

L'EXCLUSION DES PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS PENALES INTERNATIONALES

Alexis MANTSANGA*

En raison de la nature hybride du système probatoire international, les juridictions pénales internationales n'abordent pas de la même manière la question de l'exclusion de certains éléments de preuve fournis par les parties avant et pendant le procès. Pourtant, afin que s'appliquent les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence, les éléments de preuve sur lesquels le juge fonde son intime conviction doivent être librement débattus par les parties dans le prétoire. Si ce principe de droit pénal est généralement reconnu au niveau interne – du moins en théorie –, au niveau international, sa concrétisation en tant que règle procédurale est sujette à controverses devant les Chambres des juridictions pénales internationales. Il existe en effet, une nette opposition entre d'une part, la thèse qui préconise l'exclusion de tout élément de preuve dépourvu de pertinence et de valeur probante et d'autre part, la thèse qui vise à soumettre l'admission de la preuve à la libre appréciation du juge et dans l'intérêt de la justice. Le manque de clarté, l'ambiguïté et l'imprécision de certaines dispositions pertinentes des Statuts et des Règlements de procédure et de preuve sont autant d'obstacles à l'élaboration de critères ou d'indices de référence communs à toutes les juridictions pénales internationales en matière d'exclusion de certains éléments de preuve. Le présent article tente d'analyser sous un angle critique les procédés relatifs à l'exclusion de certains éléments de preuve devant les juridictions pénales internationales.

INTRODUCTION

Si les juridictions pénales internationales ne sont pas liées par des règles de droit qui régissent l'admission de la preuve devant les juridictions pénales internes, elles le sont encore moins en ce qui concerne les règles de leur exclusion. Devant ces juridictions, l'hypothèse d'un procès pénal par extension du système juridique des Etats a même été écartée¹. Généralement, les juges internationaux ont en effet un large pouvoir en matière d'exclusion des éléments de preuve qu'ils estiment n'avoir pas atteint le degré requis de pertinence ou de valeur probante².

Dans le cadre des Tribunaux pénaux internationaux³ et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone⁴, le principe de l'exclusion de certains éléments de preuve est énoncé à l'article 95 de leurs Règlements de procédure et de preuve⁵ respectifs⁶. L'article 95 reprend la règle générale de

* Docteur en droit international. juridique auprès des Chambres Extraordinaires au sein des (CETC). Assistant des Conseils à la Cour pénale internationale (CPI). Adresse électronique : alexismantsanga@ymail.com

¹ Voir M. DELMAS-MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*. Vol. VII. *Les processus d'internationalisation*, Paris, Edition de la Maison des sciences de l'homme, 2001, p. 4.

² L'article 89 D) des Règlements des TPI et du TSSL dispose que : « *La Chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence du procès équitable* ».

³ Tribunaux pénaux internationaux ou Tribunaux ad hoc constitués du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« ci-après TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« ci-après TPIR »)

⁴ « Ci-après le TSSL »).

⁵ « Ci-après les Règlements »

⁶ L'article 95 des Règlements des TPI et du TSSL stipule que : « *N'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte* ».

l'exclusion de la preuve consacrée à l'article 89 D)⁷ et confirmée par la jurisprudence⁸. Devant la Cour pénale internationale⁹, les conditions d'exclusion de certains éléments de preuve sont définies par l'article 69(7) (a) et (b) du Statut de Rome¹⁰. S'agissant du Tribunal spécial pour le Liban¹¹ l'article 162 du Statut énonce diverses conditions cumulatives susceptibles d'aboutir à l'exclusion de certains éléments de preuve fournis par les parties au cours d'une procédure¹².

Il ressort de ces textes qu'en théorie, tout élément de preuve obtenu par des moyens peu fiables et dont l'admission risque de compromettre le tribunal et de porter gravement atteinte aux normes internationales des droits de l'homme, doit être exclu¹³. Seraient ainsi écartés les éléments de preuve matériels, certains types de témoignage, les déclarations ou les écrits qui font l'objet d'une exclusion expresse ou dont la valeur probante est largement dépassée par le préjudice qui pourrait être causé à la défense s'ils étaient déclarés recevables¹⁴.

Si le principe de l'exclusion de certains éléments de preuve semble faire l'unanimité, il existe toutefois un écart entre la théorie et la pratique. La jurisprudence riche et abondante permet de constater que les Chambres font diverses interprétations des dispositions pertinentes en matière d'exclusion de la preuve¹⁵. Cet écart peut s'expliquer par le fait que les textes n'énoncent pas de critères précis ou des indices communs susceptibles de guider le juge lorsqu'il interprète les textes¹⁶. En outre, en vertu du principe de la liberté de la preuve, le juge est libre de recevoir toute preuve susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité. .

Des divergences relativement importantes peuvent être constatées dans plusieurs domaines et notamment en matière de divulgation des communications privilégiées entre les parties, en matière d'exclusion des preuves obtenues à partir d'une ligne de conduite délibérée et en matière de ouï-dire. S'agissant des communications ou des échanges d'informations entre les parties, il importe de rappeler que, nonobstant le secret professionnel qui aurait pu imposer des restrictions

⁷ L'article 89 D) des Règlements des TPI et du TSSL stipule précise qu'en matière d'administration de la preuve, « la Chambre de première instance peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence du procès équitable ».

⁸ *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et consorts*, affaire n°IT-96-21, Décision relative à la requête de Zdravko Mucić concernant l'exclusion des preuves, 2 septembre 1997, par. 44 (« ci-après affaire *Čelebići* »). Voir A. KLIP et G. SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. I, 1999, p. 227 ; K. AMBOS, « International Criminal procedure : adversarial, inquisitorial or mixed ? », *ICLR*, vol. 3, 2003, p. 24.

⁹ « Ci-après la CPI ».

¹⁰ Le contenu de l'article 69(7) (a) et (b) du Statut de Rome se lit comme suit : « Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles : a) si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ; et b) si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité ».

¹¹ « Ci-après le TSL ».

¹² Cet article dispose que : A) « Ne sont pas recevables les éléments de preuve obtenus par des moyens qui en remettent sérieusement en cause la fiabilité ou dont l'admission est de nature à compromettre l'instance et à porter gravement atteinte à son intégrité » ; B) « Ne sont pas recevables les éléments de preuve obtenus en violation des normes internationales en matière des droits de l'homme, dont l'interdiction de la torture ».

¹³ *Le Procureur c/Brđanin*, affaire n°IT-99-36, Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'exclure certains éléments de preuve et de limiter un témoignage, 3 juillet 2000, par. 3.

¹⁴ *Affaire Kvočka et consorts*, affaire n°IT-98-30-1, Décision relative à la requête de Zoran Zigic aux fins de confidentialité et d'annulation des annexes jointes à la décision sur les pièces à conviction, 19 juillet 2001.

¹⁵ Voir M. DAMAŠKA, « Evidentiary Berries to Convention and Two Models of Criminal Procedure : A Comparative Study », *University of Passadena Law Review*, 1973, p. 506 ; J. SPENCER – B. DELEUZE – D. VORMS, « La preuve : une question inclassable », *APC*, 1993, p. 44.

¹⁶ Voir S. ALLEGREZZA, « Les règles d'exclusion de la preuve testimoniale devant la Cour pénale internationale et dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux : un aperçu critique », sous la direction de E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Milan, Giuffrè Editore, 2003, p. 244.

concernant la divulgation des communications privilégiées entre les parties, l'imprécision, l'ambiguïté et la contradiction de certaines dispositions pertinentes des Statuts et des Règlements amènent parfois les juges à contraindre le conseil de la défense à divulguer le contenu de ses communications avec son client. Les juges offrent ainsi à la partie qui soutient l'accusation l'opportunité d'utiliser ces communications comme preuves à charge au cours du procès.

L'exclusion des preuves en vue d'établir une ligne de conduite délibérée fait également l'objet de controverses devant les juridictions pénales internationales. A l'exception des TPI et du TSSL, aucune autre juridiction pénale internationale n'offre à l'accusation la possibilité de démontrer les violations graves du droit international humanitaire à travers une ligne de conduite délibérée. En l'absence de témoignages, de preuves matérielles ou d'indices précis et concordants, les Chambres de première instance des TPI et du TSSL peuvent recevoir des informations obtenues à travers une ligne de conduite délibérée en tant qu'éléments de preuve à charge. Si le Statut de Rome et le Règlement de la CPI n'abordent pas expressément la question de la ligne de conduite délibérée dans l'administration de la preuve, aucune disposition pertinente n'empêche le juge à considérer qu'un élément de preuve obtenu par ce procédé est susceptible de contribuer à la manifestation de la vérité judiciaire.

Enfin, les Statuts et les Règlements des juridictions pénales internationales ne font pas preuve de clarté en ce qui concerne l'admission et l'exclusion des éléments de preuve obtenus par ouï-dire. Le caractère hybride de la procédure pénale internationale oblige le juge à apprécier l'exclusion d'une preuve obtenue par ce procédé au cas par cas. Certains juges estiment en effet que la preuve par ouï-dire doit être exclue de la procédure en raison de son manque de crédibilité et de fiabilité. D'autres affirment en revanche qu'aucun principe ne s'oppose à son admission.

Pour tenter de cerner quelques uns des problèmes auxquels sont confrontées les juridictions pénales internationales en matière d'exclusion de certains éléments de preuve, nous examinerons les restrictions possibles à l'obligation de communiquer les informations privilégiées entre les parties (I). Ensuite, nous aborderons la question de l'exclusion des éléments de preuve susceptibles d'établir une ligne de conduite délibérée (II). Enfin, le dernier point se penchera sur la question de l'exclusion des preuves obtenues par ouï-dire (III).

I. Les restrictions à l'obligation de communiquer certaines informations privilégiées entre les parties avant et pendant le procès

Dans un procès pénal, l'accusation et la défense ont l'obligation de communiquer à l'autre partie les informations et les pièces en leur possession. Cette obligation n'est cependant pas sans limites. Certaines restrictions empêchent les parties de communiquer à l'autre partie des informations ayant un caractère confidentiel. Puisqu'elles sont marquées par le sceau du secret professionnel, ces informations ne sont pas – en théorie – recevables comme éléments de preuve susceptibles d'être exploités par l'autre partie au cours du procès. C'est le cas des communications ayant eu lieu entre l'avocat et son client. A cause du silence des textes, l'admission d'une déclaration préalable d'un témoin à décharge, c'est-à-dire avant que celui-ci ne soit autorisé à déposer dans le prétoire, fait également l'objet de vives controverses au sein des Chambres de première instance des juridictions pénales internationales.

Devant les TPI, ni les Statuts ni les Règlements de procédure et de preuve n'abordent la question de l'admission des déclarations préalables des témoins à décharge dès lors qu'elles sont couvertes par le secret professionnel. Pourtant, rien dans ces textes n'empêche une Chambre d'ordonner la communication des déclarations préalables des témoins à l'autre partie en prévision du procès. En revanche, le Statut de Rome et le Règlement de la CPI n'excluent pas *a priori* la possibilité d'accorder, sous certaines conditions, la qualité d'éléments de preuve aux témoignages à charge ou à décharge préalablement enregistrés.

1.1. L'exclusion de la divulgation des communications entre l'avocat et son client

Les communications « privilégiées » entre l'avocat de la défense et son client sont exceptionnellement recevables parce qu'elles comportent des informations confidentielles protégées par le secret professionnel¹⁷. Les Chambres n'ordonnent la divulgation de ces informations à l'Accusation que lorsque les circonstances particulières le permettent. D'ailleurs, l'article 97 des Règlements des TPI prend le soin de préciser que les communications échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel. Par conséquent, leur divulgation à l'accusation ne peut pas être ordonnée à moins que : « i) le client ne consente à leur divulgation ; ou ii) le client n'en ait volontairement divulgué le contenu à un tiers et que ce tiers n'en fasse état au procès ».

Il ressort de cette disposition que toutes les communications échangées entre un avocat et son client sont interdites de divulgation parce qu'elles sont protégées par des dispositions légales en matière de confidentialité des communications¹⁸. Néanmoins, l'article 97(1) du Règlement du TSSL adresse une mise en garde suivante : « Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme permettant au conseil de se prévaloir du principe de la confidentialité qui préside à ses communications avec son client pour dissimuler sa participation à des pratiques illicites telles que de ses honoraires avec son client »¹⁹. Une disposition semblable est prévue à l'article 163 (iii) du Règlement du TSL. Cet article prévoit une exception supplémentaire à ce principe, à savoir que « le client n'ait eu l'intention de commettre un crime et que les communications échangées n'aient contribué à sa commission ».

Le Règlement de la CPI précise également le caractère confidentiel des communications entre un accusé et son conseil. La règle 73 (1) précise que ces communications sont protégées par le secret professionnel et se trouvent dès lors exclues de toute divulgation entre les parties. Par conséquent, elles ne peuvent être utilisées comme preuves à charge. Toutefois, ce secret peut être exceptionnellement levé et la divulgation de ces communications peut être autorisée sous certaines conditions, à savoir que : « a) l'intéressé y consent par écrit, ou que si b) l'intéressé a volontairement divulgué ce contenu à un tiers, qui le révèle par la suite ».

La règle 73(2) du Règlement de la CPI précise pour sa part que les communications entre le conseil et son client ne sont pas couvertes par le secret professionnel seulement si les juges déterminent trois conditions non cumulatives suivantes : « a) ces communications doivent relever d'une catégorie de relations professionnelles et s'inscrire dans les rapports confidentiels dont on pouvait raisonnablement déduire qu'elles demeureront privées et ne seraient pas révélées ; b) la confidentialité doit être un aspect essentiel de la nature et de la qualité des relations existant entre l'intéressé et la personne à laquelle il s'est confié et ; c) la connaissance du secret de ces communications doit servir les fins du Statut et du Règlement ».

Le Règlement de la CPI dresse aussi une liste non exhaustive des communications qui font partie du secret professionnel, c'est-à-dire exclues de toute divulgation à la partie adverse²⁰.

¹⁷ Certaines communications sont échangées dans le cadre de relations professionnelles ou similaires et de ce fait s'inscrivent dans les rapports dont on peut raisonnablement déduire qu'elles demeureront privées et ne seront pas révélées. Dans certains cas, la loi impose à certaines personnes, sous peine de sanctions, de ne pas divulguer des faits qui leur ont été révélés confidentiellement ou dont elles ont pris connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. C'est le cas notamment des avocats, des notaires, des médecins ou des prêtres.

¹⁸ J.K. COGAN, « The Problem of Obtaining Evidence for International Criminal Court », *Human Rights Quarterly*, vol. XXXII, 2000, p. 374-397. Voir également D. MAYER, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédure applicable », *L'Astrée*, n°8, 1999, p. 56-89.

¹⁹ Voir également article 97(2) du Règlement du TPIR.

²⁰ La règle 73(3) du Règlement de la CPI stipule : « Lorsqu'elle procède à cette détermination, la Cour accorde une attention particulière à ce que le secret professionnel soit étendu aux communications s'inscrivant dans des relations

En revanche, si la confidentialité est un droit garanti à l'article 67(1) du Statut de Rome²¹, la règle 78 du Règlement de la CPI ne semble pas limiter les informations susceptibles d'être portées à la connaissance du Procureur et à la demande de celui-ci²². Or, certaines informations pouvant être réclamées par le Procureur ne répondent pas véritablement aux conditions requises en matière de divulgation des communications et ne plaident pas en faveur du levé du secret professionnel. En théorie, la règle 78 du Règlement de la CPI semble offrir plus d'ouverture à l'admission des communications privilégiées entre l'avocat de la défense et son client. Enfin, l'ambiguïté entretenue par l'article 67(1) du Statut de Rome et la règle 78 du Règlement de la CPI apparaît clairement en matière de confidentialité des communications privilégiées entre l'accusé et son conseil, d'une part, et la divulgation avant le procès de certains éléments de preuve à décharge en possession de la défense, de l'autre.

A titre de comparaison, il est établi en Angleterre depuis longtemps que le secret professionnel couvre les communications entre le conseiller juridique d'un client et les tiers dans l'objectif de préparer ou d'envisager une action en instance²³. Les systèmes juridiques de droit continental appliquent généralement ce que le droit anglais appelle « le secret professionnel juridique ». Dans une opinion séparée, l'Avocat général de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a estimé que les différences de traitement de la question du secret professionnel par les juridictions internes, précisément dans les Etats membres de la Communauté européenne sont fondamentalement des « différences d'approche ou de méthode (rendues nécessaires par leurs systèmes juridiques fondamentalement différents) plutôt que des différences de résultat »²⁴.

Il ressort de ce qui précède que la question de la divulgation des communications entre le conseil et son client demeure imprécise et mal abordée par les Statuts et les Règlements des juridictions pénales internationales. Les dispositions pertinentes autorisant ou interdisant cette divulgation ne permettent pas de dégager les conditions requises et les limites imposées par le secret professionnel. Par conséquent, les Chambres apprécient librement les raisons de la divulgation de ces informations privilégiées. Elles s'appuient en particulier sur la règle générale de la communication des éléments de preuve entre les parties.

Nous estimons que la recherche de la vérité n'est pas en contradiction avec le respect des principes fondamentaux du droit pénal, encore moins avec les garanties du procès équitable. Il est essentiel d'établir un équilibre entre la recherche de la vérité et le respect du secret professionnel

professionnelles entre une personne et son médecin, son psychiatre, son psychologue ou son conseiller, en particulier lorsque les communications concernent ou impliquent des victimes ou entre une personne et un membre du clergé. Dans ce dernier cas, la Cour considère comme couvertes par le secret professionnel les informations divulguées au cours d'une confession religieuse lorsque celle-ci fait partie intégrante des rites de la religion considérée ».

²¹ L'article 67(1) (b) du Statut de Rome précise que l'accusé doit « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix ».

²² La règle 78 du Règlement de la CPI stipule que « la défense permet au Procureur de prendre connaissance des livres, documents, photographies et autres objets se trouvant en sa possession ou sous son contrôle, qui seront utilisés par la défense comme moyens de preuve à l'audience de confirmation des charges ou après ».

²³ Voir C. TAPPER, *Cross et Tapper on Evidence*, 8^{ème} édition, 1995, p. 485 ; *Blackstone's Criminal Practice*, 1994, p. 1904 et s. ; KEANE, *The Modern Law of Evidence*, 1989, p. 411 cité dans Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 8.

²⁴ Voir Opinion de Sir Gordon SLYNN, Avocat général de la Cour de justice européenne dans l'affaire *A.M. v. S Europe Ltd c/Commission des Communautés européennes*, 1982, p. 20, cité dans Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 9. La Commission européenne a limité le secret professionnel aux documents échangés entre l'avocat et le client découverts lors de la perquisition des locaux du demandeur par des fonctionnaires de la Commission. Celle-ci a concédé qu'en droit communautaire, l'un des aspects reconnus du principe général de protection du secret juridique est que « les documents rédigés pour ou par un avocat qui se rapportent à la défense d'un client dans une procédure qui a commencé ne peuvent pas être utilisés comme moyens de preuve et ne peuvent pas être communiqués à quiconque ».

qui fait partie des garanties de la bonne administration de la justice. Même si l'organe judiciaire ne peut être privé des informations qu'il estime importantes au motif qu'elles seraient couvertes par le secret professionnel, celui-ci ne devrait autoriser cette divulgation à l'autre partie que pour des raisons particulières et impérieuses, c'est-à-dire dans l'intérêt de la justice. Par exemple, le secret professionnel devrait pouvoir être levé si le procureur apporte des éléments crédibles et fiables établissant que cette divulgation est nécessaire sinon indispensable parce qu'elle apporte à l'affaire des éléments nouveaux ou des indices précis et concordants susceptibles de contribuer à la manifestation de la vérité judiciaire²⁵.

1.2. L'exclusion des dépositions des témoins à décharge préalablement au procès

L'admission des dépositions à décharge en prévision du procès fait partie de nombreuses imprécisions contenues dans les Statuts et les Règlements des juridictions pénales internationales²⁶. Les textes constitutifs de ces juridictions comportent en effet des dispositions imprécises autorisant pour certaines, la divulgation à l'accusation des dépositions à décharge et les excluant, pour d'autres. Les développements qui suivent illustrent parfaitement l'ambiguïté entretenue par les TPI et la CPI.

1.2.1. *La divulgation des déclarations des témoins à décharge avant le procès devant les TPI*

Devant les TPI, rien n'interdit ou n'autorise explicitement la divulgation des déclarations préalables des témoins à décharge. Le silence des Statuts et des Règlements soulève des interrogations légitimes qui méritent d'être analysées: une Chambre de première instance peut-elle ordonner, en l'absence de toute disposition statutaire ou réglementaire, la divulgation de la déclaration préalable au procès d'un témoin à décharge sans enfreindre le secret professionnel ? Une déclaration préalable d'un témoin à décharge peut-elle perdre véritablement son caractère confidentiel lorsque ledit témoin est contraint de témoigner ?

D'emblée, une lecture téléologique des dispositions pertinentes des textes en matière de divulgation des preuves s'impose. L'article 70 A) des Règlements des TPI stipule que « *nonobstant les dispositions des articles 66 et 67 ci-dessus, les rapports, mémoires [...] établis par une partie, ses assistants ou ses représentants dans le cadre de l'enquête ou de la préparation du dossier n'ont pas à être communiqués ou échangés* ». Devant la CPI, la règle 81 du Règlement mentionne en des termes clairs et précis que « *les rapports, mémoires et autres documents internes établis par une partie, ses assistants ou ses représentants dans le cadre de l'enquête ou de la mise en état de l'affaire n'ont pas à être communiqués* »²⁷.

Il ressort du contenu de l'article 70 A) des Règlements des TPI et du TSSL qu'aucune mention n'est faite en ce qui concerne la divulgation à l'Accusation des déclarations faites par les témoins à décharge. Les exceptions prévues aux paragraphes A) et B) de l'article 66 du Statut du TPIY ne font pas référence à la communication des dépositions des témoins²⁸ et ne permettent pas de conclure que l'autorisation ou l'interdiction de la divulgation de ce type de dépositions s'applique au Procureur²⁹. De même, les Statuts des TPI ne traitent pas de manière précise et explicite la

²⁵ Voir D. MAYER, « La Cour pénale internationale : droit pénal et procédure applicable », *L'Astrée*, n°8, 1999, 123-145.

²⁶ Y. M. KADHIR, « La méthode de travail du juge international », in P. LAMBERT, (dir.), *Droit et justice*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 9-34.

²⁷ Selon l'article 111 du Règlement du TSL, ces éléments de preuve comprennent des rapports, des mémoires et d'autres documents internes établis par la Commission d'enquête internationale indépendante des Nations Unies (UNIIC), ses assistants ou ses représentants, dans le cadre de ses enquêtes.

²⁸ *Le Procureur c/Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, décision relative à la requête de l'accusation aux fins de production de dépositions de témoins, 27 novembre 1996, par. 67.

²⁹ L'exception est spécifique à l'article 66(A) du Statut du TPIY et elle découle également du paragraphe B) si les dépositions des témoins en sa possession sont « nécessaires à la défense de l'accusé ».

question de la divulgation des dépositions préalables des témoins en prévision du procès. Dès lors, on peut aisément en déduire qu'il appartient à la Chambre de première instance de répondre en toute discrétion à la question de savoir en quoi le secret professionnel peut constituer une restriction à la production des dépositions des témoins à décharge³⁰. Autrement dit, c'est le juge qui évalue l'opportunité de la divulgation des déclarations. Cela est d'autant plus raisonnable que c'est le juge qui interprète la loi.

Néanmoins, en vertu du principe de confidentialité, il est énoncé dans les Règlements des TPI que la défense n'a aucune obligation réglementaire de communiquer à l'accusation avant le procès la moindre partie de son propre dossier afin de ne pas dévoiler sa stratégie de travail. Il s'ensuit que la déclaration à décharge ne pourra être mise à la disposition de la partie poursuivante qu'une fois que le témoin aura fait sa déposition à l'audience. Pourtant, les précautions avec lesquelles les Règlements des TPI envisagent la communication étendue des dépositions des témoins à décharge à l'accusation ne conduisent guère à une telle éventualité³¹.

A l'exception des Tribunaux fédéraux des Etats-Unis, dans les systèmes de *common law* ce type de communications est généralement couvert par la pratique du secret professionnel. Nulle part il n'est mentionné que le secret professionnel est levé après la déposition du témoin³². L'Accusation ne peut obtenir à l'avance la divulgation des dépositions des témoins à décharge en possession de la défense. Cette dernière serait alors contrainte d'ouvrir son dossier à l'accusation. La seule exception crédible et envisageable réside dans l'hypothèse où le conseil est lui-même poursuivi pour sa participation au crime³³.

Il ressort également de l'examen de la jurisprudence des juridictions issues du modèle juridique de *common law* que le secret professionnel doit l'emporter sur le principe général de la divulgation des preuves. Le fait qu'« une partie soit tenue de révéler à la Cour des éléments comme les dépositions obtenues de témoins pour une action en instance constituerait un changement profond d'une pratique établie de longue date et ce changement ne devrait pas avoir lieu sans l'examen le plus approfondi qui soit de ses répercussions éventuelles »³⁴.

Devant les juridictions pénales internationales la procédure présente essentiellement un caractère contradictoire du fait de la double influence des pratiques issues de *common law* et de nombreuses références aux systèmes juridiques issus du modèle continental. Il n'est ainsi pas concevable, du point de vue procédural, que l'accusation soit autorisée à prendre connaissance du contenu du dossier de la défense. Les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence militent en faveur de la non divulgation des dépositions des témoins à décharge en prévision du procès³⁵.

³⁰ Lorsqu'un nombre de systèmes juridiques bien établis adoptent une solution donnée pour résoudre un problème, il est logique de considérer que cette solution comporte quelque principe très général de droit, tel qu'énoncé à l'article 89 B) du Statut du TPIY. Voir Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 6.

³¹ Par exemple, la Cour suprême du Canada, après avoir examiné la différence fondamentale des rôles respectifs de l'accusation et de la défense dans les systèmes contradictoires, a déclaré : « *Les fruits de l'enquête entre les mains du Conseil de la Couronne ne sont pas la propriété de la Couronne pour assurer la condamnation mais la propriété du public pour assurer que justice est faite. Par contre, la Défense n'est pas tenue d'aider l'Accusation. L'absence d'une obligation de communication peut, par conséquent, être justifiée comme concordant avec ce rôle* », Cour suprême, *R. c/Stinchcombe*, 68 C.C.C. (3^e) 1, 1991, p. 7.

³² *Ibid.*, p. 7.

³³ Voir Opinion de Sir Gordon SLYNN, Avocat général de la Cour de justice européenne dans l'affaire *A. M. v. S Europe Ltd c/Commission des Communautés européennes*, 1982, ECR 1575, p. 36 et 37, cité dans Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 10.

³⁴ Affaire *Baker c/Campbell*, 1983, p. 66, citée dans Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 7.

³⁵ Sur l'application des principes du procès équitable et de la présomption d'innocence devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), voir M. VAN DE KERCHOVE, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme », *RSC*, 1992, p. 10 et s.

Cependant, en dépit de ces principes fondamentaux, la jurisprudence des TPI est toujours divisée. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre de première instance du TPIY a fait droit à la requête de la défense de Zdravko Mucić aux fins d'exclure certaines déclarations faites par lui-même avant le début de son procès³⁶. En l'espèce, avant de déclarer irrecevables certaines déclarations que l'accusé a faites à la police autrichienne, la Chambre de première instance a conclu que la législation autrichienne contredit le droit absolu à l'assistance d'un conseil telle qu'elle est prévue aux articles 18(3) du Statut et 42 A) i) du Règlement du TPIY³⁷. En revanche, la Chambre a rejeté la requête de l'accusé Delalić aux fins d'exclure la totalité des déclarations faites avant le procès³⁸. Quant aux déclarations qu'il a faites au cours d'autres interrogatoires, la Chambre a estimé que la demande présentée par la défense n'a pas convaincu les juges de la nécessité d'exclure leur communication à l'Accusation³⁹.

Contrairement aux juridictions pénales internationales, les tribunaux internes évoquent le caractère inviolable des dépositions des témoins à décharge en possession de la défense. Ainsi, « *de la même façon que vous n'avez aucun droit à prendre connaissance du dossier de votre adversaire, vous n'avez aucun droit d'accès à ce qui n'existe que comme élément du dossier. Le dossier de l'adversaire renferme de nombreux éléments pertinents. Néanmoins, vous ne pouvez pas en prendre connaissance parce que ce serait incompatible avec la procédure judiciaire contradictoire fondée sur la représentation juridique* »⁴⁰.

Une ordonnance contraignant un conseil à produire la déposition préalable d'un témoin à décharge viole gravement l'engagement solennel de la défense envers ses témoins. Cet engagement consiste à protéger la confidentialité de leurs dépositions ou plus largement, à respecter le droit à la confidentialité. S'il est vrai qu'un témoin qui fait une déposition doit s'attendre raisonnablement à ce que sa déposition soit contestée lors d'un contre-interrogatoire et qu'il doit comprendre que sa crédibilité devient un argument quand il témoigne, il n'est pas correct d'affirmer que la divulgation des passages pertinents de sa déposition ne contrevient pas à ce droit fondamental protégé par la CEDH⁴¹ et le PIDCP⁴².

La divulgation de la déposition d'un témoin à décharge avant le procès, alors qu'elle est couverte par le secret professionnel, ne contribue pas à garantir la fiabilité et la crédibilité de la procédure devant les juridictions pénales internationales. Le sceau du secret professionnel dont est entourée cette communication fait d'elle une exception au principe de divulgation des éléments de preuve entre les parties avant et au cours du procès. La divulgation du secret professionnel semble en contradiction avec l'article 89 B) des Règlements des TPI qui stipule que « *dans les cas où le Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la*

³⁶ Affaire *Čelebići*, *Motion to Exclude Evidence*, 8 mai 1997. L'accusé arguait que les déclarations qu'il a faites avant le procès étaient irrecevables. Elles ont été faites à l'occasion d'une série d'interrogatoires réalisés par la police autrichienne et les enquêteurs du Bureau du Procureur entre le 18 et le 21 mars 1996 à Vienne.

³⁷ *Ibidem.*, Décision relative à l'exception préjudicielle de l'accusé Mucić aux fins de l'irrecevabilité des moyens de preuve, 2 septembre 1997, par. 51. Voir également Affaire *Čelebići*, jugement, 16 novembre 1998, par. 63. Notons que la loi autrichienne a été modifiée afin d'être conforme à l'article 6(3) la CEDH.

³⁸ *Ibid.*, Décision d'exclusion des éléments de preuve, 5 juin 1996.

³⁹ Affaire *Čelebići*, Décision relative aux requêtes de l'accusé Delalić aux fins d'irrecevabilité des éléments de preuve, 25 septembre 1997. Voir également Jugement *Čelebići*, par. 64.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 108, faisant référence à *L. J. James, Anderson c/Bank of British Columbia* (1876) 2 Ch. D. 644 à 656, cité dans Décision *Tadić*, Opinion séparée du Juge STEPHEN, p. 11.

⁴¹ Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁴² Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies. En ce qui concerne la divulgation des dépositions à l'Accusation voir Décision *Tadić*, Opinion séparée et dissidente de Mme le Juge MCDONALD relative à la requête de l'Accusation aux fins de production de dépositions de témoins à décharge, p. 29.

cause ». Or, la divulgation des communications confidentielles entre le conseil et son client n'est conforme ni à l'esprit des Statuts des TPI ni aux principes généraux du droit. De même, la violation du secret professionnel n'est pas favorable à la tenue d'un procès équitable indispensable à la manifestation de la vérité judiciaire.

1.2.2. *L'interprétation par la CPI du principe de la divulgation des dépositions des témoins à décharge avant le procès*

La CPI a une approche particulièrement ambiguë et controversée de la question de l'admission des éléments de preuve obtenus par le biais des dépositions préalables des témoins à décharge. Il ressort de la lecture des textes pertinents que les témoignages enregistrés avant le procès peuvent être utilisés par les parties sous forme d'éléments de preuve devant une Chambre préliminaire de la CPI. Concrètement, la règle 68 du Règlement de la CPI dispose que « *lorsque la Chambre préliminaire n'a pas pris les mesures prévues à l'article 56, la Chambre de première instance peut, conformément au paragraphe 2 de l'article 69, autoriser la présentation de témoignages déjà enregistrés sur support audio ou vidéo, ainsi que de transcriptions ou d'autres preuves écrites de ces témoignages* ».

En ce qui concerne la divulgation à l'accusation des moyens de preuve supplémentaires en vue du procès, la règle 84 du Règlement de la CPI précise que :

« Afin de permettre aux parties de préparer le procès et pour faciliter le déroulement équitable et diligent de la procédure, la Chambre de première instance, conformément aux alinéas 3 c) et 6 d) de l'article 64 et au paragraphe 2 de l'article 67, mais sous réserve du paragraphe 5 de l'article 68, prend toutes les mesures nécessaires pour la communication de pièces ou de renseignements non encore divulgués et la production d'éléments de preuve supplémentaires. Pour éviter les retards et faire en sorte que le procès s'ouvre à la date prévue, ces décisions sont assorties de délais stricts, que la Chambre de première instance peut reconsidérer ».

Il ressort de ces deux textes qu'une Chambre de première instance peut considérer comme recevables les éléments de preuve obtenus à la suite d'une ordonnance de divulgation dressée à l'endroit de la défense. Ainsi, lorsqu'elle décide de contraindre la défense à communiquer les dépositions préalables au procès faites par des témoins à décharge, la Chambre de première instance peut se fonder sur une disposition générale en matière d'administration de la preuve. Elle peut par exemple se référer au contenu de la règle 63 du Règlement de la CPI qui stipule que « *les Chambres sont habilitées, en vertu du pouvoir discrétionnaire visé à l'article 64(9), à évaluer librement tous les moyens de preuve présentés en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité comme le prévoit l'article 69* ». Nous ne souscrivons pas à l'approche préconisant le recours à la contrainte pour obtenir la divulgation des éléments de preuve à décharge détenus par la défense. Une ordonnance qui obligerait la défense à communiquer les dépositions préalables des témoins à décharge porterait davantage atteinte au droit de l'accusé au procès équitable qu'elle ne contribuerait fondamentalement au bon déroulement de la procédure et à la bonne administration de la preuve. Une telle ordonnance serait contraire à l'article 69(4) du Statut de Rome⁴³.

⁴³ Afin de prévenir toute atteinte au droit à un procès équitable, une Chambre préliminaire a déclaré : « *Quel que soit leur format (versions non expurgées, versions expurgées ou éléments de preuve sous la forme de résumés), les déclarations de témoins, les transcriptions d'auditions de témoins et les rapports de notes établis par les enquêteurs à l'issue de celles-ci doivent être déclarés inadmissibles aux fins de l'audience de confirmation des charges. Par conséquent, l'Accusation ne peut se fonder sur ces documents lors de l'audience de confirmation des charges* ». Voir *Le Procureur c/Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n°ICC-01/04-01/06, Décision relative aux éléments de preuve sous forme de résumés proposés par l'Accusation, 4 octobre 2006, par. 5-7.

Par ailleurs, la conclusion de la Chambre de première instance I semble indiquer que l'accusation ne peut se servir des dépositions à décharge faites par les témoins avant le procès, même si l'autorisation de communiquer des déclarations préalables faites par des témoins à décharge dépend uniquement de la libre appréciation du juge. Celui-ci n'est lié par aucune règle expresse. Pour preuve, l'absence d'une disposition spécifique exigeant la divulgation des dépositions des témoins à décharge ne limite en aucune manière son pouvoir discrétionnaire d'ordonner leur divulgation, une fois que le témoin a fait sa déposition⁴⁴.

En revanche, le raisonnement selon lequel la divulgation d'une déclaration préalable d'un témoin à décharge sert l'intérêt de la justice ne semble pas crédible. Même la « *vérification de l'authenticité de tout élément de preuve obtenu hors d'audience* »⁴⁵ ne saurait justifier les atteintes du secret professionnel. Il ne paraît pas crédible de déduire qu'en l'absence de toute disposition légale interdisant explicitement la divulgation des déclarations préalables au procès, le juge a la latitude d'ordonner la communication à l'accusation des déclarations tenues par la défense avant le procès⁴⁶. En outre, les garanties procédurales⁴⁷ ne permettent pas à une Chambre d'ordonner la divulgation des déclarations préalables au procès faites par un témoin à décharge. Le Commentaire de l'article 14(1) (3) (g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques rappelle que « *le critère le plus important d'un procès équitable est le principe de l'égalité des armes entre (...) le ministère public et la défense* »⁴⁸.

Même si les dispositions pertinentes des Statuts et des Règlements des juridictions pénales internationales offrent aux Chambres une souplesse nécessaire pour assurer la conduite du procès d'une manière qui transcende les règles capricieuses de certains systèmes juridiques internes⁴⁹, celles-ci doivent néanmoins s'assurer que la cause de l'accusé sera entendue avec équité et que celui-ci ne sera pas contraint de témoigner contre lui-même⁵⁰.

Une partie de la doctrine estime qu'il n'est pas fondé de contraindre la défense à dévoiler sa stratégie, soit-il par le biais d'une ordonnance⁵¹. Si les dépositions préalables d'un témoin peuvent offrir à la procédure des éléments précieux pouvant aider les juges à forger leur conviction et à évaluer objectivement la crédibilité des faits, rien ne justifie la violation du secret professionnel⁵². Une décision ordonnant la divulgation des déclarations à décharge à l'autre partie à la procédure avant le procès n'est pas conforme aux principes généraux du droit consistant par ailleurs à placer les parties au procès sur « un pied d'égalité »⁵³.

⁴⁴ R. CRYER, H. R. FRIMAN, R. DARRYL et E. WILMSHURS, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 2010, p. 97-102.

⁴⁵ Voir article 89 E) des Règlements de procédure et de preuve des TPI et du TSSL.

⁴⁶ Voir G. BITTI, H. Richard FRIMAN, « Participation of Victims in the Proceedings », in R.S. LEE, *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 134-138.

⁴⁷ Voir article 14(1) (3) (g) du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

⁴⁸ Dr. Jur. et habil. Manfred NOWAK, U.N. *Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, p. 246.

⁴⁹ Décision *Tadić*, Opinion séparée et dissidente de Mme le Juge MCDONALD relative à la requête de l'Accusation aux fins de production de dépositions de témoins à décharge, p. 8.

⁵⁰ Article 21 du Statut du TPIY ; Article 21 du Statut du TPIR ; Article 67 du Statut de Rome.

⁵¹ Voir S. BARACHE, « L'organisation de la défense », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, A. Pedone, 2000, p.167-183. Selon l'auteur, même l'octroi des mesures de protection aux victimes et aux témoins ne peuvent justifier la levée du secret professionnel protégeant les déclarations préalables au procès faites par les témoins à décharge.

⁵² G. K. SLUITER, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence : Obligations of States*, Antwerp, Interecna, 2002, p. 112-125.

⁵³ Premier Rapport annuel du TPIY, *Annuaire du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, 1994, Publication des Nations Unies, 1993, p. 103. Voir article 89 B) des Règlements des TPI qui affirme que « *dans les cas où le*

II. L'exclusion des éléments de preuve établissant une ligne de conduite délibérée

Certains crimes exigent la démonstration d'une intention particulière et d'autres, un mode d'exécution spécifique qui s'étend dans le temps et dans l'espace⁵⁴. Pour démontrer la responsabilité pénale de l'accusé pour graves crimes internationaux, l'accusation peut apporter des éléments de preuve qui seront soumis par la suite à la libre appréciation du juge. En effet, en vertu du principe de la liberté de la preuve, la partie poursuivante peut apporter toutes sortes de preuves établissant – en principe – au-delà du doute raisonnable la responsabilité pénale de l'accusé dans la commission des crimes. Il s'ensuit qu'une Chambre de première instance peut recevoir tout élément de preuve susceptible d'établir une ligne de conduite délibérée au cours du procès pour démontrer les violations graves du droit international humanitaire pour lesquelles l'accusé est poursuivi.

Le recours à la ligne de conduite délibérée est une démarche procédurale qui exige de la part de l'accusation la démonstration des faits qui, *a priori*, peuvent s'écarter des questions du litige ou n'avoir aucun lien direct avec l'affaire en cours. En règle générale, l'exclusion des preuves obtenues à partir d'une ligne de conduite délibérée, ou preuves indirectes, se justifie par le fait que ces preuves peuvent prolonger indûment les débats dans le prétoire, prendre par surprise l'accusé ou lui causer un préjudice supérieur à la valeur probante que mérite la preuve admise. A l'exception des TPI, aucune autre juridiction pénale internationale n'envisage clairement l'admission des informations déduites d'une ligne de conduite délibérée en termes d'éléments de preuve pouvant être versés au dossier⁵⁵. Les TPI énoncent la possibilité de recevoir, dans l'intérêt de la justice, des faits tirés d'une ligne de conduite délibérée. En ce sens, l'article 93 de leurs Règlements l'annonce de la manière suivante :

A) « Les éléments de preuve permettant d'établir une ligne de conduite délibérée, dans laquelle s'inscrivent des violations graves du droit international humanitaire au sens du Statut, sont recevables dans l'intérêt de la justice ».

B) « Les actes qui tendent à démontrer l'existence d'une ligne de conduite font l'objet d'une communication à la défense par le Procureur, conformément à l'article 66 ».

La jurisprudence des TPI définit la ligne de conduite délibérée comme un procédé qui permet à une Chambre de recevoir les preuves dont la valeur probante n'a pas été établie pour démontrer les violations graves du droit international humanitaire⁵⁶. Une Chambre du TPIY a par exemple assimilé les éléments de preuve permettant d'établir une ligne de conduite délibérée aux preuves circonstancielles, c'est-à-dire aux éléments qui, pris ensemble, peuvent établir l'existence d'un fait de nature criminelle susceptible d'être relié à la responsabilité pénale de l'accusé⁵⁷. L'admission des éléments de preuve issus d'une ligne de conduite délibérée pose un nombre de problèmes pratiques, en particulier son mode d'obtention et sa compatibilité avec les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence.

Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause ».

⁵⁴ A. M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 2003, p. 364.

⁵⁵ A l'exception du Statut du TSSL qui stipule à l'article 14(1) que « le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda en vigueur au moment de la création du Tribunal spécial pour la Sierra Leone régit mutatis mutandis le déroulement de la procédure devant le Tribunal spécial ».

⁵⁶ *Affaire Naletilić*, Décision relative à l'admission de déclarations des témoins, 14 novembre 2001.

⁵⁷ *Le Procureur c/Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n°IT-95-14, Décision relative à l'appel concernant la Déclaration d'un témoin décédé, 21 juillet 2000, par. 27.

2.1. L'exclusion des faits similaires

L'admission d'une preuve obtenue à travers les faits similaires est une exception au principe d'exclusion des preuves indirectes devant les juridictions pénales internationales, précisément devant les TPI et le TSSL. Le recours à ce procédé est une exception au principe de *common law* selon laquelle est irrecevable toute preuve visant à démontrer la culpabilité d'un accusé pour le seul motif qu'il est le genre de personne qui aurait pu commettre l'infraction alléguée⁵⁸. Autrement dit, la personne soupçonnée pourra engager sa responsabilité pénale, non pas parce que les éléments de preuve ou les indices précis et concordants établissant son implication dans la commission des crimes ont été apportés, mais simplement parce que l'accusation prétend que cette personne répond exactement au profil du criminel recherché. Cette déduction qui tend à démontrer la propension (« The Propensity »)⁵⁹ est issue de la pratique judiciaire anglo-saxonne. D'une manière générale, dans les systèmes juridiques issus de *la common law*, les juges n'écartent pas le recours aux faits similaires. Par exemple, la Cour suprême du Canada n'exclut pas ce type de preuves, mais précise les circonstances qui permettent à l'organe de poursuite de présenter des preuves réelles de prédispositions de l'accusé à commettre le crime lesquels il est poursuivi. Une décision d'une juridiction canadienne qui s'est référée à des décisions rendues par les juridictions anglaises a révélé que les plus hautes instances judiciaires britanniques autorisent l'admission des éléments de preuve issus des faits similaires pour établir la culpabilité de l'accusé⁶⁰. En ce sens, les différents chefs d'un même acte d'accusation peuvent servir de preuves des faits similaires à l'égard des faits évoqués dans un procès⁶¹. Cette décision n'a cependant pas fait jurisprudence devant les juridictions pénales canadiennes, puisque la Cour suprême a, dans l'affaire *Morin*, justifié l'exclusion des éléments de preuve obtenus à partir des faits similaires en ces termes :

« Lorsque la poursuite présente une preuve psychiatrique d'expert, le juge du procès doit déterminer si elle est pertinente relativement à un point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa tendance à indiquer la propension. Si elle est pertinente relativement à un point (par exemple l'identité), il faut alors établir si sa valeur probante à cet égard l'emporte sur son effet préjudiciable sur la question de la propension. En somme, si l'unique pertinence ou la pertinence principale de la preuve est de démontrer une propension, alors il faut exclure la preuve »⁶².

Il ressort de cette décision que, si les juges n'excluent pas le recours aux preuves issues d'une ligne de conduite délibérée, ils conditionnent néanmoins leur admission comme éléments de preuve à l'existence d'un critère traditionnel de l'admission de la preuve, à savoir : la pertinence. La pertinence d'une preuve à un point précis du processus de commission de l'infraction doit être prouvée, et non la propension à établir la responsabilité pénale de l'accusé. Il s'ensuit que pour

⁵⁸ A. M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, op.cit., p. 366.

⁵⁹ J. SOPINKA, *The Law of Evidence in Canada*, Markham, Butterworths, 1992, p. 431-522. Voir également J. BELLAMARE, L. VIAU, *Droit de la preuve pénale*, Montréal, Thémis, 1991, p. 109-151.

⁶⁰ R. C. ROBERTSON, *Recueil de la Cour Suprême du Canada*, R.C.S., 1987, 918. R.C. Green, 40 Canadian Criminal Cases, Cour d'appel de Montréal, 3^{ème} édition, 1988, p. 333. Voir également l'opinion individuelle du juge SHAHABUDEEN dans l'affaire *Ngeze* (*Le Procureur c/Ngeze*, n°ICTR-97-27, Décision sur les appels interlocutoires, 5 septembre 2000, p. 3-12).

⁶¹ Voir à ce sujet J. C. WITENBERG, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale*, Paris, Pedone, 1937, p. 136-176.

⁶² Cour suprême du Canada, *affaire R. c/Morin* (1988), 2 R.C.S., p. 370. Dans cette affaire la question principale qui s'est posée était celle de savoir si la poursuite peut faire une preuve par expert de la propension de l'accusé à commettre le crime qui lui est reproché. En effet, Monsieur Morin a nié avoir commis le meurtre d'une fillette dont il était accusé, mais alternativement, il a ajouté que s'il était le meurtrier, il n'était pas coupable pour cause d'aliénation mentale. Dans son contre-interrogatoire, le Procureur a tenté d'établir que l'accusé était une personne tout à fait capable de commettre un meurtre comme celui qui avait été commis.

être recevable sur la base d'une ligne de conduite délibérée, la preuve doit être pertinente à un point précis du litige. Si elle n'a pour objectif que de démontrer la propension de l'accusé, cette preuve doit en principe être exclue du dossier. Ainsi, pour être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit démontrer ou du moins tendre à établir que l'accusé partageait avec l'auteur principal du crime un trait de comportement distinctif inhabituel. Ce trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie clairement l'auteur du crime⁶³.

En règle générale, la valeur probante de ce type de preuves rattachée à la personnalité est en deçà des exigences du procès équitable parce qu'elle est de nature à entacher l'impartialité du jugement. En matière répressive, ce sont les faits que l'accusé aurait commis qui doivent être objectivement analysés parce qu'ils sont les seuls constitutifs d'une infraction. Or, les faits similaires sont des éléments rattachés à la personnalité de l'accusé et dont l'admission peut porter atteinte à ses droits. Par exemple, ce dernier risque d'être jugé deux fois, contrairement au principe *non bis in idem*, pour un même fait si la preuve d'antécédents judiciaires est autorisée⁶⁴. Dans ce cas, la décision visant à exclure un élément de preuve se rattachant exclusivement à la personnalité de l'accusé pourra être largement justifiée.

Devant les TPI, la ligne de conduite délibérée fait référence aux faits similaires qui énoncent les violations graves du droit international humanitaire⁶⁵. L'admission des faits similaires dont l'objectif est d'établir une ligne de conduite délibérée dans un procès soulève deux problèmes majeurs : son utilité et les modalités de son application. Il est en effet légitime de s'interroger sur l'intérêt judiciaire que le juge peut attacher à l'admission des faits similaires liés à une ligne de conduite délibérée s'il est par ailleurs établi que les preuves qui s'y rattachent sont dépourvues, de par leur nature, de toute valeur probante et de toute pertinence.

L'analyse de l'article 93 des Règlements des TPI semble accréditer l'idée selon laquelle l'admission des éléments de preuve établissant une ligne de conduite délibérée vise à éluder tout débat sur la pertinence et la valeur probante de la preuve. Or, la pertinence ou la valeur probante d'un élément de preuve est requis lorsqu'on veut démontrer l'existence des éléments constitutifs des graves crimes internationaux relevant de la compétence des TPI⁶⁶. Le fait d'écarter la pertinence ou la

⁶³ *Ibid.*, p. 371.

⁶⁴ Selon l'article 20(1) du Statut de Rome, « *sauf disposition contraire du présent Statut, nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle* ». Voir également l'article 9(1) du Statut du TPIR; l'article 9(1) du Statut du TSSL; l'article 10(1) du Statut du TPIY; l'article 5 du Statut du TSL.

⁶⁵ L'article 1^{er} du Statut du TPIY dispose que : « *Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie de puis 1991, conformément aux disposition du présent Statut* ». L'article 1^{er} du Statut du TPIR stipule que « *le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'Etats voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent Statut* ».

⁶⁶ Dans le premier Rapport annuel du TPIY, il est précisé, à l'égard de la ligne de conduite délibérée inhérente aux crimes contre l'humanité, que « *le Tribunal devra apprécier non seulement le comportement des accusés pris individuellement mais également la conduite générale de groupes ou unités militaires ou paramilitaires et établir les crimes d'envergure qui auraient été commis dans l'ex-Yougoslavie, loin d'être des événements isolés, s'inscrivant dans le cadre d'une pratique systématique et généralisée. D'où l'importance de prévoir la recevabilité de preuve tendant à établir l'existence d'une ligne de conduite délibérée (article 93). Bien entendu, il appartiendra alors aux juges d'apprécier la valeur de ces preuves en établissant les éléments constitutifs de l'infraction alléguée. (...) Ces moyens de preuve pourraient également révéler d'une grande utilité lorsqu'il s'agirait d'établir si l'une des conditions fondamentales du génocide, à savoir l'intention de détruire, en tout ou partie un groupe, est présente. A l'évidence, lorsque l'intention ne s'est pas expressément et précisément manifestée, l'un des moyens d'en déterminer l'existence*

valeur probante comme critère d'admission d'un élément de preuve est perçu comme une violation d'une condition essentielle requise en matière d'admission des preuves. Cette exigence est énoncée à l'article 89 D) des Règlements des TPI qui stipule que « *la Chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable* ». Toutefois, le verbe « peut » introduit une certaine nuance. Il n'énonce pas une obligation, mais renvoie à une possibilité.

On peut en déduire que l'admission d'un élément de preuve n'est pas forcément conditionnée par l'existence d'une pertinence ou d'une valeur probante. Qui plus est, une Chambre de première instance est libre de recevoir, dans l'intérêt de la justice, tout élément de preuve si celui-ci permet d'établir une ligne de conduite délibérée dans laquelle s'inscrivent les violations graves du droit international humanitaire⁶⁷. Ainsi, les Chambres de première instance des TPI peuvent recevoir les faits similaires fournis par l'accusation en vue de démontrer la commission des graves crimes internationaux. Par exemple, dans l'affaire *Sikirica et consorts*, les juges du TPIY ont fait droit à la demande visant l'admission des preuves indirectes⁶⁸, tandis que dans les jugements *Musema*⁶⁹, *Kayishema et Ruzindana*⁷⁰, le TPIR a examiné différentes formes de responsabilité pénale proposées à charge sur la base de preuves indirectes tirées essentiellement des faits similaires.

C'est sans doute dans l'objectif de garantir un procès équitable et de n'établir la responsabilité pénale de l'accusé que, sur la base des preuves ou des indices précis et concordants, le Statut de Rome et le Règlement de la CPI n'abordent pas explicitement la question des faits similaires. Néanmoins, le fait que l'article 69(3) du Statut de Rome offre la possibilité aux parties d'apporter tout élément de preuve pour soutenir leurs prétentions suppose qu'en vertu du principe de la liberté de la preuve, l'accusation peut recourir aux faits similaires pour démontrer les violations graves du droit international humanitaire⁷¹. Dans l'affaire *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire I de la CPI s'est prononcée en faveur de l'admission des faits similaires comme preuves à charge. Elle a estimé que la production de preuves susceptibles d'aider la Cour à définir le contexte général dans lequel les crimes auraient été commis améliore sa compréhension des faits étayant les charges.

Ce procédé a également permis aux juges de comprendre les éléments contextuels des crimes visés aux articles 7 et 8 du Statut de Rome⁷². De même, dans l'affaire *Thomas Lubanga*, la

pourrait consister à enquêter sur le comportement systématique du groupes ou d'unités pour voir si cette intention pourrait être déduite de leur ligne de conduite délibérée ». Voir Premier Rapport annuel du TPIY, p. 105-106.

⁶⁷ Il ressort de l'article 93(A) des Règlements des TPI qu'à travers une ligne de conduite délibérée, une Chambre peut recevoir tout élément de preuve, fut-il dépourvu de pertinence ou de valeur probante, dans l'intérêt de la justice afin de démontrer les violations graves du droit international humanitaire.

⁶⁸ *Le Procureur c/Dusko Sikirica, Damir Dosen et Dragan Kolundzija*, affaire, n°IT-95-8-T, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de versement de certains éléments de preuve, 2 mars 2001.

⁶⁹ *Le Procureur c/Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13, Jugement, 27 janvier 2000, par. 262-265.

⁷⁰ *Le Procureur c/Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1, 21 mai 1999, par. 175-179.

⁷¹ Le paragraphe 3 de l'article 69 du Statut de Rome stipule que « *les parties peuvent présenter des éléments de preuve pour l'affaire, conformément à l'article 64. La Cour a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaires à la manifestation de la vérité* ».

⁷² *Le Procureur c/Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n°ICC-01/04-01/07, Décision de confirmation des charges, 30 septembre 2008, par. 228. Dans cette affaire, la défense de Mathieu Ngudjolo Chui a fait valoir que l'accusation semblait avoir induit un « mode de preuve par analogie » en administrant la preuve de faits que la défense considère sans rapport avec les charges. La défense a cité à titre d'exemples les éléments de preuve concernant les attaques menées contre Mandro, Tchomia ou Bunia, et a avancé que ces preuves portaient atteinte aux droits de la défense en ce qu'elles la forçaient à établir une distinction entre les charges portées contre les suspects et d'autres crimes survenus en Ituri. Selon l'accusation, les éléments établissant des attaques tendent à établir que les suspects ont agi avec intention et connaissance au sens de l'article 30 du Statut de Rome et que l'attaque de Bogoro s'inscrivait dans le cadre d'attaques généralisées ou systématiques perpétrées dans la région d'Ituri. *Ibid.*, par. 225-226.

Chambre préliminaire I de la CPI a justifié l'admission d'un nombre d'éléments de preuve déduits des faits similaires en ces termes : « *La Chambre est d'avis que rien n'interdit à l'Accusation de mentionner tout fait survenu avant ou pendant la commission des actes ou l'omission reprochés au suspect, notamment si ce fait permet de mieux comprendre le contexte dans lequel se sont inscrits les comportements reprochés* »⁷³.

Pourtant, ces arguments ne peuvent justifier le recours aux faits similaires car la loi pénale est d'interprétation stricte ; ce qui n'est pas interdit n'est pas forcément permis. L'admission des faits similaires visant à établir la responsabilité pénale de l'accusé est une entorse au principe *non bis in idem*. Une démarche ayant pour seul objet de mettre en exergue la propension naturelle de l'accusé à commettre un crime ne paraît pas crédible. Pour les cas de viols ou de violences sexuelles par exemple, la plupart des études scientifiques n'ont pas permis d'identifier le profil de la personnalité de l'auteur de ce type d'infractions. Les criminels sexuels proviennent de tous les milieux sociaux et commettent des crimes horribles non identifiables⁷⁴. Si les Chambres décident néanmoins de mettre en œuvre ce procédé, elles doivent préciser sa portée et limiter l'admission des faits similaires aux éléments qui présentent une véritable similitude avec l'infraction reprochée et qui lui sont concomitants⁷⁵.

La doctrine se montre également très critique à l'égard de la théorie des faits similaires. Un auteur affirme ainsi que si les faits similaires sont des preuves qui tendent à prouver la culpabilité de l'accusé, « *cette forme de preuves envisageables en matière de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre doit être soumise à une stricte surveillance car son usage abusif peut conduire au débordement de la saisine de la Cour et à la violation du principe de la présomption d'innocence* »⁷⁶. Pour éviter toute interprétation erronée pouvant être préjudiciable à l'équité et à la régularité de la procédure, il est nécessaire d'exclure toute démarche consistant à transformer les faits similaires en éléments de preuve à charge. Seuls les éléments de preuve ou les indices précis et concordants ayant un lien direct et étroit avec les violations graves du droit international humanitaire devraient être recevables.

2.2. L'adaptation des faits similaires à la ligne de conduite délibérée

Les TPI sont parfois amenés à autoriser l'accusation à adapter les faits similaires à une ligne de conduite délibérée afin de démontrer les violations graves des principes du droit international humanitaire⁷⁷. Compte tenu des difficultés qu'éprouvent les parties pour obtenir des éléments de preuve ou des indices susceptibles de démontrer ces violations, les TPI n'écartent pas la possibilité de recourir à ce procédé⁷⁸. En vertu du principe de la liberté de la preuve, ils font preuve d'une

⁷³ Affaire *Lubanga*, Décision de confirmation des charges, par. 152.

⁷⁴ Voir W.L. MARSHALL, S. BARRETT, *Criminal Neglect. Why Sex offenders so free ?*, Doubleday Canada Ltd, 1990, p. 234-236.

⁷⁵ Cette exception à l'exclusion des preuves indirectes doit être exploitée avec beaucoup de précaution, même si celles-ci peuvent être parfois très utiles pour répondre à la complexité de la preuve exigée pour démontrer la commission des crimes allégués.

⁷⁶ Voir J.-P. FOFE DJOFIA MALEWA, « La preuve des faits similaires devant la Cour pénale internationale : mécanisme sous surveillance », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 2011, p. 343-369. D'autres doctrinaires estiment que si les faits similaires sont admissibles, elles sont susceptibles de faire naître un sentiment nettement défavorable à l'égard de l'accusé qui a droit à un procès équitable. Voir V.T. BOURETZ, « La preuve, rationalisation et désenchantement : autour de Max WEBER », *Droits*, 1996, p. 99-106.

⁷⁷ Voir P. ALESKY, « The Yugoslav War Crimes and International Humanitarian Law », *International politics*, 1998, p. 56-89.

⁷⁸ M. GAETANO, « La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales : aspects introductifs », sous la direction de E. FRONZA, S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 67-77.

grande ouverture en matière d'admission des preuves⁷⁹. En ce sens, ils autorisent l'accusation à adapter les faits similaires à l'affaire en cours dans le but de démontrer la participation de l'accusé à la commission des graves crimes internationaux.

Les juges n'hésitent pas, dans des cas exceptionnels, à élargir le champ de recherche des preuves ou des indices susceptibles de contribuer à la manifestation de la vérité⁸⁰. Ainsi, ils reçoivent les éléments démontrant une ligne de conduite délibérée qui n'est pas seulement limitée à la personnalité de l'accusé lui-même, mais qui peut également s'étendre aux personnes tierces qui n'ont *a priori* aucun lien direct et étroit avec l'affaire. Devant les TPI et le TSSL, ce procédé permet à l'accusation d'adapter les faits similaires à une ligne de conduite délibérée dans le but d'établir la responsabilité pénale de l'accusé⁸¹. Dans le cadre du génocide, la Chambre d'appel du TPIY a noté qu'il est généralement admis qu'à défaut de preuves directes ou d'indices précis et concordants⁸², l'intention génocidaire spécifique d'un accusé peut être déduite « *des faits, des circonstances concrètes ou d'une ligne de conduite délibérée* »⁸³. En revanche, dans l'affaire *Jelisić*, elle a estimé que l'existence d'une politique criminelle n'est pas un élément juridique constitutif du génocide⁸⁴.

Dans le cas où la ligne de conduite délibérée retenue est celle des individus soupçonnés, les faits similaires ne seront plus attachés à la conduite de l'individu poursuivi pour les crimes commis, mais à celle des personnes dont les noms ne sont pas mentionnés dans l'acte d'accusation⁸⁵. Néanmoins, il revient à l'Accusation de démontrer que l'accusé savait ou était conscient que les violations graves du droit international humanitaire pour lesquelles il est poursuivi s'inscrivaient effectivement dans le contexte général d'un plan criminel exécuté.

Par ailleurs, la jurisprudence favorable au recours aux faits similaires à la ligne de conduite délibérée considère que le détail des politiques prônées par les individus proches de l'accusé et les conséquences qu'elles pouvaient engendrer à l'endroit de certains groupes de personnes, en particulier dans le cadre d'une purification ethnique peuvent être considérés comme des preuves recevables. Il peut aussi s'agir des preuves à charge susceptibles de démontrer la politique discriminatoire prévalant dans une région précise au moment des faits⁸⁶. Les juges s'efforcent parfois à établir l'existence d'un lien entre la politique de purification ethnique et l'implication ou la connaissance personnelle de l'accusé dans la politique planifiée⁸⁷.

La connaissance spécifique du projet criminel par le témoin n'est pas requise. La démonstration d'une politique générale dont la ligne de conduite délibérée est l'émanation doit être autorisée même en l'absence de tout lien avec l'accusé. Cette thèse est contraire au principe de la

⁷⁹ Voir C. CISSE, « The International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda : Some Elements of Comparison », *Trans. L. & Cont. Probl.*, vol. 7, n°1, 1997, p. 103-118.

⁸⁰ Voir article 93 des Règlements des TPI.

⁸¹ A l'exception des TPI et du TSSL, l'adaptation des faits similaires à la ligne de conduite délibérée n'est pas une pratique devant les autres juridictions pénales internationales.

⁸² *Le Procureur c/Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, Arrêt, 19 avril 2004, par. 34.

⁸³ *Le Procureur c/ Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, par. 526.

⁸⁴ *Le Procureur c/Goran Jelisić*, affaire n° IT-95-10-A, Arrêt, 5 juillet 2000, par. 48. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'établir l'intention spécifique en vue de démontrer ce crime particulier, l'existence d'un plan ou d'une politique criminelle a toute son importance.

⁸⁵ La Chambre d'appel du TPIY a estimé qu'« *on peut aussi conclure qu'une atrocité particulière a été commise avec une intention génocidaire même lorsque les individus auxquels cette intention peut être prêtée ne sont pas précisément identifiés* ». Voir Arrêt *Krstić*, par. 20.

⁸⁶ J. DE HEMPTINE, « Les Procédures du procès international. Regard sur les principales évolutions du règlement de procédure et de preuve du TPIY », in Lawrence BURGORGUE-LARSEN, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 79-122.

⁸⁷ *Le Procureur c/Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, Jugement *Blaškić*, 3 mars 2000, par. 198-232.

responsabilité pénale individuelle qui exige la connaissance préalable du projet par l'accusé avant la commission des infractions. Il serait particulièrement difficile à l'accusé de nier ou de contester son implication personnelle et indirecte dans la commission des crimes en arguant simplement que la politique criminelle mise en place lui était entièrement étrangère⁸⁸. Les critiques formulées à l'endroit du procédé consistant à adapter les faits similaires pour établir une ligne de conduite délibérée s'expliquent en partie par le fait que cette pratique peut être particulièrement préjudiciable à l'accusé⁸⁹. L'organe judiciaire offre à l'accusation la possibilité de fournir toutes les preuves en sa possession, y compris celles qui peuvent être éloignées des faits allégués, pourvu qu'elles aboutissent à la désignation d'un coupable. En outre, le principe de la présomption d'innocence a fondamentalement pour corollaire l'obligation du procureur d'apporter des preuves crédibles et fiables ou des indices précis et concordants de l'implication effective de l'accusé dans la commission des crimes et d'en persuader les juges au-delà de tout doute raisonnable⁹⁰.

En règle générale, établir la responsabilité pénale de l'accusé pour graves crimes internationaux suppose qu'il a été démontré l'existence d'un lien de causalité entre la conduite de l'accusé et le crime commis⁹¹. Or, la théorie des faits similaires à la ligne de conduite délibérée ne répond pas à cette démonstration pourtant essentielle. Pour être crédible, cette thèse doit permettre de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le comportement adopté par l'accusé et le crime effectivement commis. Il revient donc à l'accusation de prouver qu'il s'agit soit de la conduite personnelle de l'accusé soit d'un contexte plus large que l'accusé connaissait parfaitement. Enfin, il doit être prouvé que l'accusé ignorait volontairement sa contribution dans la commission des crimes dans un contexte élargi⁹². La pauvreté des précédents en matière d'admission des faits similaires susceptibles d'établir une ligne de conduite délibérée traduit l'ambiguïté de ce procédé. Néanmoins, cette question a été traitée devant le TPIY en particulier dans les affaires *Tadić*⁹³, *Blaškić*⁹⁴ et *Kupreškić*⁹⁵.

Le TPIR a également fait recours à ce procédé dans l'affaire *Kayeshima et Ruzindana* dans le cadre de la commission des crimes contre l'humanité dans le contexte du génocide au Rwanda en 1994⁹⁶. Or, il n'existe pas, au fond, des critères ou des indices précis de référence qui puissent guider le juge, c'est-à-dire lui permettre de conclure avec un maximum d'objectivité qu'un fait précis

⁸⁸ S. ALLEGREZZA, « Les règles d'exclusion de la preuve testimoniale devant la Cour pénale internationale et dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux : un aperçu critique », in E. Fronza, S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 156-172 ; G.H. ALDRICH, « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. XC, 1996, p. 47-53.

⁸⁹ Par exemple, le Statut de Rome affirme au paragraphe premier de l'article 66 que « toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable ». Voir également l'article 21(3) du Statut du TPIY ; Article 20(3) du Statut du TPIR ; Article 17(3) du Statut du TSSL ; Article 16(3) (a) du Statut du TSL.

⁹⁰ Cette règle fondamentale du procès équitable ne semble pas devoir souffrir d'aucune exception. Parmi les droits de l'accusé énoncés dans le Statut de Rome, l'article 66(2) dispose qu'« il incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé ».

⁹¹ J. C. WITENBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *op.cit.*, p. 105-107.

⁹² A. M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, *op.cit.*, p. 368.

⁹³ Dans cette affaire, la Chambre de première instance du TPIY a considéré comme probant le fait que l'accusé qui défendait la cause de la « Grande Serbie » était véritablement impliqué dans la politique nationale devenue, une fois la purification ethnique achevée à Kozarac, un responsable politique de la ville. Jugement *Tadić*, par. 656-660. Voir également jugement *Kupreškić*, par. 231.

⁹⁴ Jugement *Blaškić*, par. 244.

⁹⁵ *Le Procureur c/Zoran Kupreškić et consorts, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić et Vladimir Šantić, alias « Vlado »*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, par. 231.

⁹⁶ Jugement *Kayeshima et Ruzindana*, par. 234-265 ; M. GORDON, « Justice on Trial : The Efficacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda », *ILSA J.I.C.L.*, vol. 1, 1995, p. 218-242.

peut être assimilé à une ligne de conduite délibérée dans une procédure pénale pour établir la responsabilité pénale d'un accusé soupçonné de graves violations des principes du droit international humanitaire⁹⁷. Qui plus est, la responsabilité pénale de l'accusé ne se présume pas⁹⁸. Elle doit en effet être établie sur la base des preuves crédibles et fiables ou des indices précis et concordants qui doivent pour ce faire, emporter l'intime conviction des juges⁹⁹. L'exclusion des renseignements obtenus à travers la ligne de conduite délibérée aurait ainsi pu se justifier par le fait que leur recevabilité en tant qu'éléments de preuve à charge risque de prolonger indûment les débats dans le prétoire, de prendre l'accusé par surprise et lui causer un préjudice supérieur à leur valeur probante¹⁰⁰.

III. L'exclusion des preuves obtenues par ouï-dire

Par définition, la preuve obtenue par ouï-dire ou « *hearsay evidence* » concerne la déclaration ou le témoignage d'une personne qui fait sa déposition au cours d'un procès, non pas sur les faits vécus, mais sur des informations qui lui ont été rapportées¹⁰¹ ou qu'elle a eu connaissance auprès d'une ou de plusieurs personnes généralement, de nombreuses années après les faits. Autrement dit, les preuves obtenues par ouï-dire sont tirées des faits dont la personne n'a pas été directement témoin. Peuvent ainsi être considérées comme relevant du ouï-dire les preuves matérielles et les pièces à conviction qui n'ont pas été identifiées ou authentifiées par une victime ou un témoin pendant sa déposition dans le prétoire¹⁰².

Les systèmes juridiques issus de *Common law* considèrent que la preuve par ouï-dire est irrecevable parce qu'elle est sensée, de par sa nature même, dénuée de toute crédibilité et de toute fiabilité. La personne dont les propos sont rapportés n'est pas soumise au « feu des questions » de la partie adverse et des juges¹⁰³. Cette règle ne présente toutefois pas un caractère absolu¹⁰⁴. Dans les systèmes de tradition romano-germanique, aucun principe ne s'oppose à l'admission de la preuve obtenue par ouï-dire. De type inquisitoire, ces systèmes juridiques sont fondés sur l'enquête réalisée par un magistrat d'instruction dont l'une des principales fonctions consiste à recueillir des déclarations à charge ou à décharge hors d'audience¹⁰⁵. Il revient au juge d'évaluer l'opportunité de l'admission d'un élément de preuve en fonction de sa pertinence et de

⁹⁷ Pour plus d'information voir H. BATTIFOL, « Observations sur la preuve des faits », in Ch. PEREMAN, P. FORIER, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 303-314 ; M. BENOUNA, « *The Statute's Rules on Crimes and Existing or Developing International Law* » in *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, sous la direction d'Antonio CASSESE, Oxford, OUP, 2002, p. 234-246.

⁹⁸ C. VAN DEN WYNGAERT (sous la direction de), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Londres (Bruxelles/Dublin/Edinbourg), Butterworth, 1993, p. 67-81 ; F. DEBOVE, F. FALLETTI, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, PUF, « Collection Major », 2^{ème} édition, 2006, p. 176-212 ; V. DJURO DEGAN, *La justice, l'équité et le droit international. Mélanges Nicolas Valticos*, Paris, A. Pedone, 1999, p. 154-197.

⁹⁹ Voir P. AKHAVAN, « The International Criminal Tribunal for Rwanda : The Politics and Pragmatics of Punishment », *AJIL*, vol. 90, 1996, p. 508-525.

¹⁰⁰ K. L. FABIAN, « Proof and Consequences : an Analysis of the Tadić & Akayesu Trials », *DePaul L. Rev.*, vol. 49, 2000, p. 981-1039.

¹⁰¹ A. M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve, op.cit.*, p. 258.

¹⁰² Affaire *Čelebići*, Décision sur la requête de la poursuite de la recevabilité de la preuve, par. 11.

¹⁰³ P. BELIVAEU, M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénale*, Montréal, 6^{ème} édition, Thémis, 1999, p. 192-202.

¹⁰⁴ Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance du TPIY observe qu'aux Etats-Unis, le Règlement fédéral de la preuve (*United States Federal Rules of Evidence*) prévoit 27 situations précises dans lesquelles un élément de preuve indirect est recevable. Affaire *Tadić*, Décision concernant la requête de la défense sur les éléments de preuve indirects, 5 août 1996, par. 9.

¹⁰⁵ G. CHAMPY, « Inquisitoire-accusatoire devant les juridictions pénales internationales », *RIDP*, 1997, p. 167.

sa valeur probante¹⁰⁶. L'article 89 B) des Règlements des TPI et du TSSL a un contenu de nature résiduelle qui, dans les cas non prévus, permet à une Chambre de première instance de recevoir les preuves obtenues par ouï-dire¹⁰⁷. La règle 63(2) du Règlement de la CPI semble également l'admettre implicitement¹⁰⁸.

La règle générale prévoit que « *n'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte* »¹⁰⁹. Cette disposition doit être lue en complément de l'article 42 des Règlements des TPI concernant les droits du suspect pendant la phase d'enquête qui complète la règle générale de l'exclusion de la preuve énoncée à l'article 89 D) des Règlements des TPI et du TSSL. Cette règle exige une « fiabilité de la source » de la preuve¹¹⁰. Devant la CPI, l'exclusion d'un élément de preuve peut être prononcée sur la base de l'article 69(7) du Statut de Rome. Devant cette juridiction, la thèse consistant à admettre une preuve obtenue par ouï-dire n'a pas été reprise pour montrer l'affranchissement du droit international pénal du « colonialisme des vainqueurs »¹¹¹.

La jurisprudence révèle que les Chambres n'ont pas la même interprétation de la question de l'exclusion des éléments de preuve obtenus par ouï-dire¹¹². Ceci s'explique en partie par le fait que les textes ne fournissent aucune indication concernant les critères de référence en la matière. Ainsi, les juges évaluent l'admission de la preuve par ouï-dire au cas par cas¹¹³ en examinant de manière cumulative leur fiabilité, leur pertinence et leur valeur probante¹¹⁴. Dans une décision rendue dans l'affaire *Ratko Mladić*, la Chambre de première instance II du TPIY n'a pas écarté la possibilité de recevoir des éléments de preuve obtenus par ouï-dire. En revanche, elle a estimé que « *les informations par ouï-dire fournis par un témoin pourront recevoir un poids réduit ou aucun poids si elles ne sont pas complétées par d'autres informations concordantes lors de l'interrogatoire* »¹¹⁵. Dans une autre affaire, les juges ont exclu toute référence aux preuves

¹⁰⁶ F. TULKENS, G. MUELLER, A. ESER, « Les systèmes de justice pénale comparés, de la diversité au rapprochement », *Nouvelles études pénales*, 1^{er} décembre 1998, 85-92.

¹⁰⁷ L'article 89 B) des Règlements des TPI stipule que « *dans les cas où le Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause* ».

¹⁰⁸ Le paragraphe 2 de la règle 63 du Règlement de la CPI stipule « *les Chambres sont habilitées, en vertu du pouvoir discrétionnaire visé au paragraphe 9 de l'article 64, à évaluer librement tous les moyens de preuve présentés en vue de déterminer la pertinence ou l'admissibilité comme le prévoit l'article 69* ».

¹⁰⁹ Voir article 95 des Règlements des TPI.

¹¹⁰ Affaire *Čelebići*, Décision relative à la requête de Zdravko Mucić Motion sur l'exclusion des éléments de preuve, 2 septembre 1997, par. 44. Voir A. KLIP et G. SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Maastricht University, Vol. I, 1999, p. 227 ; K. AMBOS, « International Criminal procedure : adversarial, inquisitorial or mixed ? », *op.cit.*, p. 24.

¹¹¹ S. ALLEGREZZA, « Les règles d'exclusion de la preuve testimoniale devant la Cour pénale internationale et dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux : un aperçu critique », in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, sous la direction de E. FRONZA et S. MANACORDA, Milan, A. Giuffrè Editore, 2003, p. 241.

¹¹² La question de l'exclusion des éléments de preuve obtenus par ouï-dire n'est pas expressément traitée dans les Statuts et les Règlements des juridictions pénales internationales. Celles-ci adoptent des approches divergentes sur la question de l'admission ou de l'exclusion des éléments de preuve obtenus par ouï-dire. Voir *Le Procureur c/Momčilo Krajišnik*, affaire n°IT-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006, par. 1190.

¹¹³ *Le Procureur c/Aleksovski*, affaire n°IT-95-14/1, Arrêt relatif à l'appel du Procureur concernant l'admissibilité des éléments de preuve, 16 février 1999, par. 15.

¹¹⁴ *Le Procureur c/Rodoslav Brđanin*, affaire n°IT-99-36, Jugement, 1^{er} septembre 2004, par. 28.

¹¹⁵ *Le Procureur c/Ratko Mladić*, affaire n°IT-09-92, Décision rendue oralement en audience sur la recevabilité d'informations obtenues par ouï-dire par un témoin, 30 août 2012. Voir les transcriptions de la même date.

qualifiées de ouï-dire et dont l'origine est inconnue¹¹⁶. Enfin, dans l'affaire *Prlić et consorts*, les défenses des accusés *Praljak* et *Čorić* ont soulevé la question de la crédibilité et de la fiabilité des preuves obtenues par ouï-dire en termes de risque d'atteinte au procès équitable au cas où la responsabilité pénale de l'accusé serait établie sur la base des déclarations dont les propos ont été simplement rapportés¹¹⁷.

Les Chambres de première instance des TPI n'ont pas la même interprétation de la question de l'exclusion des preuves obtenues par ouï-dire. Certains juges estiment que la valeur probante des déclarations des témoins et autres témoignages extrajudiciaires est en deçà de celle qu'on peut accorder aux dépositions faites à l'audience et dont la véracité a été soumise à un contre-interrogatoire¹¹⁸. D'autres juges sont plus sévères. Par exemple, dans l'affaire *Musema*, ils ont estimé qu'une preuve par ouï-dire n'est pas admissible parce qu'elle est entachée d'irrecevabilité, même si elle a été examinée à sa source ou corroborée par des preuves directes¹¹⁹. De même, dans le jugement *Brđanin*, les juges du TPIY ont souligné qu'une preuve par ouï-dire est, de par sa nature, moins crédible et moins fiable qu'une déposition faite sous serment et soumise à un débat contradictoire dans le prétoire¹²⁰.

Les TPI retiennent deux critères généraux en matière de recevabilité des éléments de preuve obtenus par ouï-dire, à savoir : la pertinence et la valeur probante¹²¹. Dans sa décision sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire dans l'affaire *Tadić*, une Chambre du TPIY a rappelé que les règles relatives à l'admission de la preuve exigent que la fiabilité soit retenue comme critère de recevabilité de la preuve¹²². Cette approche est partagée dans l'affaire *Čelebići* où il a été conclu que la fiabilité est une « *composante inhérente et implicite de recevabilité* ». La jurisprudence estime ainsi que si une preuve est peu fiable, elle ne peut être pertinente ou avoir une valeur probante, en vertu de l'article 89 C) du Règlement du TPIY¹²³. Ainsi, statuant en dernier recours, les juges d'appel ont exclu la déclaration d'un témoin décédé pour manque de fiabilité¹²⁴. Si les critères de fiabilité et de valeur probante n'ont pas été retenus dans l'affaire *Kordić et Čerkez* en vue d'exclure un témoignage ayant obtenu par ouï-dire¹²⁵, les juges ont en revanche estimé dans l'affaire *Brđanin* que le contre-interrogatoire est le critère le mieux adapté pour évaluer la fiabilité d'un élément de preuve¹²⁶. Pour déterminer la fiabilité de la déposition, la Chambre d'appel a d'abord constaté l'absence du contre-interrogatoire du témoin. Elle a ensuite remarqué la mauvaise qualité du ouï-dire qui n'était pas de « première main », mais des ouï-dire « éloignés » des faits et

¹¹⁶ *Le Procureur c/Momčilo Krajišnik*, affaire n°IT-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006, par. 1190.

¹¹⁷ Affaire *Prlić*, Mémoire en clôture de la défense Čorić (version publique expurgée), 31 mars 2011, par. 12-14 ; Mémoire en clôture de la défense Praljak (version publique expurgée), 31 mars 2011, par. 37-39.

¹¹⁸ *Le Procureur c/Kayishema et Ruzindana*, affaire n°ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999, par. 87.

¹¹⁹ *Le Procureur c/Alfred Musema*, affaire n°ICTR-96-13-T, Jugement, 27 janvier 2000, par. 51, 84-86.

¹²⁰ Jugement *Brđanin*, par. 28.

¹²¹ Pour une opinion privilégiant une approche plus restrictive de la recevabilité des preuves par ouï-dire par les juridictions pénales internationales, voir K. MANN, « Hearsay Evidence in War Crimes Trials », in Y. DINSTEIN, M. TABORY, *War Crimes in International Law*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 1996, p. 351-377.

¹²² Affaire *Tadić*, Décision relative à la requête de la défense concernant l'admission des preuves par ouï-dire, 5 août 1996, par. 8-9.

¹²³ Affaire *Čelebići*, Décision relative à la requête de l'Accusation sur la recevabilité de la preuve, 19 janvier 1998, par. 18.

¹²⁴ Affaire *Kordić et Čerkez*, Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé, 21 juillet 2000, par. 24. Voir aussi Affaire *Aleksovski*, Jugement, 24 mars 2000, par. 63 : « *margin of deference to the Trial Chamber's evaluation of the evidence (...)* ».

¹²⁵ Affaire *Kordić et Čerkez*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'admission du Rapport Tulica et Dossier en preuve, 29 juillet 1999, par. 23.

¹²⁶ Affaire *Brđanin*, Décision relative à l'objection de l'article 92bis et requête en annulation et d'exclure tous les états de la règle 92bis déposées par Radoslav Brđanin le 13 Décembre 2001, 18 janvier 2002, par. 8.

déformés par diverses traductions¹²⁷. Enfin, dans l'affaire *Kupreškić*, la Chambre d'appel a estimé qu'il faut être « *extrêmement prudent dans l'évaluation d'un témoignage à décharge recueilli dans des circonstances difficiles* »¹²⁸.

Au-delà de cette controverse jurisprudentielle, une question mérite d'être posée : est-il raisonnable d'exclure *a priori* une preuve obtenue par oui-dire au motif qu'elle n'a ni pertinence ni valeur probante ? Comment le juge procède-t-il à leur évaluation ? L'on peut considérer que la pertinence et la valeur probante ne dépendent pas de la nature ou de la provenance de la preuve. Elles relèvent de l'appréciation discrétionnaire du juge¹²⁹. Dans une opinion individuelle, le juge STEPHEN a observé que « *le fait qu'il s'agisse d'un élément de preuve indirect n'affecte pas sa pertinence, pas plus qu'il n'entame nécessairement sa valeur probante* »¹³⁰. Suivant cette opinion, écarter un élément de preuve obtenu par oui-dire parce qu'il est censé dépourvu de pertinence et de valeur probante ne semble pas conforme au principe de la liberté de la preuve¹³¹. On peut en déduire que l'évaluation de la pertinence ou de la valeur probante d'une preuve est une démarche différente de la recevabilité de la preuve.

En outre, la preuve relevant du oui-dire peut s'avérer la seule disponible qui puisse éclairer un point de l'affaire à l'issue des enquêtes. L'exclure du procès serait ainsi priver la justice des éléments de preuve susceptibles de contribuer à la manifestation de la vérité. C'est également la conclusion à laquelle a abouti la Chambre dans l'affaire *Blaškić* ; celle-ci ayant estimé que « *pour des raisons inhérentes au conflit armé (...) des milliers de personnes qui ont été déplacées, soit internées, voire tuées. Dans ces conditions, les témoins sont naturellement susceptibles d'évoquer des événements vécus par d'autres* »¹³². Le témoignage obtenu par oui-dire peut ouvrir d'autres pistes qui elles-mêmes peuvent éclairer la compréhension des juges, pourvu que les règles applicables en matière d'administration de la preuve soient respectées¹³³. Les circonstances dans lesquelles les preuves indirectes émergent et la teneur des déclarations prononcées en dehors de l'audience doivent être scrupuleusement examinées afin de vérifier si elles sont volontaires, véridiques et dignes de foi avant qu'elles soient recevables¹³⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas *a priori* opposée à l'admission des éléments de preuve obtenus par oui-dire au cours d'un procès. Selon sa jurisprudence, la présentation des témoignages prononcés au cours d'une audience ou d'une instruction préparatoire ne constitue pas en soi une violation des règles procédurales européennes en matière d'administration de la preuve pénale. Néanmoins, dans une décision, elle a précisé que la preuve par oui-dire ne sera

¹²⁷ Affaire *Kordić et Čerkez*, Décision relative à l'appel relative à la déclaration d'un témoin décédé, par. 23-27.

¹²⁸ Voir Jugement *Kupreškić*, 23 octobre 2001, par. 79 et 206. L'article 89 D) des Règlements des TPI stipule que « *la Chambre peut demander à vérifier l'authenticité de tout élément de preuve obtenu hors d'audience* ».

¹²⁹ D.V. SANDIFER, *Evidence before Internationals Tribunals*, 3^{ème} édition, New York, *University Press of Virginia*, 1975, p. 368-369.

¹³⁰ Affaire *Kmojelac*, Opinion individuelle du Juge STEPHEN concernant la requête de la défense sur les éléments de preuve indirects, 5 août 1996, p. 3.

¹³¹ Affaire *Aleksovski*, arrêt relatif à l'appel du Procureur concernant l'admissibilité d'éléments de preuve, Opinion dissidente du Juge Patrick ROBINSON, 18 décembre 1998, par. 5 et 24.

¹³² Affaire *Blaškić*, Décision sur la requête de la défense portant opposition de principe à la recevabilité des témoignages par oui-dire sans condition quant à leur fondement et à leur fiabilité, 12 janvier 1998, par. 10. Devant les TMI de Nuremberg et de Tokyo et l'opinion dissidente du Juge PAL in B.V.A. ROLING, C.F. RUTER (éd.), *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East*, Amsterdam, 1977, p. 630.

¹³³ A. MASSET, « *Limites de certains modes de preuve* », in *Actes du colloque du Barreau de Liège des 30-31 mai et 1^{er} juin 1985*, p. 162. Voir également J. SPENCER, B. DELEUZE, D. VORMS, « *La preuve : une question inclassable* », *APC*, 1993, p. 53.

¹³⁴ J. DE HEMPTINE, « *Les Procédures du procès international. Regard sur les principales évolutions du règlement de procédure et de preuve du TPIY* », in L. BURGORGUE-LARSEN, *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 123-167.

recevable que si l'accusé a eu « *une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard* »¹³⁵.

CONCLUSION

Devant les juridictions pénales internationales, le déroulement des procédures est marqué par des écarts entre la théorie et la pratique. Si on peut attribuer les contradictions, imprécisions et ambiguïtés de certaines dispositions pertinentes des Statuts et des Règlements des TPI au contexte particulier de la création de ces tribunaux et de l'élaboration de leurs textes constitutifs, la reproduction de certaines erreurs dans les textes de la CPI peut étonner plus d'un observateur de la justice pénale internationale. Considérée comme la forme de juridiction la plus perfectionnée en matière de répression des graves crimes internationaux, la CPI aurait pu dégager des critères clairs et précis en matière d'administration des preuves. Ni les plénipotentiaires à Rome ni les Assemblées des Etats Parties au traité de Rome n'ont pu régler véritablement les problèmes pratiques relatifs à l'exclusion des éléments de preuve.

S'il est vrai aussi qu'au nom de la liberté de la preuve, les Chambres doivent donner davantage de possibilités aux parties d'apporter les éléments de preuve aussi divers que variés afin de soutenir leurs prétentions, cette ouverture ne doit pas se faire au détriment des principes généraux du droit, des garanties du procès équitable et de la présomption d'innocence. L'exclusion de certains éléments de preuve ne répondant pas aux critères de pertinence et de valeur probante devrait être un principe, et non une exception à défaut de leur non-admission. Une bonne administration de la preuve exige des garanties et le respect des règles strictes concernant les limites en matière d'admission de la preuve¹³⁶.

Etant donné qu'une interprétation erronée d'une disposition pertinente peut fortement entamer la crédibilité de la décision rendue, il est nécessaire d'amender certaines dispositions pertinentes du Statut de Rome et du Règlement de la CPI qui paraissent imprécises, vagues et ambiguës, alors que d'autres sont difficilement applicables. Cette démarche est nécessaire si l'on veut réduire au maximum les erreurs de droit. Ces amendements sont également essentiels si l'on veut éviter des interprétations erronées, des confusions ou des analogies. Enfin, dans la mesure où la CPI est dans une phase expérimentale et compte tenu des lacunes déjà observées dans les premiers jugements et les affaires en cours, cette révision paraît comme un impératif. Elle permettrait ainsi aux juges de mieux interpréter les textes, d'adapter les règles de procédure et de preuve, de circonscrire l'application des principes de droit à des cas concrets et en fonction des difficultés pratiques auxquelles ils sont confrontés¹³⁷.

L'avenir de la justice pénale internationale dépend à la fois de la précision et de l'interprétation stricte des textes, du respect des principes du procès équitable et de la présomption d'innocence¹³⁸. L'application d'une règle de droit exige une interprétation qui commence par un

¹³⁵ CEDH, Grande Chambre, *Alkhawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*, 15 décembre 2011, Req. N°26766/05 et 22228/06 ; CEDH, *Taxquet c/Belgique*, 16 novembre 2010, Req. n°926/05 ; CEDH, *Delta c/France*, 20 novembre 1990, Série A, vol. 191, 1990, par. 36 ; M. VAN de KERCHOVE, *La preuve en matière pénale, op.cit.*, p. 10.

¹³⁶ Voir M. CHIAVARIO, « Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne », *RSC*, 1992, p. 30 ; J. SPENCER, « Les limites en matière de preuve. Aspects actuels », *RSC*, 1992, p. 42.

¹³⁷ L'article 123(1) du Statut de Rome dispose en substance que sept ans après l'entrée en vigueur du statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoquera une conférence de révision pour examiner tout amendement au présent Statut. L'examen pourra porter sur les crimes figurant à l'article 5.

¹³⁸ *Le Procureur c/Ntakitimana et consorts*, affaire n°ICTR-96-10-A et n°ICTR-96-17-A, Opinion séparée et dissidente du Juge OSTROVSKY, 13 décembre 2004, par. 17 ; *Le Procureur c/Jean-Paul Akayesu*, affaire n°ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre, 1998, par. 129.

examen des termes de la loi. Ceux-ci doivent être lus dans un contexte juridique et factuel précis¹³⁹. Les éléments de preuve doivent être admis ou exclus sur la base de leur pertinence et de leur valeur probante. Ce qui permettrait d'une part, de démontrer les violations graves du droit international humanitaire et d'autre part, d'établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sur la base de preuves crédibles et fiables ou des indices précis et concordants¹⁴⁰. En matière pénale, ce qui est considéré comme vrai doit avant tout paraître comme précis et cohérent¹⁴¹. Nous souscrivons à l'opinion du juge ISSAC qui, dans une affaire célèbre, déclarait: « *S'il s'avère que le droit ne correspond pas à l'interprétation que nous ou nos prédécesseurs en avons donnée, la question de choisir entre appliquer le droit et maintenir une interprétation erronée ne se pose même pas. A mon sens, il est préférable de parvenir tardivement à une juste conclusion plutôt que de persister dans l'erreur* »¹⁴².

¹³⁹ La célèbre maxime selon laquelle « *in daris non fit interpretatio* » (lorsqu'un texte est clair, nul n'est besoin de l'interpréter) est en réalité fallacieuse, comme l'ont très justement fait observer d'éminents théoriciens du droit. Elle méconnaît le fait que certains termes peuvent avoir des significations multiples, et que ces significations dépendent du contexte particulier. Voir à ce sujet l'opinion exprimée par P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} édition, 2008, p. 448.

¹⁴⁰ C. BASSIOUNI, « Expérience des premières juridictions pénales internationales », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2002, p. 234-298.

¹⁴¹ C. PUIGELIER, *Vrai, véridique et vraisemblable*, Paris, Economica, vol. 19, 2004, p. 195. Voir A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 129.

¹⁴² Voir *Coopératives agricoles australiennes c/Fédération des conducteurs et l'Association des pompiers de l'Australie Australian Agricultural*, 17 CLR, 1913, p. 261, par. 278 (Juge ISAACS).