est-à-dire les vainqueurs des conflits – établit un mécanisme pénal ayant pour but de traduire en justice non seulement les responsables des crimes de guerre au sens strict, mais aussi les auteurs des atrocités commises à l'égard des populations civiles durant ces conflits mondiaux¹. Ainsi, le *Traité de Sèvres*, adopté en 1920, proposait la création d'un tribunal ayant comme mandat la poursuite des responsables des massacres arméniens, qualifiés aujourd'hui de génocide². Ce *Traité* ne fut toutefois jamais ratifié par la Turquie puis, quelques années plus tard, on le remplaça par un autre, le *Traité de Lausanne*, qui octroyait une amnistie pour ces mêmes actes³. Un mécanisme parallèle fut créé par le *Traité de Versailles*, mais celui-ci eut à peine plus de succès⁴. Deux décennies plus tard, à Nuremberg, l'entreprise de traduire en justice les auteurs de certaines atrocités alla plus loin et aboutit à un procès important pour les grands criminels de guerre du régime nazi⁵. De façon parallèle, un autre procès eut lieu à Tokyo pour les japonais et une série de procédures, ayant le caractère de justice internationale, furent subséquemment tenues à Nuremberg par les Américains⁶. Durant la Deuxième Guerre Mondiale, l'idée de créer un tribunal d'ordre permanent fut aussi lancée par la Commission des Nations Unies pour les Crimes de Guerre⁷ et consacrée par l'article VI de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1948⁸. Cependant, le contexte de la guerre froide rendit impossible tout travail à ce sujet et ce n'est qu'en 1989, dans les semaines suivant la chute du mur de Berlin, que la question de la justice pénale internationale pu retrouver une place à l'ordre du jour des Nations Unies⁹.

¹ Voir généralement C. Bassiouni, «L'expérience des premières juridictions pénales internationales» dans H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, dir., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, 635.

² *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Turquie*, 10 août 1920, 11 U.K.T.S., 12 Rec.G.T. De Martens (sér.III) 664 à la p.720 [ci-après *Traité de Sèvres*].

³ *Traité de paix entre l'Empire Britannique, la France, l'Italie, le Japon, la Grèce, la Roumanie, l'État Serbe-Croate-Slovène et la Turquie*, 24 juillet 1923, 28 R.T.S.N. 11 [ci-après *Traité de Lausanne*].

⁴ *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne*, 28 juin 1919, 225 Cons.T.S. 188 [ci-après *Traité de Versailles*]. *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Autriche*, 10 septembre 1919, 226 Cons.T.S. 9, art. 173 [ci-après *Traité de Saintt-Germain-en-Laye*]. *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Bulgarie*, 27 novembre 1919, 226 Cons.T.S. 333 art. 118 [ci-après *Traité de Neuilly-sur-Seine*]. *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et la Hongrie*, 4 juin 1920, 6 R.T.S.N. 187, art. 15 [ci-après *Traité de Trianon*]. Voir F. Willis, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1982.

⁵ *France c. Goering* (1946) 22 T.M.I. 203.

⁶ En vertu de la *Loi du Conseil de contrôle no. 10*, 20 décembre 1945, Gazette officielle du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, no 3, Berlin, 31 janvier 1946, 50-55. Les dossiers et jugements de ces procès, organisés par les États-Unis d'Amérique, sont publiés dans *Trials of the War Criminals*. Seuls les jugements sont publiés dans *Law Reports of the Trials of the War Criminals*. Des comptes-rendus abrégés se trouvent dans *International Law Reports*.

⁷ On peut trouver le texte du projet dans les Archives nationales du Canada : Commission des Nations Unies sur les crimes de guerres, *Draft Convention for the Establishment of a United Nations War Crimes Court*, Doc. C.50(1), RG-25, vol.3033, 4060-40C, Part Four (1944).

⁸ 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277, R.T.Can. 1949 n° 27.

⁹ *Question of New Caledonia*, Rés. AG 44/89, Doc. off. AG NU, 44^e sess., Doc. NU A/RES/44/89 (1990).

Au grand étonnement de presque tous les observateurs, le 17 juillet 1998 à Rome, en moins de dix ans de travail, le projet d'une cour pénale internationale aboutit avec l'adoption du *Statut de Rome pour la Cour pénale internationale*, instrument qui entrera en vigueur avec sa soixantième ratification¹⁰. L'élan incontournable du projet ne cesse d'étonner. Ainsi, à ce jour, 139 États ont signé le *Statut* incluant même les États-Unis d'Amérique et Israël, qui avaient voté contre l'adoption du projet de statut lors de la Conférence de Rome. Vraisemblablement, la nouvelle Cour pénale internationale verra le jour au cours de l'an 2002. Entre le déroulement des procès qui ont suivis la Deuxième Guerre Mondiale et l'adoption du *Statut de Rome*, un certain système de justice pénale internationale fut mis en place. En 1993, vu la gravité des actes commis et l'urgence de la situation dans les Balkans, le Conseil de sécurité, ne pouvant pas attendre la création d'une cour permanente n'ayant de toute façon pas de portée rétroactive, établit un tribunal *ad hoc* pour le territoire de l'ex-Yougoslavie¹¹. Dix-huit mois plus tard, la même stratégie fut adoptée par le Conseil de sécurité dans le cas du génocide rwandais¹².

L'ambition modeste de ce court texte est d'aborder un aspect de cette nouvelle justice pénale internationale, à savoir l'influence, les rapports et particulièrement l'interaction entre les deux grands systèmes de droit pénal, qui sont le système «accusatoire» de la *common law* et le système «inquisitoire» ou «romano-germanique» communément (et erronément, je crois) désigné le «civil law»¹³. Mis à part quelques précédents dans la matière adoptés par le Tribunal militaire international à Nuremberg, il va sans dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, de régime pénal procédural à caractère proprement international. En ce qui concerne la procédure internationale, un des seuls points de repère pouvant nous aider à l'identifier se trouve dans la jurisprudence des organes de mise en œuvre des conventions internationales de protection des droits fondamentaux, tels que la *Cour européenne des Droits de l'Homme*, le *Comité des Droits de l'Homme* et la Cour puis la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme. Ainsi, ces sources fournissent une toile de fond pour l'élaboration d'un nouveau système de procédure, mais constituent aussi, vu la nature du système de justice pénale internationale, un tissu de compromis entre juristes formés dans les différents systèmes nationaux donnant parfois des résultats incohérents. Un code de procédure pénale négocié de cette façon

¹⁰ Doc. off. AG NU, Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court, 1998, Doc. NU A/Conf. 183/9 [ci-après *Statut de Rome*].

¹¹ *Establishment of an international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia*, Rés. CS 827, Doc. off. CS NU, 3217^e séance, Doc. NU CS/827 (1993) 29 [ci-après *Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie*].

¹² *The situation concerning Rwanda*, Rés. CS 955, Doc. off. CS NU, 3453^e séance, Doc. NU CS/955 (1994) 15 [ci-après *Statut du Tribunal pur le Rwanda*].

¹³ «Le Système romano-germanique» est l'expression utilisée par J. Pradel dans *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 1995, à la p. 65. Dans la version française de certains jugements des tribunaux *ad hoc* on traduit «civil law» par «droit romain»; voir par ex. *Procureur c. Erdemovic* (1997) Affaire n° IT-96-22-A, (Opinion individuelle et dissidente de M. le Juge Cassesse) au par. 7. Cependant, beaucoup de juristes francophones utilisent l'expression «civil law». Le pénaliste américain George Fletcher parle du système de «continental law»: G.P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 1998, à la p. 17.

ferait penser à la plaisanterie par laquelle un chameau est en réalité un cheval créé par un comité. Tel qu'on peut l'observer dans les négociations du *Statut de Rome* ainsi que dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), le processus de création d'un régime de droit pénal qui est proprement international et tout à fait original doit plutôt passer par le droit comparé.

L'attitude des intervenants, notamment des pénalistes experts, qui au début du processus ont fait preuve à la fois d'un dévouement démesuré envers leur propre système et d'une intolérance et une méconnaissance invraisemblable envers «l'autre», constitue un des aspects particulièrement curieux du développement du droit pénal international. On se souvient de Churchill qui considérait que la *common law* était la plus grande et la plus permanente contribution de l'empire britannique, tandis que Napoléon adoptait la même attitude envers ses codes y compris le *Code pénal* et on a l'impression de refaire, cette fois-ci dans un contexte de droit pénal international, la bataille de Waterloo de 1815 (ou de Québec de 1759!). C'est précisément pour cette raison que les premières tentatives d'élaborer un système procédural international ont échouées et que l'on a rapidement abouti à un dialogue de sourds. James Crawford, le rapporteur spécial de la Commission de droit international responsable pour la préparation de la version finale du projet de statut d'une cour pénale internationale, remarquait « the tendency of each duly socialized lawyer to prefer his own criminal justice system's values and institutions »¹⁴. Peu à peu, des spécialistes venant des deux grands systèmes de droit ont commencé, dans un premier temps, à comprendre le fonctionnement de l'autre système puis, par la suite, à en apprécier son intérêt. Un des délégués à la *Conférence de Rome*, en 1998, a noté avec éloquence que la bataille entre la *common law* et la *civil law* avait été remplacée par un esprit d'accord sur des principes *communs* et des comportements *civils*¹⁵. Le travail de mise en œuvre d'un système de procédure internationale est encore inachevé, mais déjà nous pouvons accueillir son progrès et ses acquis. Il existe maintenant un véritable régime de justice pénale internationale qui emprunte certains aspects des différents systèmes nationaux tout en tenant compte des exigences imposées par les normes internationales de protection des droits de la personne.

Les principales différences entre *common law* et *civil law* se situent au niveau de la procédure. Dans la *common law*, deux adversaires – poursuite et défense – s'affrontent devant juge et jury. Le procès consiste en une confrontation d'avocats censés faire la lumière sur la vérité puis en un jury de profanes qui est l'arbitre ultime. Tel que Françoise Tulkens l'explique, «dans le système accusatoire, les règlements des conflits sont gérés par les individus, les citoyens; l'État intervient peu... [L]a fonction du juge est d'arbitrer le débat et de trancher le conflit, dans le

¹⁴ J. Crawford, «The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court» (1995) 89 Am. J. Int. Law 404.

¹⁵ H.-J. Behrens, «Investigation trial and appeal in the International Criminal Court statute (Parts V, VI, VIII)» (1998) 6 Eur. J. Crime, Crim. Law & Crim. Justice 113 à la p. 113, n° 2.

cadre d'un système de preuve légale.»¹⁶ Dans le système romano-germanique, un officier judiciaire – le juge d'instruction – prépare le dossier pour le juge des faits, un magistrat professionnel. Le juge d'instruction est, du moins en théorie, impartial et recherche par son enquête (d'où le nom «inquisitoire») non pas des faits à l'appui de l'une ou l'autre hypothèse, mais plutôt une vérité objective. Selon la juge Tulkens, «[d]ans le système inquisitoire, en revanche, le juge est investi par l'État de l'obligation de faire respecter la loi; son rôle est d'assurer le contrôle de la puissance publique sur la gestion des cas individuels. Le procès pénal est régi par des règles propres : il est mis en mouvement et dirigé par l'autorité de poursuite et il comporte différentes phases qui sont légalement autorisées...»¹⁷.

Ce résumé des systèmes inquisitoire et accusatoire ne constitue qu'une caricature des deux systèmes, puisqu'en pratique les différences entre ceux-ci sont beaucoup moins nettes. Par exemple, qualifier le système romano-germanique de système «inquisitoire» néglige le fait que, lors de l'audition d'une affaire, le débat est aussi contradictoire que celui de la *common law*. Le «plea bargaining», une technique de règlement de dossiers, n'est utilisé, avec un encadrement législatif ou jurisprudentiel qui varient d'un pays à un autre, que dans certains des pays de la *common law*. Aussi, on distingue souvent les deux systèmes en soulignant que dans le système de la *common law*, l'accusé bénéficie d'un droit au silence absolu, tandis que dans le système romano-germanique, c'est l'accusé lui-même qui est le premier à être interrogé par le juge d'instruction. Cependant, en étudiant cet aspect de plus près, on constate que l'accusé peut toujours dans ce système refuser de témoigner ou de parler, même au juge enquêteur. Ce droit est d'ailleurs prévu par les instruments principaux de protection des Droits de l'Homme, tels la *Convention européenne des droits de l'Homme*¹⁸ et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁹. En vertu du système romano-germanique, il est vrai que le silence d'un accusé peut être pris en considération par le juge comme facteur négatif ou aggravant, mais il en est aussi de même dans plusieurs régimes de la *common law*. Ainsi, dans la mère patrie de la *common law*, l'Angleterre, des amendements récents autorisent la poursuite à demander aux juges des faits – les jurés – à tirer une inférence négative du silence de l'accusé²⁰.

Les sources : de Nuremberg à La Haye

Étant donné le silence du *Statut* adopté à Londres le 8 août 1945 sur cet aspect, le Tribunal militaire international à Nuremberg adopta ses propres règles de

¹⁶ F. Tulkens, «La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux» dans M. Delmas-Marty, dir., *Procès pénal et droits de l'Homme, vers une conscience européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, 33 à la p. 38.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5, art. 6. Voir par ex. *Funke c. France* (1993), 256A (Sér.A) Cour Eur. D.H. 8.

¹⁹ 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 14, R.T. Can. 1976 n°47 (entrée en vigueur: 23 mars 1976).

²⁰ *Criminal Justice and Public Order Act* (R.-U.), 1994, art. 4(4)(a).

procédure²¹. Ne comportant que quelques brèves dispositions, le règlement de procédure suivait largement le modèle «accusatoire» de la *common law*. Cependant, le Tribunal militaire refusa d'appliquer les règles de preuve très techniques de la *common law* en faveur d'un régime de recevabilité de la preuve beaucoup plus souple. Puis, il ne sut pas résister à l'idée des procès par contumace. Ainsi, Martin Bormann fut jugé en son absence et condamné à mort; ce n'est qu'il y a quelques années que des tests d'ADN sur des restes trouvés à Berlin ont confirmé qu'il était déjà mort avant le début du procès! En ce qui concerne sa juridiction, le *Statut du Tribunal Militaire International* autorisait non seulement la poursuite des responsables directs des crimes, mais également celle des comploteurs. Sur cette question, il existe une différence conceptuelle importante entre *common law* et *civil law*; c'est l'approche de la *common law* au complot, le regardant comme une infraction autonome, qui fut adoptée à Nuremberg. Dans l'ensemble, il n'y eut pas de différences significatives dans la procédure lors du procès des grands criminels de l'Extrême-Orient à Tokyo, ni lors des procès tenus par les autorités américaines en vertu de la *Loi du Conseil de contrôle No 10*. On peut constater qu'il exista sans aucun doute un malaise généralisé chez les juristes des deux grandes traditions (ou trois, si on considère l'originalité du système soviétique) face à ce premier effort vers une justice pénale internationale et «hybride». Par exemple, Telford Taylor, le procureur américain, s'est opposé à la tenue d'un deuxième grand procès de criminels nazis en expliquant, dans une lettre au Secrétaire de la guerre, son opposition par le fait qu'il n'aimait pas les «continental and Soviet law principles unfamiliar to the American public»²².

Dans la foulée de Nuremberg, l'Assemblée générale des Nations Unies confia à la nouvelle Commission de droit international une responsabilité particulière pour le développement progressif et la codification du droit pénal international. Ainsi, la Commission se vit confier la préparation des Principes de Nuremberg, adoptés en 1950, puis celle du projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, dont les premier et second projets furent respectivement adoptés en 1954²³ et en 1996²⁴. En 1950, l'Assemblée générale établit également son propre comité *ad hoc* ayant pour mandat d'étudier un projet de statut pour un tribunal pénal international. Des rapports furent soumis par le comité *ad hoc*, mais les travaux s'achevèrent en 1954 sans véritable résultat concret²⁵. En 1989, l'Assemblée

²¹ *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'axe*, 8 août 1945, (1951) 82 R.T.N.U. 279 [ci-après *Accords de Londres*]. *Statut du Tribunal Militaire International*, (1951) 82 R.T.N.U. 279 Annexe A à la p. 285.

²² Lettre de T. Taylor au Secrétaire de la guerre, 29 juillet 1946, reproduite dans P. Weindling, «From International to Zonal Trials: The Origins of the Nuremberg Medical Trial», (2000) 14 *Holocaust & Genocide Studies* 367 à la p. 369.

²³ Doc N.U. A/CN.4/85.

²⁴ *Report of the International Law Commission on the work of its Forty-Eighth Session*, Doc. off. AG NU, 51^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/51/10/Corr.1 (1996). Voir C. Tomuschat, «Le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les droits intangibles ou non susceptibles de dérogation» dans D. Premont, C. Stenersen, et I. Oseredczuk, dir., *Droits intangibles et états d'exception*, Bruxelles, Bruylant, 1996 à la p. 91.

²⁵ *Rapport du Comité sur une juridiction pénale internationale*, Doc. off. AG NU, sess., supp. n°, Doc. NU A/2135 (1952). *Rapport du Comité sur une juridiction pénale internationale*, Doc. off. AG NU, 9^e sess., supp. n° 12, Doc. NU A/2645 (1954).

générale confia à la Commission de droit international la rédaction d'un projet de statut d'une cour pénale internationale. Ce projet, adopté en 1994 par la Commission²⁶, prévoyait, comme un des organes principaux de la Cour, l'existence d'un procureur responsable pour la préparation des poursuites et jouissant d'une indépendance totale sauf en ce qui concerne la saisine du tribunal qui était le domaine du Conseil de sécurité et des États partis. Le projet accordait aux juges le pouvoir de réglementer la conduite des enquêtes. Aussi, celui-ci stipulait comme «règle générale» que l'accusé devait être présent lors du procès²⁷; le procès par contumace, privilégié par certains juristes de l'Europe continentale, était ainsi exclu. De façon générale, le projet de statut se limitait à la reconnaissance des principes d'équité procédurale empruntés aux traités en droits de la personne. Tel l'ensemble des travaux de la Commission de droit international dans le domaine du droit pénal international, le projet de 1994 était essentiellement neutre en ce qui concerne le débat entre *common law* et *civil law*.

Le projet de statut de la Commission de droit international fut le point de départ des débats qui se sont achevés en juillet 1998 avec l'adoption du *Statut de Rome*. Tout au long des séances des Commissions préparatoires établies par l'Assemblée générale des Nations Unies puis au cours de la *Conférence de Rome* elle-même, plusieurs aspects de la procédure pénale furent discutés. Contrairement au processus de préparation des travaux de la Commission de droit international, des pénalistes furent cette fois fortement impliqués. Le droit pénal comparé, dont le rôle avait été assez minime jusqu'alors, est devenu un enjeu important dans les négociations. À l'instar du projet de la Commission de droit international, le procès par contumace ne fut pas retenu par le *Statut de Rome*²⁸. En revanche, le texte final du *Statut* propose une «Chambre d'accusation» ayant plusieurs aspects en commun avec le modèle romano-germanique. Plus généralement, le texte prévoit une surveillance du déroulement des procédures par la Cour qui évoque l'approche continentale beaucoup plus que celle anglo-saxonne. La possibilité de «plea bargaining» n'est admise qu'avec un encadrement juridique important²⁹. Ainsi, plusieurs aspects des deux grands systèmes sont présents dans le texte final adopté à Rome. Un grand nombre de questions demeurent toutefois sans réponse, parfois faute de temps, parfois faute d'accord. On confia l'élaboration des règles de procédure détaillées à une Commission préparatoire. Cette dernière se réunit à plusieurs reprises en 1999 et 2000 et travailla avec deux projets principaux, l'un de l'Australie qui reflète la *common law*, l'autre de la France qui est inspiré de son système national. Le texte du *Règlement* fut achevé en juin 2000 et constitue un véritable amalgame, issu d'un exercice original de droit comparé³⁰.

²⁶ *Projet de Statut pour une Cour Pénale Internationale*, Doc. off. AG NU, 49^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/49/10 (1994). Voir aussi *Yearbook of the International Law Commission 1994*, partie 2, New York, NU, 1994, Doc. NU A/CN.4/SER.A/1994/Add.1.

²⁷ *Ibid.*, art. 37.

²⁸ *Supra* note 10, art. 62.

²⁹ *Supra* note 10, art. 65.

³⁰ Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, Doc. NU, 2000, Doc. NU PCNICC/2000/INF/3/Add.1.

Tout au long des travaux préparatoires du *Statut de Rome* et, par la suite, du *Règlement de procédure et de preuve*, les rédacteurs se sont inspirés grandement de la pratique et de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Le *Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie*³¹, tout comme celui de Nuremberg, est assez laconique sur le plan de la procédure et n'a pas de penchant évident pour un modèle national de justice pénale. En ce qui concerne la question du procès par contumace devant ce tribunal, on se réfère au rapport du Secrétaire général des Nations Unies où il est clairement indiqué qu'il n'y en aura pas³². Puis, pour le reste, le *Statut* laisse la procédure à la discrétion des juges. Ainsi, quelques mois après leur élection, les juges du TPIY adoptèrent le *Règlement de procédure et de preuve*, un document de plus d'une centaine d'articles³³. Le *Règlement*, qui prévoit en détails la procédure du tribunal, fut modifié à maintes reprises depuis son adoption en février 1994. La première version était largement inspirée des Federal Rules of Evidence des États-Unis d'Amérique, essentiellement parce que certaines ONG américaines, notamment l'Association du Barreau Américain, avaient contribué activement au processus d'adoption en soumettant des projets et en faisant du lobbying auprès des juges. Ainsi, on trouvait dans cette première version l'influence personnelle de la juge américaine, Gabrielle Kirk McDonald. Selon le magistrat français Claude Jorda (maintenant président des tribunaux *ad hoc*, mais aussi un des auteurs de la première version du *Règlement*), «[I]es rédacteurs du *Règlement* ont adopté un système de procédure essentiellement accusatoire de type anglo-saxon[...] La raison essentielle d'un tel choix paraît résider dans le fait qu'au moment d'élaborer leur règlement initial, les juges, majoritairement de *common law*, ont conçu le procès pénal comme devant être le reflet des exigences prévues par les conventions de protection des Droits de l'Homme...»³⁴. Pour le juge Jorda, «[e]n conséquence, la phase d'enquête a été confiée au procureur, la maîtrise de l'audience aux parties au procès et les prérogatives du juge, telles que nous les connaissons dans les systèmes de droit civil, reléguées au second plan»³⁵. La Chambre de première instance II *quater*, lors d'une décision interlocutoire dans l'affaire *Celebici*, était légèrement plus circonspecte à ce sujet. Selon elle, le régime procédural du TPIY est une synthèse des aspects accusatoires de la *common law* et des aspects inquisitoires de la *civil law*, mais où la *common law* est prédominante³⁶. Dans une opinion individuelle, le juge Antonio

³¹ *Supra* note 11.

³² *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité*, Doc. off. CS NU, 1993, Doc. NU CS/25704.

³³ Doc. organe NU, sess., supp., Doc. NU IT/32 (1994) [ci-après *Règlement de procédure et de preuve*]. Sur la première version du Règlement, voir W. A. Schabas, «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» (1993) 8 R.Q.D.I. 112.

³⁴ C. Jorda et J. De Hemptinne, «Rôle du juge» dans H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, dir., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, à la p. 807, aux paras. 10-11.

³⁵ *Ibid.*, au par. 14.

³⁶ *Procureur c. Delalic* (1998), Affaire n° IT-96-21-T (Décision sur la requête conjointe des accusés concernant l'administration de la preuve) au par. 31.

Cassese, alors président du TPIY, parlait pour sa part d'un «déséquilibre» en faveur de la *common law* dont la justification était des «raisons historiques»³⁷.

Normes internationales du procès équitable

Dans l'extrait reproduit dans le paragraphe précédent, le juge Jorda signalait le rôle des normes fondamentales dans l'élaboration de la procédure. De son côté, parlant de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Mireille Delmas-Marty a écrit :

En réalité, la grande leçon de cette jurisprudence européenne est de montrer – preuves à l'appui – qu'aucun modèle de procédure pénale, accusatoire, inquisitoire ou mixte, n'échappe à la censure des instances de Strasbourg. De montrer aussi que, sur la base d'une convention qui n'est pourtant pas conçue comme un texte de procédure pénale, le rapprochement des procédures est parfaitement possible... Mais dire que le rapprochement est « en cours », c'est prétendre que nous irions déjà vers un modèle européen de procès pénal. L'affirmer ne suffit évidemment pas, encore faut-il, comme en matière de culpabilité, le prouver³⁸.

Or, un des laboratoires de droit comparé où se passe ce processus de «rapprochement» est la justice pénale internationale. Comme en justice interne, les normes internationales d'un procès équitable et la jurisprudence des organes de contrôle sont les moteurs de transformation.

Dans le statut des tribunaux *ad hoc*, la disposition principale est, tel que le Secrétaire général l'a clairement indiqué dans son rapport, un texte emprunté à l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Aussi, la Chambre d'appel a déjà constaté que le principe du procès équitable énoncé à l'article 20(1) du *Statut* du TPIY et à l'article 19(1) du *Statut* du TPIR est à toutes fins pratiques identique à celui de l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et de l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁹. La Chambre a souligné notamment le rôle du principe d'égalité des armes qui a été reconnu dans la jurisprudence des organes de contrôle de ces instruments⁴⁰ puis a noté la jurisprudence européenne sur l'indépendance et l'impartialité des juges⁴¹. Lorsque l'accusé Tadic a contesté la légitimité du TPIY en prétendant que celui-ci n'était pas «établi par la loi», la Chambre d'appel a examiné la

³⁷ *Supra* note 13 au par. 4.

³⁸ M. Delmas-Marty, «Vers un modèle européen de procès pénal» dans M. Delmas-Marty, dir., *Procès pénal et droits de l'Homme, vers une conscience européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, 291 à la p. 298.

³⁹ *Procureur c. Tadic* (1999), Affaire n° IT-94-1-A, au par. 43.

⁴⁰ *Ibid.*, aux paras. 44, 48-51.

⁴¹ *Kanyabashi c. Procureur* (1999), Affaire n° ICTR-96-15-A (Opinion conjointe et individuelle des juges McDonald et Vohrah) aux paras. 39-43.

jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme à la recherche de normes applicables⁴². Le TPIY a également fait appel à la jurisprudence de Strasbourg pour ses définitions de certaines expressions, dont «traitement inhumain»⁴³ et «torture»⁴⁴ puis aussi pour le droit de l'accusé d'être informé sans délai de la nature de l'accusation, le droit de présenter une défense pleine et entière, et le droit à un procès dans un délai raisonnable⁴⁵.

Toutefois, les tribunaux *ad hoc* ne respectent pas servilement la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans une des premières décisions du TPIY, la Chambre de première instance I a refusé de suivre la jurisprudence européenne en matière témoins anonymes, notamment l'arrêt *Kostovski*. Selon les juges de La Haye, «[t]he International Tribunal is, in certain respects, comparable to a military tribunal, which often has limited rights of due process»⁴⁶. Tel qu'on peut le voir, cette affirmation n'est pas nécessairement isolée et fut réitérée par le juge Shahabudeen de la Chambre d'appel lors d'une décision plus récente où il citait les propos de la Commission européenne des Droits de l'Homme: «[T]he exceptional character of criminal proceedings involving war crimes committed during World War II renders [...] inapplicable the principles developed in the case-law of the Commission and the Court of Human Rights in connection with cases involving other criminal offences»⁴⁷. En revanche, une Chambre de première instance du TPI a constaté que, en ce qui concerne le droit de l'accusé à l'avocat de son choix, le *Statut* du tribunal va plus loin que l'article 6(3) de la *Convention européenne* tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme⁴⁸.

Inquisitoire ou accusatoire? Un *ersatz* juge d'instruction...

Le système de procédure adopté aux débuts du TPIY dans son *Règlement* penchait nettement en faveur du système «accusatoire» développé dans la *common law*. Suivant celui-ci, le procureur préparait son dossier pour fins de procès, mais il n'avait pas de pouvoir de contrainte et ne pouvait pas interroger des témoins sous serment afin de recueillir de la preuve en vue du procès. Par conséquent, lorsque l'audition commençait, le dossier du juge était vierge, une feuille blanche, et ne comportait en principe que l'acte d'accusation, comme devant les tribunaux de la

⁴² *Procureur c. Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1-AR72 (Décision sur la requête de la défense en appel interlocutoire sur la compétence), aux paras. 42-43; *Zand c. Autriche* (1979), 15 Comm. Eur. D.H.D.R. 70 à la p. 80; *Piersack c. Belgique* (1986), 47 (Sér.B) Cour Eur. D.H. 12; *Crociani, Palmiotti, Tanassi et D'Ovidio c. Italie* (1981) 22 Comm. Eur. D.H.D.R. 147 à la p. 219.

⁴³ *Procureur c. Aleksovski* (1999), Affaire n° IT-95-14/1-T au par. 53.

⁴⁴ *Procureur c. Delalic* (1998), Affaire n° IT-96-21-T aux paras. 461-69, 495-96.

⁴⁵ *Procureur c. Kovacevic* (1998), Affaire n° IT-97-24-AR73 (Décision motivant l'ordonnance de la chambre d'appel du mai 1998) aux paras. 32-33.

⁴⁶ *Procureur c. Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1 (Décision sur la requête du procureur demandant des mesures de protection de témoins et de victimes) au par. 28.

⁴⁷ *Supra* note 45 à la p. 4.

⁴⁸ *Procureur c. Delalic* (1997), Affaire n° IT-96-21-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/icty/ind-f.htm> (date d'accès: 18 février 2001) au par. 51.

common law. Aussi, la défense devait, en vertu du règlement, recevoir communication de tout élément de preuve pertinent, mais elle n'avait aucune obligation de réciprocité. Le procureur de la poursuite devait administrer l'ensemble de la preuve devant la Chambre de première instance, exception faite de ce qui était désigné «faits de notoriété publique»⁴⁹. Pour sa part, l'accusé pouvait attaquer les témoins de la poursuite en contre-interrogatoire, mais n'était soumis à aucune obligation de présenter ses propres éléments de preuve. À la clôture de la preuve de la poursuite, et avant même d'indiquer ses moyens de défense⁵⁰, le procureur de la défense pouvait soumettre une requête en rejet de l'accusation pour défaut de prouver un élément essentiel. L'accusé, advenant le rejet d'une telle demande, devait alors choisir de divulguer ses moyens de défense et, s'il le jugeait opportun, de témoigner lui-même. Enfin, dans le cas d'un jugement de culpabilité, l'accusé avait le droit suivant le règlement de soumettre d'autres moyens de preuve comme facteurs atténuants dans le but d'une diminution de la sanction⁵¹.

Peu à peu, les juges provenant des deux traditions, celle de la *common law* ainsi que celle du continent européen, se sont rendus compte des difficultés pratiques du *Règlement*. Les premiers grands procès, ceux de Tadic, de Delalic et d'Akayesu, semblèrent durer une éternité⁵². Pour le juge Jorda, «[u]n constat s'imposait donc : trop lourde, longue et vraisemblablement coûteuse, la procédure devait être réformée et le rôle du juge redéfini»⁵³. Lentement, les juges des deux tribunaux ont opté pour des modifications inspirées largement de la procédure romano-germanique. Dans certains cas, ces modifications furent «jurisprudentielles», fruit d'intervention de juges formés dans le système inquisitoire. Par exemple, à Arusha, le président Laïty Kama – magistrat sénégalais – a ordonné, lors du procès de Jean-Paul Akayesu au début de 1997, la production de l'ensemble du dossier de la poursuite. Dans son esprit, ce dossier, comportant des déclarations des témoins aux enquêteurs du Bureau du procureur, était en quelque sorte comparable au dossier d'instruction préparé par le juge enquêteur dans le système romano-germanique et déposé devant le tribunal avant le début de l'enquête. Il faut reconnaître toutefois que l'analogie entre un dossier du juge d'instruction et celui du *prosecuting attorney* dans un système «accusatoire» n'est pas parfaite. Bien que le procureur de la poursuite de la *common law* est lié par une certaine obligation d'objectivité et d'impartialité, son dossier ne contient toutefois pas nécessairement des éléments dits «à décharge». S'il trouve des témoins ou des faits matériels favorables à la défense, le procureur de la poursuite doit généralement les communiquer à cette dernière, mais son obligation ne va pas beaucoup plus loin.

⁴⁹ *Règlement de procédure et de preuve*, article 94.

⁵⁰ Exception faite pour une défense d'alibi ou un autre moyen de défense « spécial » : *Ibid.*, art. 67(A)(ii).

⁵¹ *Ibid.*, art. 100.

⁵² La grande exception est le procès de Furundzija qui n'a duré que quelques jours : *Procureur c. Furundzija* (1998), Affaire n° IT-95-17/1-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/jugement/main-f.htm> (date d'accès : 26 février 2001). Toutefois, l'accusé a prolongé la procédure avec une série de requêtes subséquentes demandant la réouverture de la preuve pour cause d'irrégularités imputables au bureau du procureur. La preuve fut réouverture et un complément d'enquête a eu lieu.

⁵³ C. Jorda et J. de Hemptinne, *supra* note 34 au par. 7.

Par conséquent, lorsqu'il a ordonné le dépôt du dossier de la poursuite, le juge Kama a vraisemblablement obtenu un dossier ne comportant pas les mêmes garanties d'objectivité que dans le cas d'un dossier d'un véritable juge d'instruction.

En juillet 1998, les juges se réunirent afin d'effectuer une refonte majeure du *Règlement*⁵⁴. La grande innovation de cette refonte fut la création d'une sorte de chambre d'enquête dont, même si celle-ci continue à fonctionner à l'intérieur d'un système «accusatoire», l'analogie avec le juge enquêteur du système romano-germanique est assez évidente. Suivant cette refonte, le juge responsable était désigné «juge de mise en état»⁵⁵ et sa mission, selon l'article 65 *ter*, était «sous l'autorité et le contrôle de la Chambre saisie de l'affaire, de coordonner les échanges entre les parties lors de la phase préparatoire au procès. Le juge de la mise en état s'assure que la procédure ne prend aucun retard injustifié et prend toutes les mesures nécessaires afin que l'affaire soit en état pour un procès équitable et rapide». Suivant le règlement, le juge devait statuer sur la recevabilité de la preuve et surveiller le processus de communication de la preuve. Les deux parties, procureur et défense, étaient tenues de soumettre des mémoires préalables permettant d'identifier les points principaux en litige et de clarifier des moyens qu'ils entendaient invoquer. De part et d'autre, il y avait une obligation de soumettre une liste de témoins et de fournir un résumé des faits au sujet desquels chaque témoin allait déposer. Lorsque ce travail était terminé et le dossier «en état», la Chambre de première instance à qui le procès avait été confié allait devoir s'informer du dossier du juge de mise en état. Enfin, la refonte prévoyait que la Chambre pouvait «si elle considère qu'un nombre excessif de témoins sont appelés à la barre pour établir les mêmes faits, inviter le Procureur à en réduire le nombre»⁵⁶.

Les modifications au *Règlement* en juillet 1998 font preuve d'une transformation de la procédure qui consiste essentiellement en améliorations inspirées du système romano-germanique. Pendant que les juges du TPIY se réunissaient en conférence plénière pour effectuer ces changements, les délégués à la Conférence de Rome étaient en train d'explorer ces mêmes questions. En effet, le «juge de mise en état» des tribunaux *ad hoc* trouve son vis-à-vis dans le *Statut de Rome*. Il s'agit, dans le *Statut de la CPI*, de la «Chambre préliminaire», qui est composée de trois juges plutôt que d'un seul⁵⁷ et qui possède des pouvoirs encore plus importants que ceux du «juge de mise en état». Ainsi, la Chambre préliminaire surveille les décisions du Procureur quant à l'opportunité de poursuivre⁵⁸ et elle peut prendre des mesures afin de protéger les droits de la défense avant même qu'une personne ne soit inculpée⁵⁹. L'article 54(1) du *Statut de la CPI* insiste également à ce que le procureur fasse «enquête tant à charge qu'à décharge». L'emploi de ce vocable, selon William Bourdon, rapproche les prérogatives du procureur à celles d'un juge d'instruction⁶⁰.

⁵⁴ *Règlement de procédure et de preuve*, art. 73 bis et 65 *ter*.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 65 *ter*.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 73 bis (c).

⁵⁷ Cependant, ces pouvoirs peuvent être exercés par un juge seul : *Ibid.*, art. 57(2)(b).

⁵⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 10, art. 53(2)-(3).

⁵⁹ *Ibid.*, art. 56(3).

⁶⁰ W. Bourdon, *La Cour pénale internationale*, Paris, Éditions du Seuil, 2000 à la p. 170.

Procédure de détermination de la peine

Selon Pierre Robert,

[l]a césure du jugement, c'est-à-dire, la distinction très nette entre la décision sur la culpabilité et la décision sur la peine, vient de la tradition de la *common law* où la procédure par jury réserve aux seuls jurés, « juges de faits », la compétence sur la détermination culpabilité, et attribue au juge professionnel la compétence sur le droit et la peine. La césure du jugement se trouve ainsi associée à la présomption d'innocence puisqu'on ne peut présenter aux jurés des preuves relatives à la personnalité d'un accusé sans risquer de faire naître leurs préjugés voire leurs préventions à son égard.⁶¹

Il n'y a pas eu de césure à Nuremberg et Tokyo. En ce qui concerne le TPIY, en l'absence d'une directive précise à ce sujet dans son *Statut*, les juges ont adopté dans la première version du *Règlement* une procédure scindée suivant le modèle de la *common law*⁶².

En même temps que le *Règlement* des tribunaux *ad hoc* fut modifié afin de créer le poste de juge de mise en état, une autre dérive vers le système romano-germanique vit le jour. Le procès bifurqué, par lequel les moyens de preuve pertinents à la sanction ne sont présentés que suite à un verdict de culpabilité, fut supprimé en faveur d'une seule et unique audition⁶³. L'accusé est donc maintenant tenu de présenter sa preuve de bon caractère ainsi que certains facteurs en mitigation – contrainte, ordres supérieurs, etc. - avant que la Chambre de première instance statue sur le fond. Pour présenter cette preuve ou ces facteurs atténuants, l'accusé doit parfois admettre certains faits coupables. Évidemment, la poursuite peut aussi présenter des éléments de preuve en réaction à cette preuve de bon caractère, ce qui fait naître le risque que l'appréciation du juge soit «contaminée» par les antécédents de l'accusé. Cette nouvelle approche à la procédure de détermination de la peine vient directement du système inquisitoire. Cette procédure ne fut pas suivie par la Conférence de Rome qui opta, afin de déterminer la peine, pour une audition distincte et subséquente à la condamnation⁶⁴.

⁶¹ P. Robert, « Procédure du jugement international », dans H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, *supra* note 1, 823 au par. 66.

⁶² *Règlement de procédure et de preuve*, art. 100.

⁶³ *Ibid.*, art. 98 *ter*. La modification au *Règlement de procédure et de preuve* fut discuté par la chambre de première instance II *quater* dans l'affaire *Procureur c. Delalic*, *supra* note 44 aux par. 83-84.

⁶⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 10, art. 76.

Procès par contumace?

L'absence d'une procédure de procès par contumace a fait couler beaucoup d'encre chez les juristes de tradition romano-germanique. Il est vrai que le *Statut* du TPIY n'impose aucun principe sur ce point, stipulant simplement que l'accusé a droit «à être présent au procès»⁶⁵. Cette norme est reprise textuellement de l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁶. Or, la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme a déjà reconnu que le procès par contumace, dans la mesure où l'accusé a été informé en bonne et due forme de sa tenue, ne constitue pas une violation de l'article 14⁶⁷. Toutefois, le Secrétaire général des Nations Unies a formulé, dans son rapport au Conseil de sécurité présentant en 1993 le projet de statut, un avis négatif en ce qui concerne le déroulement de tels procès en invoquant l'article 14 du *Pacte* de la façon suivante:

Aucun procès ne doit s'ouvrir avant que l'accusé ne soit physiquement présent devant le Tribunal international. D'aucuns estiment que le Tribunal international ne devrait pas procéder par contumace au motif que la pratique irait à l'encontre des dispositions de l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* aux termes duquel toute personne accusée a droit à être présente à son procès.⁶⁸

En adoptant le *Règlement*, les juges ont décidé de respecter le vœu du Secrétaire général.

Cependant, le *Règlement* a simultanément inventé, avec la Règle 61, une procédure qui se substitue en quelque sorte au procès par contumace. Suivant celle-ci, lorsqu'on constate l'impossibilité de l'exécution d'un mandat d'arrestation, le juge peut inviter le Procureur à présenter ses moyens de preuve lors d'une audition publique, mais *ex parte* où l'accusé – absent - ne peut pas se faire représenter⁶⁹, ni

⁶⁵ *Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie*, supra note 11, art. 21(4)(d); *Statut du Tribunal pour le Rwanda*, supra note 12, art. 20(4)(d).

⁶⁶ Supra note 19.

⁶⁷ *Mbenge c. Zaire* (no 16/1977), Doc. N.U. A/34/40 à la p.134; *The Right to a Fair Trial, Report to the U.N. Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities by Mr. S. Chernichenko and Mr. W. Treat on the Administration of Justice and the Human Rights of Detainees*, Doc. off. AG NU, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1991/29 (1991) aux par. 73-76; *Observation générale no. 13 (21)*, Doc. NU A/36/40 au par. 11. Pour le système régional européen, voir *Qaffaire Colozza et Rubinat* (1985), 89 (Sér. A) Cour Eur. D. H., 1 au par. 29; *Poitrimol c. France* (1993), 277 (Sér. A), Cour Eur. D. H. 1 au para 31.

⁶⁸ Supra note 32 au par. 101.

⁶⁹ *Procureur c. Karadzic et Mladic* (1996), Affaire n° IT-95-5-R61/IT-95-18-R61 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{re} instance) décision rejetant partiellement la requête soumise par M. Igor Pantelic, Conseil pour Radovan Karadzic, 27 juin 1996; *Procureur c. Karadzic et Mladic* (1996), Affaire n° IT-95-5-R61/IT-95-18-R61 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{re} instance) décision rejetant partiellement la requête soumise par M. Medvene et M. Hanley III, Conseils pour Radovan Karadzic, 5 juillet 1996.

soulever des moyens de contestation⁷⁰. L'audience, en vertu de la Règle 61, qui, dans certains cas, a duré plusieurs jours, implique des dépositions de témoins *viva voce*. À l'issue de cette procédure, si les juges considèrent «qu'il existe des raisons suffisantes de croire que l'accusé a commis une ou toutes les infractions mises à sa charge dans l'acte d'accusation, elle statue en conséquence». De plus, la Chambre peut émettre, suite à cette procédure, un mandat d'arrêt international qui est transmis à tous les États.

À plusieurs reprises, les juges ont déclaré que cette procédure ne constitue pas un procès par contumace⁷¹, mais selon le juge Sidhwa :

Rule 61 is basically an apology for this Tribunal's helplessness in not being able to effectively carry out its duties, because of the attitude of certain States that do not want to arrest or surrender accused persons, or even to recognize or cooperate with the Tribunal. In such circumstances, it is the International Tribunal's painful and regrettable duty to adopt the next effective procedure to inform the world, through open public hearings, of the terrible crimes with which the accused is charged and the evidence against the accused that would support his conviction at trial.⁷²

Dans cette optique, la procédure prévue par la Règle 61 est, malgré ce que l'on a parfois prétendu, beaucoup plus large que celle de l'enquête préliminaire ou du Grand Jury de la *common law*. Partageant la finalité du procès par contumace, cette procédure constitue plutôt un mécanisme didactique de condamnation et de stigmatisation. Il est vrai qu'aucune condamnation n'est prononcée en vertu de la Règle 61, mais la distinction avec une déclaration «que l'accusé a commis une ou toutes les infractions» semble assez théorique. À la différence d'un véritable procès par contumace, aucune peine n'est évidemment imposée.

La procédure prévue par la Règle 61 répond au moins en partie aux objections des juristes de tradition romano-germanique quant à l'absence du procès par contumace dans le *Statut* ou le *Règlement*. En réalité, le TPIY n'a tenu que cinq procédures en vertu de cette Règle et le TPIR n'en a jamais fait. Le Bureau du Procureur semble avoir rapidement perdu son enthousiasme pour le mécanisme après avoir constaté que la divulgation des moyens de preuve lors d'une enquête publique offrait certains avantages stratégiques à l'accusé. De plus, les enquêtes en vertu de la Règle 61 étaient sans doute plus intéressantes lorsque le TPIY manquait d'accusés en

⁷⁰ *Procureur c. Karadzic et Mladic* (1996), Affaire n° IT-95-5-R61/IT-95-18-R61 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{re} instance) décision rejetant partiellement la requête soumise par M. Medvene et M. Hanley III, demandant l'autorisation de soumettre des mémoires contestant l'équité du *Statut* et le *Règlement de procédure et de preuve*, 24 juillet 1996.

⁷¹ Voir par ex. *Procureur c. Rajic* (1996), Affaire n° IT-95-12-R-61 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{re} instance), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/icty/rajic/trialc2/decision-e/60913612.htm> (date d'accès: 26 février 2001).

⁷² *Ibid.*, juge Sidhwa.

détention, une situation qui a été corrigée depuis un certain nombre d'années et qui n'a jamais existé auprès du TPIR.

Cette expérience avec le «demi-procès» par contumace n'a pas beaucoup impressionné les rédacteurs du *Statut de Rome*. Ainsi, non seulement ont-ils clarifié dans le texte du *Statut* qu'il n'y aura pas de procès par contumace⁷³, mais ils ont aussi spécifié qu'il n'y aura pas non plus de procédure mitoyenne comparable à celle de la Règle 61 du TPIY.

«Plea bargaining» et plaidoyer de culpabilité

Il est largement reconnu qu'une des distinctions importantes entre le système de la *common law* et celui de la *civil law* est la possibilité, dans le premier, de faire du «plea bargaining» ou, tel qu'appelé par la Commission de réforme du droit du Canada «entente sur le plaidoyer»⁷⁴. En effet, avant et même pendant le procès, l'accusé peut proposer au procureur de la poursuite un plaidoyer de culpabilité en échange d'une réduction dans la portée de l'accusation (de meurtre à homicide involontaire, par exemple) ainsi que d'un accord sur la durée de la peine. Il est inexact de dire que le «plea bargaining» est un élément de la *common law* puisque, quoique très répandu dans certains États dont les États-Unis d'Amérique, il s'avère relativement inconnu dans d'autres. Toutefois, dans les pays de la *common law* où il n'y a pas de «plea bargaining» au sens strict, il est toujours possible pour l'accusé de plaider coupable au début du procès et de réduire ainsi considérablement la durée du procès. Dans un tel cas, le juge accepte un résumé de la preuve et n'exige pas la déposition personnelle des témoins de la poursuite, dont le contenu est en quelque sorte admis par la défense. De son côté, le juge d'instruction du système romano-germanique se choque à l'idée d'une culpabilité par admission. Du moins en théorie, celui-ci poursuit son enquête même en présence d'un aveu de l'accusé. Selon le juge Cassese, «[c]ette pratique n'a pas d'équivalent direct dans la tradition de droit romain, où l'aveu de culpabilité fait simplement partie des éléments de preuve que le tribunal devra examiner et évaluer»⁷⁵. En revanche, il faut dire que même en droit continental, cet aveu simplifie considérablement les choses pour le juge d'instruction. Il existe donc une différence philosophique significative entre les deux systèmes lorsqu'ils sont confrontés à l'aveu ou au plaidoyer de culpabilité.

Le *Statut* du TPIY était ambigu sur la question des plaidoyers de culpabilité, l'article 20(3) suggérant qu'un procès ait lieu malgré l'aveu de l'accusé. Cependant, la Règle 62 envisage deux options lorsque l'accusé est invité à faire son plaidoyer lors de la comparution. En cas de plaidoyer de culpabilité, une date doit être établie pour la détermination de la peine. Vraisemblablement, les juges n'avaient pas anticipé de difficultés sur ce point, notamment dû au fait que dans l'histoire de la justice pénale internationale, même si plusieurs accusés ont admis certains faits inculpataires, on ne

⁷³ *Supra* note 10, art. 63.

⁷⁴ Commission de réforme du droit, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer : Document de travail n.60*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1982 à la p.4.

⁷⁵ *Procureur c. Erdemovic*, *supra* note 13 au par. 7.

trouve pas de véritable plaidoyer de culpabilité. La situation a changé dramatiquement en 1996 lorsque Drazen Erdemovic, témoin appelé à La Haye dans le cadre de l'affaire *Karadzic et Mladic*, a avoué sa responsabilité directe et personnelle pour plusieurs dizaines d'exécutions sommaires à Srebrenica en juillet 1995. En mai 1996, Erdemovic comparut devant une Chambre de première instance présidée par le juge français Claude Jorda, un juriste manifestement mal à l'aise avec ce genre de procédure. Le juge Jorda vérifia sommairement que le plaidoyer était libre et volontaire et déclara l'accusé coupable de crimes contre l'humanité. Voici l'échange à ce propos:

Juge Jorda : Le Tribunal tient à vous le rappeler, que vous pouvez plaider ou bien coupable ou bien non coupable - c'est la procédure qui a été retenue dans ce Tribunal international - étant entendu évidemment que les conséquences sont tout à fait différentes. Je vous les explique :

Si vous plaidez non coupable vous avez droit à un procès dans lequel évidemment, avec votre avocat, vous contesterez les charges, vous contesterez les allégations et les incriminations présentées par le Procureur, qui sont, je vous le rappelle, alternatives, c'est-à-dire qu'il y a l'une ou l'autre des infractions, celle de crimes contre l'humanité ou celle de crimes de guerre[...] Violations des lois ou coutumes de guerre.

Si vous plaidez coupable, le procès continuera, mais d'une manière tout à fait différente - ce que je crois vous devez bien saisir - mais que je dois vous expliquer, c'est-à-dire à ce moment-là vous aurez l'occasion dans une autre audience que nous fixerons, à ce moment-là évidemment en accord avec tout le monde, et vous plaiderez d'une manière différente, c'est-à-dire que vous aurez plaidé coupable, mais vous plaiderez sur d'autres circonstances, qu'elles soient des circonstances atténuantes ; le Procureur plaidera éventuellement sur des circonstances éventuellement aggravantes ou atténuantes. Il y aura donc un dialogue entre votre défenseur, vous et le Procureur qui sera d'une nature différente.

Alors ceci étant expliqué, le Tribunal doit vous demander maintenant : est-ce que vous êtes prêt à plaider et est-ce que vous plaidez coupable ou non coupable ?

M. Erdemovic : Monsieur le Président, j'ai dit à mon conseil déjà que j'avais l'intention de plaider coupable.⁷⁶

⁷⁶ *Procureur c. Erdemovic* (1996), Affaire n° IT-96-22-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/jugement/erd-tsj961129f.htm> (date d'accès: 26 février 2001) à la p.7.

Un an plus tard, la Chambre d'appel cassa le jugement de condamnation rendu par le juge Jorda et ses deux collègues de la Chambre de première instance parce que Erdemovic n'était pas suffisamment bien informé de la nature de l'accusation de crimes contre l'humanité pour laquelle il avait été trouvé coupable⁷⁷. De plus, selon la Chambre d'appel,

[I]'Appelant n'a pas été clairement averti qu'en plaidant coupable, il perdrait son droit à un procès, son droit à être présumé innocent jusqu'à la preuve de sa culpabilité et son droit à proclamer son innocence et son absence totale de responsabilité pénale pour les crimes imputés. Il a été expliqué à l'Appelant que, s'il plaidait non coupable, il aurait à contester les accusations portées contre lui tandis que, s'il plaidait coupable, il aurait l'occasion d'expliquer les circonstances dans lesquelles le crime a été commis.⁷⁸

Après l'affaire *Erdemovic*, le *Règlement* a été modifié afin de clarifier la procédure en cas de plaidoyer de culpabilité. L'article 62 *bis*, intitulé «Plaidoyers de culpabilité», codifie les enseignements de la Chambre d'appel dans *Erdemovic*. Dorénavant, la Chambre de première instance doit vérifier que le plaidoyer de culpabilité a été fait délibérément, qu'il est fait en connaissance de cause, qu'il n'est pas équivoque et qu'il existe, compte tenu soit d'indices indépendants soit de l'absence de tout désaccord déterminant entre les parties sur les faits de l'affaire, des faits suffisants pour établir le crime et la participation de l'accusé à celui-ci. Depuis cette modification, les deux tribunaux ont reçu plusieurs plaidoyers de culpabilité. Dans le cas le plus célèbre, celui de l'ex-premier ministre du Rwanda Jean Kambanda⁷⁹, l'accusé a essayé de revenir sur son plaidoyer lors de l'appel en prétendant que l'aveu n'était pas libre et volontaire, mais ce moyen de pourvoi fut rejeté par la Chambre d'appel⁸⁰.

Entre temps, la question des plaidoyers de culpabilité occupa également les négociateurs du *Statut de Rome*. À la séance de la Commission préparatoire en août 1997, un projet d'article intitulé «Procédure en cas d'aveu de culpabilité» fut examiné. Manifestement, cette procédure provoqua un malaise chez la délégation française qui méconnaît la procédure de «plea bargaining» dans le système anglo-saxon. La délégation insista à ce qu'une clause soit ajoutée précisant que «[l]es consultations entre le Procureur et la défense relatives à la modification des chefs d'accusation, à l'aveu de culpabilité ou à la peine à prononcer n'engagent pas la Cour». Ce paragraphe

⁷⁷ *Procureur c. Erdemovic* (1997), Affaire n° IT-96-22-A, *supra* note 13 au par. 15, juges McDonald et Vohrah.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Procureur c. Kambanda* (1998), Affaire n° ICTR-97-23-S (Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Chambre I), en ligne : Tribunal Pénal International pour le Rwanda <http://www.ictr.org/french/index.htm> (date d'accès : 26 février 2001).

⁸⁰ *Procureur c. Kambanda* (2000), Affaire n° ICTR-97-23-A (Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne : Tribunal Pénal International pour le Rwanda <http://www.ictr.org/french/index.htm> (date d'accès : 26 février 2001).

additionnel, devenu l'article 65(5) dans la version finale du *Statut*, ne dérange aucunement les délégations des pays de la *common law*, pour qui il va de soit que de telles consultations ne peuvent pas lier le juge. Pour sa part, analysant le système de «plea bargaining» dans certains pays de *common law*, le manuel *Droit pénal comparé*, publié en France par le professeur Jean Pradel en 1995 affirme : «Il est bien clair que le juge n'est pas lié par de tels accords[...]»⁸¹. Le texte de l'article 65 du *Statut de Rome* est plus détaillé que celui du *Règlement des tribunaux ad hoc*, mais il n'existe sur le fond aucune différence significative⁸². Le professeur Pierre Robert remarquait que le plaidoyer de culpabilité dans le *Statut de Rome* est mieux encadré que dans la *common law*, qui se satisfait d'un «enregistrement d'un aveu de culpabilité»; ceci «se traduit par un renforcement du rôle inquisitorial de la Cour»⁸³.

Contrainte

La recevabilité du moyen de défense de contrainte est une question de fond et non pas une question de procédure. Toutefois, comme elle soulève des questions intéressantes concernant les rapports entre les deux systèmes, il paraît utile d'en traiter brièvement. Règle générale, les statuts des tribunaux *ad hoc* ont très peu à dire sur les moyens de défense, aussi appelés justifications et excuses. En effet, seulement deux moyens de défense y sont traités explicitement, essentiellement pour les rendre irrecevables, il s'agit des défenses de qualité officielle⁸⁴ et d'ordres supérieurs⁸⁵ qui reprennent essentiellement des dispositions du *Statut du Tribunal Militaire International*. Il est donc laissé aux juges le soin de déterminer la recevabilité d'autres moyens de défense.

L'accusé Erdemovic lors de sa comparution a déclaré : «Monsieur le Président, j'ai été contraint d'agir de la sorte, si j'avais refusé de le faire, on m'aurait tué en même temps que les victimes. Lorsque j'ai refusé, on m'a dit : "Si tu as pitié d'eux, mets-toi avec eux et on te tuera aussi". Je n'avais pas peur pour moi, j'avais peur pour ma famille, pour mon épouse et mon fils qui avait neuf mois à l'époque, et je ne pouvais pas refuser sans quoi ils m'auraient tué»⁸⁶. Le plaidoyer de culpabilité d'Erdemovic fut admis par la Chambre de première instance, mais ce n'est que lors de l'appel que l'on décida d'examiner la recevabilité du moyen de contrainte. En fait, si la contrainte avait été recevable comme excuse, la Chambre de première instance aurait dû refuser le plaidoyer de culpabilité vu la possibilité d'innocence. Dans cette affaire, la Chambre d'appel était divisée sur cette question. La décision de la majorité fut rédigée par deux juges venant de juridictions de la *common law*, les juges

⁸¹ J. Pradel, *supra* note 13 à la p.541.

⁸² L'article 139 du projet de *Règlement de procédure et de preuve* ajoute quelques précisions au texte de l'article 65 du *Statut de Rome*.

⁸³ P. Robert, *supra* note 61 au par. 39.

⁸⁴ *Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie*, *supra* note 11, art. 7(2); *Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda*, *supra* note 12, art. 6(2).

⁸⁵ *Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie*, *supra* note 11, art. 7(4); *Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda*, *supra* note 12, art. 6(4).

⁸⁶ *Procureur c. Erdemovic* (1996), Affaire n° IT-96-22-T, *supra* note 76 à la p. 9.

McDonald (États-Unis d'Amérique) et Vohrah (Malaisie)⁸⁷. La Chambre reconnut sans hésitation que la contrainte est généralement recevable dans les systèmes de *civil law*⁸⁸, tandis que la *common law* adopte la position contraire, au moins en cas de meurtre⁸⁹. Toutefois, «[i]l ressort à l'évidence des différentes positions des principaux systèmes juridiques du monde qu'il ne se dégage aucune règle concrète répondant à la question de savoir si la contrainte constitue ou non un moyen de défense pour le meurtrier de personnes innocentes»⁹⁰. Dans ce sens, la majorité refusa donc de considérer le moyen de défense de contrainte, mais accepta, tout comme il en fut le cas quelques mois plus tard, que la contrainte puisse être prise en considération comme facteur atténuant lors du prononcé de la peine⁹¹.

Dans cette affaire, deux membres de la Chambre d'appel, les juges Cassese et Stephen, étaient dissidents. Pour le juge Cassese, d'origine italienne, l'enjeu fondamental était «si la justice internationale adopte l'approche de la *common law* en matière de contrainte». Selon lui, le TPIY «ne devrait pas s'appuyer exclusivement sur les notions, les considérations pratiques ou les fondements philosophiques des pays de *common law*, en faisant abstraction des pays de droit romain ou de ceux relevant d'autres systèmes juridiques»⁹². En ce qui concerne le juge Stephen, d'accord avec le juge Cassese, il a essentiellement critiqué l'incohérence de la jurisprudence de la *common law* au sujet de la défense de contrainte⁹³.

L'affaire *Erdemovic* nous fournit un excellent exemple d'un renversement de la jurisprudence par le législateur international. Pour sa part, la Conférence diplomatique à Rome décida de rétablir dans l'article 31(1)(d) du *Statut de Rome* le moyen de défense de contrainte. Selon cette disposition, constitue un motif d'exonération de la responsabilité pénale le fait que le comportement de l'accusé «a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui» dans la mesure où cette personne «a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter».

* * *

⁸⁷ Le juge Li, d'origine chinoise, a souscrit au jugement des juges McDonald et Vohrah sur ce point.

⁸⁸ *Procureur c. Erdemovic* (1997), Affaire n° IT-96-22-A, *supra* note 13 au par. 59.

⁸⁹ *Ibid.* aux par. 60, 70.

⁹⁰ *Ibid.* au par. 72.

⁹¹ *Procureur c. Erdemovic* (1998), Affaire n° IT-96-22-S (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, chambre de 1^{re} instance), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/jugement/erd-ts980305f.htm> (date d'accès : 26 février 2001).

⁹² *Procureur c. Erdemovic* (1997), Affaire n° IT-96-22-A, *supra* note 13 au par. 11. Voir aussi *Procureur c. Barayagwiza* (1999), Affaire n° ICTR-97-19-AR72 (Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Chambre I) au par. 40.

⁹³ *Procureur c. Erdemovic* (1997), Affaire n° IT-96-22-A, *supra* note 13 au par. 59, juge Stephen.

Dans un premier temps, la justice pénale internationale semblait, au moins dans sa version contemporaine des tribunaux *ad hoc*, destinée à devenir un champs de bataille entre juristes venant de traditions différentes. Une méconnaissance de l'autre système, présente dans les deux camps, provoquait un climat de suspicion et de concurrence. Pour certains, c'était le «choc de civilisations» de Samuel Huntingdon, mais sur le plan judiciaire. Ces débuts difficiles sont heureusement derrière nous. Le climat maintenant en est un de respect mutuel nous offrant un processus d'apprentissage qui permet l'appréciation des avantages de l'autre système et non seulement ses inconvénients et incohérences.

Cette évolution, voire cette synergie entre la *common law* et la *civil law* se passe dans un contexte de mise en œuvre des normes internationalement reconnues d'équité procédurale. Sur ce plan, tel que la Cour européenne des Droits de l'Homme l'a souvent constaté, les deux systèmes judiciaires offrent également des points forts et des points faibles. Ces normes internationales ont fourni le point de départ aux juristes internationaux dans leur quête pour un système acceptable.

Enfin, la justice pénale internationale a des qualités qui lui sont propres. Le rôle des organes politiques et notamment celui le Conseil de sécurité est incontournable. Tel qu'on a pu le voir en 1999 dans le dossier *Milosevic*, les actes d'accusation sont parfois émis au sein même de crises et de guerres internationales. Lors du procès, il y a un dossier factuel à caractère politique et historique à établir puis le procureur autant que l'accusé sont confrontés à des difficultés énormes d'accès aux témoins et aux preuves documentaires.

Ainsi, le système procédural de droit pénal international est l'œuvre de trois courants importants : un nouvel esprit de collaboration entre juristes des deux traditions judiciaires, un respect des normes fondamentales du procès équitable telles qu'interprétées par les organes de contrôle et, finalement, l'intérêt d'établir des mécanismes originaux correspondant aux besoins particuliers et uniques de la répression internationale des violations les plus graves des droits de la personne.