

**LA PRISE EN COMPTE
DE LA JURISPRUDENCE DE STRASBOURG
PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES
INTERNATIONALES**

PAR

ANTONIO CASSESE

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE FLORENCE
ANCIEN PRÉSIDENT DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL
POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

**I. — Prolégomènes :
le juge pénal international
et les sources de droit**

Avant d'entamer l'examen du problème spécifique qui nous occupe, il est nécessaire d'énoncer, en guise de prémisse, certains concepts généraux et de faire une série de distinctions fondées sur les principes de la logique juridique.

**A. — LES SOURCES
DANS LESQUELLES LES JUGES PÉNAUX
INTERNATIONAUX PEUVENT PUISER**

Le droit international pénal est encore très rudimentaire. Cela vaut aussi bien pour les règles concernant les différentes catégories de crimes internationaux que pour les normes régissant les procès pénaux internationaux. En effet, de nombreuses notions pénales ne sont pas définies par les textes normatifs pertinents. D'où la nécessité pour les juges internationaux d'avoir recours à d'autres textes normatifs internationaux, pourvu qu'ils soient applicables, ou à la jurisprudence.

Les Tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), auxquels je bornerai mon analyse,

sont des juridictions internationales. Il en découle que – même si, à la différence du Statut de la Cour Pénale Internationale, leurs Statuts ne contiennent pas de disposition énumérant les sources de droit à utiliser et l'ordre dans lequel elle doivent s'inscrire – ils doivent appliquer le droit international. En particulier, ils doivent appliquer ce droit tel qu'il découle des sources consacrées en l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) et dans la règle correspondante de droit général. Ils doivent donc appliquer tout d'abord leur Statut respectif, actes normatifs internationaux adoptés par le Conseil de Sécurité des Nations Unies en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il s'agit évidemment de « législation internationale » de deuxième degré, car ces instruments internationaux ont été édictés en vertu des pouvoirs attribués par un traité international, à savoir la Charte des Nations Unies, au Conseil de Sécurité. En outre, les Tribunaux doivent appliquer le droit international coutumier et les traités internationaux auxquels les Statuts font explicitement référence, par exemple les Conventions de Genève de 1949 sur le droit humanitaire des conflits armés. Lorsque ces textes ne règlent pas une question ou la règlent de manière ambiguë, contradictoire ou peu claire, les Tribunaux sont autorisés à avoir recours soit aux principes généraux du droit pénal international, soit aux principes généraux du droit international, soit, au cas où ces principes seraient absents ou lacunaires, aux principes généraux de droit pénal reconnus dans les grands systèmes juridiques du monde. Cette liste de sources du droit et l'ordre hiérarchique dans lequel elles peuvent être utilisées, ont été énoncées avec clarté par une Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Furundžija* (1).

B. — DEUX MANIÈRES D'UTILISER
LES *CORPUS JURIDIQUES* AUTRES QUE LES STATUTS,
LES TRAITÉS INTERNATIONAUX PERTINENTS
ET LES RÈGLES COUTUMIÈRES INTERNATIONALES

Si l'on s'en réfère à la logique juridique d'un côté et à la pratique judiciaire des deux Tribunaux en question, de l'autre, il n'est pas difficile de constater qu'il y a deux manières différentes pour les juridictions internationales d'avoir recours à des lois nationales, des jugements nationaux ou internationaux et autres textes juridiques. Il y a celle que j'appellerai « l'approche *sage* », mais aussi celle que j'appellerai « l'approche *sauvage* » (j'emprunte bien sûr la célèbre distinction faite par R.-J. Dupuy au sujet de la coutume internationale (2)).

1. — *L'approche « sage »*

Cette approche se base sur une vision juridique *rigoureuse*, du point de vue de la logique juridique, du rôle et des fonctions des Tribunaux internationaux et des sources de droit dans lesquelles ils sont autorisés à puiser.

La prémisse fondamentale de cette approche est que les juges pénaux internationaux peuvent utiliser la jurisprudence internationale et nationale seulement comme « moyen auxiliaire de détermination » d'une règle juridique internationale (art. 38 alinéa 1 (d) du Statut précité de la CIJ). Par voie de conséquence, les juges en question peuvent puiser dans la jurisprudence (voire même, si nécessaire, dans la législation nationale), seulement pour établir (i) si une règle coutumière internationale s'est formée ou (ii) s'il existe un principe général du droit international, ou bien (iii) pour déterminer si l'interprétation d'une règle internationale avancée par un autre juge est convaincante et, dès lors, peut être partagée. Tandis que la jurisprudence nationale peut s'avérer plus utile pour dégager des principes généraux du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques du monde, la jurisprudence internationale

(1) Voir arrêt du 10 décembre 1998, §177, 183-4.

(2) Voir R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.

a une importance capitale lorsqu'il s'agit d'établir s'il existe des règles coutumières ou des principes généraux du procès pénal international ou des principes généraux de droit international, ou bien pour établir quelle est l'interprétation exacte d'une norme internationale.

Comme on le voit, cette approche présuppose que le juge pénal international soit conscient d'une *prééminence* du droit international par rapport au droit national : le juge international (i) prend en compte le droit interne seulement si celui-ci constitue un des facteurs indiquant la formation d'une règle ou d'un principe international, et (ii) prend en considération le droit interne si, en vertu d'une règle internationale, il peut constater une convergence sur un point spécifique entre les principaux systèmes du monde. Même si dans ce dernier cas le droit international «se nourrit» de droit interne, il le fait sur ordre de droit international lui-même.

L'approche en question implique aussi une *prééminence* du droit régissant la juridiction internationale intéressée (dans le cas d'espèce, les tribunaux pénaux internationaux) par rapport aux *autres systèmes juridiques internationaux* (tel que le système de la Convention européenne des droits de l'homme). En effet, les juges pénaux internationaux prennent en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg seulement si elle sert à indiquer l'existence d'une règle ou d'un principe de droit international applicable par ces juges, ou si elle contient une interprétation d'une norme internationale que les juges en question considèrent convaincante et donc susceptible d'être partagée.

Il y a lieu d'ajouter que cette approche est rendue nécessaire non seulement pour des raisons de *rigueur juridique*, mais aussi pour satisfaire des exigences fondamentales imposées par le *principe du procès équitable*, et notamment par l'obligation, découlant de ce principe, de respecter les droits de l'accusé. En effet, l'adoption d'une approche juridiquement rigoureuse réduit la marge d'arbitraire du juge international : si la défense sait à l'avance le procédé de logique juridique qui peut et doit être suivi par le juge, elle peut raisonnablement prévoir

ses conclusions. En revanche, si le juge procède un peu «à-la-va-vite», son raisonnement est moins prévisible, et la défense demeure dépourvue de moyens propres à raisonnablement prévoir ses conclusions.

2. — L'approche «sauvage»

Si l'on parcourt les arrêts rendus par les deux Tribunaux internationaux, force est de constater que souvent les juges internationaux ont cité et appliqué la jurisprudence d'autres juridictions internationales ou de cours nationales non pas pour établir l'existence éventuelle d'une règle coutumière internationale ou d'un principe général de droit, mais seulement pour trouver la solution à un problème juridique qu'ils devaient résoudre. Parfois, ils ont cité des arrêts nationaux ou internationaux simplement pour étayer une conclusion à laquelle ils étaient parvenus par d'autres moyens juridiques, sans pour autant se demander ou préciser quelle était la valeur ou la signification de cette référence à la jurisprudence d'autres tribunaux, internes ou internationaux.

Ce procédé, et surtout le premier des deux que je viens de mentionner, ne paraît pas justifié sur le plan des principes et de la logique juridique, car il ne tient aucunement compte du fait que (1) les Tribunaux internationaux appartiennent à un *ordre juridique totalement distinct de celui des juridictions nationales*, à un univers juridique qui a ses propres règles, ses cadences, ses institutions; ainsi que du fait que, (2) même lorsque les Tribunaux internationaux à caractère pénal appliquent la jurisprudence d'autres cours internationales telle que par exemple la Cour européenne, le procès pénal international a des *spécificités* qu'il ne faut absolument pas ignorer.

Il n'est pas difficile de constater que les juges de formation anglo-saxonne ont tendance à privilégier cette approche, car leur mentalité et leur formation juridique les amènent à agir comme s'ils œuvraient au sein d'une juridiction des Etats-Unis, du Royaume Uni ou de l'Australie. Ils s'appuient donc sur la «théorie» du «précédent judiciaire» et appliquent la jurisprudence d'autres cours comme s'ils étaient des juges

nationaux d'un pays de «common law». Mais souvent cette manière d'aborder le problème est aussi partagée par des juges de formation civiliste. Un exemple pourra être utile.

Dans l'affaire *Jean-Bosco Barayagwisa* l'accusé avait interjeté appel devant la Chambre d'Appel du TPIR contre la décision d'une Chambre de première instance rejetant l'exception préjudicielle qu'il avait présentée pour contester la légalité de son arrestation et de sa détention. Dans son arrêt du 3 novembre 1999, la Chambre d'appel constata que les droits de l'accusé avaient été violés, prononça l'arrêt définitif des poursuites et ordonna la remise en liberté immédiate de l'accusé. Pour aboutir à ces conclusions, la Chambre a eu de nombreuses occasions de se référer à la jurisprudence nationale pour résoudre des problèmes juridiques du procès international. Ainsi, par exemple, l'article 40 du Règlement établit que l'acte d'accusation doit être présenté dans les 20 jours suivant l'arrestation de l'accusé. Pour établir si le TPIR avait respecté le droit de l'accusé d'être informé immédiatement des accusations, la Chambre a dû vérifier si la période pendant laquelle l'accusé avait été détenu au Cameroun à la demande du Procureur du TPIR pouvait être prise en compte bien que l'accusé ne fut pas sous le contrôle physique du Procureur. A ce sujet la Chambre d'appel a cité plusieurs arrêts de juridictions des Etats-Unis et un arrêt d'une cour de Singapour pour conclure que la détention de l'accusé au Cameroun s'était faite sous l'autorité du Tribunal (§§56-59). La Chambre n'expliqua pas *pourquoi* et *à quel titre* elle avait eu recours à cette jurisprudence de deux Etats (tous deux de «common law»). La Chambre adopta la même approche pour établir si dans le cas d'espèce le Procureur avait violé des droits de l'accusé, notamment en ne l'informant pas immédiatement des charges portées contre lui, en n'effectuant pas toutes les diligences nécessaires pour la poursuite, et aussi du fait que la Chambre de première instance n'aurait pas vérifié la légalité de la détention. Pour résoudre ces questions, la Chambre eut recours à la «*abuse of process doctrine*», un concept d'origine anglo-saxonne qu'elle a interprété à la lumière de la jurisprudence de tribunaux anglais et des Etats-Unis (§§74-77). La

Chambre est encore revenue à cette jurisprudence anglo-saxonne lorsqu'elle s'est penchée notamment sur le devoir du procureur d'agir avec toute la diligence nécessaire (§§92-97). Notons tout de même que la Chambre a été un tout petit peu plus explicite sur les raisons de son recours à la jurisprudence nationale quand elle a décidé que la remise en liberté immédiate de l'accusé devait se faire «with prejudice to the Prosecutor». En effet elle a ajouté immédiatement que cette décision était en accord avec la jurisprudence de plusieurs systèmes nationaux («Such a finding is consistent with the jurisprudence of many national systems»), citant à cet égard des arrêts du Canada, des Philippines, des Etats-Unis et du Zimbabwe (§§108-111).

Cette même approche fut renouvelée par la Chambre d'Appel dans la même affaire à l'occasion de la demande en révision du Procureur(3). Il s'agissait d'établir si les quatre critères prévus par l'article 120 du Règlement et nécessaires pour que la Chambre d'appel procède à un examen en révision d'un arrêt étaient réunis, en particulier si la découverte d'un fait nouveau ne résultait pas d'un manque de diligence de la partie intéressée. En l'espèce, le Procureur n'ignorait pas le fait nouveau qu'il invoquait devant la Chambre d'appel. Face à cette situation, la Chambre a statué que «dans les circonstances tout à fait exceptionnelles de cette affaire, et face à une possible erreur judiciaire» elle interprétait la condition en question comme n'ayant pas un caractère péremptoire (§65). Et la Chambre d'ajouter que «cette manière d'aborder la question n'est pas sans précédent». Après quoi elle cite un arrêt anglais et un autre canadien (§§67-68). Enfin, elle ressent le besoin d'une précision :

«La Chambre d'appel ne cite pas ces exemples pour justifier ses actions au sens strict. Le Tribunal international est une institution unique en son genre, régie par son propre Statut et pas les dispositions du droit pénal coutumier, dans les cas où celles-ci peuvent être discernées. Toutefois, la Chambre note que les problèmes que posent (*sic*) la demande en révision ont été examinés par d'autres instances et que l'approche adoptée par la Chambre d'appel ici n'est pas étrangère à ces systèmes distincts et indépendants. Vouloir rejeter les faits présentés par le Procureur, compte tenu de leur influence sur l'arrêt reviendrait tout simplement à détourner le regard de la réalité» (§69).

(3) Arrêt du 31 mars 2000.

On le voit, cette Chambre, qui pourtant agissait clairement sous l'influence de juges de formation civiliste, a utilisé le recours à la jurisprudence nationale exclusivement pour corroborer une solution juridique à laquelle elle était parvenue – d'ailleurs on ignore par quelle voie et sur la base de quel procédé juridique. La solution esquissée par le juge Shahabuddeen dans son opinion individuelle rend encore plus manifeste les carences du raisonnement juridique de la Chambre. Ce juge a invoqué «the superior demands of justice» pour justifier ses conclusions concordantes avec celle de la Chambre (§§49-54). En effet, les deux cas cités par la Chambre peuvent seulement servir à confirmer un *principe général de justice* ou un *principe général de droit pénal*, valable en droit interne comme en droit international pénal, suivant lequel dans des circonstances exceptionnelles les exigences de la justice peuvent imposer d'accorder la révision d'une décision pour un fait nouveau quand bien même le fait serait connu par la partie intéressée.

Il est évident que cette approche tend à mettre le droit «extérieur» à la juridiction pénale internationale (donc, dans notre cas, le droit national et la jurisprudence nationale ou de la Cour européenne) sur le même plan que le droit applicable par cette juridiction : le tribunal pénal international fait référence ou applique les arrêts nationaux ou ceux de la Cour européenne au même titre que d'autres arrêts du tribunal ou d'autres juridictions pénales internationales. Par ce fait même, on finit par gommer la prééminence du droit régissant cette juridiction pénale, dont nous avons parlé ci-dessus, à propos de l'approche «sage».

II. — Analyse de l'influence de la Cour européenne sur la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux

A. — L'importance du recours à la jurisprudence de la Cour européenne

Après ces considérations générales de méthode, il paraît opportun de passer à l'examen spécifique de notre sujet.

Avant de le faire il convient toutefois de noter que parmi les corpus de jurisprudence internationale que les Tribunaux en question peuvent utiliser, celle de la Cour européenne a une importance capitale. Pourquoi ? Pour trois raisons principales.

Tout d'abord, la Cour européenne est une juridiction internationale qui applique le droit international ; ses arrêts appartiennent donc à la même catégorie que celle des décisions des Tribunaux pénaux internationaux ; ils ont donc une valeur et une portée beaucoup plus grandes que celles des tribunaux nationaux.

En deuxième lieu, les TPIY et TPIR doivent s'assurer que les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire soient arrêtées et poursuivies en justice. Le TPIY et le TPIR doivent toutefois garantir le respect des droits des suspects et des accusés et assurer un procès équitable et rapide tout en tenant compte de la nécessité de protéger les victimes. Cette mission est définie aux articles 20 et 21 du STPIY, qui sont clairement inspirés des dispositions de la Convention européenne (de même que du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques), et en particulier des articles 5 et 6 de cette Convention.

La Cour européenne a, entre autres, la tâche d'assurer le respect par les Etats membres, des articles 5 et 6 de la Convention européenne, qui portent respectivement sur les garanties à observer en cas de privation de liberté autorisée et sur les garanties essentielles d'un procès équitable. Ces deux dispositions fondamentales règlent bien sûr les agissements des Etats dans leurs ordres juridiques internes : elles imposent aux 46 Etats membres d'observer certaines garanties essentielles lorsqu'ils prennent à l'encontre des personnes privées des mesures privatives de liberté, ou lorsqu'ils administrent la justice. Ces règles et la jurisprudence correspondante ne sont pas transposables telles quelles aux juridictions pénales internationales. Néanmoins, elles énoncent des principes généraux qui peuvent s'avérer applicables même au niveau international. Il est donc tout à fait naturel que dans l'accomplissement de leur

mission les juges internationaux se réfèrent à l'expérience de la Cour Européenne.

En troisième lieu, en dégagant des principes communs aux 46 Etats membres, la Cour européenne montre en même temps quels sont les principes qui s'appliquent au sein de ces pays; à cet égard, il faut souligner que certains de ces pays sont orientés vers des systèmes juridiques de «common law» tandis que d'autres se basent sur des systèmes juridiques de tradition romano-germanique; il s'agit donc d'un «échantillon de systèmes juridiques» extrêmement intéressant du point de vue du droit comparé. En contribuant à l'harmonisation des systèmes juridiques de tous ces pays la jurisprudence de la Cour Européenne peut s'avérer utile pour ce qui est de l'application des principes généraux de la justice pénale communs aux grands systèmes juridiques du monde, car elle indique quels sont les principes que 46 Etats européens observent ou doivent observer. C'est justement ce trait essentiel de la jurisprudence de Strasbourg qui la rend de loin plus intéressante pour les TPI que la jurisprudence de la Cour américaine des droits de l'homme (tandis que les «constatations» du Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, bien qu'elles soient tout aussi intéressantes, du point de vue du contenu, que les arrêts de Strasbourg, n'ont pas les mêmes caractères de véritable jurisprudence d'un organe judiciaire).

Voyons maintenant comment les juges de La Haye et d'Arusha ont eu recours à la jurisprudence des juges de Strasbourg(4).

Il faut noter tout d'abord que l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne s'est manifestée surtout au niveau de la **procédure pénale internationale**. Les juges pénaux internationaux ont estimé nécessaire de recourir à cette jurisprudence pour définir les garanties entourant l'arrestation des accusés et leur détention pro-

visoire, de même que les conditions pour assurer l'impartialité du tribunal et la mise en œuvre du principe de l'égalité des armes. A cette fin, la jurisprudence de Strasbourg concernant l'application de l'article 5 de la Convention européenne de même que celle ayant trait à l'article 6 se sont avérées très utiles pour les juges de La Haye et de Arusha.

Mais l'influence de Strasbourg s'est ressentie aussi pour le **droit pénal substantiel**. Les TPI sont habilités à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire. Cependant, les infractions visées par leur Statut ne sont pas précisément définies et renvoient pour la plupart d'entre elles au droit international humanitaire et au droit international pénal de nature coutumière. Face à l'imprécision des infractions définies aux Statuts, le rôle du juge se révèle important dans la recherche d'éléments pouvant l'aider à interpréter les dispositions de ces Statuts. Parmi ces éléments, se situe bien entendu la Convention Européenne. Il faut noter que l'influence de la Cour de Strasbourg ne s'explique pas uniquement par l'imprécision du Statut. Elle s'explique aussi par la similitude des intérêts protégés par la Cour Européenne et par les deux Tribunaux pénaux. Le caractère exceptionnellement grave des infractions visées aux Statuts rejoint en certains points la protection particulièrement forte qu'offre l'article 3 de la Convention Européenne à la dignité humaine en interdisant toute torture et tout traitement inhumain ou dégradant. Par conséquent, l'influence de la Cour Européenne se manifeste dans la détermination tant de l'atteinte à l'intérêt pénalement protégé que des éléments constitutifs de certaines infractions visées par le Statut : torture, traitement inhumain, viol.

Plutôt que de se livrer à un survol de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux basé sur un exposé des *matières* où l'influence de la Cour européenne s'est principalement manifestée, il est préférable d'opter pour un examen pour ainsi dire «transversal» de cette jurisprudence, pour

(4) Voir sur ce sujet A. CASSESE, «The Impact of the European Convention on Human Rights on the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», in *Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal* (Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000), 213-236.

montrer l'*approche* adoptée par les Tribunaux et la manière dont ceux-ci ont utilisé la jurisprudence de la Cour européenne. Cet exposé rapide devrait montrer aux lecteurs les raisons juridiques pour lesquelles les deux Tribunaux ont puisé à la jurisprudence européenne, de même que les modalités et les limites de l'impact de Strasbourg sur La Haye et Arusha.

B. — *Les juges de La Haye
et d'Arusha ont été conscients des limites
du recours à d'autres corpus juridiques imposées
par les spécificités du procès pénal international*

Une première constatation s'impose : les Tribunaux en question ont été conscients des *limites* du recours à la jurisprudence de la Cour européenne (et plus en général à celle des autres juridictions internationales ou nationales). Ils se sont parfaitement rendus compte de la nécessité de prendre en considération les spécificités de la justice pénale internationale.

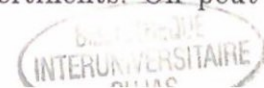
Le prononcé de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* sur la notion de «tribunal établi par la loi» illustre bien la volonté des juges du TPIY de se rattacher aux garanties de la Convention européenne tout en prenant leurs distances avec la jurisprudence de la Cour européenne. Le TPIY reconnaît bien l'existence d'un «droit à un tribunal établi par la loi» mais rejette son interprétation par la Cour européenne fondée sur la séparation des pouvoirs pour proposer une interprétation autonome, adaptée à la situation internationale.

Dans l'affaire *Tadic*(5), le problème était de savoir si la création du Tribunal international contrevenait à un principe général selon lequel les tribunaux doivent être «établis par la loi». Pour l'appelant, le droit à un Tribunal «établi par la loi» «fait partie du droit international au titre des 'principes géné-

raux du droit reconnus par les nations civilisées', l'une des sources du droit international mentionnées à l'article 38 de la CIJ». Il soulignait «le caractère fondamental des garanties d'un 'procès impartial' ou d'une 'procédure régulière' visées dans le Pacte des Nations Unies, la Convention européenne et la Convention américaine des droits de l'homme». Il s'agit de «conditions minima en droit international pour l'administration de la justice».

La Chambre d'appel a reconnu que la référence à ces trois conventions permettait de dégager un principe général de droit. Mais, selon la Chambre, si ce dernier s'impose aux administrations nationales, il doit en revanche être adapté à la spécificité du Tribunal international. La Chambre ne peut donc pas partager l'interprétation faite par la Cour européenne de l'expression «établi par la loi», suivant laquelle un tribunal doit être établi par l'organe législatif et non l'organe exécutif, car la jurisprudence de la Convention européenne concerne des systèmes nationaux où est retenu le principe de séparation des pouvoirs alors que le cadre international dans lequel s'inscrit le TPIY ne repose pas sur ce principe. La Chambre d'appel examine une deuxième interprétation possible de l'expression «établi par la loi» suivant laquelle elle vise-rait «la création de tribunaux internationaux par un organe, qui, bien que n'étant pas un parlement, est néanmoins doté du pouvoir limité de prendre des décisions contraignantes». Elle considère que le Conseil de sécurité prend bien des décisions contraignantes, lorsqu'il agit au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Enfin, elle examine une troisième interprétation possible de cette notion, aux termes de laquelle la création d'un tribunal doit être «conforme à la règle de droit». Cette conception est plus conforme au contexte de la répression internationale : «cela ne signifie pas cependant qu'à l'opposé, un tribunal pénal international pourrait être créé par le simple caprice d'un groupe de gouvernements. Un tel tribunal doit trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents. On peut dire alors que le

(5) TPIY, *Tadic*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, §§42-47.



l'accusé se plaignait, entre autres, de la méthode utilisée pour l'arrêter. Il soutenait que son arrestation était illégale car, par la ruse employée pour l'attirer en Croatie, l'arrestation revenait en réalité à un enlèvement ou une séquestration. La Chambre de première instance a estimé par contre qu'un recours à la « ruse » est compatible avec les principes du droit international. La Chambre aboutit à cette conclusion essentiellement sur la base d'un examen de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En dépit du silence du Statut et du Règlement, la Chambre reconnaît que l'arrestation doit se faire « selon les voies légales », conformément aux articles 5(1) de la Convention Européenne (et 9(1) du Pacte des Nations Unies) et à son interprétation par la Cour européenne(8). Citant longuement les affaires *Stocké contre Allemagne* (19 mars 1991) et *Bozano c. France* (18 décembre 1986), elle admet que la Cour européenne juge illégal le recours à certains stratagèmes(9). Mais, elle estime que ces exemples tirés de la jurisprudence de Strasbourg ne sont pas utiles ici puisque les conditions ne sont pas les mêmes :

« Les affaires qui, portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité [des Nations Unies] des droits de l'homme, ont donné lieu à une interprétation des articles 5(1) de la CEDH et 9(1) du PIDCP [Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques] posent le problème de l'illégalité des arrestations opérées au mépris des procédures établies en vue d'obtenir l'incarcération d'un suspect (souvent dans le cadre de traités d'extradition) ou à la faveur d'un enlèvement considéré comme manifestement arbitraire. Entre le Tribunal international et l'ATNUSO [l'« Administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie Orientale »] ou la RFY, en revanche, il n'existe aucun traité d'extradition ou accord de coopération de la sorte. Clairement, le Tribunal international et l'ATNUSO ne sont pas des Etats et ne peuvent conclure avec des Etats des traités d'extradition... Enfin, il n'y a pas eu, en l'espèce, d'enlèvement pouvant être considéré comme manifestement arbitraire. La Chambre de

(8) *Mrskic, Dokmanovic et autres*, Chambre de première instance, décision relative à la requête aux fins de mise en liberté déposée par l'accusé Slavko Dokmanovic, 22 octobre 1997, § 59 et 60.

(9) La Chambre cite les affaires *Stocké contre Allemagne* et *Bozano contre France* jugées par la Cour Européenne (§ 62 à 65) pour lesquelles le caractère « irrégulier » d'une arrestation résulte du détournement des procédures (procédure nationale d'un autre Etat, ou procédure d'extradition).

première instance estime que la procédure établie par le Tribunal pour les arrestations a été suivie par l'organe qui a procédé à l'arrestation, à savoir l'ATNUSO(10).

Par conséquent, ici, la référence à la Convention européenne est utilisée pour retenir un principe non expressément prévu par le Statut ou le Règlement : celui de la légalité des arrestations. En revanche, et à juste titre, la jurisprudence de la Cour européenne relative à ce principe n'a pas été considérée complètement *transposable* aux circonstances de l'espèce, compte tenu des spécificités de la justice pénale internationale.

Un autre domaine où les juges pénaux internationaux ont été conscients de la nécessité de tenir compte des caractères propres au procès pénal international est celui de l'**applicabilité du principe *jura novit curia***. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Kupreskic et consorts*, une Chambre de première instance du TPIY(11) a déclaré que le Tribunal ne peut pas être libre de qualifier les crimes dont il est saisi. En effet ??? la prise au compte d'une tel principe est admise dans certaines procédures internationales (comme celle de la Cour Européenne : affaires *Neumeister* du 27 juin 1968, *Handyside* du 7 décembre 1976), elle ne peut pas jouer devant le TPIY où les droits de l'accusé sont à l'honneur, comme le droit d'être informé rapidement et en détail de la nature et de la cause des charges contre lui.

Dans ces cas les Tribunaux en question n'ont donc pas transposé mécaniquement les notions énoncées par la Cour européenne et d'autres cours internationales ou internes. Au demeurant, certains juges et certaines Chambres des Tribunaux ont montré qu'ils étaient pleinement conscients des problèmes que suscite le recours à des notions de droit interne ou dégagées par la jurisprudence d'autres tribunaux. Cela ressort clairement de l'opinion dissidente d'un des membres de la Chambre d'appel du TPIY dans

(10) *Mrskic, Dokmanovic et autres*, Chambre de première instance, décision relative à la requête aux fins de mise en liberté déposée par l'accusé Slavko Dokmanovic, 22 octobre 1997, § 67.

(11) Arrêt du 14 janvier 2000, § 740.

l'affaire *Erdemović* (12), dont les conclusions ont ensuite été reprises par une Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Furundžija* (arrêt du 10 décembre 1998, § 178).

(12) Je me permets de citer à ce sujet mon opinion dissidente dans l'affaire *Erdemović*. En critiquant l'importation mécanique de notions tirées du droit national dans les procédures pénales internationales, j'écrivais qu'une des raisons pour s'opposer à cette démarche était qu'elle «peut altérer ou fausser la spécificité de ces procédures. Un certain nombre de caractéristiques distinguent les procès internationaux des procédures pénales nationales. Toutes ces caractéristiques sont liées au fait que la justice pénale internationale est rendue dans un cadre général qui est bien différent de celui des tribunaux nationaux : les tribunaux pénaux internationaux ne font pas partie d'un appareil d'État opérant sur un territoire donné et exerçant une autorité à laquelle les tribunaux prennent part. Les tribunaux pénaux internationaux opèrent au plan inter-étatique. Ils exercent leurs fonctions au sein d'une communauté constituée d'États souverains. Les individus qui relèvent de la compétence de ces tribunaux sont sous le pouvoir et le contrôle des États souverains. De cette réalité découlent plusieurs conséquences importantes. Je ne limiterai à souligner la plus frappante d'entre elles : un tribunal pénal international ne dispose d'aucun moyen direct de faire exécuter ses ordonnances, ses citations à comparaître et autres décisions. Pour obliger des individus placés sous la souveraineté d'un État à se plier à ses injonctions, il doit s'en remettre à la coopération de cet État. Perdre de vue cette condition fondamentale et ainsi greffer directement des notions tirées des systèmes juridiques nationaux sur le droit international, pourrait être la source d'une grande confusion et de nombreux malentendus. La philosophie qui sous-tend toutes les procédures pénales nationales, qu'elles soient fondées sur la *common law* ou sur le droit romain, est spécifique à ces procédures et vient du fait que les tribunaux nationaux opèrent dans un contexte où les trois pouvoirs fondamentaux (législatif, judiciaire et exécutif) sont exercés par des organes centraux qui participent à l'autorité directe de l'État sur les individus. On ne peut pas tout simplement transposer cette logique au plan international : à cet échelon là, une logique différente imposée par la position et le rôle différents des tribunaux doit forcément être à la source des procédures pénales internationales et les régir» (Chambre d'appel, arrêt du 7 octobre 1997, Opinion dissidente, para 5).

Après avoir formulé ces réserves, je proposai la méthode suivante :

«Dès lors que des dispositions internationales incluent des notions et des termes juridiques consacrés tirés du droit pénal national, l'interprète doit d'abord essayer de savoir si ces notions ou ces termes prennent un sens totalement indépendant dans le contexte international, c'est-à-dire si, une fois transposés au plan international, elles acquièrent une nouvelle dimension, absolument indépendante de leur signification originelle. S'il apparaît que tel n'est pas le cas, le juge international doit tenter d'évaluer si la transposition dans la procédure internationale suppose que la notion ou le terme doivent être adaptés ou ajustés pour satisfaire aux caractéristiques des procédures internationales. Pour ce faire, il faut déterminer si le contexte général des procédures internationales et l'objet des dispositions qui les régissent délimitent avec suffisamment de précision le champ et l'objectif de la notion ainsi que son rôle dans le cadre international. Ce n'est que si cet examen aboutit à des conclusions négatives que l'on est en droit de prendre dans la législation et la jurisprudence nationales des théories ou des termes juridiques nationaux tels qu'ils sont conçus et interprétés dans le contexte national et de les appliquer» (*ibidem*, para 6).

C. — *Le recours
à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg
a servi à déterminer des notions non définies
dans les textes internationaux pertinents*

Dans certains cas les Chambres du TPIY ou du TPIR ont puisé dans la jurisprudence de Strasbourg pour préciser des notions ambiguës ou peu claires du droit international. Cela s'est produit, par exemple, en matière de **garanties entourant l'arrestation d'un accusé**.

Dans l'affaire *Dokmanovic* (13), la question était de savoir où ce dernier avait été arrêté : en Croatie, ou (illégalement) sur le territoire de la République Fédérale de Yougoslavie ? En effet, Dokmanovic, attiré par une ruse à la frontière entre les deux pays, était monté à bord d'un véhicule de l'«Administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie Orientale» (ATNUSO) et, croyant se rendre à un rendez-vous avec le Général Klein, avait été conduit à Erdut, base militaire de l'ATNUSO en Croatie, où des soldats de l'«Administration», arme au poing, l'avait fait sortir du véhicule et l'avait menotté.

Pour déterminer ce point, la Chambre de première instance a dû préciser la notion d'arrestation. Pour cela, elle s'est référée au «droit international», observant que pour ce droit, «l'arrestation d'une personne implique nécessairement que certaines restrictions soient apportées à sa liberté de circulation». Pour cerner la notion d'arrestation la Chambre cite alors l'article 5(1) de la Convention européenne et considère qu'une «arrestation ou une détention, au sens de l'article 5, est une forme extrême de restriction apportée à la liberté de circulation...il y a arrestation aux termes de l'article 5 lorsqu'un agent de la force publique fait comprendre à une personne, soit par la force, soit par son comportement, qu'elle n'est plus libre de partir». La Chambre, après avoir mentionné aussi la

(13) *Mrskic, Dokmanovic et autres*, Chambre de première instance, décision relative à la requête aux fins de mise en liberté déposée par l'accusé Slavko Dokmanovic, 22 octobre 1997.

législation de trois pays (Royaume Uni, Etats-Unis et Australie) et le Pacte des Nations Unies, en déduit que l'arrestation s'était produite à Erdut(14).

Ici, la référence à la Convention européenne a été utilisée pour *préciser et éclaircir* une notion du Statut et du Règlement, sans pour autant que soit précisée la valeur juridique de la référence à la Convention en question (et aux législations nationales).

Il en va de même en matière de **conditions pour la mise en liberté provisoire**.

Dans l'affaire *Delalic et consorts* une Chambre de première instance du TPIY a dû se prononcer sur les «circonstances exceptionnelles» qui, en vertu de l'article 65 (B) du Règlement, permettent la mise en liberté provisoire. La Chambre a statué qu'à ce propos elle doit s'efforcer d'établir trois éléments : (i) «s'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'il [l'accusé] a commis le ou les crimes qui lui sont reprochés», (ii) «son rôle présumé dans le ou les dits crimes» et enfin (iii) «la durée de sa détention». Ensuite elle a examiné longuement chacun de ces éléments à la lumière d'un rappel détaillé de la jurisprudence de Strasbourg, pour conclure que la détention est décidée s'il existe des raisons plausibles de soupçonner la commission d'un crime; les soupçons plausibles au moment de l'arrestation ne suffisent pas pour justifier une détention provisoire; ces raisons doivent demeurer(15).

Dans ce cas la référence à la jurisprudence de la Cour européenne a servi à *déterminer les éléments constitutifs d'une notion* («circonstances exceptionnelles» permettant l'élargissement d'un détenu) *que le Règlement n'éclaircissait pas*. Même si sans aucun doute le rappel des arrêts de Strasbourg s'est révélé utile voire indispensable, il faut toutefois regretter que la Chambre n'ait pas mis en exergue la valeur et la portée juri-

dique de la référence, dans ce cas, à la jurisprudence de la Cour européenne.

Le TPIY a eu aussi recours à la jurisprudence de Strasbourg pour éclaircir la notion d'**impartialité des juges**, que le Statut ne déterminait pas.

Le Statut du TPIY garantit la haute moralité, l'impartialité et l'intégrité des juges (art. 13). L'article 15 du RTPIY prévoit en particulier l'impossibilité pour un juge de connaître une affaire dans laquelle il a un intérêt personnel ou avec laquelle il a, ou a eu, un lien quelconque de nature à porter atteinte à son impartialité.

La similitude de la garantie d'impartialité du Statut avec celle de l'article 6(1) de la Convention européenne ont incité les juges du TPIY à se référer à la jurisprudence abondante de la Cour européenne sur ce thème, d'autant plus que les dispositions statutaires ne permettaient pas de résoudre tous les cas concrets.

Par exemple, il avait été reproché au Juge Odio-Benito de cumuler ses fonctions juridictionnelles avec des fonctions politiques électives en tant que Vice-président de la République du Costa Rica.

Le Bureau du TPIY, chargé de trancher le différend, ayant constaté que la question d'impartialité d'un juge avait été examinée par la Cour européenne, a entrepris l'analyse de la jurisprudence de cette Cour (arrêts *Hauschildt* du 24 mai 1989; *Campbell et Fell* du 28 juin 1984 et *Sramek* du 22 octobre 1984)(16) et a considéré que ces affaires, «bien que tirant leur origine de systèmes différents, sont utiles en ce qu'elles montrent que le simple fait qu'une personne qui exerce des fonctions judiciaires soit, dans une certaine mesure, soumise, à un autre titre, au contrôle de l'exécutif, ne suffit pas en lui-même pour porter atteinte à l'indépendance de la justice». Le Bureau a alors montré qu'en réalité le Juge Odio Benito n'exerçait pas pratiquement ces fonctions de Vice-Président durant l'exercice de ses fonctions judiciaires. Par conséquent, elle n'avait pas à se récuser.

(14) *Ibid.*, §27-32.

(15) TPIY, *Delalic*, 1^{ère} instance, décision relative à la requête de l'accusé aux fins de mise en liberté provisoire, 25 septembre 1996, §§19-31.

(16) TPIY, *Delalic*, Bureau, décision portant sur la requête relative à l'indépendance de la justice, 4 septembre 1998.

Par la suite, avaient été invoqués à l'encontre du Juge Mumba son engagement dans la Commission des Nations Unies sur le statut de la femme et ses propos quant aux crimes qui auraient été commis en ex-Yougoslavie. La Chambre d'appel du TPIY, devant laquelle la question avait été soulevée dans l'affaire *Furundžija* (appel), commence par présenter les règles statutaires sur la condition d'impartialité comme une garantie d'un procès équitable⁽¹⁷⁾. Ces dispositions étant générales, la Chambre décide de les interpréter. Pour cela, elle se réfère à la jurisprudence abondante de la Cour européenne et en particulier aux deux approches subjectives et objectives de l'impartialité qu'elle a mises en œuvre (avec référence aux arrêts *Le Compte* du 23 juin 1981, *Piersack* du 1^{er} octobre 1982, *Campbell et Fell* du 28 juin 1984, *Sramek* du 22 octobre 1984, *De Cubber* du 26 octobre 1984, *Hauschildt* du 24 mai 1989, *Bulut* du 22 février 1996, *Incal* du 9 juin 1998, *Castillo Algar* du 28 octobre 1998). Elle constate aussi que l'interprétation des systèmes nationaux rejoint en général celle de la Cour européenne, et se lance dans la présentation de certaines solutions nationales. Puis, la Chambre tire de ces constatations une *règle générale* selon laquelle un juge ne devrait pas seulement être libre de tous préjugés, mais aussi qu'aucune circonstance ne devrait donner objectivement l'apparence de préjugés. Elle étudie en particulier le point suivant lequel l'absence d'impartialité peut résulter des circonstances qui mènent un observateur raisonnable, correctement informé, à des préjugés. Enfin, elle considère que l'article 15 (a) du Règlement doit être interprété selon les principes qu'elle a préalablement mentionnés. Ayant appliqué toutes ces constatations au cas de l'espèce, elle conclut à l'absence de partialité du juge⁽¹⁸⁾.

(17) TPIY, *Furundžija* (appel), jugement du 21 juillet 2000, §§182-191. Il s'agit des art. 13(1) et 21 du Statut. Elle se réfère aussi entre autres à l'art. 6 de la Convention européenne dans la note 239.

(18) D'après le Juge Robinson, la Chambre aurait dû rechercher la règle coutumière sur le principe d'impartialité. Elle n'aurait donc pas dû se contenter d'affirmer l'existence d'un principe général (Déclaration annexée au jugement, §§19-22). Le juge Shahabuddeen, dans sa déclaration, a adopté une approche différente. A son avis «il ne semble [...]

→

De même, les juges de La Haye ont utilisé la jurisprudence de Strasbourg en matière d'égalité des armes, notamment pour déterminer s'ils pouvaient obliger la défense à communiquer à l'accusation les dépositions préalables des témoins à décharge.

Le Règlement du TPIY ne prévoit pas *a priori* les mêmes obligations entre le Procureur et la défense quant à la communication des pièces avant le procès. En particulier, le Procureur doit, aux termes des articles 66 et 67, pour la préparation du procès, communiquer à la défense les pièces jointes à la demande de confirmation de l'acte d'accusation, les copies des déclarations des témoins qu'il entend citer à l'audience et celles recueillies par écrit, livres, documents et le nom des témoins à charge. Le Procureur doit même, sur le fondement de l'article 68 du RTPIY, informer la défense d'éléments de preuve à décharge. De son côté, la défense, selon l'article 67 du RTPIY, ne doit informer le Procureur avant le début du procès que de sa défense d'alibi et de ses moyens de défense spéciaux.

Dans l'affaire *Delalic*⁽¹⁹⁾, le problème était de savoir si, en l'absence de dispositions spécifiques, les juges pouvaient ordonner à la Défense de notifier à l'Accusation par avance le nom des témoins à décharge appelés à la barre par la défense et devant déposer au cours du procès, afin de laisser à l'Accusation le temps de préparer un contre-interrogatoire constructif. Ayant constaté l'absence de toute disposition applicable au stade du procès, la Chambre du TPIY considère qu'elle doit se fonder sur

← pas nécessaire de se demander si s'est dégageé une norme coutumière donnant la règle permettant de déterminer si le principe d'impartialité a été violé dans des circonstances données. L'obligation de la Chambre d'appel est la même que celle de toute juridiction chargée d'appliquer un principe : elle doit l'interpréter, puis l'appliquer ainsi aux circonstances de l'espèce. En s'acquittant de cette obligation, la Chambre d'appel peut estimer utile de s'informer de l'expérience d'autres instances judiciaires pour s'instruire de la façon dont le principe doit être appliqué dans les circonstances spécifiques qui lui sont soumises. Cependant, ce faisant, elle n'est pas tenue de faire une étude comparative en vue de prouver qu'une norme coutumière s'est dégageé à travers la constatation d'une concordance générale de la pratique étatique (§4).

(19) TPIY, *Delalic*, 1^{ère} instance, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de communication à l'avance de l'identité des témoins à décharge, 4 février 1998, §§31-48.

l'article 54 du RTPIY. Cette disposition reconnaît de manière générale le pouvoir de la Chambre de combler les lacunes du Règlement. L'autorise-t-elle à rendre une telle ordonnance? Pour répondre à cette question, la Chambre se fonde sur les notions de procès équitable, de bonne administration du procès, d'égalité des armes et de droit à un procès contradictoire. Elle s'appuie en particulier sur la jurisprudence de la Cour Européenne sur la procédure contradictoire (arrêt *Ruiz-Mateos* du 23 juin 1993) et sur le principe d'égalité des armes (arrêt *Neumeister* du 27 juin 1968). Quant à ce dernier principe, la Chambre considère qu'il ne s'agit pas d'un principe de réciprocité mais d'un principe qui garantit un juste équilibre entre les parties. Elle conclut alors qu'elle peut ordonner à la défense de communiquer à l'accusation la liste des témoins qu'elle entend citer au procès *pour l'efficacité du contre-interrogatoire, le procès équitable et la rapidité du procès*, cela d'autant plus que l'accusation ayant besoin de la coopération des Etats *n'est pas nécessairement dans une position plus avantageuse que celle de la défense*.

Il semblerait que dans ce cas la Chambre, confrontée à un problème très compliqué et dont on ne trouvait pas la solution dans les règles internationales pertinentes, a, à juste titre, fait appel aux *principes généraux du procès* dégagés grâce à la jurisprudence de Strasbourg.

Les tribunaux pénaux internationaux ont puisé dans la jurisprudence de la Cour européenne non seulement en matière de procédure pénale internationale mais encore pour ce qui est du droit pénal substantiel. Cela vaut notamment au sujet de la **définition des crimes d'«atteinte à la dignité des personnes»** et de **torture**.

Le TPIY s'est inspiré de la jurisprudence de Strasbourg pour préciser les notions d'atteinte à la dignité des personnes et de traitements humiliants et dégradants, auxquelles l'article 3 du Statut du Tribunal renvoie implicitement(20).

(20) L'art. 3 est une disposition-cadre qui renvoie par exemple à l'interdiction de porter atteinte à la dignité des personnes figurant au §1 c) de l'art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève: TPIY, chambre de 1^{ère} instance, *Aleksovski*, jugement du 25 juin 1999, §48.

S'agissant de l'article 3 du Statut sur les violations des lois et coutumes de la guerre, une Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Aleksovski* le replace dans son contexte «législatif» et estime que cette disposition vise à proscrire les traitements inhumains de manière générale(21). La Chambre étudie donc le droit protégé par l'article 3, celui de la dignité humaine, par un rappel des dispositions des quatre Conventions de Genève de 1949, qui, à l'article 3 commun, interdisent «les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants». Mais elle rappelle aussi la définition générale de l'expression «traitement inhumain» énoncée par la Cour européenne, qui est le seul organe international à avoir défini cette expression, en fonction du degré de souffrance de la victime (*République d'Irlande c. Royaume Uni*; *Ribitsch c. Autriche*(22)). Elle note en particulier que la Cour Européenne (i) a établi comme critère «le degré de souffrance de la victime», (ii) a considéré que «un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention européenne», et que (iii) le minimum de gravité étant, par la force des choses, une notion toute relative, doit être apprécié en fonction des circonstances de la cause telles que la durée du traitement infligé, ses conséquences sur les plans physiques et moral, le sexe, l'âge, l'état de santé de la victime. La Chambre poursuit son analyse en soulignant que les atteintes à la dignité des personnes visées par l'article 3 du Statut constituent des atteintes au respect de la valeur la plus importante qu'est le respect de la personne humaine garanti par le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Ensuite la Chambre entreprend de déterminer les éléments objectifs et subjectifs de ce crime d'atteinte à la dignité des personnes (si pour les éléments constitutifs de certains crimes internationaux, elle utilise – mais avec parcimonie – la jurisprudence européenne, en revanche, elle ne s'y réfère plus lorsqu'il s'agit d'établir l'élément moral (*mens rea*), car évidem-

(21) TPIY, *Aleksovski*, chambre de 1^{ère} instance, jugement du 25 juin 1999, §§47-55.

(22) *République d'Irlande c. Royaume Uni*, 18 janvier 1978, série A, n° 25, §14; *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, série A, n° 336-1, §38.

ment la jurisprudence de Strasbourg n'offre à ce sujet pas d'éléments utiles).

Ici la référence à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg contribue à préciser l'intérêt protégé de même que les critères essentiels pour déterminer l'élément objectif du crime. Il semblerait que dans ce cas la Chambre, qui pourtant ne s'est pas demandé à quel titre elle pouvait avoir recours aux arrêts de la Cour européenne, ait fini par admettre implicitement que ces arrêts énonçaient une notion générale d'«atteinte à la dignité des personnes», notion constituant un principe général du droit international des droits de l'homme et donc assimilable par le droit international pénal.

La référence à la jurisprudence de Strasbourg s'est révélée utile aussi en matière de **définition du crime de torture**.

Dans l'affaire *Furundžija* une Chambre(23) a rappelé que la torture n'est pas directement mentionnée à l'article 3 du Statut qui renvoie à l'ensemble des règles du droit international humanitaire. En revanche la torture est expressément visée à l'article 2 (b) du Statut qui renvoie aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et à l'article 5 (f) du Statut qui concerne les crimes contre l'humanité de même qu'à l'article 3 sur les violations des lois ou coutumes de guerre(24). Mais, le droit international humanitaire ne définit pas la torture. La Chambre examine alors la définition de l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984(25), définition

plus large que celle figurant dans la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1975 et dans la Convention interaméricaine de 1985. En tout état de cause, ces définitions sont proches et, selon la Chambre, s'inscrivent «dans le droit fil de la définition proposée ou appliquée par les instances internationales comme la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme» (référence à l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*(26) et à l'affaire *grecque*(27)). Elle conclut alors que «la large convergence des instruments internationaux susmentionnés et de la jurisprudence internationale montre que les principaux éléments contenus dans la définition donnée à l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre la torture sont désormais généralement acceptés».

Dans ce cas, donc, la jurisprudence de Strasbourg a été utilisée comme *un des éléments permettant de conclure à l'existence d'une définition internationale, de nature coutumière, de la torture*.

La même Chambre dans la même affaire a fait aussi référence à la jurisprudence de Strasbourg pour conclure que le viol peut constituer une forme de torture. La Chambre admet une conception large de la torture en raison de la protection internationale de la dignité de la personne. Elle constate que la jurisprudence internationale, et en particulier celle de la Cour européenne (référence aux affaires *Aksoy*, 18 décembre 1996 et *Aydin*, 25 septembre 1997), ainsi que les rapports de différents comités, assimilent à une forme de torture la pratique du viol pendant la détention et l'interrogatoire comme un moyen de punir, d'intimider, de contraindre ou d'humilier la victime ou encore d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux (affaire *Aydin*).

(26) Du 18 janvier 1978, série A, n° 25, §167 : la torture est un traitement inhumain délibéré causant de souffrances graves et cruelles.

(27) Annuaire XII, 1969, Pt II, p. 186, où la Commission considère que la torture a un but, par exemple, celui d'obtenir des renseignements, des aveux ou celui d'infliger une peine. C'est une forme aggravée de traitements inhumains.

(23) TPIY, *Furundžija*, 1^{ère} instance, jugement, 10 décembre 1998, §158-160.

(24) Par exemple, TPIY, *Furundžija*, 1^{ère} instance, jugement, 10 décembre 1998, §158; *Tadić*, IT-94-1 AR72, §86-94, appel, arrêt relatif à l'exception d'incompétence du 29 mai 1998 selon lequel l'art. 3 du STPIY constitue une disposition-cadre qui embrasse les violations graves des règles du droit humanitaire international.

(25) «Aux fins de la présente Convention, le terme 'torture' désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles».

L'influence de la Cour européenne n'est manifeste ici que pour préciser l'intérêt protégé et un des éléments constitutifs du viol.

D. — *Souvent la jurisprudence de Strasbourg a été utilisée exclusivement pour renforcer ou corroborer des conclusions fondées sur le droit international pertinent, dans la recherche d'une sorte de légitimation a posteriori*

Cela s'est passé, par exemple, en matière d'égalité des armes, notamment pour établir si la défense peut être limitée dans son droit de citer des témoins et de soumettre des éléments de preuve à l'appui de sa cause.

Dans l'affaire *Delalic* (28), lors d'une conférence de mise en état organisée par la Chambre, le conseil des accusés avait été invité à limiter les témoignages redondants et à cette fin à établir une liste de témoins accompagnée d'un résumé des éléments de l'accusation sur lesquels porteront chaque témoignage et la durée des témoignages. Mais, considérant que le conseil des accusés n'avait pas répondu à cette demande, la Chambre avait menacé, à l'occasion d'une nouvelle conférence de mise en état, de dresser elle-même la liste. La requête porte sur ce point.

Le débat a porté sur l'application du principe d'égalité des armes. Pour la défense, parmi les droits de l'accusé figure le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. La Chambre ne pourrait pas réglementer et intervenir dans la manière dont la défense entend se prévaloir de ce droit. En quelque sorte, ici, la défense soutient le caractère absolu du principe accusatoire. La Chambre, après avoir cité les dispositions applicables (art. 20 et 21 du Statut; art. 54, 89, 95, 96, 98 du Règlement; art. 14 du Pacte des Nations Unies; art. 6

(28) TPIY, *Delalic*, 1^{ère} instance, décision relative à la requête des accusés concernant la présentation des moyens de preuve, 12 juin 1998, §§22-40.

de la Convention Européenne), considère qu'elle a les pouvoirs de réglementer le déroulement des procédures et en particulier, de citer des témoins, de délivrer des mandats, d'admettre tout élément de preuve pertinent, ou de juger irrecevable tout élément de preuve obtenu sans les garanties d'un procès équitable, de manière non fiable, contraire à une bonne administration de la justice. Parallèlement, la Chambre doit respecter les droits de l'accusé énoncés à l'article 20(1) du Statut, qui constitue une synthèse des particularités du système accusatoire et du système inquisitoire et est conforme aux dispositions du Pacte des Nations Unies et de la Convention européenne. Le droit garanti à l'article 21(4) (e) est subordonné au pouvoir conféré à la Chambre par l'article 20(1) de veiller à ce que le procès soit équitable et rapide et au pouvoir qu'elle a de refuser un témoignage non pertinent parce que redondant. Cet article 21 (4) (e) doit être interprété à la fois dans le cadre du système accusatoire et dans le cadre du système inquisitoire.

A l'appui de son argumentation, la Chambre se réfère à la jurisprudence de la Commission européenne suivant laquelle l'article 6 (3) (d) de la Convention européenne ne garantit pas un droit général de citer des témoins et peut justifier le refus de citer des témoignages non pertinents (affaire *Autriche c. Italie*, décision de la Commission européenne du 11 janvier 1961; affaire *X c. Autriche* décision de la Commission du 19 décembre 1961; affaire *X c. RFA*, décision de la Commission du 24 septembre 1963).

La défense soutenait aussi que l'accusation n'a pas été soumise aux mêmes restrictions, ce qui porterait atteinte au principe d'égalité des armes. La Chambre répond, que la défense n'a pas été placée «dans une position désavantageuse» (référence implicite à la jurisprudence de la Cour européenne). Le droit d'interroger n'est pas illimité.

Donc, dans ce cas la Chambre a fait référence à la jurisprudence de Strasbourg simplement et surtout pour étayer et corroborer une interprétation à laquelle elle avait déjà abouti sur la base des dispositions du Statut et du Règlement.

La même chose s'est passée en matière de **droit de l'accusé de connaître les causes de l'accusation**.

Les Statuts du TPIY et du TPIR comme la Convention européenne reconnaissent et réglementent le droit de connaître les causes de l'accusation. Toutefois, concrètement, quel *degré de précision* doit revêtir un acte d'accusation?

Pour résoudre cette question, une Chambre du TPIY avait estimé dans l'affaire *Blaskic* qu'elle devait interpréter les textes de son Statut et de son Règlement à la lumière de la jurisprudence du TPIY et de celle d'autres instances⁽²⁹⁾. L'interprétation littérale de ces textes amène la Chambre à constater que tout ce qui concerne les faits doit être exposé de façon succincte ou concise. En revanche, la nature et les motifs des charges doivent être exposés de façon détaillée. L'ensemble de ces dispositions vise à garantir à l'accusé le droit d'être informé des charges qui pèsent sur lui et de préparer en temps utile sa défense. Mais la Chambre reconnaît que tout cela dépend du moment de la procédure où l'on se place. Si l'information a lieu lors d'une première comparution, l'exposé des faits est nécessairement concis.

Puis, la Chambre étudie les instruments internationaux de référence, comme l'y invite le Secrétaire Général des Nations Unies dans son rapport préalable à l'adoption du Statut des TPI : l'article 14(3) (a) du Pacte des Nations Unies et l'article 6(3) (a) de la Convention européenne. S'agissant de cette dernière disposition, la Chambre retient que l'information dont l'accusé a besoin n'a pas à être uniquement contenue dans l'acte d'accusation (tout en faisant référence aux affaires jugées par la Cour européenne, affaires *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, *De Salvador Torres contre Espagne* du 24 octobre 1996 et *Gea Catalan* du 30 mars 1993).

De même, une Chambre du TPIY a fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne pour *étayer ses conclusions* en

⁽²⁹⁾ TPIY, *Blaskic*, 1^{ère} instance, décision sur l'exception préjudicielle soulevée par la défense aux fins de rejeter l'acte d'accusation pour vices de forme, 4 avril 1997, §§8.

matière de **droit de l'accusé à un interrogatoire équitable**.

La procédure devant le TPIY autorise le Procureur à interroger les suspects ou à les faire interroger par toute autorité nationale compétente (art. 39 du RTPIY). Les droits du suspect, lorsqu'il est interrogé par le Procureur, sont précisés à l'article 18 du STPIY et aux articles 42 et 43 du RTPIY. Quant aux interrogatoires menés par les autorités nationales, aucune disposition spécifique n'impose de garanties particulières.

Dans l'affaire *Delalic*, le problème était de savoir si les interrogatoires de l'accusé faits en Autriche par les autorités autrichiennes et les membres du Bureau du Procureur étaient recevables, sachant (i) qu'avant l'interrogatoire, il n'avait pas été proposé l'assistance d'un conseil, (ii) que les droits accordés par la législation autrichienne ne sont pas forcément les mêmes que ceux garantis par le TPIY, (iii) que les droits n'auraient pas été suffisamment expliqués, (iv) que l'accusation aurait exercé des pressions.

Les arguments de la défense ne reposent pas apparemment sur la Convention européenne. En revanche, l'accusation soutient que le fait de ne pas être assisté d'un conseil durant les interrogatoires policiers est une position retenue dans de nombreux pays, dont certains Etats européens, et ne déroge ni aux droits imprescriptibles de la personne ni à la Convention en question.

La Chambre⁽³⁰⁾ a considéré que l'article 42 du Statut énonce les dispositions essentielles du droit à un interrogatoire équitable comme prévu à l'article 6(3) (c) de la Convention Européenne. Ainsi, une déclaration recueillie en infraction à l'article 42 du Règlement ne peut pas en même temps satisfaire les dispositions de l'article 95 qui vise à protéger l'intégrité de la procédure en frappant d'irrecevabilité les éléments de preuve obtenus de façon douteuse. Dès lors, les critères de

⁽³⁰⁾ TPIY, *Delalic*, décision relative à l'exception préjudicielle de l'accusé Mucic aux fins d'irrecevabilité de moyens de preuve, 2 septembre 1997, §§48-60.

recevabilité des éléments de preuve recueillis par des personnes autres que les enquêteurs du Bureau du Procureur sont autant ceux de l'article 42 que ceux de l'article 95. La Chambre confronte les règles de procédure autrichiennes aux articles 42 et 95 du Règlement. S'agissant de l'absence de l'avocat lors des interrogatoires policiers, la Chambre considère que cela contredit l'article 18 du Statut et l'article 42 du Règlement qui prévoient la présence du conseil avant l'interrogatoire. A l'appui de cette constatation, la Chambre cite la jurisprudence de la Cour européenne (affaire *Imbriosca* du 24 novembre 1993 jugée par la Commission, affaire *Artico* du 13 mai 1980 et affaire *Campbell et Fell* du 28 juin 1984). En particulier, dans les affaires *Imbriosca* et *Artico*, le droit à l'assistance d'un avocat est reconnu dès la mise en accusation, tout au long de la procédure.

S'agissant de la recevabilité de l'interrogatoire mené par les enquêteurs de l'accusation, la défense estimait que le suspect n'était pas en mesure d'apprécier la portée et la signification des droits de l'article 42 qui lui avaient été lus. En raison de différences culturelles et d'un manque de familiarité, les enquêteurs auraient dû lui expliciter ces droits. La Chambre réfute cette argumentation et souligne que l'article 42 «est une adaptation *mutatis mutandis* de l'article 6(3) de la Convention européenne et de l'article 14(3) du Pacte des Nations Unies. Ces conventions supranationales (*sic*) s'appuient sur les dispositions les plus élémentaires et les plus essentielles pour la protection des droits de l'homme. L'ex-Yougoslavie était signataire du Pacte et il serait anormal de faire valoir des différences culturelles pour les interpréter».

Dans ce cas la Chambre semble avoir amplement utilisé la jurisprudence de Strasbourg pour renforcer son interprétation des dispositions pertinentes du Statut et du Règlement. Il semblerait donc que la référence explicite et insistante à la Convention et à la Cour européennes des droits de l'homme a servi surtout à corroborer une conclusion à laquelle la Chambre aurait pu aboutir sur la base exclusive du droit régissant ses activités.

On retrouve la même attitude des Tribunaux pénaux en matière de **conciliation des droits de l'accusé avec ceux des témoins**.

Les Tribunaux ont eu l'occasion de faire référence à la jurisprudence de la Cour européenne dans l'affaire *Delalic et consorts*. Il s'agissait de concilier l'art. 22 du STPIY qui garantit des mesures de protection pour les victimes et les témoins avec l'art. 21 du STPIY qui garantit le droit à un procès public et le droit d'interroger les témoins. Pour les juges du TPIY, les dispositions applicables du Statut et du Règlement doivent être interprétées à la lumière, entre autres, de l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, des décisions relatives au Pacte des Nations Unies et de la jurisprudence de la Cour Européenne. Selon la Chambre, les décisions de la Cour européenne (et du Comité des Nations Unies sur les droits de l'homme) «se sont avérées être des décisions applicables et faisant autorité. Cette méthode est conforme à l'avis du Secrétaire Général, pour qui le libellé de nombreuses dispositions du Statut est fondé sur des dispositions d'instruments internationaux en vigueur»⁽³¹⁾. S'agissant par exemple de la question de la non-divulgaration au public de l'identité de témoins, la Chambre cite entre autres l'affaire *Pretto et Ors c. Italie* (8 décembre 1983) jugée par la Cour européenne, qui reconnaît la valeur de la publicité pour le procès équitable. Elle souligne par la suite que cette Cour reconnaît des limites à la publicité. S'agissant de la protection d'un témoin à l'égard de l'accusé, par la non-divulgaration de l'identité du témoin, la Chambre rappelle la règle exposée dans l'affaire *Kostovski c. Pays Bas* (20 novembre 1989) jugée par la Cour de Strasbourg, suivant laquelle tous les moyens de preuve doivent, dans la mesure du possible, être produits en présence de l'accusé à l'audience aux fins de confrontation. La Chambre considère qu'aucune concession ne saurait être faite au droit qu'a l'accusé de voir celui ou celle qui l'accuse, sauf lorsqu'il y va de l'intérêt public et

(31) *Delalic et consorts*, Décision relative aux requêtes déposées par l'Accusation aux fins d'obtention de mesures de protection pour les témoins à charge «B» à «M», 28 avril 1997, §27.

du maintien de l'ordre public. Et elle cite encore à l'appui de son argumentation une affaire de la Cour européenne, l'affaire *Unterperthinger c. Autriche* (24 novembre 1986), de même qu'une affaire de la Cour suprême américaine⁽³²⁾.

Il en va de même en matière de **droit de ne pas témoigner contre soi-même**. Dans l'affaire *Delalic et consorts*, au sujet de l'obligation de produire un échantillon d'écriture, l'influence de la Cour européenne s'est révélée mitigée et partielle. L'accusation avait demandé qu'une ordonnance soit rendue afin d'obliger la défense à produire un échantillon d'écriture, ce qui permettrait d'établir formellement qu'un des accusés était l'auteur d'une lettre. Le problème était de savoir si cette demande ne portait pas atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même, garantie d'un procès équitable, au sens de l'article 21(4) (g) du Statut. Pour l'accusation, cela n'était pas contraire à cette disposition du Statut qui trouverait sa source à l'article 14(3) (g) du Pacte des Nations Unies, à l'article 8(2) (g) de la Convention américaine des droits de l'homme, et implicitement à l'article 6 de la Convention européenne. Pour l'accusation l'échantillon d'écriture n'était pas un moyen d'obtenir une déclaration contenant des aveux ou permettant de tirer des conclusions quant à des faits précis; donc, en le fournissant, l'accusé ne témoignait pas contre lui-même et en rendant l'ordonnance la Chambre n'aurait donc pas violé les droits de l'accusé. En outre, pour l'accusation, si l'accusé venait à refuser de se soumettre à une telle ordonnance, la Chambre devrait tirer toutes les conséquences de ce refus, comme l'y invitait la Cour européenne dans l'affaire *Murray c. Royaume Uni* (décision du 8 février 1996) déniait à l'accusé un droit absolu à garder le silence, lorsque les juges sont des magistrats expérimentés et qu'ils tirent à l'encontre de l'accusé, des conclusions de bon sens du silence qu'il a observé lors de ses interrogatoires par la police ou durant le procès. La défense répondait de son côté qu'une telle ordonnance n'était pas autorisée expressément par le Statut et était

⁽³²⁾ *Ibid.*, §§34-55.

contraire au droit de l'accusé à ne pas témoigner contre soi-même. Elle fondait son argumentation sur, entre autres, l'arrêt *Funke c. France* de la Cour européenne (arrêt du 25 février 1993). Dans cette affaire l'accusé avait été condamné par un tribunal français pour avoir refusé de produire des documents demandés par les douanes pour le contraindre à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises; la Cour européenne statua que les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une atteinte au droit de tout accusé «de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination».

La Chambre de première instance⁽³³⁾, après avoir énuméré les dispositions protégeant les droits des accusés et les normes internationales des droits de l'homme pertinentes, examina aussi l'article 6(1) de la Convention européenne et les deux affaires de la Cour de Strasbourg (affaires *Funke* et *Murray*). La Chambre cita avec approbation la première décision, en notant qu'«[il] est significatif que même en l'absence de dispositions expresses dans la CEDH, l'article 6 (1), qui garantit le droit de l'accusé à un procès équitable, ait été interprété de façon à inclure le droit de ne pas témoigner contre soi-même. L'idée est que c'est un élément inhérent à tout procès équitable». En revanche, quant à l'arrêt *Murray c. Royaume Uni*, la Chambre nota qu'il allait à l'encontre des dispositions, sinon du Statut, du moins du Règlement du Tribunal, et ajouta «C'est pourquoi la décision *Murray* ne peut constituer un précédent valable en l'espèce. De surcroît, le Tribunal international n'est pas lié par les règles internes d'administration de la preuve». La Chambre rejeta donc la demande de l'accusation.

Enfin, on retrouve le même type de référence à la jurisprudence de Strasbourg en matière de **pouvoir de contrôle des Chambres**.

⁽³³⁾ TPIY, *Delalic*, 1^{ère} instance, décision relative aux requêtes orales aux fins d'admission de la pièce 155 au dossier des éléments de preuve et aux fins de contraindre l'accusé Mucic à produire un échantillon d'écriture, 19 janvier 1998, §§21, 43, 45-46.

Dans l'affaire *Delalic et consorts* la défense reprochait au juge de lui avoir ordonné de limiter son droit de citer des témoins(34). La défense soutenait que de tels pouvoirs feraient que la Chambre deviendrait partie au procès. La Chambre rétorqua qu'elle s'acquitte ici de l'obligation qu'elle a de veiller à ce que le procès se déroule rapidement (art. 20-1 et 21-4 e) du Statut du TPIY). La Chambre termina son argumentation en soulignant que le caractère équitable d'un procès ne peut être jugé qu'au regard de l'ensemble de la procédure et se réfère curieusement à la Cour suprême du Nigéria, et à un arrêt de la Cour européenne aux termes duquel le tribunal pouvait procéder à un examen approprié des écritures, arguments et éléments de preuve fournis par les parties, sans préjuger de l'évaluation de leur pertinence par rapport à la décision (affaire *Kraska c. Suisse* du 19 avril 1993). Et la Chambre de conclure que l'opinion énoncée dans cet arrêt «exprime correctement le rôle qui lui est attribué par l'Article 20 (1) du Statut [du TPIY] et elle la fait sienne».

E. — *Parfois la jurisprudence de Strasbourg est mentionnée exclusivement ad abundantiam*

Dans certains cas les juges internationaux ont cité des arrêts de Strasbourg même lorsque l'interprétation d'une règle internationale était claire et ce recours n'était en soit pas nécessaire. Ils ont toutefois préféré de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne, probablement pour démontrer que la solution à laquelle ils avaient abouti était non seulement correcte mais aussi conforme aux vues d'autres juges internationaux.

Cela vaut par exemple pour le **droit du suspect et de l'accusé d'être informé immédiatement des charges qui pèsent sur eux**. Ce droit est prévu à l'article 20(2) du STPIY, lorsqu'une personne est arrêtée, et à l'article 21(4) (a) du STPIY, lorsqu'une personne est mise en accusation. Comme ces dispositions sont proches des articles 5(2) et 6(3) de

(34) TPIY, *Delalic*, 1^{re} instance, décision relative à la requête des accusés concernant la présentation des moyens de preuve, 12 juin 1998, §38 et 47.

la Convention européenne, elles sont interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne.

Par exemple, la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Semanza* a considéré que le délai pour être informé de l'accusation doit être examiné «conformément aux normes dégagées par le droit international des droits de l'homme» comme les art. 9 (2) du Pacte des Nations Unies, 5 (2) de la Convention européenne et 7 (4) de la Convention américaine des droits de l'homme. Par conséquent, le droit d'être informé s'exerce dès l'arrestation et le placement d'un suspect en garde à vue(35). Mais, la référence à la Convention européenne s'arrête là. Les juges de la Chambre d'appel considèrent par exemple que le délai de 18 jours entre l'arrestation et l'information de la nature des accusations portées contre le détenu est une violation de droit. Et, curieusement, ils se réfèrent à l'arrêt *Barayagwiza* du TPIR qui citait une décision de la Cour européenne aux termes de laquelle un délai maximal de 24 heures n'était pas excessif.

On retrouve la même attitude des Tribunaux pénaux internationaux en matière de **droit de choisir librement un avocat commis d'office**. Aucune disposition spécifique ne réglemente ce problème, qui s'est surtout posé devant le TPIR. Aussi le TPIR dans l'affaire *Kambanda* a répondu que «à la lumière d'une interprétation textuelle et systématique des dispositions du Statut et du Règlement, lues en parallèle avec les décisions pertinentes du Comité des droits de l'homme et des organes de la Convention européenne», «le droit à l'assistance gratuite d'un avocat ne confère pas le droit de choisir son avocat»(36).

Il en va de même pour ce qui est de la **procédure d'habeas corpus**. Ni le Statut, ni le Règlement des TPI ne prévoient expressément cette procédure. Pourtant, dans l'affaire *Barayagwiza* les juges du TPIR affirment que le droit d'un détenu à un recours devant une autorité judiciaire indé-

(35) TPIR, *Semanza*, appel, arrêt du 31 mai 2000, §§78 et 87.

(36) TPIR, *Kambanda*, appel, arrêt du 19 octobre 2000, §33.

pendante pour apprécier la légalité de la détention est bien établi dans les Statuts et le Règlement(37). C'est un droit fondamental que l'on retrouve dans les normes internationales de protection des droits fondamentaux, comme entre autres l'art. 5(4) de la Convention européenne(38). C'est un droit «*solidement ancré*», un «*droit fondamental consacré par le droit international des droits de l'homme*». Après avoir examiné brièvement la conception de ce droit par la Convention américaine des droits de l'homme et la Cour européenne, les juges du TPIR relèvent que le droit reconnu par la Convention européenne est non seulement le droit de déposer un recours mais aussi le droit d'être entendu(39).

Les Tribunaux pénaux internationaux ont cité aussi les arrêts de Strasbourg *ad abundantiam* en matière d'égalité des armes.

Par exemple, pour ce qui est du **principe du contradictoire**, dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* la Chambre d'appel du TPIR (décision du 1^{er} juin 2001)(40) a dû aborder la thèse de la défense, étayée par plusieurs affaires portées devant la Cour de Strasbourg, selon laquelle le jugement de la Chambre de première instance n'aurait pas respecté le principe du contradictoire. La Chambre rejeta cette thèse, en notant qu'elle partageait l'opinion émise par la Cour européenne dans l'arrêt *Brandstetter c. Autriche* (20 août 1991) et reprise dans l'affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne* (arrêt du 23 juin 1993) aussi bien sur l'idée que le principe de l'égalité des armes englobe le droit au caractère contradictoire de la procédure pénale, que sur la manière de concevoir le contradictoire. Et la Chambre d'ajouter : «*La procédure contradictoire prévue par le Statut et le Règlement va dans le même sens*».

(37) TPIR, *Barayagwiza*, Chambre d'appel, décision du 3 novembre 1999, §§87-90.

(38) Voir aussi TPIR, *Semanza*, appel, arrêt du 31 mai 2000.

(39) TPIR, *Barayagwiza*, Chambre d'appel, décision du 3 novembre 1999; TPIR, *Semanza*, appel, arrêt du 31 mai 2000, voir §112 en particulier note 148.

Il convient de noter que ces deux décisions ne citent aucune jurisprudence (pourtant le droit de déposer un recours et d'être entendu sont bien reconnus par la Convention européenne à l'art. 5(4); cf. également l'arrêt *Schiesser* du 4 décembre 1979).

(40) TPYR, arrêt du 1^{er} juin 2001, §§79-80.

De même, la Convention européenne a été utilisée exclusivement pour dire que le libellé d'une de ses dispositions correspondait à la substance des normes pertinentes du Statut du TPYI dans l'affaire *Tadic* (Appel), concernant la question de savoir **si les juges peuvent obliger la défense à communiquer à l'accusation les dépositions préalables des témoins à décharge**. La Chambre d'appel(41) avait considéré que cette question ne pouvait pas être résolue *a priori* par le principe d'égalité des armes. Après avoir remarqué qu'aucune disposition du Statut et du Règlement ne régissait directement ce problème, elle nota toutefois que la solution pouvait se fonder sur certaines dispositions qui correspondaient à l'article 14 du Pacte des Nations Unies et à l'article 6 de la Convention européenne, dispositions qui sont similaires à l'article 21 du Statut.

On retrouve la même attitude au sujet de la question de savoir si le fait que soient recueillies les dépositions de témoins à décharge par une Chambre à composition incomplète alors que les témoins à charge ont comparu devant la Chambre tout entière, est contraire au principe d'égalité des armes. Dans l'affaire *Kupreskic*(42), le Président de la Chambre de première instance avait estimé que les dépositions de deux témoins à décharge pouvaient être recueillies. L'indisposition de l'un des juges de la Chambre pendant quelques jours, et l'intérêt de la justice à la tenue d'un procès équitable et rapide justifiaient ces dépositions au sens de l'article 71 du Règlement.

L'un des motifs soulevés par l'appelant à l'encontre de cette décision était le suivant : cette décision l'aurait privé du droit de faire interroger ses témoins dans les mêmes conditions que les témoins de l'accusation, puisque tous les témoins à charge avaient déposé en personne devant une Chambre de première instance en formation complète. Pour la Chambre d'appel, l'article 21 du Statut, qui consacre les droits de l'accusé, «*tire*

(41) TPIY, *Tadic*, appel, jugement, 15 juillet 1999, §§320-321.

(42) TPIY, *Kupreskic*, Chambre d'appel, décision relative à l'appel interjeté par Dragan Papic contre la décision de procéder par voie de déposition, 15 juillet 1999, §§23-24.

son origine de l'article 14 du Pacte des Nations Unies et de l'art. 6 de la Convention européenne» (et la Chambre de conclure qu'il n'en découle pas que l'application des articles pertinents du Règlement doit nécessairement permettre que les témoignages à charge et à décharge soient recueillis exactement de la même manière).

Ici la référence à la Convention européenne sert seulement à *indiquer l'origine historique* des dispositions pertinentes du Statut du TPIY.

De même, il semblerait que la référence à la jurisprudence de Strasbourg ne fût pas cruciale en matière d'**autorité de la chose jugée** pour les TPI. Les juges du TPIY se sont demandés dans l'affaire *Aleksovski (appel)* si la Chambre d'appel est liée par ses propres décisions⁽⁴³⁾. Aucune disposition du Statut ou du Règlement ne répond à cette question. D'emblée, la Chambre se lance dans un examen de droit comparé qui inclut tant une étude du droit interne qu'une étude de la jurisprudence d'organes judiciaires internationaux. Ainsi, elle constate que le principe du *stare decisis* est «inscrit dans la tradition des juridictions de *common law*» avec quelques assouplissements. En outre, elle constate que les juridictions des systèmes de tradition romano-germanique reconnaissent en pratique une certaine force obligatoire du précédent. Enfin, elle cite la doctrine sur la Cour européenne et un arrêt de la même Cour (dans l'affaire *Cossey*, arrêt du 27 septembre 1990) suivant lequel cette dernière suit normalement les enseignements des décisions antérieures et ne s'en écarte que pour des raisons impérieuses⁽⁴⁴⁾. Elle cite aussi la doctrine relative au fonctionnement de la Cour internationale de Justice. Et, elle conclut à une tendance générale des juridictions les plus élevées à s'en tenir, pour des raisons de doctrine comme de pratique, à leurs décisions antérieures et à ne s'en écarter que lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient. Curieusement, la Chambre continue en disant que l'étude de «la législation et la pratique des divers pays et insti-

tutions internationales ne permet pas nécessairement de trancher la question du droit applicable». Et, elle conclut que la question sera tranchée par l'examen du Statut et du Règlement, «par leur interprétation conformément aux règles de l'art (interprétation de bonne foi, prise en compte du texte et du contexte, interprétation téléologique), telles que consacrées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités». Après examen du Statut à la lumière de son texte et de son but, la Chambre conclut que, dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, elle doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice. En bref, elle revient aux conclusions tirées de l'étude comparée.

Il nous semble que cet excursus de la Chambre d'appel pour identifier la valeur des décisions judiciaires n'avait pas besoin de se fonder sur un examen des *dicta* des autres juridictions. Le recours aux principes généraux du procès international aurait suffi, comme il est notamment confirmé par le raisonnement serré qui avait été développé à ce sujet par une Chambre de première instance du même TPIY, dans l'affaire *Kupreškić et consorts*⁽⁴⁵⁾.

F. — Parfois les Tribunaux se sont inspirés de la jurisprudence de Strasbourg, sans la citer

Les juges du TPIY se sont souvent inspirés implicitement de la jurisprudence de la Cour européenne pour apprécier les conditions d'une mise en liberté provisoire. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Simic*, une Chambre de première instance du TPIY a suivi, sans citer la jurisprudence pertinente de la Cour de Strasbourg, le principe général énoncé par cette Cour plusieurs fois, par exemple dans les affaires *W. contre Suisse* (§30) et *van der Tang* (§55): «la décision relative à une demande d'élargissement doit être prise à la lumière des circonstances particulières de chaque espèce»⁽⁴⁶⁾.

(45) Arrêt du 14 janvier 2000, §§537-542.

(46) TPIY, *Simic*, Chambre de première instance, décision relative à la requête déposée par Milan Simic aux fins de mise en liberté provisoire, 29 mai 2000, p. 4.

(43) TPIY, *Aleksovski (appel)*, arrêt du 24 mars 2000, §§92-97.

(44) *Ibid.*, §95.

G. — *Dans quelques cas les Chambres
des Tribunaux pénaux internationaux ont ignoré
la jurisprudence de Strasbourg*

Cela est arrivé, par exemple, en matière de **droit pour une personne arrêtée d'être présentée rapidement devant un juge**, garanti à l'article 20 (2 et 3) du STPIY, de façon similaire à l'article 5(3) de la Convention européenne. Ce droit est mis en œuvre devant les TPIY par la procédure de transport d'un suspect au siège du TPIY (art. 40bis, 55 à 59bis du RTPIY) et par la comparution pour être officiellement mis en accusation (art. 62 du RTPIY).

Il semblerait que les juges du TPIY ne s'inspirent pas directement de la jurisprudence de la Cour européenne pour apprécier le délai de présentation d'une personne arrêtée devant le juge.

Les problèmes se sont surtout posés devant le TPIR. Dans l'affaire *Barayagwiza*, (47), une personne avait été placée en détention provisoire le 19 novembre 1997 pour une comparution initiale le 23 février 1998 (96 jours ramenés à 76 jours). La Chambre d'appel, dans sa décision du 3 novembre 1999, a considéré que ce délai violait les droits de l'accusé (48).

L'arrêt de la Chambre d'appel était accompagné d'une opinion séparée du juge Shahabuddeen sur l'appréciation de ce délai (49). Ce juge considère en particulier que l'article 40bis et l'article 42 du Règlement qui reconnaissent à l'accusé le droit d'être présenté rapidement devant un tribunal et de connaître les charges contre lui afin de préparer sa défense reflètent la condition internationalement reconnue du droit pour un détenu à être présenté sans délai devant une autorité judiciaire. Il se réfère alors à la conception de la Cour européenne de ce droit. Puis il compare les délais avec ceux jugés intolér-

rables par le Comité des Nations Unies sur les droits de l'homme : 35 jours, mais pas 50 heures. Il les compare aussi avec ceux jugés intolérables par la Cour européenne : 15 jours (extradition); 7 jours (militaire); 5 jours (militaire); 6 jours et 6 heures et demi (terrorisme). Il relève que la Cour européenne apprécie le délai en fonction de la faisabilité d'un contrôle judiciaire. Cette faisabilité permet d'introduire une marge d'appréciation du délai. Mais, la lutte contre le terrorisme, en cause devant la Cour européenne – c'est-à-dire la lutte contre un crime grave – n'est pas un critère suffisant. Il conclut alors que l'appréciation du délai ne doit pas se faire en fonction de la nature des crimes poursuivis mais en fonction des difficultés d'investigation, de préparation, de présentation.

Cette conception rejoint bien en effet la position de la Cour européenne. Celle-ci, dans un arrêt de principe dans l'affaire *Brogan et autres* du 29 novembre 1988 (50), n'a pas confirmé la jurisprudence de la Commission européenne sur la nature des infractions commises (infraction de droit commun et infractions exceptionnelles comme le terrorisme, les atteintes à la sûreté de l'Etat, etc.).

Dans l'affaire *Kajelijeli* (51), c'est la défense qui avait invoqué devant le TPIR qu'un délai de 281 jours pour apparaître devant le Tribunal était contraire à l'article 20(4) (a) du Statut et à l'article 62 du Règlement mais aussi à l'article 9(4) du Pacte des Nations Unies, à l'article 5(4) de la Convention européenne et à l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme sans autre précision. La Chambre rejeta ces allégations car le retard était lié aux difficultés à trouver un avocat d'office, difficultés renforcées par l'attitude de l'accusé.

Il paraît de même que les juges pénaux internationaux auraient pu se référer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour interpréter l'étendue du **droit d'appel**, et en particulier la notion d'«erreur de fait ayant entraîné un déni de justice». En effet aucune référence n'est faite dans l'arrêt

(47) TPIR. *Barayagwiza*, appel, arrêt du 31 mars 2000 sur la demande du procureur en révision ou réexamen.

(48) Arrêt du 3 novembre 1999 faisant droit à l'appel interjeté contre la décision de la Chambre de première instance qui avait rejeté l'exception préjudicielle contestant la légalité de son arrestation et de sa détention.

(49) Opinion individuelle, §§27-38.

(50) Série A.145.b).

(51) TPIR, *Kajelijeli*, 1^{ère} instance, Décision du 8 mai 2000 sur l'arrestation et la détention illégale, §§11 et 45.

Tadic (Appel) du 15 juillet 1999 à la jurisprudence de la Cour européenne, alors qu'il s'agit là d'une disposition fondamentale pour le TPIY, en particulier pour les droits de l'accusé. Il semblerait que l'utilisation de certains principes généraux énoncés par exemple dans les arrêts dans l'affaire *Ekbatani* (26 mai 1988, §24), et surtout dans l'affaire *Kremzow* (21 septembre 1993, §24), et *Botten* (19 février 1996, §39) aurait pu s'avérer utile.

Enfin, la Convention européenne aurait pu être utilisée aussi dans un cas concernant la **légalité de l'arrestation**, qui s'est posé dans l'affaire *Simic*(52). Le problème était de savoir si une Chambre de première instance pouvait ordonner à la SFOR ou à d'autres forces militaires et forces de sécurité agissant sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine de présenter à la Défense des documents et des témoins concernant l'arrestation de l'accusé et son transfert de la République fédérale de Yougoslavie à la base aérienne de Tuzla en Bosnie-Herzégovine, en vue de les utiliser comme éléments de preuve lors de l'audience relative à la légalité de cette arrestation. La défense, à l'appui de sa requête, avait invoqué(53) l'affaire *Stocké contre RFA* de la Cour européenne du 19 mars 1991 (dans ce cas les autorités allemandes avaient mené une enquête pour déterminer si ses agents avaient agi de manière illégale). La défense de l'accusé Todorovic soutenait qu'en refusant de divulguer les informations permettant de confirmer ou d'infirmer les faits en question, la SFOR essayait précisément d'empêcher qu'une telle enquête soit menée. Le juge Robinson, dans son opinion individuelle, dessine une solution qui nous paraît plus correcte, en recourant à la procédure d'*habeas corpus*. Bien que cette procédure ne soit pas prévue dans le Statut, elle figure tout de même «dans tous les instruments relatifs aux droits de l'homme» dont fait partie la Convention européenne et dans le droit international coutumier (voir §2 et

(52) TPIY, Chambre de première instance, *Simic et consorts*, Décision relative à la requête aux fins d'assistance judiciaire de la part de la SFOR et d'autres entités, 18 octobre 2000.

(53) *Ibid.*, para 24.

3 et l'affaire *Barayagwiza*). A l'appui de son opinion, il relève que la situation en cause est comparable à ce qui peut se passer devant les juridictions internes : (i) les documents que demande l'accusé sont pour la plupart ceux qui pourraient être demandés par une personne contestant devant les juridictions internes la légalité de son arrestation ; en l'absence d'un tel droit, le droit de contester la légalité d'une arrestation se trouverait vidé de sa substance ; (ii) Il ressort de l'évolution constitutionnelle de la SFOR que ces fonctions ont évolué. Elle a acquis un rôle comparable à celui d'une force de police dans certains systèmes juridiques internes, en lien avec les organes de poursuites et les juridictions de certains systèmes juridiques internes.

H. — Dans quelques cas les juges pénaux internationaux sont allés au-delà de la jurisprudence de Strasbourg

Cela s'est avéré notamment en matière de **définition de la torture**. C'est dans l'affaire *Furundzija* qu'une Chambre de première instance a d'un côté utilisé la Convention européenne pour préciser la notion de torture mais d'un autre côté est allée au-delà de la jurisprudence (pourtant si avancée) de Strasbourg(54).

La Chambre a examiné la jurisprudence de la Cour européenne pour déterminer, parmi les principaux traits de l'interdiction de la torture en droit international, si l'interdiction de la torture couvre même les infractions potentielles. En faisant référence à l'affaire *Soering* (7 juillet 1989) où l'une des façons de prévenir la torture est d'empêcher d'extrader une personne vers un pays où elle risque d'être torturée, la Chambre a statué que les Etats sont tenus non seulement de sanctionner mais aussi de prendre toutes les mesures pour prévenir les recours à la torture : «le droit international vise à interdire non seulement les transgressions effectives mais aussi les transgressions potentielles».

(54) Décision du 10 décembre 1998, §§148-150, et...

Il ressort, en l'espèce, que les conclusions de la Chambre (qui constituent des *obiter dicta*) vont plus loin que celles de la Cour européenne. En effet, la Chambre a décidé que la torture est interdite par (i) une règle de *droit coutumier*, (ii) que cette interdiction vaut à l'encontre des individus comme des Etats; (iii) qu'il s'agit d'une interdiction absolue à laquelle il ne peut être dérogé (norme de *jus cogens* c'est-à-dire norme impérative de rang plus élevé que le droit conventionnel et le droit coutumier), (iv) qui oblige les Etats à prendre *toutes les mesures* pour sanctionner comme *pour prévenir la torture*, et (v) impose aux Etats des obligations à l'égard de la communauté internationale (obligations *erga omnes*); en outre, cette interdiction (vi) justifie en matière pénale le critère de *compétence universelle*; (vii) rend la torture un *crime imprescriptible*, et (viii) *non qualifiable comme crime politique*, en cas de demande d'extradition.

III. — En guise de conclusion

Le premier constat qui s'impose est que la jurisprudence de Strasbourg s'est avérée être une **mine richissime de concepts, notions, constructions juridiques et interprétations** extrêmement utiles pour les juridictions pénales internationales. Ces juridictions ont pu dégager ou affiner des notions implicites, mal énoncées dans les textes internationaux pertinents, ou éclaircir des catégories juridiques seulement esquissées dans les normes pénales internationales.

L'apport de Strasbourg à la jurisprudence de La Haye et d'Arusha a été précieux à un autre égard aussi. Comme la Cour de Strasbourg est l'instance internationale qui plus que tout autre organe international assure et donc promeut les droits de l'homme, son impact sur les juridictions pénales internationales a **servi à renforcer l'exigence de respect des droits de l'homme**, déjà très accentuée dans les Statuts des deux Tribunaux.

Ensuite, il faut noter que les Tribunaux internationaux ont fait référence à la jurisprudence de Strasbourg avec circons-

pection, conscients que le procès pénal international présente des **spécificités** qui appelle une grande prudence lorsqu'il s'agit d'appliquer au niveau international des notions élaborées par rapport au droit interne. Il convient d'ajouter que parmi ces spécificités il faut inclure la circonstance fondamentale que les TPI, étant des juridictions pénales, sont obligés d'adopter toujours une *interprétation stricte* des règles substantielles applicables. Ils ne pourront donc pas jouir de la liberté d'appréciation et surtout de la liberté de choisir une *interprétation évolutive*, dont la Cour européenne a fait preuve dans un arrêt d'importance capitale, dans le cadre de l'affaire *Selmouni c. France* (arrêt du 28 juillet 1999). Dans cet arrêt la Cour, après avoir réitéré que la Convention européenne est «un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles», a estimé que «certains actes autrefois qualifiés de 'traitements inhumains et dégradants' et non de 'torture' pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir» (§101). Toute interprétation évolutive, par le TPIY et le TPIR, des éléments subjectifs et objectifs des crimes soumis à leur juridiction, semble être exclue du fait qu'elle irait à l'encontre des droits de l'accusé. En effet, en vertu du principe *nullum crimen sine lege* le juge pénal ne peut pas élargir la portée d'une norme pénale substantielle ou l'appliquer de manière extensive au désavantage de l'accusé. Comme l'a dit la Cour européenne dans l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993), le justiciable doit être à même de «savoir, à partir du libellé de la disposition [pénale] pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale» (§52). Tout au plus le juge pénal peut entreprendre, comme l'a très bien dit la Cour européenne dans l'arrêt *S. W. c. Royaume-Uni* (arrêt du 22 novembre 1995) une «clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible» (§35).

Cela dit, force est toutefois de constater que dans de nombreux cas les Chambres des deux Tribunaux pénaux ont fait

référence à la jurisprudence de la Cour européenne dans une **optique «sauvage»**, pour reprendre l'expression que j'ai utilisée en introduction. Comme je l'ai déjà noté ci-dessus, le recours à cette jurisprudence ne devrait servir que pour établir l'existence de règles internationales à caractère coutumier, ou bien à dégager des principes généraux du procès international, ou des principes généraux communs aux grands systèmes juridiques du monde. Ou bien, ce recours pourrait aider à éclaircir des normes internationales à caractère conventionnel ou coutumier qui sont obscures, lacunaires ou ambiguës. En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour européenne ne peut jamais être appliquée en tant que telle, mais seulement comme *moyen auxiliaire* pour dégager des règles ou principes de droit international. Or, dans certains cas les Chambres des deux Tribunaux ont appliqué les arrêts de la Cour de Strasbourg d'une manière qui ne paraît pas tout à fait satisfaisante. Elles ont fait référence à cette jurisprudence pour renforcer une interprétation à laquelle ils avaient déjà abouti (donc pour une sorte de *légitimation a posteriori*), ou pour trouver une solution juridique à des problèmes spécifiques – ce qui est tout à fait légitime. Toutefois, souvent les Chambres des deux Tribunaux ne se sont pas demandé si l'utilisation de la jurisprudence de la Cour européenne était appropriée, ou de quelle manière il était correct de faire recours à cette jurisprudence. Cette approche qui paraît peu rigoureuse sur la plan de la logique juridique implique que souvent les juges n'ont pas été conscients de la **prééminence** dont jouit – bien sûr, exclusivement du point de vue de la justice internationale – le droit international pénal par rapport au droit international «sectoriel» (droit international des droits de l'homme) ou aux systèmes juridiques étatiques. En effet, comme je viens de le répéter, la jurisprudence de Strasbourg ne peut être utilisée correctement que si, avec d'autres facteurs, elle indique l'existence d'un principe international général ou d'une règle internationale à caractère coutumier ou que si elle interprète avec autorité des règles internationales. En adoptant souvent l'approche «sauvage» précédemment évoquée, les juges pénaux internatio-

naux se sont parfois montrés enclins à gommer ou ignorer la différence entre systèmes ou «espaces» juridiques internationaux, d'un côté, et «sectoriels» ou nationaux, de l'autre.

Néanmoins, le recours si fréquent à la jurisprudence de Strasbourg a eu le grand mérite de modérer, si non de refréner, la tendance de certains juges d'origine anglo-saxonne à puiser librement à la jurisprudence nationale des pays de «common law» pour y trouver des solutions juridiques, en partant du principe que la procédure pénale internationale étant largement fondée sur le système accusatoire, il serait légitime de faire appel à des solutions élaborées par les juges de «common law». L'utilisation des arrêts de la Cour de Strasbourg a constitué **une sorte de barrière juridique contre cette tendance**.

En outre, si l'on examine la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux et la manière dont ils ont eu recours aux arrêts de Strasbourg à la lumière des différents modèles esquissés par Mme. Delmas-Marty (hégémonie d'un système juridique, rapprochement de législations, harmonisation, hybridation, etc.)(55), il est légitime d'affirmer que dans la plupart des cas les juges pénaux ont évité à juste titre d'un côté l'hégémonie des systèmes juridiques de «common law» (ce qui aurait assurément été contraire à la logique d'une juridiction internationale), et, de l'autre, l'harmonisation (du moins là où les spécificités du procès pénal international s'y opposait). En revanche, dans le domaine de la *procédure pénale*, ils ont privilégié plutôt ce que Mme. Delmas-Marty appelle l'**hybridation** des systèmes juridiques(56), à savoir l'effort de combiner le meilleur de chaque système juridique. En effet, la

(55) Voir, entre autres, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun* (Editions du Seuil : Paris, 1994), de même que M. DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus juris* (Economica : Paris, 1997), 13-43 ; «Besoins et moyens de création d'un Droit pénal européen», in B. HUBER (dir.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, Ed. iuscrim, Freiburg, 2000, 33-46. M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (dir.), *La mise en oeuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, Volume I, intersentia, 2000, pp. 30-31.

Voir aussi A. JEAMMAUD, «Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il», in *Vers un code européen de la consommation* Bruxelles : Bruylant, 1998, 35 ss.

(56) Voir M. DELMAS-MARTY, *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun*, Dalloz, n° 17, du 26 avril 2001, 1326-1328.

jurisprudence de la Cour européenne a permis aux deux Tribunaux d'appliquer le droit pénal international et le droit international humanitaire de manière à prendre constamment en compte les exigences de respect des droits de l'homme, et en maintes occasions lui a permis d'interpréter des notions imprécises conformément aux standards et critères établis à Strasbourg. Il s'agit d'un procédé fructueux, qui pourra graduellement amener à l'élaboration d'un droit international pénal largement concordant avec les principes essentiels de la justice pénale des grands systèmes juridiques du monde, une sorte de droit pénal commun de synthèse.

Il faut noter aussi que, malgré toutes ces limites et carences, le recours par deux juridictions pénales internationales à la jurisprudence d'une juridiction internationale spécialisée dans un cadre bien déterminé, celui des droits de l'homme, semble **confirmer deux tendances positives et salutaires de la communauté internationale actuelle** : d'un côté, la tendance des différents secteurs ou domaines du droit international à sortir de leur cloisonnement, de leur approche «sectorielle», pour se fusionner ou du moins s'influencer réciproquement; de l'autre côté, la tendance du secteur des droits de l'homme à exercer une emprise toujours grandissante sur les autres domaines du droit international.

Enfin, il convient de mettre en exergue un point important : au fur et à mesure que la jurisprudence des deux Tribunaux pénaux internationaux se développe et s'enrichit, la nécessité de références aux arrêts de la Cour européenne s'affaiblit graduellement. En effet ces références sont remplacées par celles aux principes généraux, aux règles pertinentes des deux Tribunaux telles qu'interprétées par ceux-ci, ou aux précédents judiciaires des Tribunaux (cela est confirmé entre autres par l'arrêt dans l'affaire *Kayishema et Ruzindawa*, du 1^{er} juin 2001, où la Chambre d'appel a traité plusieurs sujets ayant trait à la notion de procès équitable sans pratiquement faire appel à la jurisprudence de la Cour européenne). Ces Tribunaux préfèrent désormais s'en référer à l'interprétation avancée par eux-mêmes dans des affaires précédentes, dans lesquel-

les ils ont énoncé des principes ou avancé des interprétations, qui pourtant étaient souvent fondés sur la jurisprudence de Strasbourg. De surcroît, les préoccupations des TPI ont évolué avec le temps et les nécessités du moment (en particulier la nécessité de juger dans des délais raisonnables un nombre croissant d'accusés détenus). Il découle de toutes ces considérations que les juridictions de La Haye et d'Arusha apparaissent toujours moins préoccupées de «dire le droit» que de «rendre la justice».

Néanmoins, le fait que le rappel par les Tribunaux de La Haye et d'Arusha de la jurisprudence de Strasbourg soit en train de s'étioler ne diminue en rien l'influence énorme et salutaire exercée par la Cour européenne sur les juridictions pénales internationales.



Post scriptum

Depuis la rédaction de cette étude, un certain nombre d'arrêts ont été rendus par les TPIY et TPIR(57), lesquels ne modifient toutefois pas les conclusions de cette présentation.

La catégorisation avancée dans le corps de la démonstration n'est nullement affectée par la jurisprudence la plus récente. Par exemple, eu égard à la référence à la jurisprudence de Strasbourg pour éclaircir des notions ambiguës non définies dans les textes internationaux pertinents, la Chambre de première instance dans l'affaire *The Prosecutor c. Mirolad Krnojelac* cite, entre autres, l'article 5 de la CEDH pour cerner le droit à ne pas être détenu arbitrairement(58). Le Tribunal a pris soin de préciser qu'un tel droit n'est pas inscrit dans le Statut et dans le Règlement de Preuve et de Procédure, mais figure dans un certain nombre de conventions universelles et

(57) Cette actualisation prend en compte les arrêts rendus par les deux TPI jusqu'en janvier 2005.

(58) *The Prosecutor c. Mirolad Krnojelac*, TPIY, Chambre de première instance II, 15.3.2002, IT-97-25, para. 109.

régionales de protection des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Simic et consorts*(59), la Chambre, après avoir affirmé que «l'arrestation illégale n'est pas définie dans la jurisprudence du Tribunal», cite, entre autres dispositions, l'article 5 de la CEDH afin d'apprécier ce concept. Cette jurisprudence s'inscrit parfaitement dans la continuité des références opérées dans l'affaire *Dokmanovic*.

Par ailleurs, les TPI ont confirmé les limites du recours à la jurisprudence «droits de l'homme» en raison des spécificités du droit international humanitaire. Ainsi, dans l'affaire *The Prosecutor c. Mirolad Krnojelac*, le TPIY insiste particulièrement sur les spécificités structurelles – en particulier le rôle et la fonction distincts des Etats et des individus en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire – lesquelles appellent la prudence quant à l'emprunt de l'interprétation d'une notion telle que la torture. Toutefois, le TPIY souligne qu'elles ne font pas obstacle à ce qu'un renvoi soit opéré au raisonnement de la Cour européenne(60).

L'utilité de cette actualisation est surtout pertinente eu égard à un autre aspect. En effet, conformément au pronostic émis à la fin de la conclusion, les références sont de moins en moins nombreuses et importantes au fur et à mesure de l'élaboration par les TPI de leur «propre» jurisprudence, même si cette jurisprudence trouve, au préalable comme en matière d'appréciation du principe d'impartialité, sa source

(59) *Le Procureur c. Blagoje Simic, Miroslav Tadic, Simo Zaric*, Chambre de première instance I, 17.10.2003, IT-95-9, para. 60.

(60) *The Prosecutor c. Mirolad Krnojelac*, TPIY, Chambre de première instance II, 15.3.2002, IT-97-25, para. 181. Le libellé de ce paragraphe mérite d'être reproduit : «In particular, when relying upon human rights law relating to torture, the trial chamber must take into account the structural differences which exist between that body of law and international humanitarian law, in particular the distinct role and function attributed to States and individuals in each regime. However this does not preclude recourse to human rights law in respect of those aspects which are common to both regimes. In that respect, the trial chamber regards the general reasoning criteria used by the European Court of human rights in order to assess the gravity of the act of torture, as well as its relationship with other less serious offences, as sufficiently compelling as to warrant adopting it in the present case».

d'inspiration directe dans les arrêts de la Cour européenne(61).

Dans l'affaire *Procureur c. Vidoje Blagojevic Dragan Jokic*, pour les besoins de l'interprétation de la notion de traitements cruels et inhumains, la Chambre de première instance I se réfère à «sa» jurisprudence et mentionne tout au plus en note de bas de page les articles 2 et 3 de la CEDH(62). Il est vrai également que les parties ont, ces dernières années, soulevé beaucoup moins de moyens (surtout en appel) relatifs à la procédure, spécialement eu égard les exigences du respect du procès équitable, terrain de prédilection, comme cela a été écrit en début d'article, des références à la jurisprudence de la Cour européenne. Même dans ce domaine, les références à la jurisprudence de Strasbourg, et plus généralement les références externes ont totalement disparu dans les derniers jugements des TPI, ces derniers se basant exclusivement sur les règles, principes et interprétations émis par leurs propres arrêts. Ainsi en est-il dans les arrêts rendus par la Chambre d'Appel tant dans l'affaire *Le Procureur c. Radislav Krstic*(63), que dans l'affaire *Kordic et Cerkez*(64). De plus force est de constater que ce constat concerne tant le TPIY que le TPIR(65).

(61) Cf par exemple, l'arrêt du TPIR, *G. Anderson Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, chambre d'appel, 26.3.2003, ICTR-96-3-A, para. 39 et s., qui cite la jurisprudence *Akayesu* pour les besoins de la définition de l'impartialité, laquelle est une reprise des critères énoncés par la Cour européenne. Voir également, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, «Les Tribunaux Péniaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme», in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA et E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, Coll. De l'UMR de droit comparé, vol. VII, février 2005, pp. 97-134, p. 109.

(62) *Prosecutor c. Vidoje Blagojevic Dragan Jokic*, Chambre de première instance I, IT-01-42/1, «Dubrovnik», 17.1.2005, para. 586 et note n° 1941.

(63) *Le Procureur c. Radislav Krstic*, chambre d'appel, IT-98-33 «Srebrenica», 19.4.2004. La Défense invoquait comme moyen d'appel l'atteinte au droit à un procès équitable, compte tenu des pratiques de l'accusation en matière de communication des éléments de preuve. A noter que le moyen a été rejeté par le Tribunal.

(64) *Prosecutor c. Dario Kordic & Mario Cerkez*, chambre d'appel, 17.12.2004, «Vallée de la Lasva», IT-95-14/2. Le moyen relatif au principe de l'égalité des armes a été rejeté; aucune référence externe n'est effectuée.

(65) Cf l'arrêt du 26.5.2003 rendu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur*, ICTR-96-3-A. Concernant l'examen du respect du droit à un procès équitable (spécialement la question de l'impartialité), référence est faite seulement à la «jurisprudence» *Akayesu* et *Furundjija* du TPIY.

Les références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se sont ainsi considérablement raréfiées au fil des mois.

