

**UNE VISION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL :
« L'HUMANISME JUDICIAIRE ». RÉGULATION DU DROIT PÉNAL
INTERNATIONAL PAR LA CODIFICATION DES GARANTIES
INTERNATIONALES D'ÉQUITÉ DU PROCÈS PÉNAL**

Rosette Bar Haim

Numéro hors-série, octobre 2010

Association internationale des avocats de la défense (AIAD)

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068689ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068689ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bar Haim, R. (2010). UNE VISION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : « L'HUMANISME JUDICIAIRE ». RÉGULATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL PAR LA CODIFICATION DES GARANTIES INTERNATIONALES D'ÉQUITÉ DU PROCÈS PÉNAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 341–396. <https://doi.org/10.7202/1068689ar>

**UNE VISION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL :
« L'HUMANISME JUDICIAIRE »**

**RÉGULATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL PAR LA
CODIFICATION DES GARANTIES INTERNATIONALES D'ÉQUITÉ DU
PROCÈS PÉNAL**

*Rosette Bar Haim**

Le concept « d'humanisme judiciaire » analysé dans cet essai repose sur un des principes fondamentaux du droit pénal international. Il part du postulat selon lequel les droits de l'homme internationalement reconnus et prévus à l'article 21(3) du *Statut de Rome* représenteraient une norme supranationale. Une interprétation extensive de cet article nous permet d'aboutir à une réflexion globalisante et inédite de la prépondérance des droits de la défense dans le cadre international. En effet, une étude systématique des garanties fondamentales des personnes mises en cause lors d'une procédure pénale ou quasi pénale devant les tribunaux pénaux internationaux induira une application de ces droits à toutes les phases de la procédure avant même

* Cette thématique de réflexion inédite a fait l'objet, le 7 décembre 2006, d'un colloque juridique intitulé « Procédures et Équité », organisé par l'Association des avocats et juristes « PERELMAN » avec le concours généreux de l'Université des Sciences sociales de Toulouse 1. L'auteur de ce nouvel axe de réflexion, M^e Rosette Bar Haim, y est intervenue pour en exposer les points fondamentaux. L'auteure est avocate à la Cour de Jérusalem, conseil à la Cour pénale internationale, membre de la Commission internationale des pays francophones au Barreau d'Israël, membre du Barreau pénal international (BPI), de l'Association internationale des avocats de la défense (AIAD) et de l'AIJLJ (Association internationale des avocats et juristes juifs). L'auteure est également responsable de la section « Droit pénal international » auprès de l'Association francophone des juristes et avocats hébraïsants. Elle participe au groupe de travail spécial sur le crime d'agression. *LL.M.* (France), *LL.M.* (Israël). Elle a étudié « les Carrières judiciaires » et le droit pénal. Elle a rédigé un mémoire « Le statut de la personne acquittée/mise en cause - Étude comparée internationale ». Elle a également reçu une formation en procédure criminelle internationale à l'Institut d'études juridiques Grotius, Leiden University/Campus Den Haag aux Pays-Bas. Pour joindre l'auteure : <rozetbar@bezeqint.net>. Télécopieur : 00 972 2 500 49 89. Je remercie M^e Reuven Bar Haim, mon cher époux et collaborateur qui m'a permis de réaliser ma mission en reconnaissant ma passion pour une justice juste, mes enfants Sharon et Haim, étudiants en psychologie et beaux-arts pour leur affection, M^e Laurent Meyer Elaïch, président de l'Association francophone des juristes et avocats hébraïsants, pour son soutien moral, ses divers conseils et sa généreuse contribution lors de maintes relectures (laurentelaich@hotmail.com). Quant à l'équipe de publication, je vous suis reconnaissante d'avoir participé, grâce à vos recommandations, au remaniement de mon texte tout en ayant respecté l'esprit et la lettre de celui-ci, à savoir son apport dans le contexte du droit humanitaire international pénal en évolution constante et dont les sources n'ont pas encore été harmonisées et adaptées suivant les normes des droits de l'homme internationalement reconnues. Enfin, toute ma gratitude à Elise Groulx, présidente de l'AIAD et ancienne présidente du BPI, à la professeure M^e Geneviève Dufour, professeure à l'Université de Sherbrooke et vice-présidente de la Société québécoise de droit international, à Marie-Eve Dumont, rédactrice en chef adjointe à la production, à M^e Weronika Granosik, coordinatrice de l'équipe de publication, à Jean-Yves Lithampa, ancien directeur général de l'AIAD, à Ronald Label, directeur adjoint, à Carolin Hillemanns et à toutes les autres personnes de l'équipe de la publication que j'aurais oubliées.

l'ouverture du procès, de la dénonciation à la plainte et de l'enquête jusqu'à la confirmation des charges retenues ou non.

La criminalisation du droit humanitaire est une innovation des temps modernes. Certains événements historiques de l'après-guerre, notamment la multiplication des conflits armés ne présentant pas un caractère international, ont contribué à ce passage de la responsabilité internationale étatique à la responsabilité pénale individuelle. Ainsi, la volonté de réprimer les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité a donné naissance, dès les années quatre-vingt-dix, à la résurgence de juridictions pénales internationales. Le droit international humanitaire a réglementé les moyens et les méthodes de guerre et a institué des règles protégeant les non-combattants. Ceci a amené la Société internationale à intervenir plus activement. Ce rôle interventionniste de la communauté internationale a eu plusieurs conséquences sur l'apparition d'un droit contraignant lors des conflits armés.

L'ambition de cet article est de présenter au lecteur une vision du droit pénal international humaniste sans exclure d'autres interprétations. Il n'y a pas encore de procédure pénale internationale et la synthétisation des garanties fondamentales du procès pénal international n'est pas encore achevée en ce qui concerne les droits des victimes. Elle est même inexistante pour les droits des personnes mises en cause au niveau international. Une étude du droit positif dans ce domaine contribuera à éclaircir des notions et à préciser nos interrogations : Qui sont les justiciables? Quelles sont les juridictions compétentes et quels crimes recouvrent « les violations graves du droit humanitaire »? Quelles sont les valeurs que la communauté internationale et la société civile choisiront pour protéger le procès équitable international? Et puis, ont-elles véritablement le choix puisque le droit positif des droits de l'homme s'impose en principe à tous dans l'ordre international, bien qu'il ne soit pas encore transposé dans le droit interne de certains États, notamment ceux qui ne sont pas membres de l'Union européenne? Quelle est la place de la défense dans le contexte international? Toutes ces interrogations appellent à des réponses qui seront clairement détaillées et constitueront autant d'enseignements tels qu'ils ressortiront de cet article.

Afin de mieux cerner les enjeux de la justice pénale internationale en devenir, il nous est déjà possible, à titre préliminaire, d'identifier les diverses sources juridiques du procès équitable en droit pénal international.

C'est en effet dès la fin de la guerre de 1939-1945 que le Tribunal de Nuremberg et celui de Tokyo font office, selon certains auteurs, de précurseurs en matière de poursuite pénale internationale. Bien qu'ils se soucient de punir les responsables des crimes contre l'humanité les plus haineux du 20^e siècle, ils se préoccupent peu d'inclure dans leur statut respectif les garanties d'équité du procès

pénal. Cette réalité s'explique par le fait que les normes internationales garantissant le procès pénal n'existaient pas encore¹.

Une autre étape vers la résolution des conflits internationaux au niveau étatique a été réalisée par la *Charte des Nations Unies* du 26 juin 1945 et le rôle du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* comme protecteur de la paix et de la sécurité internationale. Ainsi s'opère la naissance d'un consensus conventionnel étatique représenté par la communauté internationale.

La protection des victimes de violations graves du droit humanitaire est devenue le centre d'intérêt de la communauté internationale. C'est sous l'influence du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et d'autres organisations non gouvernementales (ONG) que les premiers principes humanitaires introduisent les droits de l'homme dans les conflits armés. C'est l'avènement des premiers principes d'humanité à respecter : « En temps de guerre, les hommes doivent observer certaines règles d'humanité, même à l'égard de l'ennemi »². Le droit international humanitaire prévoit des protections à l'égard des personnes mises en cause par la justice militaire de l'ennemi en leur garantissant le droit à un procès équitable, protège les non-combattants et limite l'utilisation des armes.

L'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées ont eu une influence cardinale sur la création de normes internationales, qui furent progressivement édictées dans diverses conventions protégeant les intérêts des victimes contre l'abus des pouvoirs publics en tout temps. C'est à l'issue d'un siècle d'avancées majeures que le *Statut de Rome* prendra forme.

La protection globale des droits de l'homme a fait son apparition avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948. Depuis, de nombreuses conventions ont mis en place des mécanismes de protections juridiques applicables à toute personne et en tout temps. Les pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques, la *Charte de l'Europe*, la *Convention européenne des droits de l'homme* et autres traités s'imposent à toute

¹ Salvatore Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2003 à la p. 45. Cet éminent commentateur du *Statut de Rome* est un adepte de l'extension du procès équitable dans les procédures pénales internationales. Ainsi décrit-il l'objectif de son livre à la page 7 : « *In any case the starting point adopted in this book is that this is more a policy issue than a legal question. And the policy choice has been made in favour of an extension to international criminal proceedings of international human rights provisions on due process. This choice must be taken for granted, since the Statutes and the Rules of Procedures and Evidence of both the two ad hoc Tribunals and the ICC impose full respect for the right to a fair trial and other internationally protected rights of individuals* ».

² Comité international de la Croix-Rouge, *Résumé des conventions de Genève du 12 Août 1949 et leurs protocoles additionnels*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2007, à la p. 2 [*Résumé des Conventions de Genève*]. L'évolution de la réglementation antérieure aux conventions de Genève de 1949 est illustrée dans l'ouvrage de Patricia Buirette, professeur émérite à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne et Philippe Lagrange, maître de conférence en droit public à l'Université de Poitiers et chercheur au CECOJI-UMR 6567, dans Patricia Buirette et Philippe Lagrange, *Le droit international humanitaire*, 2^e éd., Paris, La Découverte, 2008 aux pp. 40-44.

autorité prenant des mesures quasi judiciaires contre un individu. L'adoption de ces conventions a eu une influence déterminante sur l'obligation de garantir un procès équitable en temps de guerre puisqu'elles incluent des droits fondamentaux attachés à la personne mise en cause dans un procès pénal.

Enfin, les deux dernières décennies ont vu l'expansion des juridictions pénales internationales. Il est possible d'ores et déjà de citer les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR) qui sont les précurseurs d'une justice globale. La criminalisation du droit humanitaire a fait l'objet de décisions du Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. Les règlements de preuves et de procédures des tribunaux pénaux ont inclus les garanties du procès pénal international et ont transformé les sanctions destinées aux États responsables par des infractions du droit humanitaire. L'avènement de ces tribunaux a permis de constater les premières anomalies relatives aux principes de légalité des incriminations et à la régularité de ces tribunaux. C'est ce que notre présente analyse s'attachera à démontrer.

Parallèlement à la création des tribunaux *ad hoc*, les implications des décisions judiciaires nationales très médiatisées, comme l'affaire *Pinochet*, ont marqué l'essor de cette branche du droit pénal international. De nombreux pays ont édicté des lois de compétence universelles concernant les infractions du droit humanitaire afin de servir les intérêts de la poursuite internationale et marquer la fin de l'impunité des responsables. Une coopération des services secrets et des services de police au niveau international a également été mise en place, suivant des règles inconnues du public³. Cela a eu pour effet de mettre en cause des personnes dont la poursuite n'a pas été régularisée selon les principes de l'état de droit en vertu de l'article 28 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴. Notre analyse se penchera également sur cette seconde anomalie.

³ Cette position a été défendue par Jelle Van Buuren, journaliste, lors d'une conférence sur les procédures pénales internationales : « Cooperation Between Intelligence Services: The European Example ». Cette conférence avait lieu dans le cadre de l'école d'été portant sur les procédures criminelles internationales, au Grotius Center for International Legal Studies, Leiden University à Den Haag, Pays-Bas, le 26 juin 2006. Cet auteur cite dans son article « The Recommendations of Mr. Gijs de Vries EU Counter-Terrorism Coordinator » qui souligne les faits suivants : « *Intelligence services should share information with the police where possible and necessary; [...] evidence obtained by intelligence services should be admissible in court* » à la p. 17. Plus loin : « *The cooperation issue is related to the regularity of the European and planetary arrest warrants* » à la p. 19. (Voir commentaire).

⁴ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess. supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 10 [*DUDH*] : « Toute personne a le droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Voir également l'article 16 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 16 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*] : « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». Comparer avec l'opinion de Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel, 1993. Nowak interprète ainsi l'article 14 du *PIDCP* : « *The rights of accused, apply to suspect, the right of a fair trial on a criminal charge does not arise only upon formal lodging of a charge but rather on the date on which State activities substantially affect the situation of the person charged* », à la p. 244. Les propositions émises par certains spécialistes d'un projet pour la

Le *Statut de Rome* et la loi belge octroyant une compétence universelle aux tribunaux belges peuvent être considérés comme le laboratoire de « l'humanisme judiciaire ». Cependant, l'étude de la loi belge sera abordée brièvement. La Belgique est, à ce jour, le seul pays à avoir édicté une loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire intégrant les garanties fondamentales du procès pénal international en droit pénal interne. Les victimes de violations graves du droit humanitaire ont le droit de saisir les tribunaux belges, quelle que soit leur nationalité, suivant une procédure pénale respectant les droits fondamentaux de la défense et les principes généraux du droit pénal.

Cette étude a pour but de démontrer qu'une lecture humaniste du *Statut de Rome* permettra de remédier aux nombreuses anomalies du système de justice pénale internationale, car la Cour pénale internationale est au centre de la justice globale⁵. Les garanties du procès pénal qu'elle offre sont considérées comme un modèle de procédure pénale internationale⁶.

En effet, le *Statut de Rome* est un exemple d'« humanisme judiciaire ». C'était le vœu des rédacteurs même s'ils n'ont pas achevé la codification de toutes les normes de garanties du procès pénal dans le *Règlement de procédure et de preuve* et dans le *Règlement de la Cour pénale internationale*. L'article 21(3) intègre, dans le *Statut de Rome*⁷, toutes les normes d'un ordre juridique international incluant les droits de l'homme internationalement reconnus concernant la répression et le procès

reconnaissance de droits procéduraux et du droit à être poursuivi suivant un système pénal unique dans le cadre des poursuites devant les tribunaux internationaux : Otto Lagodny et Heiko Ahlbrech, « Discussion-paper procedural safeguards of the suspect/accused in Europe » (30 mai 2010), en ligne : <<http://www.eu-verfahrensrechte.de/english%20version.html>>. Art. 16 : « *In the case of one or more penal powers with respect to a criminal offense Art. 15 is applicable for the determination of one penal power to be executed.* » Nous partageons cette opinion selon laquelle une personne a le droit d'être mise en cause suivant des procédures légales préalables à sa poursuite dans lesquelles seront déterminés les éléments du crime et les conditions juridictionnelles de la compétence du tribunal pénal international qui déclencherà les attributions du procureur. *Contra* l'article 28 de la *DUDH*, reproduit *infra* note 33.

⁵ Ignacio Ramonet, *Wars of the 21st Century: New Threats, New Fears*, New York, Ocean Press, 2004. Selon cet auteur : « *Other urgent additions are necessary if this program is to change the world: the International criminal Court; the emancipation of women on a planetary scale; the creation of an international authority to guarantee that citizens could be free from the lies told and propagated by the media [...]. Once utopian ideals, these dreams have become the specific political objectives of this new 21st century.* » à la p. 166.

⁶ Carlos López-Hurtado, « The Rights of the Defence in the Law and Practice of the International Criminal Tribunals » (1999) 61 *The Review of International Commission of Jurists* 83 à la p. 88. « *In this area, the set of rights and guarantees provided by the recently adopted ICC statute are by far the most comprehensive ever provided for the accused under any international criminal justice system.* »

⁷ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*]. Article 21(3) du *Statut de Rome* : « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec *les droits de l'homme internationalement reconnus* et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité [Nos italiques] ».

pénal à toutes les phases de la procédure. Une lecture humaniste du *Statut de Rome* s'impose à tous les organes de la Cour pénale internationale⁸.

En effet, l'humanisme judiciaire, méthode d'analyse de la légalité des procédures pénales internationales mise en exergue dans cet article, repose sur l'idée d'une justice pénale chapeauté par une référence aux droits des personnes mises en cause dès la prise de décision quasi judiciaire affectant substantiellement « les droits de l'homme internationalement reconnus » lors d'un procès pénal international futur. C'est à la défense de proposer aux organes de la justice pénale internationale la codification, dans leurs statuts, des garanties du procès équitable exigées par les normes internationales. Afin qu'il y ait une harmonisation en accord avec les droits fondamentaux codifiés dans le *Statut de Rome*, les États membres des Nations Unies et les États parties au Statut de la CPI ont l'obligation statutaire d'harmoniser leur droit interne aux normes d'un état de droit issues de la *Charte des Nations Unies* et du *Statut de Rome*.

Force est de constater qu'au niveau social, l'émergence de la victimologie⁹ d'après-guerre a donné naissance à une société civile tentaculaire protégeant les intérêts humanitaires, juridiques et sociaux des victimes face aux inaptitudes et iniquités des dirigeants. Les ONG qui soutiennent le travail de la Cour pénale internationale se sont regroupées en une coalition dénommée « *Coalition pour la Cour pénale internationale* ». Cet organisme mondial comprend des représentants de l'ONU et des pays signataires du *Statut de Rome* ainsi que des représentants des pays non-signataires. Ce mouvement aura certainement des effets sur le devenir de la

⁸ Salvatore Zappalà, *supra* note 1 à la p. 38, n. 35 : « *Supervision by the Pre-Trial Chamber also protects the overall integrity of the judicial process.* » Aux pp. 38-39 : « *The criteria to be followed by the Chamber in exercising its power of supervision over the opening of an investigation tend to follow two main directions that ought to be mentioned. The first – explicitly desired by States – is linked to the safeguarding of the international community against frivolous investigations. The second – which derives from the interpretation of the ICC Statute in human rights perspective – concerns the protection of the rights of individuals. In drafting the Statute, delegations probably wanted more to address the former problem than the latter. However, nothing in the interpretation of the provisions of the Statute seems to prevent a reading of the powers of the Pre-Trial Chamber as a guarantee for individual rights.* »

⁹ Caroline Eliacheff et Daniel Soulez Larivière, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007. Ces auteurs ont ainsi observé l'influence du phénomène de la victimologie sur le procès pénal : « La "privatisation" de la poursuite, c'est-à-dire du travail de procureur, en arrive à être presque totale. [...] Cet équilibre est rompu et le passage par le Moyen-Âge ne doit pas faire oublier que, depuis la Bible, tous les efforts des sociétés ont convergé pour écarter progressivement la victime de la scène pénale » à la p. 172. Les auteurs poursuivent : « Le vocable "victime" n'est apparu dans le Code de procédure pénale que vers 1970. Il désigne une catégorie qui a fini par pénétrer dans le droit pénal et aboutir à une définition première dans le cadre de l'ONU le 11 décembre 1985 : "On entend par victimes, des personnes qui individuellement ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou matérielle, une souffrance, morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un Etat membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir" ». L'auteur cite la page 147, note 1, la Résolution 40/34 du 29 novembre 1985 de l'Assemblée générale des Nations unies, *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. AG 40/34, Doc. off. AG NU, 40^e sess., Doc. NU A/RES/40/34 (1985) [*Déclaration de 1985*]. *Contra* notes *infra* 28 29, et 87.

justice internationale. Tout dépendra des forces en présence et un des enseignements de cette étude est de s'investir au sein de ce forum pour faire reconnaître les droits de la défense aux côtés des droits des victimes afin de réaliser le vœu de la stratégie actuelle de la Cour pénale internationale¹⁰. C'est l'œuvre réalisée par l'Association internationale des avocats de la défense (AIAD) en créant le Barreau pénal international (BPI).

Ignacio Ramonet décrit bien cette aspiration des individus à vouloir régler les problèmes de société par eux-mêmes en formant des ONG chargées de trouver des solutions. Cette nouvelle idéologie découle de la nécessité de retrouver une solidarité dans une société trop individualiste et égoïste. Cet auteur exprime sa pensée en ces termes : « *The neoliberal ideology creates a selfish society. It is therefore necessary to reintroduce collective values that hold the seeds of future* »¹¹.

L'analyse géopolitique de cet auteur nous permet de réaliser l'influence de certaines ONG sur l'essor de la protection juridique des victimes de violations graves du droit humanitaire et des droits de l'homme. C'est ce mouvement qui a joué un rôle essentiel dans la criminalisation du droit humanitaire. Mais, parallèlement à la création de juridictions criminelles de compétence universelle, la communauté internationale a « légiféré » en créant des instruments conventionnels internationaux qui protègent les personnes en tout temps contre les abus des autorités. Ces conventions constituent également une source de garanties du futur procès pénal international.

« L'humanisme judiciaire » est une nouvelle méthodologie qui doit permettre la régulation d'une procédure pénale internationale qui n'est pas encore unifiée. Il s'agit de savoir comment la criminalisation du droit humanitaire s'adaptera à la vision d'un hypothétique État de droit international. Il semble que certains organes de la justice internationale et de la société civile y voient une entrave à la poursuite de la fin de l'impunité. Cela tient à une vision erronée de la justice des tribunaux criminels. Cette dernière est une justice de dernier ressort¹² et n'a pas le pouvoir de résoudre tous les problèmes de société. Elle procure une solution très limitée aux victimes : poursuite internationale, indemnisation et punition. La justice globale, qui doit s'adresser à tous, se préoccupe du fait que la fin de l'impunité ne permet pas de prévenir les conflits, mais l'humanisation de ces derniers, laquelle aura un effet bénéfique pour la prévention des crimes humanitaires.

¹⁰ Le plan stratégique de la Cour pénale internationale définit ses buts et objectifs stratégiques ainsi : « But n° 1 : Une justice de qualité : Conduire des procès publics impartiaux, efficaces et rapides conformément au Statut de Rome et à des normes juridiques élevées, en veillant à ce que tous les participants puissent pleinement exercer leurs droits » à la p. 5. CPI, Assemblée des États parties, *Plan stratégique de la Cour pénale internationale*, 5^e sess., Doc. ICC-ASP/5/6, en ligne : ICC-CPI <http://www.wold.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-5-6_French.pdf>.

¹¹ Ramonet, *supra* note 5 à la p. 29, n. 25.

¹² Keith Hawkins, *Law As Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulating Agency*, New York, Oxford University Press, 2002.

Cette étude a pour but de permettre au lecteur d'avoir un aperçu global des sources de la procédure pénale internationale afin de pouvoir connaître les droits d'une personne mise en cause par les organes d'une juridiction humanitaire. Il nous faut, néanmoins, soulever une nouvelle problématique : dans la mesure où il n'existe pas encore de systématisation de ces droits dans un cadre institutionnel ou conventionnel général accepté formellement par les membres de la communauté internationale et bien qu'ils apparaissent déjà sous l'empire de la *Charte européenne*¹³ et dans le *Statut de Rome*, peut-on légitimement envisager que « l'humanisme judiciaire » permette la codification formelle des normes d'équité dans les procédures pénales internationales afin que les droits de la défense soient appliqués à toutes les personnes suspectées ou accusées, ainsi qu'aux victimes d'abus de pouvoir, d'erreurs judiciaires et de dysfonctionnement dans l'administration de la justice pénale internationale sans discrimination de statut¹⁴? L'égalité de traitement des personnes mises en cause par la justice pénale internationale s'impose à toute autorité prenant des mesures quasi judiciaires affectant leur futur procès¹⁵.

¹³ « In Article 41 of the EU Charter, a "right to a good administration" is proclaimed, and defined [...] » : *Rapport Fassbender*, *infra* note 15 aux pp. 14 et 52. Selon l'opinion du professeur Fassbender, ces principes sont applicables à toute autorité, incluant le Conseil de sécurité et, à notre avis, aux organes de la CPI par extension. Comparer avec les recommandations du *Rapport Fassbender* fondées sur les principes de bonne administration tels que définis dans la *Charte européenne*. À propos de la *Charte européenne*, voir *infra* note 34.

¹⁴ *PIDCP*, *supra* note 4, art. 2(1) : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

¹⁵ Bardo Fassbender, « Targeted Sanctions and Due Process » (20 mars 2006), en ligne : Nations Unies <http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf> [*Rapport Fassbender*]. Les recommandations du professeur Fassbender : « For a substantive protection against States and International Institutions powers ». Cet auteur décrit dans son rapport les principes de bonne administration : « *The responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter* ». Comparer aux propos du principe de bonne administration et autres recommandations du professeur Iain Cameron, voir *infra*, note 63. Recommandations au Conseil de sécurité agissant sous le Chapitre VII, article 39 : « (a) the right of a person or entity against whom measures have been taken to be informed about those measures by the Council, as soon as this is possible without thwarting their purpose; (b) the right of such a person or entity to be heard by the council, or a subsidiary body, within a reasonable time; (c) the right of such a person or entity of being advised and represented in his or her dealings with the council; (d) the right of such a person or entity to an effective remedy against an individual measure before an impartial institution or body previously established. The rights listed under (a) to (d) constitute the minimum standards of "fair and clear procedure" in a legal order committed to the idea of the rule of law. [...] The legal obligation of the Security Council to guarantee these minimum standards directly results from the UN Charter, in accordance with general principles of international law protecting due process rights of individuals ». Comparer avec l'opinion de Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel, 1993 à la p. 244. Nowak interprète ainsi l'article 14 du *PIDCP* : « *The rights of accused, apply to suspect, the right of a fair trial on a criminal charge does not arise only upon formal lodging of a charge but rather on the date on which State activities substantially affect the situation of the person charged* ». Selon notre thèse, la notion d'humanisme judiciaire se fonderait sur cette interprétation du *PIDCP*. Une étude systématique des garanties fondamentales des personnes mises en cause lors d'une

Les normes internationales d'un État de droit lors des conflits armés ne doivent-elles pas être fondées sur une régulation des procédures pénales? Doivent-elles exister uniquement pour protéger les victimes des violations graves du droit humanitaire en mettant fin à l'impunité en « toute impunité »¹⁶? Ne doit-on pas être sauvegardé des abus de pouvoir des organes judiciaires¹⁷? Les dysfonctionnements de la justice pénale internationale ne doivent-ils pas être prévenus et réparés sans différence de traitement selon que l'on ait le statut de victime de crimes ou victimes d'erreurs judiciaires? Les violations des garanties fondamentales du procès équitable ne sont-elles pas également des violations graves des droits de l'homme¹⁸?

Pour autant, avant que cette codification systématisée des droits de la défense ne voie complètement et formellement le jour, il nous incombe de prendre acte de la situation actuelle, et ce, pour justifier les raisons de son long avènement.

La première partie de notre analyse critique relèvera les anomalies juridiques et sociales en contradiction avec les garanties du procès pénal ainsi qu'elles ressortent de l'analyse des droits de la défense et du procès équitable établie par Caroline Buisman et par le Professeur Fassbender.

Nous analyserons, en premier lieu, « l'humanisme judiciaire » qui a pour fondement de replacer les droits de la défense dans tous les systèmes de juridiction pénale. Nous passerons en revue la typologie des justiciables et les différents

procédure pénale ou quasi pénale devant les tribunaux pénaux internationaux permettrait leur extension à toutes les phases de la procédure avant même l'ouverture du procès; de la dénonciation à la plainte et de l'enquête jusqu'à la confirmation des charges retenues ou non.

¹⁶ Il ne faut pas faire abstraction du fait que la communauté internationale et la société civile sont aussi soumises à un État de droit lors de la prise de mesures judiciaires lorsque les ONG qui travaillent sur le terrain sont amenées à prendre les déclarations des victimes sans avoir le statut juridique d'un enquêteur, ce qui peut engendrer des erreurs judiciaires causées par des témoignages mensongers. (M^c Soulez Larivière exprime cette idée ainsi dans son récit : « La communauté internationale n'est pas démocratique et reste dominée par la politique, de manière unilatérale, bilatérale ou multilatérale avec l'ONU. Comment porter secours aux vraies victimes d'une famine et d'une absence d'État ». *Eliacheff et Soulez Larivière, supra* note 9 à la p. 222).

¹⁷ Les résolutions du Conseil de sécurité, les commissions d'enquête internationale comme celle établie par le Conseil de sécurité comme dans le cas de la Résolution S/2005/60 du 1 février 2005 concernant la Commission internationale chargée d'enquêter sur les violations du droit international humanitaire et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme au Darfour et l'ouverture d'une enquête par le procureur de la CPI sont autant de décisions d'autorités internationales non réglementées par des règles de procédures et de preuves et reposant sur un consensus international impliquant le sort de personnes dont l'État peut ne pas être représenté au sein de ces différents forums. Voir notamment *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General*, Doc. Off. CS, 2005, Doc. NU S/2005/60. Ignacio Ramonet décrit dans son livre ce phénomène de société ainsi : « *The project of establishing the ICC (with the United States opposing its ratification) aims to try those who commit crimes against humanity, independently of any legal decision taken by a sovereign state* ». Ramonet, *supra* note 5 à la p. 110.

¹⁸ Selon l'article 8 al. 2 para. a) sous-para. VI du *Statut de Rome, supra* note 7 : « Le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement » est un crime de guerre. À notre avis, une telle interprétation pourrait s'appliquer en cas de violation des droits humains du procès équitable par les autorités pénales internationales.

systèmes criminels jugeant les responsables des violations du droit humanitaire. Dans la deuxième partie de notre analyse, nous verrons comment la CPI est devenue un modèle de référence pour légiférer dans le domaine de la procédure pénale internationale. Nous appréhenderons, ensuite, la description des droits substantifs régissant le procès équitable contenu dans le *Statut de Rome*. Nous aborderons, enfin, brièvement la pratique judiciaire de la CPI. Notre conclusion débouchera sur des considérations critiques et des recommandations sur l'importance des droits de la défense dans la réalisation d'une justice globale équitable¹⁹.

I. L'humanisme judiciaire

« If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself: it invites anarchy ».

Juge Brandeis, *Olmstead v. United States*²⁰

« Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence ».

*Mapp v. Ohio*²¹

« Procédure et équité » : Force est de constater, à l'aune de l'actualité mondiale, que ce sujet est à l'ordre du jour international. Peu d'actions sont entreprises au niveau international pour améliorer le sort des personnes aux prises avec les rouages du système pénal international, d'autant plus qu'aujourd'hui, ce sont des individus et non les États qui sont au centre de cette nouvelle promotion de la procédure pénale interne adaptée aux exigences du droit international humanitaire. Les personnes mises en cause par le droit humanitaire pour avoir commis des actes les plus graves dans l'échelle des incriminations sont diverses et variées tant par leurs singularités personnelles que par leurs origines territoriales.

A. Typologie des justiciables du droit pénal international

La justice pénale internationale contemporaine s'est arrogé le droit de poursuivre les responsables des violations graves du droit humanitaire, au-delà des

¹⁹ Voir le Portail de la Cour pénale internationale, « La Défense », en ligne : ICC-CPI <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Defence/>>.

²⁰ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

²¹ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), tel que cité dans Catleen Burnett, « Construction of Innocence » (2002) 70 U. Miss-Kan. L. Rev. 972. « Si l'État ne respecte pas la Loi, il enseigne le mépris pour la Loi, ce qui a pour effet d'encourager la vengeance privée et par suite l'anarchie »; Juge Brandeis, Cour suprême des États-Unis, cité dans *Mapp v. Ohio*. « Rien ne peut détruire un gouvernement plus vite que l'inobservance de ses propres lois, ou encore pire, l'irrespect de sa propre existence » qui cite Elkins, 364 U.S. à la p. 222 « l'impératif d'une justice intègre ».

frontières et selon des règles qui sont peu connues du public. La « pénalisation » du droit international soulève de nombreuses questions d'adaptation aux normes de l'État de droit. Le passage d'une responsabilité étatique – n'intéressant que les spécialistes du droit international public et leurs auteurs politiques – à la poursuite pénale individuelle soulève des dilemmes dont cette étude témoignera.

L'incrimination des crimes internationaux nécessite des mesures quasi judiciaires qui n'existent pas en droit interne. L'ouverture d'une commission d'enquête internationale, décidée par le Conseil de sécurité est une autre institution politique qui permettra d'enquêter sur les crimes commis, de rassembler des informations pouvant servir de preuves et d'offrir des listes de responsables putatifs. Ces derniers risquent ainsi d'être mis en cause dans un procès pénal international sans que des règles de procédures et de preuves n'aient été établies préalablement à la prise de mesures quasi judiciaires.

Quelles sont les institutions qui peuvent légitimement entamer des poursuites? Ont-elles un statut légal? Quelles sont les procédures employées lors de la recherche des preuves putatives? Quel sera le point de départ de l'application des garanties lors du futur procès équitable? Comment s'agencera le passage du politique au judiciaire? Pour identifier les problèmes essentiels qui intéressent cette analyse, il convient de répondre en amont à un certain nombre d'interrogations.

1. EST-CE QUE TOUT INDIVIDU A DROIT A UN PROCES EQUITABLE?

La réponse à cette question doit être positive, car avant d'être suspecte, la personne mise en cause est avant tout un être humain qui bénéficie de la présomption d'innocence. Condamner un innocent ou ne pas respecter ses droits fondamentaux, notamment les droits de la défense lors du procès, constitue des violations graves des droits de l'homme.

Cette opinion est partagée par certains spécialistes de la matière, alors que d'autres estiment qu'il peut paraître inopportun d'accorder tant d'importance aux criminels qui ont commis les crimes les plus graves. Comme l'a si bien décrit M. Zappalà, l'un des commentateurs du *Statut de Rome* : « *These rights must not be seen (or used) as shields for suspects, but must be respected because they represent part of the rules for the discovery of the truth* »²².

*There is a parallel between the legal process and the scientific discovery. Just as in science precise rules ought to be followed to reveal the truth.*²³

Créer des garanties pour sauvegarder un procès équitable futur, et ce, dès la mise en cause d'une personne, n'est que l'application de l'état de droit²⁴. C'est la

²² Zappalà, *supra* note 1 à la p. 49.

²³ *Ibid.* n. 60.

position retenue par la justice internationale dans la grande majorité de ses textes. Mais quel évènement politique ou juridique constituerait cette mise en cause?

2. QUEL EST LE MODELE DE GARANTIE DU PROCES EQUITABLE MIS EN ŒUVRE DANS LES SYSTEMES DE JUSTICE CRIMINELLE INTERNATIONAUX?

Pour répondre à cette question, il faudrait, d'une part, connaître le degré de respect qu'ont les membres de l'appareil pénal international pour les droits humains, et nous demander, d'autre part, à partir de quelle étape de la mise en cause décideront-ils de l'application des garanties fondamentales du procès. Les personnes poursuivies auront-elles les mêmes garanties fondamentales concernant le principe de bonne administration de la justice et le principe de la légalité criminelle avant l'ouverture d'une enquête internationale? Avant de répondre, nous voudrions tenter de donner une définition du droit pénal international.

B. Définition et domaine d'application du droit pénal international

1. LE DROIT PENAL EST MULTIFORME

Le droit pénal international présente des caractéristiques fondamentales donnant parfois lieu à des applications conflictuelles. Il nécessite la juxtaposition de trois domaines juridiques : le droit international humanitaire, le droit des instruments des droits de l'homme régionaux, internationaux et universels, et enfin le droit pénal et les procédures pénales.

a) *C'est un droit humanitaire*

Le droit humanitaire, selon la définition du CICR, est « un système de règles internationales, qui, en temps de guerre, protège les combattants, la population civile, les objets susceptibles d'être affectés ou risquent d'être affectés par les hostilités, et limite les méthodes et les armes employées »²⁵.

²⁴ *Ibid.* À ce propos, l'opinion de Caroline Buisman est édifiante. Elle présente, dans son article, des arguments en faveur de la prévention de la mise en cause de personnes innocentes, qui ont été émis par des juristes et avocats tels que Me Jean Degli, avocat de la défense au TPIR qui s'est exprimé dans ces termes : « *Convicting innocent persons would amount to an equally severe violation of human rights as the crimes these persons allegedly committed* » tel que cité dans Caroline Buisman, « Defense and Fair Trial » dans Roelof Haveman, Olga Kavran et Julian Nicholls, dir., *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, New York, Transnational Publishers, 2003, 167, n. 2.

²⁵ *Résumé des Conventions de Genève*, *supra* note 2. Voir la protection des civils, à la p. 8 et le droit au procès équitable dans les conflits à la p. 9. Comparer avec l'analyse du droit international humanitaire par Patricia Burette et Philippe Lagrange, *supra* note 2.

En humanisant la guerre, en effaçant les frontières entre les civils et en évitant la haine²⁶, nous arriverons plus vite à la paix. Le droit à la poursuite judiciaire équitable entre les parties lors du conflit existe en droit humanitaire.

b) *C'est un droit garantissant les libertés et droits fondamentaux*

Ce sont principalement les droits inscrits dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme. Certains de ces droits s'appliquent spécialement à la bonne administration de la justice et au procès pénal²⁷.

En 2005, la Commission des droits de l'homme des Nations unies a proclamé le droit à la réparation pour les victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire²⁸. Ces instruments internationaux garantissent partiellement le procès équitable des individus mis en cause, car ils ne protègent que l'individu faisant l'objet d'une accusation ou d'une arrestation. Mais il faut noter que le statut des personnes mises en cause n'est nullement garanti par les traités et les conventions internationales dès lors qu'une plainte a été déposée.

Cependant, une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a fait en sorte d'élargir le champ d'application de la présomption d'innocence à toute procédure incidente à la mise en cause pénale. En ce sens, nous invitons le lecteur à consulter l'arrêt *Allenet de Ribemont*²⁹, datant de 1996, qui pose le principe de l'interdiction aux policiers et autres personnes de présenter une personne mise en cause comme coupable dans les médias. De même, l'arrêt *Capeau*³⁰,

²⁶ *Résumé des Conventions de Genève, supra* note 2 à la p. 7, le comportement des combattants. Le CICR a prévu récemment de nouvelles recommandations concernant la notion de participation aux hostilités, « le but est d'aider à distinguer les civils qui doivent être protégés contre les attaques directes de ceux qui, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, perdent cette protection ». Voir « Participation directe aux hostilités : Questions et réponses » (10 juin 2009), en ligne : CICR : <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/direct-participation-ihl-faq-020609>>.

²⁷ Redress, « Draft basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law » (2002) à la p. 3, en ligne : Redress <http://www.redress.org/publications/NGO_common_position_paper.pdf>. Par exemple, les articles 2, 9, 10, 14 du PIDCP et les articles 1, 5, 6, 13, 41 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U 221, S.T.E. 5 [CEDH]. Ces conventions affirment que le procès équitable, les arrestations légales, le traitement humain des prisonniers et le respect des droits de l'homme sont des droits humains internationaux.

²⁸ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés. CES 2005/30, Doc. Off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/2005/L.48 [Principes de 2005]. Quarante-et-un pays l'ont ratifiée.

²⁹ *Allenet de Ribemont c. France* (1995), 22 C.E.D.H. (Sér. A) 582 [*Allenet de Ribemont*].

³⁰ *Capeau c. Belgique*, n° 42914/98, [2005] I C.E.D.H. ; Dans cette affaire et *Allenet de Ribemont, ibid.*, les juges rappellent que « la Convention doit s'interpréter de façon à garantir des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire ». Comparer avec un commentaire de la jurisprudence européenne sur l'extension du champ d'application de protection de la présomption d'innocence dès la prise de mesures judiciaires contre un individu dans *European Human Rights Law Review*, issue n°3, 2003, p. 350.

en date de 2005, mentionne l'interdiction faite à un procureur ou à un juge de demander à la personne qui a bénéficié d'un non-lieu de prouver son innocence lors d'une demande d'indemnisation.

Les nombreux arrêts se référant à la violation de l'article 6(2) de la CEDH sont applicables en France depuis la loi du 15 juin 2000³¹ portant sur la réforme de la présomption d'innocence et sur les droits des victimes³².

Ainsi, la jurisprudence européenne permet de garantir le procès équitable du suspect et de l'accusé lorsqu'il y a violation de la présomption d'innocence. L'extension de cette présomption à toute personne a été reconnue par la jurisprudence européenne. Elle permet ainsi d'appliquer certains droits reconnus aux accusés à toute personne avant le procès (droit au silence lors de l'enquête, droit à un avocat dès la déposition, droit à un traitement humain lors des arrestations et détentions, droit à la présomption d'innocence).

c) *C'est un droit qui garantit le procès équitable dès l'adoption d'une mesure administrative ou quasi judiciaire à l'encontre d'une personne mise en cause*

Certains instruments internationaux très récents permettront, s'ils sont interprétés comme tels par la jurisprudence des tribunaux internationaux, de garantir un procès équitable à une personne mise en cause dès le dépôt d'une plainte lors d'une enquête internationale, ou même dès lors qu'est établie la définition d'un crime de guerre ou autres violations du droit humanitaire international par les institutions de l'ONU. Il en irait de même lors d'une analyse préliminaire avant l'ouverture de l'enquête du procureur de la CPI.

d) *C'est un droit qui promeut un ordre social et international en conformité avec les droits de l'homme contenus dans la Charte des Nations Unies et celle de l'Union européenne*

Cette conception se retrouve dans divers traités internationaux, même s'ils n'abordent pas expressément les points relatifs à la protection de la présomption

³¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, J.O., 16 juin 2000, 9038, article premier.

³² L'article préliminaire du code de procédure pénale français dispose que « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ». Selon la jurisprudence européenne, la présomption s'applique avant et après le procès. On peut comparer avec l'article 66(1) du *Statut de Rome* qui déclare que la présomption est un droit de la personne et ce, pour la première fois dans un traité. Voir l'article 9 du Code civil français, qui protège la personne mise en cause contre les atteintes à sa présomption d'innocence, tant qu'aucune condamnation définitive ne soit intervenue. Voir Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, Bull. Civ. 1998 I. n° 313. Cité dans Vanessa Valette, *La personne mise en cause en matière pénale*, Clermont-Ferrand, PU Clermont Ferrand/ L.G.D.J., 2006 à la p. 224.

d'innocence comme critère pour définir les abus de pouvoir et l'arbitraire des mesures prises par les pouvoirs publics en matière judiciaire ou quasi judiciaire³³.

Ces dispositions ont pour effet de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux des individus aux prises avec l'appareil judiciaire, dans l'ordre interne ou international. C'est, en fait, la mise en cause de la responsabilité des États et des institutions gouvernementales et non gouvernementales qui participent ensemble à la poursuite des auteurs présumés de crimes internationaux.

2. LE DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT PENAL INTERNATIONAL

a) *Le principe fondateur*

C'est l'ensemble des règles de droit qui régissent la poursuite, la mise en cause et le jugement d'une personne physique.

En droit pénal international, il n'existe pas encore de code pénal ou de code de procédure pénale s'appliquant de façon homogène devant toutes les juridictions criminelles internationales à l'égard des individus poursuivis. Par conséquent, les principes généraux du droit pénal devront être respectés par les autorités afin d'éviter toute violation des droits de l'homme dans le procès pénal international.

Il faut élaborer un projet de procédure pénale internationale, car des décisions quasi judiciaires prises contre un individu ne doivent l'être que démocratiquement et par un juge habilité par la loi. En effet, seul un juge a compétence pour sanctionner, et ce, après condamnation. À défaut, nous aurions des cas de doubles sanctions/peines réprimées par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* à l'article 14(7)³⁴.

³³ Par exemple, se reporter à l'article 28 de la *DUDH*, *supra* note 4: « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente déclaration puissent y trouver plein effet. » Voir également la *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, Vienne, 14-25 juin 1993, Doc. NU A/Conf.157/23 tel que citée dans le *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 à la p. 38. Aussi, l'article 55 de la *Charte des Nations Unies* dispose que les droits et libertés fondamentaux sont universels. Voir également l'article 41 de la *Charte de l'Union européenne*, qui développe le principe de la bonne administration et l'observation de l'État de droit lors de la prise de mesures contre des individus. Cette *Charte* est dans la Constitution de l'Europe, qui n'est pas encore en vigueur. Cependant, la Cour internationale de Justice a reconnu les droits inclus dans la *Charte* comme confirmant l'État de droit reconnu par tous les États membres de l'Union. Voir le *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 aux pp. 14-15. Analyse du rapport dans le premier titre, troisième partie, chapitre 3, paragraphe 2.

³⁴ *PIDCP*, *supra* note 4, art 14(7). Cet article prévoit: « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. » Voir aussi l'article 2(2) qui impose aux États membres de prendre des mesures législatives afin de rendre effective la protection des individus et en particulier lors d'un procès pénal. Voir Stephanos Stavros, *The Guarantees For Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights: An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments*, Dordrecht, Martinus Nijhoff

Cependant, les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été établis par une décision du pouvoir exécutif, le Conseil de sécurité, et non par le pouvoir législatif, l'Assemblée générale de l'ONU. Caroline Buisman présente dans son analyse du procès équitable en droit international pénal les objections de certains auteurs, tels que Christopher Safferling, sur la légalité de la création des tribunaux ad hoc qui seront mis en exergue dans la partie relative aux critiques doctrinales³⁵. Par ailleurs, il semblerait, suivant d'autres opinions que l'harmonisation entre la notion de légitimité de la poursuite des responsables des crimes les plus graves justifierait un abandon de certaines garanties procédurales³⁶. Certains pays se fondent sur des systèmes juridictionnels à compétence universelle ont presque aboli les garanties procédurales destinées à protéger la personne mise en cause bien avant l'ouverture d'une enquête. Cependant, il est important dans une société démocratique de reconnaître les lacunes juridiques qui résultent de l'absence d'un ordre juridique international et de créer des mécanismes légaux en conformité avec le droit international des droits de l'Homme. L'étude de la législation Belge dans le cadre de la loi la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit humanitaire et celle du *Statut de Rome* présentent les caractéristiques du futur ordre quasi judiciaire et judiciaire en droit pénal international³⁷.

Publishers, 1993 à la p. 124. Selon l'auteur, la détention d'une personne acquittée est une punition déguisée.

³⁵ Caroline Buisman pose la question de savoir si le procès équitable devant les tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et la Yougoslavie inclut le droit d'être jugé par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi. Selon son opinion, la notion d'un tribunal « établi par la loi » est sujet à débat car la définition de ce terme n'a pas été clarifié ni par la *PIDCP* ni par la *CEDH*. Cependant, l'article 8 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH)* mentionne que l'établissement du tribunal doit être antérieur aux faits reprochés : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi *antérieurement* par la loi ». [Nos italiques] Certains auteurs, tels que Cristoph Safferling dans son ouvrage intitulé *Towards an International Criminal Procedure*, New York, Oxford University Press, 2001 aux pp. 87-88, proposent cet argument. Ces auteurs soutiennent cette interprétation au regard du principe de l'interdiction de la non-rétroactivité, *post facto*, en droit pénal. D'autres spécialistes avancent que la légalité de la création d'un tribunal repose sur l'existence de code pénal et de règles de procédure et de preuve. Tel que cité par Buisman, *supra* note 24 aux pp. 186-194, à l'occasion de la Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se réfère à David Harris en tant qu'important spécialiste dans le domaine : *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense (10 août 1995) au para. 34 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

³⁶ Caroline Buisman explique que la majorité des experts en la matière opte pour la position de Harris qui a été citée dans la décision de l'affaire Tadic. Ces auteurs soutiennent que « *They hold that the ad hoc Tribunals are set up by the international community, and therefore their establishment is, if not strictly legally, undoubtedly morally justified.* » Voir M. Cherif Bassiouni et Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, Transnational Publisher, 1996 aux pp. 199-201, citée par Buisman, *supra* note 24 à la page 193.

³⁷ Sur l'application d'un ordre juridique international concernant les personnes poursuivies, voir *C.J.E. Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union Européenne et Commission des Communautés européennes*, C-402/05 P et C-415/05 P, [2008] E.C.R. I-6351. The new international judicial order was recently defined in the Judgment of the ECJ in the joined cases C-

Actuellement, la Cour pénale internationale a innové en incorporant dans son *Statut* des garanties procédurales fondamentales, comme l'application de la présomption d'innocence à toute personne, dès l'ouverture d'une enquête. Des garanties procédurales d'équité existent au niveau des conventions internationales dès la mise en cause d'une personne par les autorités internationales, mais elles ne sont pas encore appliquées, car mal connues.

b) *La problématique posée par le droit pénal dans l'ordre international*

Le problème est que les crimes internationaux sont réprimés par des procédures hybrides où chacun défend sa propre conception du droit international. Le droit humanitaire prétend protéger les civils en temps de guerre, régit le statut des combattants, notamment sur la base d'un corpus de règles contenu dans les quatre conventions de Genève, les deux Protocoles additionnels et les multiples conventions limitant les armes, et prévoit l'exigence d'un procès équitable durant les conflits³⁸. La conception des droits de l'Homme s'applique en temps de paix comme en temps de guerre. Elle dépend d'un corpus de règles conventionnelles ayant, pour certaines, valeur de *jus cogens*. Alors, dans quelle mesure la conception du droit international doit-elle être modifiée?

En fait, la communauté internationale a décidé de poursuivre des individus en plus des États pour mettre un terme à l'impunité dont certains pouvaient jouir. Cela a entraîné deux séries de conséquences : le droit pénal est introduit au niveau international avec notamment la création de tribunaux *ad hoc* et le droit international est introduit dans le droit pénal interne avec l'adoption, par certains pays, de lois de compétence universelle.

La poursuite des responsables de violations graves du droit humanitaire est, depuis plus d'une décennie, fondée sur un consensus conventionnel qui n'a pas

402/05 P and C-415/05 P. These is a unique case in which the ECJ reviewed the compatibility of the UN Resolution implementation by the European Council. The ECJ judicial review extends to the alleged violation of fundamental rights such as the right to be heard by a court of law, the right to an effective remedy and violation of the fundamental right to property. It is the first time that the legality of the UN targeted sanctions against Al Kaida terrorists is reviewed for compatibility with the fundamental individual rights and the judicial hierarchy of the UNSC and the EC individual measures with the international judicial order. "[T]he Community judicature must... ensure the review, of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law, including review of Community measures which, like the contested regulation, are designed to give effect to resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations". Compare with another unique US Supreme judicial review for violation of the fundamental right of *habeas corpus* regarding the detention of Guantanamo suspects and the Bush administration anti-terrorist laws, in the case of *Boumediene v. Bush* issued in September 2008, in *infra* note 118.

³⁸ *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287, art. 71 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) : « Les tribunaux compétents de la Puissance occupante ne pourront prononcer aucune condamnation qui n'ait été précédée d'un procès régulier. »

toujours été accepté par l'ensemble des États. Par exemple, le deuxième Protocole additionnel de 1977, qui renforce la protection des personnes lors des conflits à caractère non internationaux, ne jouit pas du même niveau d'adhésion que les quatre Conventions de Genève³⁹.

Le sort des personnes responsables de crimes pour violation du droit humanitaire dépendra des aspirations philosophiques de la justice internationale. Sera-t-elle activiste? Appliquera-t-elle les garanties judiciaires fondamentales contenues dans les instruments universels des droits de l'Homme lors de la poursuite des responsables allégués devant les juridictions pénales internationales?

c) *L'influence de la procédure pénale sur le droit pénal international*

Il importe d'observer dans quelle mesure le droit pénal international sera influencé par la procédure pénale et l'équité. Il existe aujourd'hui une variété de systèmes pénaux internationaux ayant pour vocation de poursuivre des individus présumés coupables de violations du droit humanitaire lors des conflits armés internes et internationaux. Ils procèdent tous d'une procédure indépendante et assurent différemment les garanties du procès équitable.

Ce qu'ils ont en commun, ce sont les mêmes définitions des crimes internationaux : génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. En revanche, l'origine de leurs désaccords résulte du manque de compréhension en ce que sont les droits humains en tant que garantie applicable à toutes les personnes, et ce, qu'elles soient victimes, témoins, suspectées, accusées, acquittées ou condamnées. Ces droits sont attachés à la personne et ont vocation à s'appliquer en temps de paix et de guerre.

En cela, « l'humanitaire » rejoint les garanties fondamentales accordées à toute personne amenée à se défendre contre l'arbitraire des autorités et institutions gouvernementales et non gouvernementales lors de la réalisation de l'obligation de poursuite instituée par la communauté internationale.

Ainsi, selon la thèse de « l'humanisme judiciaire », le droit de poursuite devrait s'effectuer en harmonie avec l'ordre juridique international en vigueur lors du déclenchement des attributions du procureur. Cette thèse découle du droit fondamental, prévu à l'article 28 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet »⁴⁰.

Cet article est inclus dans le préambule de la *Déclaration et programme d'action de Vienne* adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993.

³⁹ Buirette et Lagrange, *supra* note 2 aux pp. 44-45.

⁴⁰ *DUDH*, *supra* note 6, art. 28.

Réaffirmant son attachement aux buts et principes énoncés dans la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ; réaffirmant l'engagement pris à l'Article 56 de la *Charte des Nations Unies* [...] pour atteindre les buts énoncés à l'Article 55, y compris le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous.⁴¹

Les droits de l'homme afférent à la poursuite et au procès équitable, contenus dans la Déclaration universelle, aux articles 6, 7, 8 et 10 sont *erga omnes*.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'article 1, paragraphe 3 du Préambule de la *Charte des Nations Unies* encourage la promotion des droits fondamentaux sans discrimination de statut. Le Professeur Fassbender souligne que : « *In the preamble, human rights appears right after the prevention of war among the principal goals of the United Nations* »⁴². Cette protection s'applique aux victimes de crimes de guerre et aux victimes de dysfonctionnement de la justice internationale pénale sans discrimination.

Afin d'éviter l'établissement d'un État policier à l'échelle mondiale, la poursuite pénale des individus ne peut se faire en violation de leurs droits fondamentaux et du principe de légalité. La communauté internationale ne peut, en guise de défense ou pour contrôler la criminalité, décider de violer les droits humains de certaines personnes sous prétexte d'une quelconque légitimité. Cette opinion est partagée par une partie de la communauté internationale qui voit dans les droits de l'homme le moyen de promouvoir l'équité dans le procès pénal⁴³. D'autres spécialistes argumentent sur l'illégalité des tribunaux *ad hoc* et sur la non-légitimité des mandats d'arrêt planétaires⁴⁴. Selon l'opinion d'un autre commentateur, des conduites réprimées dans des traités constituent des infractions pénales sans même avoir été déterminées en accord avec les principes généraux du droit pénal⁴⁵.

Ainsi, « l'humanisme judiciaire » pourrait jouer le rôle de l'équité dans le procès pénal international en harmonisant le droit humanitaire avec le droit de la responsabilité pénale individuelle. Le passage de la responsabilité étatique à la poursuite pénale n'est légal que s'il est fondé sur les principes directeurs du droit pénal et ceux de la procédure pénale. Les sanctions pénales ne peuvent être infligées que par un juge et selon une procédure qui respecte l'État de droit. De même, suivant

⁴¹ *Déclaration et programme d'action de Vienne*, *supra* note 33, 3^e et 4^e considérant.

⁴² *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 à la p. 21.

⁴³ Cour pénale internationale, « La Défense », *supra* note 19. (21) Comparer avec les références aux droits humains dans la *Charte des Nations unies* : articles 13(1b), 55(c), 62(2), 76(c).

⁴⁴ Voir le rapport d'experts sur les mandats d'arrêts européens : « The European Arrest Warrant: Problems and Recommendations for Reform » (31 juillet 2009), en ligne : <<http://www.fairtrials.net/images/uploads/Submission%20to%20EU%20on%20EAW.pdf>>. Pour les Tribunaux *ad hoc* voir l'analyse critique de Caroline Buisman, *supra* note 24.

⁴⁵ Professeur Horst Fisher, *Allocation, Formation en droit international pénal à l'Institut Grotius*, Université de Leiden, juillet 2006.

notre approche, la poursuite est la prérogative du ministère public et non des institutions internationales ou des organisations non gouvernementales

Cependant, la réalité de la pratique de la justice internationale montre qu'il est essentiel que les institutions gouvernementales et non gouvernementales jouent un rôle actif pour permettre la fin de l'impunité et l'équilibre entre les droits des victimes et ceux de la défense lors des procédures. Cet état de fait est allégué par tous les organes de la CPI. La Coalition pour la CPI illustre bien nos propos. La CCPI est

un réseau mondial de plus de 2500 organisations de la société civile présente dans 150 pays et œuvrant pour que la CPI soit véritablement juste, efficace, indépendante et que les victimes de génocide, de crimes contre l'humanité et crimes de guerre puissent accéder plus facilement à la justice.⁴⁶

Lors de la remise des personnes recherchées par la CPI, cette dernière ne disposant pas de police, la CPI recherche l'assistance d'intervenants. Le bureau du procureur confirme cette pratique dans les questions – réponses au public :

La remise de MM. Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Jean-Pierre Bemba montre bien comment la Cour s'appuie sur les États et d'autres structures afin de remplir son mandat. Ces arrestations ont nécessité un processus complexe faisant appel à la coopération avec l'État territorial, les États parties et les organisations internationales.⁴⁷

Le rôle des ONG dans le développement du droit humanitaire fait partie d'un phénomène de société qui dépasse le domaine de l'humanitaire. À notre avis, cette question devrait faire l'objet d'une étude sociojuridique. Un spécialiste de la géopolitique, Ignacio Ramonet, analyse cette coopération de la société civile comme un signe de notre temps fondé sur la conviction d'un monde meilleur. Selon sa vision,

⁴⁶ « À propos de la Coalition pour la Cour Pénale Internationale (CCPI) », en ligne : CCPI <http://www.iccnw.org/documents/Factsheet_about_CICC_fr_19Mar2010_2.pdf>. À propos de l'importance de cette ONG, se reporter au discours du Procureur de la CPI, M. Luis Moreno Ocampo à l'occasion du 10^e anniversaire de la CCPI le 31 mai 2005, en ligne à la page 12, Luis Moreno Ocampo, « Commemorative Messages on the Occasion of the Tenth Anniversary of the NGO Coalition for the International Criminal Court », en ligne : Coalition pour la Cour Pénale Internationale <<http://www.iccnw.org/documents/10thAnnCommemMessages10Feb05.pdf>>.

⁴⁷ Bureau du procureur, « Poursuites », en ligne : ICC-CPI <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Prosecutions/>>. D'autres exemples illustrent l'importance de l'intervention des institutions internationales et ONG humanitaires opérant comme intermédiaire pour poursuivre les responsables allégués, localiser les victimes, aider le Greffe, le procureur, les avocats. Cette question fait l'objet d'une étude au sein de la CPI et des ONG. Voir Groupe de travail sur le droit des victimes, « *Commentaires sur le rôle et les relations des intermédiaires avec la Cour Pénale Internationale* » (6 février 2009), en ligne : Fédération internationale des ligues des Droits de l'Homme <http://www.fidh.org/IMG/pdf/VRWG_Role_des_intermediaires_CPI_-_fevrier_2009_Fr_.pdf>.

il y aurait aujourd'hui trois acteurs principaux, à savoir, les associations d'États, comme l'Union Européenne, les médias et les groupes financiers transnationaux ainsi que les ONG d'influence globale comme « *Amnesty International, Human Rights Watch, the CCPI, Greenpeace and ATTAC, etc.* »⁴⁸. Ces dernières font partie de la Coalition pour la CPI. L'évolution de la CCPI depuis 1995, qui est passée d'un regroupement de délégations d'ONG à un véritable réseau qui comprend près de 2500 organisations, fait d'elle un groupement mondial⁴⁹.

Toute entorse à ces principes aurait un effet néfaste et rétrograde sur la crédibilité du système judiciaire ainsi que sur l'avenir de la démocratie. N'est-il pas essentiel de prévenir les erreurs judiciaires et les dysfonctionnements de la justice internationale? L'exemple des erreurs judiciaires commises dans l'affaire d'Outreau⁵⁰ n'est-il pas un signal d'alarme entamant la crédibilité judiciaire? L'affaire d'Outreau en France a mis en évidence la nécessité d'éviter l'erreur judiciaire. Pour la première fois dans le monde judiciaire, une commission d'enquête parlementaire fut montée pour analyser le dysfonctionnement de la justice lors d'une affaire criminelle. Dans cette affaire, 17 personnes ont été jugées pour abus sexuels sur mineurs et 13 d'entre elles ont été acquittées⁵¹. La commission a entendu leurs plaintes, elles ont été

⁴⁸ Ignacio Ramonet, *supra* note 5 aux pp. 8, 29-31.

⁴⁹ « Dixième anniversaire de la CCPI », en ligne : CCPI <<http://www.iccnw.org/?mod=10years>>. Sur l'influence des ONG, se reporter aux études faites à ce sujet dans les ouvrages de Michel Bélanger, professeur de droit à l'Université de Bordeaux, Directeur du Centre d'études et de recherche en droit européen de la santé et en droit international de Bordeaux. Dans son ouvrage, il décrit ainsi le rôle des ONG dans le domaine judiciaire du droit international humanitaire moderne : « Un certain nombre d'organisations internationales – OIG et ONG – participent à l'élaboration du droit humanitaire moderne. D'un point de vue formel, la différence avec l'élaboration de type unitaire du droit international humanitaire classique est donc notable. Il y a complémentarité des deux catégories d'organisations internationales en ce qui concerne l'action humanitaire internationale : *les OIG ont un rôle de police et de juge*, alors le rôle des ONG est celui du "bon samaritain" [Nos italiques] ». Michel Bélanger, *Droit International humanitaire général*, 2^e éd., Paris, Gualino, 2007 à la p. 105. De plus, cet auteur considère que les ONG ont aussi un rôle législatif : « Le classement des sources du droit international public général opéré par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice montre ses limites tout particulièrement à-propos du droit international humanitaire moderne. La spécificité des sources du droit international humanitaire moderne est marquée par l'importance des textes élaborés par les organisations internationales. *Il s'agit avant tout de textes normatifs établis par des organisations non gouvernementales* [Nos italiques] ». Sur le concept de l'ingérence humanitaire des ONG, voir aussi l'étude de Buirette et Lagrange, *supra* note 2 aux pp. 69-80.

⁵⁰ Christian Raysseguier, « Conditions du traitement judiciaire de l'affaire dite "d'Outreau" », en ligne : La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000472/index.shtml>>. « Le 2 juillet 2004, la cour d'assises du Pas-de-Calais acquittait sept des dix-sept personnes mises en accusation notamment pour viols et agressions sexuelles sur mineurs de 15 ans en réunion, dans l'affaire d'Outreau. Le 1^{er} décembre 2005, la cour d'assises de Paris acquittait les six condamnés qui avaient relevé appel du premier verdict. Ce rapport demandé par le Gardé des Sceaux à l'inspection générale des services judiciaires analyse la conduite de la procédure par le parquet, le suivi administratif de l'information, la discussion des éléments de preuve par les parties, sous le contrôle de la chambre de l'instruction. »

⁵¹ Voir Pascal Clément, « Acquittements dans l'affaire d'Outreau », (1^{er} décembre 2005), en ligne : Ministère de la Justice et des libertés <<http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10016&ssrubrique=10259&article=11330>>. « La Cour d'Assises d'Appel de Paris vient de rendre son verdict dans l'affaire d'Outreau. Elle a prononcé l'acquittement des six personnes qui avaient fait appel de leur condamnation de première instance. Au total 13 personnes ont donc été acquittées, alors que certaines

publiquement réhabilitées et finalement indemnisées. Les autorités judiciaires responsables de ces abus de pouvoir ont été sanctionnées pour violation des droits fondamentaux afférant à la violation de la bonne administration de la justice et aux garanties fondamentales du procès pénal. Le secret de l'administration judiciaire a été dévoilé dans le but de rétablir la confiance entre le public et la justice⁵². Quel héritage judiciaire voulons-nous léguer à nos enfants? Certains pourront rétorquer que l'impunité des crimes internationaux les plus abjects doit être réprimée, la protection des victimes étant essentielle. Cependant, le sort des victimes de crimes internationaux sera mieux protégé par des règles de droit interne et par la prévention de ces crimes à tout niveau. La fonction de la justice est une solution de dernier ressort dont l'intervention est postérieure, en général, à la commission des crimes. La justice est un chaînon dans la résolution des problèmes de société.

La protection des droits de l'homme spécifiques au procès pénal protège toute personne, qu'elle soit victime de crimes ou victime d'abus de ses droits humains. Les autorités qui poursuivent doivent éviter les abus de droit envers la personne mise en cause sous peine de commettre des discriminations. Ne pas respecter les garanties fondamentales est aussi une violation grave du droit international relatif aux droits de l'homme.

La justice opérant après que le mal soit fait est le dernier recours qui permet à la victime d'obtenir la reconnaissance de ses souffrances et la réparation. Néanmoins, la victime ne pourra obtenir gain de cause que contre la personne qui lui a infligé ces violations graves du droit humanitaire. La poursuite collective fondée sur

d'entre elles avaient effectué de nombreux mois de détention provisoire et même parfois des années. Depuis 18 mois, c'est-à-dire depuis le premier procès d'Outreau, cette affaire a suscité une émotion considérable. »

⁵² France, Assemblée Nationale, « Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement » (6 juin 2006) (président : André Vallini). Se reporter à Jean-Olivier Viout, « Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite "d'Outreau" » (février 2005), en ligne : La documentation française <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000099/index.shtml>>. Selon l'auteur, les conclusions de la commission parlementaire rejoignent la thèse soutenue dans l'humanisme judiciaire. Les autorités internationales et autres intervenants ne doivent pas céder à la pression médiatique sans réfléchir à la mise œuvre de la présomption d'innocence et des droits procéduraux accordés aux participants aux procédures pénales internationales. En effet, le choix du recours à la présomption de culpabilité dans les systèmes criminels poursuivant les responsables de violations graves du droit humanitaire et droits de l'homme conduira à la déformation du système pénal originel fondé sur la présomption d'innocence, la dignité humaine et l'équité. Voir le chapitre VI aux pages 55-58: « Les relations avec les médias » du « Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite "d'Outreau" ». Voir Didier Liger, « L'après Outreau », à la page 2, en ligne : Conseil National des Barreaux <http://archives.cnb.avocat.fr/PDF/AGE/apres_outreau_liger.pdf> : « Constatant que la présomption d'innocence cède souvent le pas devant la présomption de culpabilité et que la détention provisoire devient le principe et non l'exception à la liberté [...]. Il est apparu qu'une réforme profonde de la procédure pénale devenait indispensable, dont l'ampleur excluait que son examen par le Parlement puisse être envisageable avant les échéances de 2007. Toutefois il était, non seulement possible mais nécessaire, de remédier immédiatement à certains graves dysfonctionnements constatés lors de l'affaire dite d'Outreau. »

la délation et la volonté de vengeance est prohibée dans le système pénal démocratique. La justice transitionnelle est un autre moyen pour la victime de traduire collectivement les responsables, afin de pouvoir pardonner et continuer à vivre.

Les pénalistes feront remarquer que le procès pénal a ses exigences procédurales et ne peut être à lui seul une solution aux conflits et aux malheurs de toutes les victimes. Les impératifs de l'intégrité judiciaire doivent s'appliquer à tous de façon non discriminatoire : aux autorités, aux victimes et aux personnes mises en cause. Ceci n'est que la traduction de l'État de droit; la fameuse maxime de Blackstone se référant à la présomption d'innocence en 1769 illustre notre propos : « *Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence.* (Rien ne détruit un gouvernement plus vite que le non-respect de ses propres lois, ou pire encore, l'ignorance de sa propre charte) [Notre traduction] »⁵³.

Dans la prochaine partie, nous verrons comment les principes du droit sont observés au niveau international. Quel est donc le degré de respect qu'ont les membres de l'appareil pénal international pour les droits humains?

C. La vision du procès équitable dans les systèmes de justice pénale de justice internationale

1. LES TRIBUNAUX *AD HOC*

Les développements qui suivent mettent en exergue certaines critiques pertinentes concernant la procédure devant ces Tribunaux.

De nombreux commentateurs et spécialistes du droit pénal international ont effectivement critiqué ces tribunaux au motif qu'ils adoptaient souvent des approches très peu respectueuses de la protection des garanties fondamentales des personnes poursuivies. Les délais raisonnables, par exemple, ne sont pas respectés en général. Le cas du Rwanda est révélateur à ce titre. En effet, certains Rwandais ont attendu jusqu'à près de dix ans avant l'ouverture de leur procès devant une cour de justice⁵⁴.

Un commentateur du *Statut de Rome*, Salvatore Zappalà, a fait une étude remarquable sur les droits de l'homme dans les procédures internationales dans laquelle il met en exergue les défauts (vices de procédure, dysfonctionnements internes, etc.) de ces tribunaux afin qu'ils ne se reproduisent plus dans le fonctionnement de la Cour pénale internationale. Il dénonce, par exemple, le fait qu'au sein de ces tribunaux, la détention est la règle et la liberté l'exception. Certains

⁵³ Tel que cité dans Burnett, *supra* note 21 à la p. 972.

⁵⁴ William A. Schabas, « Droit pénal international des droits de l'homme : faux frères? », Colloque sur l'internationalisation du droit pénal, Faculté de droit de l'Université de Genève, les 16 et 17 mars 2001. Actes du colloque publiés par Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002 aux pp. 165-182. Pour plus d'information sur le colloque, voir le site Réseau Internet pour le droit international : RIDI <<http://www.ridi.org/adi/biblio/hrdpi.htm> #Sommaire>.

accusés restés en détention prolongée sans procès ont souvent été acquittés sans même être indemnisés. On peut citer, en ce sens, une affaire du TPIY. En l'espèce, monsieur Delalic fut mis en détention provisoire pendant deux ans et vit son activité professionnelle s'effondrer suite à son incarcération. De même, monsieur Lagic fut incarcéré pendant deux mois suite à une erreur d'identification⁵⁵. Un autre cas similaire est l'affaire *Baglishima* du TPIR⁵⁶.

Antérieurement à l'adoption du Statut du TPIY, le Secrétaire général de l'ONU a rappelé dans son rapport, l'importance de respecter les droits fondamentaux du procès équitable de la personne mise en cause : « *To fully respect internationally recognized principles regarding the right of accused at all stages of its proceeding* »⁵⁷. L'expression de « suspect » ou « toute personne » ne fut nullement mentionnée, car le droit positif protégeait uniquement la personne accusée lors du procès.

Pourtant, comment faire respecter les garanties judiciaires avant la confirmation des charges, le procès équitable n'étant qu'une illusion sans ces garanties? La question du point de départ de l'application des droits substantifs procéduraux, ou droits humains, dès la décision qui affectera le futur procès pénal aura une incidence sur les obligations des institutions internationales. Les autorités mettront un certain temps pour s'adapter à la conception de l'« humanisme judiciaire », car ceux qui ont le pouvoir ne sont pas pressés de reconnaître leurs responsabilités envers les justiciables et leur être redevables. Pour ce faire, les autorités compétentes doivent légiférer en ce sens. Les travaux scientifiques dans ce domaine ne sont pas nombreux et se concentrent sur les méfaits de l'erreur judiciaire sans proposer de technique pour les éviter. Cependant, l'autorité parentale s'est vue imposer des limites en vertu d'obligations de respect des droits des enfants. Les époux ont eux aussi des obligations de respect l'un envers l'autre. En conséquence, s'il est interdit aux particuliers d'utiliser la force, ou d'humilier leurs concitoyens, pourquoi les institutions en auraient-elles le droit? Selon la *Charte des Nations Unies*, les autorités sont tenues au respect des droits fondamentaux et ont une obligation de bonne administration.

On constate une certaine tendance envers l'« humanisme judiciaire » encore très timide au sein des tribunaux criminels internationaux. Le droit au respect de son

⁵⁵ Salvatore Zappalà dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999 à la p. 1577.

⁵⁶ Lors de la dernière réunion annuelle du Barreau pénal international en novembre 2006, certains avocats ont évoqué les cas des personnes acquittées depuis deux ans et qui attendent encore leur libération dans les prisons du Rwanda. En ce sens, se reporter à la décision suivante : *Procureur c. Ignace Baglishima*, ICTR-95-1A-A., Décision relative à l'acquittement (7 juin 2001) aux pp. 1825-47 (Tribunal pénal international pour le Rwanda), en ligne : TPIR <<http://www.ctr.org>>.

⁵⁷ *Rapport du Secrétaire général Boutros-Gali conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 du Conseil de sécurité*, Doc. off. CS, 1993, Doc. NU S/25704. Caroline Buisman rajoute « It is unfortunate that the Secretary-General does not mention the suspect. », *supra* note 24 à la p. 170, n. 11.

autonomie s'inscrit dans les rapports des personnes entre elles, ainsi que dans leurs rapports avec les institutions.

1. LES TRIBUNAUX *AD HOC* ET LE PROCES EQUITABLE : LE BILAN

On peut aisément dresser un bilan de l'activité de ces juridictions d'exception à l'aune des diverses décisions qui en ont résulté. Certains praticiens constatent que « la présomption d'innocence » et « l'égalité des armes », base traditionnelle de la garantie des droits du procès équitable, ne sont pas respectées même si ces droits sont expressément inscrits dans les statuts des tribunaux *ad hoc*⁵⁸.

On constate que la jurisprudence a consacré un certain nombre de droits inhérents aux personnes poursuivies dans le cadre d'un procès pénal :

- Le procureur a la charge de la preuve de culpabilité. Voir en ce sens l'arrêt *Delalic*⁵⁹;
- Le droit au silence;
- La preuve des éléments à charge et à décharge rappelée et précisée dans l'arrêt *Kupreskic*⁶⁰;
- L'interdiction faite aux médias de stigmatiser les personnes mises en cause;
- Pas de compensation financière en cas d'abus de pouvoir, mais un droit à réparation qui sera déterminé au moment du jugement de la manière suivante :
- Si l'appelant est jugé non coupable, une réparation financière lui est due;
- Si l'appelant est jugé coupable, sa sentence sera réduite pour tenir compte de la violation de ses droits.

L'arrêt *Barayagwiza* est une véritable innovation juridique, car les juges du TPIR se sont inspirés de l'article 85 du *Statut de Rome* pour rendre leurs décisions. Il faut rappeler que cet article a institué, pour la première fois dans un traité, un droit à réparation pour la personne victime des dysfonctionnements de la justice⁶¹.

⁵⁸ Buisman, *supra* note 24 à la p. 213.

⁵⁹ Buisman, *supra* note 24 à la p. 213, n. 180; *Prosecutor c. Delalic et al.*, IT-96-21-T, Jugement d'appel (16 novembre 1998) aux para. 1157-60 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

⁶⁰ *Prosecutor c. Kupreskic et al.*, IT -95-16-A, Jugement d'appel (23 octobre 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

⁶¹ *Jean-Bosco Barayagwiza c. le Procureur*, ICTR-97-19-AR72, Demande du procureur en révision ou réexamen, (31 mars 2000) à la p. 75 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel). Comparer avec les articles 85(1), 85 (2) et 69(7) du *Statut de Rome* qui traitent de la réparation des abus de droits procéduraux. Voir *infra* note 90 « indemnisation pour erreur judiciaire ».

2. LES CRITIQUES DOCTRINALES

Deux études très intéressantes ont été menées par des praticiens de la procédure criminelle internationale pour critiquer cet état de fait. L'une est réalisée par Caroline Buisman⁶² et l'autre dirigée par le professeur Fassbender⁶³ qui a rendu un rapport très révélateur de la situation actuelle.

a) *L'analyse critique de Caroline Buisman*

Selon elle, il est nécessaire que les tribunaux soient établis démocratiquement par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies afin que le droit fondamental d'être jugé par un tribunal établi par la loi soit respecté. L'étude de Caroline Buisman tend à démontrer que l'établissement des tribunaux n'a pas été démocratique. C'est le Conseil de sécurité qui a décidé seul, sans l'accord de l'Assemblée générale, sur la base du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. Ce dernier permet d'adopter des mesures militaires et prévoit d'autres dispositions pour maintenir la paix et la sécurité dans le monde⁶⁴.

En ce sens, on peut citer l'article 39 de la *Charte des Nations Unies* :

Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.⁶⁵

Selon la décision *Tadic*⁶⁶, cette discrétion du Conseil de sécurité est légitime, car il était urgent de prévenir les maltraitances des populations civiles. Un autre auteur, Me Schick⁶⁷, soutient que le Conseil de sécurité a été habilité par les parties à prendre des mesures contre les États et non contre des individus, car pour agir ainsi, un amendement à la *Charte* serait nécessaire. Dans le cas de l'ex-Yougoslavie, les

⁶² Voir Buisman, *supra* note 24 aux pp. 186-95 sur le droit d'être jugé par un tribunal établi par la loi.

⁶³ *Rapport Fassbender*, *supra* note 15. Il s'agit d'une étude focalisée sur la légalité des sanctions pénales prises sur la base de l'article 39 de la *Charte des Nations Unies*. Comparer avec le rapport du professeur Iain Cameron, « The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions » (2 juin 2006), en ligne : Conseil de l'Europe <http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/Texts_&_Documents/Docs%202006/1.%20Cameron%20Report%2006.pdf>.

⁶⁴ Buisman, *supra* note 24 à la p. 187. À propos de l'article 39 de la *Charte des Nations Unies*, voir *supra* note 15.

⁶⁵ L'article 39 du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* habilite le Conseil de sécurité à prendre des mesures économiques et militaires pour maintenir la paix et la sécurité. Buisman, *supra* note 24 à la p. 187. Comparer avec les recommandations du professeur Fassbender, *supra* note 15.

⁶⁶ Voir *Tadic*, *supra* note 35 au para. 44, tel que cité par Buisman, *supra* note 24 à la p. 188, n. 77.

⁶⁷ Buisman, *ibid.* à la p. 188, n. 76.

avocats ont argué que le Conseil de sécurité n'avait pas le pouvoir de créer ces tribunaux. Cependant, ces derniers ont pris des mesures juridictionnelles contre des individus. Les dispositions légales qui régissent le TPIY, les incriminations et les règles de procédures et de preuves ont été créées par le Bureau des affaires légales attaché au Conseil de sécurité. Leurs dispositions n'ont donc pas été approuvées démocratiquement par l'Assemblée générale de l'ONU.

Enfin, selon la Commission européenne, « la création d'un tribunal ne doit pas dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. Il est nécessaire de procéder à un vote du Parlement ou à un amendement de la *Charte* de l'ONU »⁶⁸.

Cette analyse critique de l'instauration des tribunaux *ad hoc* et de leurs actions peut être complétée par celle d'un autre auteur.

b) *Deuxième critique : Le rapport Fassbender ou la protection des personnes contre les mesures arbitraires des institutions internationales*

Dans un rapport commandé par le service juridique du Conseil de sécurité, le professeur Fassbender se livre à un certain nombre d'observations critiques. L'étude analyse le rapport entre les sanctions pénales décidées par le Conseil de sécurité et le respect des garanties judiciaires fondamentales. Dans le cadre de ces mesures, des personnes sont ciblées sans en avoir connaissance, et ce, avant toute ouverture d'une enquête officielle. Ce rapport est une innovation puisqu'il remonte le point de départ du respect des droits humains dès la prise de mesures institutionnelles judiciaires ou quasi judiciaires contre un individu, qui peuvent affecter la situation de la future personne mise en cause lors d'un éventuel procès international.

i) Les recommandations du rapport Fassbender sont d'application générale

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 190, note 84; *Naletilic c. Croatie* n° 51891/99, [2000] V C.E.D.H. 5-7. Caroline Buisman rapporte dans son analyse les arguments de Naletilic invoquant devant la CEDH l'illégalité de sa comparution devant le TPIY sur le fondement de la violation du droit fondamental à être jugé par un tribunal établi par la loi. Afin d'appuyer ses arguments, Naletilic cita la Déclaration Universelle de l'indépendance de la justice adoptée à l'unanimité lors de la première conférence mondiale sur l'indépendance de la justice qui s'est tenue à Montréal, Québec, Canada en Juin 1983. Cette Déclaration dispose dans ses para. 2.06(a) et (b), que : « *No ad hoc tribunals shall be established; everyone shall have the right to be expeditiously by the established ordinary courts or judicial tribunals under law, subject to review by the Court.* », tel que cité par Buisman, *Ibid.* à la p. 191, note 88. Par ailleurs, dans sa décision du 4 mai 2000 sur la recevabilité de la requête n° 00051891/99, la CEDH a donné son appréciation sur le non respect par le TPIY des garanties procédurales dans l'affaire Naletilic en « affirmant qu'il s'agissait d'un tribunal international qui présente toutes les garanties nécessaires, y compris celles d'impartialité et d'indépendance, comme le montre la teneur de son statut et de son règlement de procédure. » », tel que cité dans Roland Adjovi et Gabriele Della Morte, « Le procès équitable devant les tribunaux pénaux internationaux » dans Hélène Ruiz Fabri, dir., *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, à la n. 503.

L'une des premières critiques formulées à propos des pratiques quasi judiciaires est de rappeler qu'elles ne doivent pas être abusives, mais respectueuses des droits de la défense.

Selon Fassbender, le Conseil de sécurité de l'ONU n'est pas au-dessus des droits de l'homme⁶⁹. Par conséquent, un certain nombre de garanties judiciaires afférant au principe de bonne administration de la justice doivent être respectées lors de l'adoption de mesures individuelles internationales affectant la situation juridique d'une personne. Ces garanties protègent les individus contre les traitements arbitraires et injustes des autorités et des institutions au niveau international, régional et national. Chaque individu se voit reconnaître un certain nombre de droits, notamment :

- Connaître les charges et les décisions qui sont prises à son encontre. Le droit d'être informé de toute décision prise par une institution, cette dernière devant créer une juridiction à cet effet;
- Avoir un recours juridictionnel effectif en cas de violation de ses droits et libertés fondamentales devant un tribunal impartial.

Ces droits sont reconnus par le droit humanitaire coutumier et par les principes généraux de droit énoncés à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁷⁰. Le droit d'être informé et le droit au recours devant le juge avant la prise de mesures administratives restreignant la liberté d'aller et venir d'un individu sont des droits fondamentaux reconnus à toute personne humaine⁷¹. Ces droits s'appliquent aussi à toute personne faisant l'objet d'une mesure individuelle quasi judiciaire prise à son encontre par les organes de l'ONU.

ii) Illustration de la critique à travers différentes décisions pouvant affecter la situation juridique d'un individu

⁶⁹ Le professeur Fassbender, *supra* note 15 à la p. 17, cite Frédéric Mégret et Florian Hoffmann, « The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities » (2003) 25 Hum. Rts. Q. 314 à la p. 314 : « [U]ntil recently, the UN had never thought of itself as actually capable of violating human rights. Accordingly, the UN Charter requires the United Nations to “promot[e] and encourage respect for human rights (Article 1, para. 3), and to “assist” Member States “in the realization of human rights” (Article 13, para. 1b) ».

⁷⁰ *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 aux pp. 15-16, n. 36-37 : « These rights [...] can be considered as part of the corpus of customary international law, and are also protected by general principles of law in the meaning of Article 38, paragraph 1, lit. c of the ICJ Statute. Indeed, “[o]ne of the most important legal developments of the modern era – both nationally and internationally – has been the opening of avenues of complaint for private citizens against the oppressive action by government agents and agencies and the affording of remedies when violations are found” ».

⁷¹ *Ibid.* à la p. 20, note 50 : « Certain due process rights, like the right to be heard, may also belong to jus cogens, i.e. rules from which no derogation is permitted, because they are “core rights directly related to human existence” ».

Les décisions prises sur la base de la coopération entre les États dans le cadre de lancement de mandats d'arrêt planétaires *in absentia* et lors de l'établissement des listes de suspects par la commission internationale d'enquête du Conseil de sécurité lors d'une mise en cause étatique ou dans le dessein de servir la justice transitionnelle mettent en relief les critiques portées à l'encontre de l'instauration des tribunaux *ad hoc*.

La collaboration des ONG dans la poursuite des infractions, sans qu'elles détiennent un statut légal, est un élément supplémentaire de la critique de Fassbender. De même, l'établissement de listes de suspects par le Conseil de sécurité lors du déféré d'une situation au procureur de la Cour pénale internationale sur la base de l'article 13(b) du *Statut de Rome*, comme ce fut le cas dans la situation du Darfour, prête à objection.

Toutes ces décisions unilatérales constituent autant de mesures à caractère quasi judiciaire qui violent la présomption d'innocence, avant même l'ouverture d'une enquête, et engendrent le risque de délation et de vengeance privée.

En guise de conclusion de cette partie relative à la vision du procès équitable dans les systèmes de justice pénale internationale, il convient de constater que le rapport d'évolution du droit européen a mis en place des instruments juridiques qui auront pour effet de faire évoluer le droit vers un meilleur respect des droits de la défense. La Loi belge du 5 août 2003, à l'article 16(2) relatif à « la répression des violations graves du droit international humanitaire », est un exemple d'adaptation du droit pénal interne aux exigences d'une procédure équitable européenne et internationale⁷². De même, l'établissement officiel d'un groupe de travail international sur le crime d'agression devra intégrer dans sa définition les garanties du procès équitable au sens large par des filtres juridictionnels et des mécanismes juridiques respectant les règles de procédure et les droits de l'homme codifiés dans le *Statut de Rome*⁷³. En effet, les libertés et droits fondamentaux sont applicables aux États membres de l'Union européenne, à l'Union européenne elle-même, aux organes de l'ONU, comme le Conseil de sécurité, ainsi qu'aux organisations internationales

⁷² Les juridictions belges sont compétentes pour les infractions suivantes selon le titre *Ibis* du *Code pénal* : « Infraction commise par un Belge ou une personne ayant sa résidence sur le territoire du Royaume » (article 6 du nouveau préliminaire du *Code de procédure pénale*) ; « La victime de l'infraction Belge ou une personne qui, au moment des faits, séjourne effectivement, habituellement et légalement depuis trois ans en Belgique » (article 10, *1°bis* du titre préliminaire du nouveau *Code de procédure pénale*) ; Une règle de droit international de source conventionnelle ou coutumière liant la Belgique lui impose de poursuivre l'auteur de certaines infractions (article 12 bis du nouveau titre préliminaire du *Code d'instruction criminelle*). Le champ d'application de la compétence universelle est limité à cette dernière hypothèse. De plus, il existe un système de filtrage des plaintes et le procureur fédéral a l'opportunité des poursuites. Pour une analyse détaillée, voir l'article de Vincent Guerra, « La compétence universelle en matière de droit international humanitaire : La Belgique un exemple d'application ou une application exemplaire? », 11 décembre 2006 [non publié].

⁷³ Voir le site de la Cour pénale internationale, Groupe sur le crime d'agression, en ligne : ICC-CPI <<http://www.icc-cpi.int>>. Voir également Mark Turner, « UN panel close to framing a law on state aggression » (6 février 2007), en ligne : *Financial Times* <http://www.ft.com/cms/s/0/339fd7aa-b586-11db-a5a5-0000779e2340.html?ncklick_check=1>.

gouvernementales (OIG) et non gouvernementales (ONG)⁷⁴. Dans tous les cas, quelle que soit la nature de l'organisation ou de l'institution, cette dernière a l'obligation de respecter les garanties du procès équitable et les principes généraux de bonne administration dès la prise d'une décision affectant substantiellement le futur procès pénal d'une personne poursuivie⁷⁵. C'est ce qui ressort de l'interprétation officielle de l'article 14 du *PIDCP* et de l'article 41 de la Constitution européenne qui consacre le droit à une bonne administration de la justice. Ainsi, la personne mise en cause est protégée bien avant la mise en examen.

À partir de ce constat, il est finalement possible d'énumérer un certain nombre de remarques en guise de garde-fous de la démocratie contre les dysfonctionnements et abus de procédures, en assurant notamment la promotion réelle et efficace des droits de l'homme dans le cadre d'une justice pénale internationale.

- Si des institutions internationales prennent des décisions quasi judiciaires contre des individus, elles doivent être liées par les normes internationales du procès équitable;
- La *Charte des Nations Unies* protège les normes du procès équitable quand il s'agit des droits et libertés fondamentales des individus⁷⁶;
- Ces normes s'appliquent aussi aux ONG qui aident les forces de police ou le procureur sans avoir un statut légal; si on s'accorde pour dire que les ONG qui servent d'intermédiaire aux organes de la CPI et aux représentants légaux des victimes, ou aux conseils de la défense, n'ont

⁷⁴ Sur la question du rôle des ONG en droit international humanitaire moderne, les ouvrages de Michel Bélanger ainsi que de Patricia Buirette et Philippe Lagrange sont les premières études sur les sources du droit international humanitaire moderne. Bélanger, *supra* note 49 et Buirette et Lagrange, *supra* note 2. À propos de la question du statut des ONG, une réponse est fournie dans le livre du professeur Bélanger dans lequel il soulève la question de la reconnaissance de la personnalité juridique des ONG. Selon ces développements, cette personnalité qui s'applique déjà aux OIG (avis de la CIJ de 1949 dans l'affaire de la réparation des dommages au service des Nations unies) devrait être étendue aux ONG. « Une telle reconnaissance n'a été envisagée, pour, l'instant, qu'au plan régional, avec la convention européenne du 24 avril 1986 (entrée en vigueur le 1 janvier 1991) sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales, élaborée dans le cadre du Conseil de L'Europe. Par ailleurs, le CICR a fait l'objet d'une "reconnaissance spéciale" », tel que citée dans Bélanger, *supra* note 49 à la p. 111.

⁷⁵ *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 à la p. 14 : « L'article 41 de la *Constitution européenne* [...] a consacré le droit à une bonne administration, issu de la jurisprudence, surtout lorsqu'il s'agit d'individu [Notre traduction, note omise] ». *Contra* Manfred Nowak, *supra* note 15 à la p. 244 : « *The right to a fair trial on a criminal charge (accusation) does not only arise upon the formal lodging of charge but rather on the date on which State activities substantially affect the situation of a person charged* ».

⁷⁶ *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 à la p. 21 : « *In the preamble, human rights appear right after the prevention of war among the principal goals of the United Nations. Article 1, para. 3 of the Charter defines as one of the purposes of the United Nations "to achieve international co-operation [...] in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion"* ».

jusqu'à ce jour aucun statut légal, un projet est prévu par le Greffe de la CPI⁷⁷;

- Cela est valable quand les États parties à la CPI font des propositions de loi comme pour le crime d'agression;
- Et enfin, comme le fait remarquer le professeur Fassbender, lorsque le Conseil de sécurité prend des mesures entraînant des sanctions pénales en vertu de l'article 39 de la *Charte des Nations Unies*, il recommande au Conseil de sécurité les mesures suivantes : le Conseil de sécurité doit respecter les droits humains concernant le procès équitable et doit prendre des mesures individuelles selon des procédures légales et non secrètes. La personne doit pouvoir exercer le principe du contradictoire avant toute procédure judiciaire, et ce, devant un comité impartial et en présence d'un avocat. D'après le rapport Fassbender, « [l]es garanties judiciaires afférant au droit à la bonne administration de la justice ne sont pas suffisantes pour protéger l'individu contre l'abus de ces droits mais pour autant, c'est la base de sa protection substantive contre l'autorité de l'État »⁷⁸.

La problématique actuelle se situe au niveau de la logistique. Il existe des instruments universels qui obligent les États et les institutions internationales à sauvegarder les droits et libertés fondamentales en temps de paix et en temps de conflit. L'observation critique me porte à croire qu'il existe un consensus quant à leur garantie auprès de victimes de violations graves du droit humanitaire. Cependant, la communauté internationale ne considère pas encore que les personnes mises en cause par le système pénal international courent le risque de voir leurs droits humains bafoués bien avant la confirmation des charges. Il existe des droits humains qui concernent le procès équitable et d'autres moins connus du public et des autorités internationales, car ils protègent la personne ignorant qu'une décision judiciaire ou quasi judiciaire arbitraire a été prise à son encontre par les institutions internationales. Ces dernières doivent être considérées comme des victimes potentielles lorsque les institutions n'ont pas créé de recours en cas de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Il n'y a donc pas lieu de faire de discrimination dans l'application du droit au recours

⁷⁷ Projet des intermédiaires de justice internationale cité *supra* note 52; Bélanger, *supra* note 49 sur le statut juridique des ONG.

⁷⁸ Le *Rapport Fassbender*, *supra* note 15 à la p. 13, relativement au respect des conventions régionales, internationales et universelles : « [T]he Human Rights Committee [...] [i]n its General Comment No. 31 [...] adopted on 29 March 2004, the Human Rights Committee explained [...] “[t]he Committee attaches importance to States Parties’ establishing appropriate judicial and administrative mechanisms for addressing claims of rights violations under domestic law” ». Le rapport cite à la p. 9 l'opinion de deux avocats de la défense : « *As by two English human rights lawyers remarked, “the protection of procedural due process is not, in itself, sufficient to protect against human rights abuses but it is the foundation stone for ‘substantive protection’ against state power”* ». Voir les recommandations faites au Conseil de sécurité dans le *Rapport Fassbender*, *supra* note 15.

entre les victimes lorsque ces dernières sont des personnes accusées, condamnées ou même suspectées. Ces droits sont inhérents à la personne humaine.

Comment systématiser ces droits humains? Une vision d'ensemble nécessite une étude doctrinale interdisciplinaire regroupant des spécialistes de tous les systèmes. Il existe une étude comparée dans ce domaine entreprise par les rédacteurs du *Statut de Rome*, qui peut être une solution aux problèmes de logistique.

II. Les garanties procédurales spécifiques à la mise en cause pénale

A. Le respect du procès équitable dans le *Statut de Rome*

La Cour pénale internationale a été établie démocratiquement, notamment par le vote de 106 États. Il y a là, un véritable système juridique, un code pénal, un code de procédure, des règles de preuves, des règles administratives, etc... Le tribunal permanent est en vigueur depuis juillet 2002, mais l'idée d'un tribunal permanent est ancienne. En effet, c'est après la Seconde Guerre mondiale et en réponse aux atrocités inhumaines que des juristes du monde entier ont formé des groupes de travail, préludes à la constitution de cette juridiction. Parmi ces délégations, les États-Unis d'Amérique et Israël étaient présents jusqu'au moment de la signature du traité. Par la suite, l'État d'Israël n'a pas retiré sa signature, mais n'a pas ratifié ce traité pour des raisons essentiellement politiques.

D'ailleurs, le porte-parole du ministère israélien des Affaires étrangères affirma à l'époque : « *Israel is proud that it was one of the initiators of the treaty, following the Holocaust and the lessons of Nuremberg trials, and it hopes that with the original spirit of the treaty, the flaws will be corrected, so as to bring about a fair and equitable implementation of the treaty.* (L'État d'Israël est fier d'avoir été l'un des initiateurs du traité, après l'Holocauste et les leçons des jugements de Nuremberg, et espère qu'avec l'originalité de l'esprit du traité, seront corrigés les défauts afin d'apporter une juste et équitable mise en œuvre du traité) [Notre traduction] »⁷⁹.

C'est la première fois que des délégations nationales de traditions juridiques différentes ont travaillé ensemble et sont arrivées à un compromis pour la rédaction de chaque article. D'ailleurs, chaque disposition a fait l'objet d'un vote démocratique.

⁷⁹ Attaché de presse du premier ministre d'Israël, Communiqué, « Israel agrees to sign the International Criminal Court Treaty (ICC) » (1^{er} janvier 2001), en ligne : Ministère des Affaires étrangères d'Israël <<http://www.mfa.gov.il/mfa/government/communiques/2001/israel%20agrees%20to%20sign%20the%20international%20criminal%20c>>. Voir aussi « Israel and the International Criminal Court » (30 juin 2002), en ligne : Ministère des Affaires étrangères d'Israël <http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000_2009/2002/6/Israel%20and%20the%20International%20Criminal%20Court>; « International Criminal Court - Press Briefing by Israel Foreign Ministry Legal Advisor Alan » (3 janvier 2001), en ligne : Ministère des Affaires étrangères d'Israël <http://www.mfa.gov.il/mfa/mfaarchive/2000_2009/2001/1/international%20criminal%20court%20%20press%20briefing%20by%20i>.

Le *Statut de Rome* lie les États parties, les autres États pouvant être impliqués par l'intervention du Conseil de sécurité qui peut décider de déférer une situation conflictuelle comme celle du Darfour⁸⁰. La Cour est une institution indépendante de l'ONU, elle n'a pas de police et compte sur la coopération entre les États pour arrêter les personnes poursuivies⁸¹.

L'objectif est d'encourager les États membres à aligner leurs incriminations et leurs procédures sur celles établies dans le *Statut*, les rédacteurs du *Statut de Rome* ayant voulu instituer un modèle de justice équitable. L'objectif est de pouvoir poursuivre et sanctionner les personnes qui ont violé le droit international humanitaire lors d'un conflit armé interne ou international. Lorsque les États membres ne respectent pas leurs engagements et leurs missions de poursuivre les criminels de guerre, c'est le principe de complémentarité qui s'applique. La Cour se veut donc « le dernier rempart à l'impunité pénale », « l'ultime recours juridictionnel » pour juger et sanctionner les crimes les plus graves.

Il importe de nous interroger sur la nature et l'étendue des dispositions juridiques mises en œuvre par le *Statut de Rome* pour atteindre cet objectif et d'étudier ainsi les diverses solutions pour régler les problèmes d'équité. Celles-ci se caractérisent, d'une part, par l'application d'un statut inédit et, d'autre part, par l'instauration d'un code de procédure modèle. Ainsi, pour la première fois, la présomption d'innocence devient le socle sur lequel reposeront toutes les garanties d'un procès équitable pour la victime et la personne mise en cause. La maxime bien connue relative à la présomption d'innocence, « toute personne est présumée innocente jusqu'à preuve du contraire », est réaffirmée comme règle de procédure

⁸⁰ *Statut de Rome, supra* note 7, art. 13(b). Sur l'interprétation de cet article, il faut se reporter à la thèse de doctorat de Gabriella Della Morte et de son article « Les frontières de la compétence de la Cour pénale internationale : Observations critiques » (2002) 73 Rev. I.D.P. 23. Elle y affirme notamment à la p. 44 : « Comme nous l'avons déjà observé, le renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité est la seule occasion où le système des pré-conditions établies par l'article 12 du *Statut* n'est pas appliqué. Par conséquent, le Conseil de sécurité est le seul sujet capable d'activer la compétence de la Cour indépendamment de toute liaison entre l'État territorial ou de nationalité de l'accusé et le crime. En raison du fait qu'aujourd'hui la plupart des conflits ont un caractère interne (raison pour laquelle l'État territorial et celui de nationalité de l'accusé coïncident), le Conseil de sécurité est doté d'une grande responsabilité : Il est le seul sujet capable d'activer la compétence de la Cour dans tout cas où un État, dans lequel se déroule un conflit ayant un caractère non international, n'a pas ratifié le *Statut de Rome* ». Nous précisons que les règles de procédures s'appliquant à l'article 13(b) n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation dans le *Règlement de procédure et de preuve* de la CPI (règle 45). Il n'existe pas davantage de règlement de procédure et de preuve lorsque le Conseil de sécurité active la compétence de la Cour agissant en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. En conséquence, les personnes mises en cause sous l'empire de l'article 13(b) risquent d'être victimes d'abus de droits humains. Voir les propositions d'amendement de Rosette Bar Haim, *infra* note 145.

⁸¹ Le premier suspect de la CPI a été arrêté le 17 mars 2006 : Monsieur Lubanga a commis le crime de guerre qui consistait à enrôler et inscrire des enfants de moins de 15 ans à l'occasion de son engagement dans divers conflits. Voir la Lettre de la CPI, « Informations générales concernant l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* » (novembre 2006) aux pp. 2-3, en ligne : ICC-CPI <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2AD04DD6-6E18-4B9B-9477-4DFCD8D607A4/278463/ICCNL10200611_Fr.pdf>.

substantielle induisant une obligation de respect des garanties du procès à l'égard de toute personne suspectée des crimes les plus infâmes.

1. L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA PRESOMPTION D'INNOCENCE

L'une des originalités du *Statut de Rome* est d'avoir intégré dans des règles de droit substantielles les trois caractéristiques essentielles du concept de la présomption d'innocence. Cette dernière est à considérer comme un droit fondamental de la personne une règle de preuve⁸², et surtout, comme une valeur ayant une fonction de régulation de l'équité dans le procès. Les rédacteurs du Statut ont insisté sur l'importance de rendre une justice conformément à des normes juridiques élevées dans lesquelles figure le respect de la présomption d'innocence comme principe directeur à toutes les phases du procès⁸³.

⁸² La présomption d'innocence est un principe directeur du droit de la preuve en matière pénale. On distingue trois sortes de présomptions : les présomptions fondées sur le bon sens (*praesumptio facti*), les présomptions prévues par la loi (*praesumptio de jure*) ainsi que les présomptions irréfragables (*presumptio juris de jure*). Ces dernières sont établies par la loi. Pour cette distinction, se référer à John Henry Wigmore, *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3e éd., Boston, Brown, 1940, aux para. 2490-2492, tel que cité dans Eliahu Harnon, *Law of Evidence, Part one*, Jérusalem, Jerusalem Academic Press, 1970. Voir *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895). Voir Micha Lindenstrauss, *Selected Issues on the "Presumption of Innocence" According to the Israel and the American Legal System*, Tel-Aviv, The Israel Bar-Publishing House, 1999 à la p. 91, nn. 72, 92: « "The fact that the presumption of innocence is recognized as a presumption of law, and is characterized by the civilians as a praesumptio juris, demonstrates that it is evidence in favor of the accused. For in all systems of law, legal presumptions are treated as evidence giving rise to resulting proof to the full extent of their legal efficacy." *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895) [...] Now the presumption of innocence is a conclusion drawn by the law in favor of the citizen, by virtue whereof when brought to trial (156 US, 432, 459) upon a criminal charge, he must be acquitted unless he is proven to be guilty. In other words, this other words, the presumption is an instrument of proof created by the law in favor of one accused, whereby his innocence is established until sufficient evidence is introduced to overcome the proof, which the law has created. This presumption, on one hand, supplemented by any other evidence he may adduce, and the evidence, which the legal conclusion of guilt or innocence is to be drawn ». En effet, la présomption d'innocence appartient à la seconde catégorie (*presumptio juris*). Elle met à la charge de l'accusateur la preuve de l'existence matérielle de l'infraction, du mode de participation et de sa culpabilité. La conséquence de ce principe est que l'accusé n'a pas à prouver son innocence mais il peut réfuter toutes les allégations de culpabilité qu'on lui porte. Certains pénalistes considèrent que la présomption d'innocence est un principe directeur du procès et un principe directeur de la charge de la preuve. La présomption d'innocence est envisagée dans certains systèmes comme un droit procédural et substantif. La présomption d'innocence a été pour la première fois dans un code pénal international précisée dans ces trois fonctions et ce à l'article 66 du *Statut de Rome*. Dans son analyse de la présomption d'innocence, le professeur Schabas décrit l'importance qu'avait ce principe pour les rédacteurs du *Statut de Rome* : « *Evidentiary issues are central to the presumption of innocence* ». William A. Schabas, « The Presumption of Innocence: Article 66 » dans Otto Triffterer, *supra* note 55 à la p. 839, n. 45 [Schabas, « Article 66 »]. En conséquence, la charge de la preuve de l'innocence d'un inculpé, et l'interdiction du renversement du fardeau de la preuve ont été codifiées pour la première fois dans le *Statut de Rome* aux articles 66.2 et 67.1(i).

⁸³ Schabas, *ibid.* à la p. 834, et cité *supra* note 65 « *The Ad Hoc Committee did insist on respect, by the Court, of the "highest standards of justice, integrity and due process" which clearly, comprise the presumption of innocence* ».

Pour la première fois, un principe de droit fondamental est traduit dans les textes juridiques ayant des effets sur toutes les phases du procès et même après ce dernier si une condamnation finale n'a pas été prononcée. L'article relatif à l'application de la présomption d'innocence précède l'énumération des droits de l'accusé au procès, érigeant ainsi cette présomption comme principe directeur du procès.

L'application de la présomption d'innocence « à toute personne » est une innovation de la Commission préparatoire du *Statut de Rome*. En effet, un éminent commentateur du Statut, le professeur William A. Schabas fait une distinction originale dans les termes employés. Il distingue notamment « toute personne » par opposition au terme « tout individu accusé » employé dans le projet de la CDI qui a pourtant servi de base à la rédaction du Statut de la CPI⁸⁴. Les trois caractéristiques de la présomption d'innocence ont été bien spécifiées dans les trois alinéas de l'article 66 du Statut. Ainsi, l'alinéa 1 permet d'étendre la protection de cette présomption aux suspects et, par extension, aux personnes mises en cause lors de la phase préliminaire devant la CPI. Les développements qui suivent mettront en exergue cette interprétation extensive de la présomption d'innocence caractérisant un droit attaché à la personne humaine. L'article 66 du *Statut* dispose : « Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour [...] »⁸⁵.

Le Statut ne retient plus la notion de « tout accusé » mais lui préfère celle de « toute personne ». Il y a, par conséquent, une conception extensive de la qualification de l'auteur présumé de l'infraction. La protection s'applique donc aussi bien à la personne mise en cause qu'à l'accusé et, par extension, à toutes les demandes incidentes de cette personne contre les autorités judiciaires et administratives aux

⁸⁴ *Ibid.* aux pp. 837-838, et n. 38. Cet auteur souligne l'évolution du concept de la présomption d'innocence dans les textes antérieurs à la commission préparatoire. « *The original ICL Draft recognized the presumption of innocence to an "accused" but this was changed to "everyone by the preparatory Committee". This readily suggest that the presumption avails to protect suspects who have not been accused as well as appellants who have been convicted by the Trial Chamber and who are being sentenced, or whose case are on Appeal* ». Le Professeur Schabas fait remarquer, à la p. 835, que le groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal de la Commission préparatoire avait ajouté 2 notes dans lesquelles il était indiqué que la présomption d'innocence était un droit procédural et substantif.

⁸⁵ *Statut de Rome, supra* note 7, art. 66 : « Présomption d'innocence. 1. Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable. 2. Il incombe au Procureur de prouver la culpabilité de l'accusé. 3. Pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. » Article 85 du *Statut de Rome* : « Indemnisation des personnes arrêtées ou condamnées 1. Quiconque a été victime d'une arrestation ou mise en détention illégale a droit à réparation. 2. Lorsqu'une condamnation définitive est ultérieurement annulée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indemnisée conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie. 3. Dans des circonstances exceptionnelles, si la Cour constate, au vu des fait probants, qu'une erreur judiciaire grave et manifeste a été commise, elle peut, à sa discrétion, accorder une indemnité conforme aux critères énoncés dans le Règlement de procédure et de preuve à une personne qui avait été placée en détention et a été libérée à la suite d'un acquittement définitif ou parce qu'il a été mis fin aux poursuites pour ce motif. »

niveaux national, régional et international. Il sera intéressant de voir si l'article 66(1), qui s'applique à « toute personne », étendra cette protection à tous les niveaux de la procédure, notamment vis-à-vis des médias, lors d'une action en indemnisation sur la base de l'article 85 ou lors d'un déféré du Conseil de sécurité sur le fondement de l'article 13(b).

Ceci nous conduit à nous poser une série de trois questions :

- 1) Est-ce qu'un suspect pourra se prévaloir de l'arrêt *Alenet de Ribemont*? En l'espèce, monsieur Alenet de Ribemont était désigné coupable dans les médias et par la police.
- 2) Suite à l'arrêt *Sekanina*⁸⁶, le suspect pourra-t-il continuer à être considéré et montré par les juges comme tel, une fois acquitté?
- 3) Enfin, la Cour entérinera-t-elle la jurisprudence européenne ou continuera-t-elle d'appliquer la présomption de culpabilité?

La jurisprudence européenne apporte cette réponse : « *The members of the court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offense charged.* (Les membres de la Cour ne devraient pas commencer avec l'idée préconçue que l'accusé a commis une offense avérée) [Notre traduction] »⁸⁷. Cette obligation de présomption d'innocence incombe aux juges, aux procureurs, au public, aux médias, à la police et aux autres institutions. Cependant, au sein la communauté internationale, force est de constater que la présomption de culpabilité demeure la règle en matière de poursuite internationale.

Ainsi, l'exemple du *Statut de Rome* peut guider techniquement toute autorité nationale désireuse de légiférer pour intégrer les droits humains dans la procédure pénale et permettre des recours judiciaires sur ces questions. Le *Statut de Rome* est le seul à avoir appliqué certains droits substantiels procédurux. En d'autres termes, il s'agit de l'intégration d'un droit fondamental dans une règle de procédure précise mettant à la charge de la police, du procureur, des juges et des médias des obligations envers les personnes mises en cause, qui doivent être respectées durant toutes les étapes du procès, avant et après la confirmation des charges⁸⁸.

⁸⁶ *Sekanina c. Autriche* (1994), 17 E.H.R.R. 221. Voir également *Alenet de Ribemont*, *supra* note 29.

⁸⁷ *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne* (1988), 76-77 C.E.D.H. (Sér. A), arrêt du 6 décembre 1988. Voir aussi la décision du Conseil Constitutionnel, 16 juin 1999, Rec. 1989 75, 99-411 DC qui a élevé au rang de principe constitutionnel le principe selon lequel « en matière de peines et sanctions, nul ne doit être puni que de sa propre faute, et au principe selon lequel la définition des crimes et délits doit comporter un élément moral. Le Conseil juge également que la présomption de culpabilité est contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789 mais que pour des raisons d'ordre public ou de santé publique la loi peut, raisonnablement, déroger au principe. » Voir Denis Touret, « Droit constitutionnel », en ligne : Denis Touret <<http://www.denistouret.net/constit/4221.html>>.

⁸⁸ Manfred Nowak, *supra* note 15 à la p. 244 : « *The right of the accused, apply to suspect, the right of a fair trial on a criminal charge does not arise only upon formal lodging of a charge but rather on the date on which State activities substantially affect the situation of the person charged* ».

2. LA CODIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Celle-ci poursuit un double objectif : rendre ces droits fondamentaux moins vulnérables et garantir les droits fondamentaux du procès équitable dès le début de l'adoption d'une mesure administrative, judiciaire ou quasi judiciaire prise par les institutions internationales.

La codification de règles de procédure, qui impliquerait directement un droit fondamental, permettra de fixer les obligations des autorités et facilitera le respect des droits de l'homme dans le procès sans que les individus et leurs conseils n'aient à se démener pour les faire valoir dans un poste de police ou devant une Cour, ou bien en leur absence.

D'après certains commentateurs, le *Statut de Rome* prévoit davantage de droits fondamentaux que ceux prévus par les tribunaux *ad hoc*. Ainsi, Carlos López-Hurtado, qui établit une comparaison des deux systèmes, est arrivé à la conclusion qu'il existe plus de droits fondamentaux dans le *Statut de Rome* que dans les traités généraux : « *In this area, the set of rights and guarantees provided by the recently adopted ICC statute are by far the most comprehensive ever provided for the accused under any international criminal justice system* »⁸⁹.

Le *Statut de Rome*, créé après des années de négociations, reflète un compromis entre les systèmes de justice pénale nationale en vigueur aujourd'hui d'une part, et une volonté d'éviter les problèmes pernicioeux des procédures en cours d'autre part. Ainsi, comme l'affirme un autre auteur de la doctrine : « *The Working Group on Procedural Matters of the Preparatory Committee for the ICC took a different view* »⁹⁰.

Le groupe de travail qui s'est occupé des règles de procédure dans le *Statut* avait pour objectif :

- L'élaboration d'un système de justice exemplaire;
- La reconnaissance effective des droits de l'homme.

On perçoit une tendance à renforcer les droits des suspects dans le *Statut de Rome*. Certains critiquent l'inclinaison de la Cour à protéger les droits des suspects. Les droits fondamentaux garantissant un procès équitable sont intégrés dans des dispositions légales, ce qui procure une garantie plus efficace. Le procureur a une formation juridique particulière pour protéger les droits fondamentaux. Les juges de

⁸⁹ Carlos López-Hurtado, *supra* note 6 à la p. 126, n. 207.

⁹⁰ Buisman, *supra* note 24 à la p. 239. Pour une étude des garanties procédurales, se reporter à l'article de Paul de Hert, « Legal Procedures at the International Criminal Court: A Comparative Law Analysis of Procedural Basic Rights » dans Roelof Haveman, Olga Kavran et Julian Nicholls, dir., *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis*, New York, Transnational Publishers, 2003, 79.

la Cour veulent connaître les droits fondamentaux afin de les appliquer aux victimes et aux personnes mises en cause⁹¹.

3. LA DESCRIPTION DES DROITS SUBSTANTIFS CONTENUS DANS LE *STATUT DE ROME*

a) *La présomption d'innocence*⁹²

- L'article 66(1) dispose que « [t]oute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour ».
- L'article 66(2) prévoit que le « [p]rocureur doit prouver la culpabilité de l'accusé [suspect] ».
- L'article 67(1)(i) indique que la personne « ne doit pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation ».
- L'article 67(1)(g) précise que l'accusé (le suspect) a le droit de « garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence ».
- L'article 66(3) impose à la Cour d'être « convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ».

b) *Devoirs et pouvoirs du procureur en matière d'enquête*

Cette série de dispositions textuelles impose un certain nombre d'obligations à la charge du procureur et a des conséquences inévitables sur les droits substantifs des suspects⁹³ (Articles 67(1)(g) et (i), 67(2), 54(1)(a) et (c), 55(1)(a) et (b), 55(2)(a) et (b)).

Ces obligations qui incombent au procureur sont au nombre de trois :

A. Le procureur doit prouver la culpabilité du suspect (article 66(2) du *Statut de Rome*)

- Il ne peut l'obliger à avouer, à parler ou à s'incriminer.
- Il ne peut renverser la charge de la preuve ni la charge de la réfutation (article 67(1)(i)).

⁹¹ Madame la juge Navy Pillay, « The ICC and the Role of Women to Fight Impunity », Grotius Center for International Legal Studies, Leiden University, Den Haag, Pays-Bas, 26 juin 2006

⁹² Schabas, « Article 66 », *supra* note 82 à la p. 841. Cet auteur souligne que le Groupe de travail sur les garanties procédurales considérait la présomption d'innocence comme une norme substantielle directrice du procès. *Contra* Salvatore Zappalà, *supra* note 1.

⁹³ Pour les garanties procédurales des personnes mises en cause, voir Salvatore Zappalà, *supra* note 1 aux pp. 45-80.

- Le Statut indique que l'accusé a le droit de garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence (article 67(1)(g)).
- Le Statut prévoit que le procureur a, dès qu'il le peut, l'obligation de communiquer à la défense les éléments de preuve qui disculpent ou tentent de disculper l'accusé (article 67(2)).

B. Le procureur doit respecter les droits des personnes énoncés dans le *Statut* (article 54(1)(c)). À titre d'exemples :

- Selon l'article 54(1)(a), il a le devoir et le pouvoir d'enquête « tant à charge qu'à décharge ».
- De même, il promeut les droits du suspect⁹⁴.

La personne interrogée ne sera soumise « à aucune forme de coercition, de contrainte ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou de *traitement cruel*, inhumain ou dégradant [Nos italiques] » (article 55(1)(b)). Les éléments de preuve recueillis de manière illégale ou obtenus par un moyen violant le *Statut* et les droits de l'homme ne sont pas admissibles si la violation met en cause la crédibilité des preuves ou porte atteinte à l'intégrité du procès (article 69(7)).

C. Les mesures de protection que peut adopter un procureur pendant les interrogatoires (articles 60(2), 58(1), 60(3), 60(4), 59(4) du *Statut de Rome*) sont les suivantes :

- La demande de mise en liberté provisoire; elle est prévue partout sauf dans les tribunaux *ad hoc*.
- Un retard injustifiable imputable au procureur provoque la mise en liberté provisoire.
- La détention exceptionnelle.

La Cour va-t-elle entériner la jurisprudence européenne qui institue la valeur normative de la présomption d'innocence et étendre son champ d'application dès la prise de décision d'une autorité affectant le procès de la personne mise en cause?

Force est de constater que les droits humains qui sont intégrés dans le *Statut* s'imposent à la Cour en vertu de l'article 21.3 qui prescrit aux organes de la Cour une obligation statutaire de compatibilité de l'application et de l'interprétation des sources du DPI avec « les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toutes discriminations ». Ainsi, par extension, les mesures quasi judiciaires prises à l'encontre des individus devront être en conformité avec l'article 21 du *Statut* qui

⁹⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 7, articles 55(1) (b) et 69(7).

régit le droit applicable de même qu'avec l'article 69(7) qui protège la personne mise en cause devant la CPI contre toute décision des autorités prises en violation des droits de l'homme affectant le procès équitable⁹⁵. Le groupe de travail sur la définition du crime d'agression⁹⁶ est un très bon exemple d'adaptation des besoins humanitaires aux exigences des garanties fondamentales judiciaires et des règles de bonne administration de la justice contenues dans le *Statut de Rome*.

Mais quel est le bilan des cinq dernières années de la Cour?

B. La pratique judiciaire de la Cour⁹⁷

Il nous faut noter tout d'abord que le respect des normes internationales en matière de détention ne se fait pas sans l'intervention du greffe. Il existe néanmoins toute une série de procédures associées à différents textes de lois qui régissent cette pratique dont il est possible d'en vérifier concrètement la réalité.

1. LES DISPOSITIFS JURIDIQUES MIS EN ŒUVRE EN MATIÈRE DE DÉTENTION

Il s'agit des règles *minima* prévues par les textes internationaux relatifs aux principes fondamentaux qui concernent notamment le traitement des prisonniers, et enfin, d'une manière générale, de l'ensemble des principes pour la protection de toute personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.

a) *Les règles régissant les modalités de détention*

Contenues dans le chapitre 5 du *Règlement* du greffe, ces règles sont représentées ci-dessous à travers différents exemples concrets.

b) *L'exemple d'un centre de détention modèle*

Selon Terry Jackson, chef du pénitencier de la CPI, le centre de détention comprendrait une personne par cellule, des repas adaptés aux traditions, un soutien psychologique et des activités sportives et culturelles pour éviter notamment les traumatismes. La capacité d'accueil du quartier pénitencier est de douze personnes.

⁹⁵ *Statut de Rome*, supra note 7, art. 69.7. Cet article du *Statut* est aussi une norme juridique substantielle qui prévoit que « Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus, ne sont pas admissibles ».

⁹⁶ CPI, Assemblée des États parties, Document de travail sur le crime d'agression proposé par le Président (révision de juin 2008), 6^e sess., Doc. ICC-ASP/6/SWGCA/2 (2008), disponible en ligne : <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-6-SWGCA-2_French.pdf>.

⁹⁷ Voir la Lettre de la CPI, « Questions fréquentes concernant la détention » (7 avril 2006) aux pp. 3-4, en ligne : CPI <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/36551B4E-9CED-49B6-BA14-9BA4F05F0043/278472/ICCNL7200604_Fr.pdf>.

L'objectif est que la personne accepte de coopérer tout au long du procès : elle le fera si les procédures sont équitables. On peut citer l'affaire *Lubanga* pour illustrer ce cadre de respect du procès équitable et pour comprendre les conditions de détention dont jouit monsieur Lubanga, accusé de crimes de guerre pour avoir enrôlé des mineurs de moins de quinze ans.

Le procureur, le greffe de la CPI et toutes les personnes qui sont responsables de la poursuite et de la mise en accusation sont soumis au respect des normes internationales déjà reconnues dans les traités internationaux en général et présentes dans plusieurs législations nationales. Ainsi, les droits de la défense doivent être en accord avec le *Statut de Rome* (voir les articles 21(3), 55, 67 et 69(7) du *Statut* et les articles 8, 20 et 22 du *Règlement de procédure et de preuve*).

2. LE BUREAU DU CONSEIL PUBLIC POUR LES VICTIMES INSTITUE LE 19 SEPTEMBRE 2005⁹⁸

Pour la première fois, les victimes sont au cœur de la procédure; elles y participent en effet et peuvent obtenir réparation. Elles jouissent d'autres prérogatives telles que :

- Le droit de choisir leur représentant légal (règle 90 du *Règlement de procédure et de preuve*);
- L'assistance d'une entité indépendante qui relève du greffe sur le plan administratif (norme 81 du *Règlement de la Cour*);
- Le bureau fournit aide et assistance aux représentants légaux des victimes, effectue des recherches, donne des avis juridiques et pour certaines questions, fait comparaître ces personnes devant une chambre;
- Une banque de données est disponible pour faciliter la coopération avec les ordres d'avocats, les juristes, les ONG et le BPI;
- Les procédures concernant les victimes ne peuvent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense ou aux exigences d'un procès équitable et impartial.

3. LE RAPPORT DU BUREAU DU PROCUREUR : LA POURSUITE ET LE PROCES EQUITABLE

Cette double exigence repose sur la réalisation d'un certain nombre d'objectifs à atteindre.

⁹⁸ Voir « Bureau du conseil public pour les victimes », en ligne : ICC-CPI < <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/victims/office%20of%20public%20counsel%20for%20victims/office%20of%20public%20counsel%20for%20victims?lan=fr-FR>>. Voir également l'article 81 du *Règlement de la Cour*.

a) *Le critère de gravité*

C'est un principe directeur de la stratégie des poursuites. Il s'agit notamment d'enquêtes diligentées et de poursuites ciblées des crimes les plus graves et des responsables les plus importants, car ce sont aux États de prévenir et sanctionner les atrocités sur leurs territoires. Lors du rassemblement des preuves, les procureurs choisissent les incidents qui couvrent le spectre de la criminalité. Ils peuvent corrélativement auditionner des témoins pour procéder à des enquêtes brèves. Il s'agit aussi de prévenir les nouveaux crimes qui sont planifiés d'avance et à grande échelle. Ainsi, d'une manière générale, il faut un critère de gravité pour enquêter sur une situation a priori conflictuelle.

b) *Appliquer une justice de qualité*

Il s'agit de « conduire des procès publics impartiaux, efficaces et rapides conformément au *Statut de Rome* et à des normes juridiques élevées en veillant à ce que tous les participants puissent pleinement exercer leurs droits »⁹⁹.

c) *Promouvoir un statut inédit des victimes*

L'adoption d'un nouveau statut des victimes permettrait que celles-ci participent à la procédure. En effet, avant l'ouverture d'une enquête on pourrait prendre en compte la situation politique et les effets d'une poursuite sur le sort des victimes. Les victimes sont informées du déroulement de l'affaire et elles peuvent donner leur avis par l'intermédiaire d'un avocat. Les victimes seront représentées avant même d'avoir repéré des suspects, par un avocat qui se joindra au procureur lors de l'enquête. Elles pourraient également intervenir lorsque leurs intérêts personnels sont concernés, en exposant leurs vues et préoccupations devant la Cour à tous les stades de la procédure d'une manière qui n'est pas préjudiciable, ni contraire aux droits de la défense ou aux exigences d'un procès équitable et impartial. Enfin, elles peuvent demander réparation.

d) *Assurer un procès équitable à tout suspect/victime*

Après trois ans de débats et différents travaux, le constat est assez positif : une Cour pénale internationale indépendante, établie démocratiquement par le *Statut*

⁹⁹ Bureau du procureur, « Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites » (14 septembre 2006), en ligne : ICC-CPI <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/277419/OTP_ProsecutorialStrategy20060914_French.pdf>.

de Rome, tente de promouvoir sans relâche une justice équitable et le respect des droits de la défense¹⁰⁰.

4. LE CONSEIL DE LA DEFENSE

Il s'agit principalement de la garantie de l'indépendance des conseils de la défense (règle 20.2 du *Règlement de procédure et de preuve*) et du respect de la présence des avocats dans l'intérêt d'un procès équitable, tel que défini dans le *Statut de Rome*. Le greffe facilite la représentation, il y a un barreau du Conseil public pour la défense ainsi qu'une liste d'avocats compétents. Cependant, quelques conditions doivent être remplies pour figurer sur ces listes : dix ans d'expérience dans le domaine pénal, de la procédure et du droit international, connaître le français ou l'anglais et n'avoir jamais fait l'objet d'une condamnation¹⁰¹.

Est-ce que les garanties fondamentales sont respectées dans la pratique? Selon l'opinion des avocats de la défense du premier accusé, il semble que le procureur, le greffier et les juges respectent leurs obligations lorsque ces dernières leur sont imposées par le *Statut*, mais lorsqu'une garantie d'un principe fondamental n'engendre pas d'obligation directe à leur charge, ce sont les avocats de la défense qui doivent, sans cesse, les faire valoir. Le conseil de la défense de monsieur Lubanga, M^c Jean Flamme, et son assistant congolais, M^c Jacques Bakambe Shesha, sont les premiers à défendre « l'égalité des armes », qui semble être bafouée¹⁰².

Notre observation nous porte à croire que, dans le futur, les membres de l'appareil judiciaire de la Cour pénale internationale devront s'adapter aux attentes

¹⁰⁰ Voir la Lettre de la CPI, « Le Greffe et les droits de la Défense » (7 avril 2006) à la p. 4, en ligne : ICC-CPI <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/36551B4E-9CED-49B6-BA14-9BA4F05F0043/278472/ICCNL7200604_Fr.pdf>.

¹⁰¹ *Statut de Rome, supra* note 7, art. 55 et articles 8, 20 et 22 du *Règlement de preuve et procédure de la CPI*.

¹⁰² « Interview : L'affaire Lubanga devant la CPI » *Le Barreau autour du monde* (octobre 2006) 12 à la p. 13, <http://www.cfpi.fr/IMG/pdf_BAM_special_CPI-2.pdf>. Entrevue avec Me Jean Flamme, avocat à la CPI. Question : « Est-ce que vous considérez que vous disposez de moyens équivalents à ceux de l'accusation pour défendre votre client? » Réponse : « Non. [...] La défense doit [...] mener ses propres enquêtes [...]. Elle dispose pour ce faire d'un enquêteur. Le procureur en a au moins vingt. Le conseil de défense ne peut toujours pas voyager au Congo alors que le Procureur y a effectué au moins 70 missions d'enquêtes. [...] La défense n'est payée, au cours de la phase préliminaire, qu'à raison de 60% de ce qui lui est dû ». Récemment, se référant aux problèmes de la défense devant la CPI, le Barreau Pénal International s'est exprimé dans un communiqué de presse du 23 avril 2007 : selon le BPI, M. Lubanga risque de subir un déni du droit au conseil de son choix, droit garanti par les articles 67(b) et 67(d) du *Statut du Rome*, de la règle 83(1) du règlement de la Cour et de la règle 136 du Règlement du Greffe. Barreau Pénal International, Communiqué, « Déclaration de préoccupation pour le conseil de Thomas Lubanga Dyilo » (23 avril 2007), en ligne : Barreau Pénal International <<http://217.148.84.127/bpi-icb/files/press%20release%20concern%20regarding%20counsel%20for%20Lubanga%2023%20april%202007%20fra.pdf>>. Le Barreau Pénal International est une organisation qui regroupe des membres des Barreaux du monde entier. Elle a été fondée en 2003 par Elise Groulx, présidente de l'IAAD. Le BPI aspire à construire un organe indépendant de la Défense ayant part entière au sein des organes de la CPI.

des rédacteurs du *Statut de Rome* qui ont cristallisé dans ce domaine le respect des garanties fondamentales. La justice actuelle est au stade de l'activisme judiciaire, le personnel très professionnel de cette Cour ne peut changer sa pratique du jour au lendemain. C'est pourquoi il est essentiel de connaître les droits humains qui s'imposent aux organes de la Cour ainsi qu'aux avocats de la défense et aux représentants légaux des victimes lors des procédures devant la CPI. Dans un avenir proche, les États parties à la CPI harmoniseront leurs procédures pénales et les États non parties ne pourront ignorer ces progrès.

En conclusion, force est de constater qu'il existe une différence de traitement des personnes mises en cause au niveau national, régional et international qui est la conséquence directe du degré de respect qu'ont les dirigeants des autorités étatiques pour les droits judiciaires fondamentaux de la personne humaine¹⁰³. Ainsi, si l'on veut assurer une justice internationale crédible, il faut que ses acteurs respectent réellement les garanties judiciaires fondamentales spécifiques au procès pénal. Cibler des civils lors d'un conflit armé est un crime de guerre et exterminer une population est un crime contre l'humanité, mais ne pas respecter la présomption d'innocence, bafouer les droits de la défense, humilier une personne mise en cause ou lui infliger une mort indigne comme l'exécution de Saddam Hussein sous les images d'insultes des autorités diffusées dans les médias, torturer pour obtenir des aveux (les suspects de Guantanamo), légaliser la peine de mort alors qu'elle n'existe pas dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux, lancer un mandat d'arrêt planétaire sans que la personne ait le droit d'être informée, ne pas avoir de recours effectif pour contester la compatibilité de ces mesures aux droits individuels fondamentaux constitue de toute évidence des violations du droit international, car il existe des garanties fondamentales minimales qui s'appliquent en tout temps¹⁰⁴.

¹⁰³ Les différences de traitements sont interdites par la *PIDCP* à l'article 2(1), *supra* note 14.

¹⁰⁴ La question de l'extension du DIH en dehors des critères classiques est illustrée par des études scientifiques et entérinées dans des arrêts de principe par exemple la définition du conflit armé en droit international dans l'arrêt du TIPY, *Le procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para. 70 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel). « Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. *Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix*; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non [Nos italiques] ». L'étude du professeur Andrew Clapham analyse ce phénomène d'extension du DIH dans le cadre des violations du DIH contenu dans l'article 3 commun et le *Protocole additionnel II*.

¹⁰⁴ Andrew Clapham, « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations » (2006) 88 *Int'l Rev. Red Cross* 491 à la p. 497 [Clapham, « Conflict Situations »]: « *The protection offered by Protocol II goes beyond the minimum standards contained in Common Article 3, although the minimum standards contained in Common Article 3 remain in effect even when Protocol II is applicable. The Protocol supplements these standards with extra protection for civilians, children, and medical and religious personnel* » à la p. 497; « *Commentators such as Ingrid Deter have suggested that the idea that the application of the rules of armed conflict are related to the recognition of*

L'observation critique du contentieux humanitaire international révèle une nouvelle conception du DI dû aux convergences des diverses sources du DPI. Cette approche se retrouve dans des études récentes sur le DIH moderne¹⁰⁵ que nous aborderons en guise de réponse aux lacunes existantes dans le domaine des garanties judiciaires fondamentales.

Ainsi que le souligne un spécialiste du DIH moderne, la convergence du DIH avec les droits de l'homme remonte à

l'article 3 relatif aux conflits armés internes et communs aux quatre conventions de Genève est révélateur de chevauchements et confusion. Cet article mentionne les règles essentielles que les États sont tenus de respecter lorsqu'ils se trouvent en conflit avec un groupe armé constitué sur leurs propres territoires. Or en principe, le DIH ne se préoccupe pas des relations qu'entretient un État avec ses ressortissants c'est pourquoi le contenu de cet article correspond plutôt à celui de la sphère des droits de l'homme [...] Le DIH est de plus en plus perçu comme faisant partie du domaine des droits de l'homme, applicable dans le conflit armé.¹⁰⁶

Le professeur Andrew Clapham, un spécialiste du DIH contemporain, explique pourquoi les États n'adhèrent pas à l'élargissement de l'application des garanties fondamentales à toute personne. Il constate premièrement que la raison principale réside dans leurs réticences à reconnaître des obligations humanitaires et humaines aux groupes armés non reconnus par le DIH, de crainte de voir ces derniers, interpréter ces obligations comme une forme de reconnaissance de belligérance¹⁰⁷. Cet auteur avance un second argument qui concerne les opposants à l'extension des droits de l'homme. Ces derniers y voient un facteur de confusion et l'obligation des

*belligerency has been "abandoned" », ibid, à la p. 492; « In short, human rights monitors are expanding the traditional normative framework beyond humanitarian law. » Ibid, à la p. 511. La définition de la notion de conflit dans l'arrêt *Tadic* permet d'inclure les conflits terroristes. En ce sens, se référer à l'article de Micha Banchik, « The International Criminal Court & Terrorism », en ligne : (2003) 3 Peace, Conflict and Development, 3, n. 56. See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, para. 654 (court refers to organizations with de facto control over a territory but leaves open the possibility that organizations might meet the test too); see also [M. Cherif Bassiouni, « Legal Control of International Terrorism: a Policy-Oriented Assessment » (2002) 43 Harv. Int'l L.J. 83 à la p. 90].*

¹⁰⁵ Bélanger, *supra* note 49 à la p. 83 : « Les insuffisances, désormais vérifiées, dans la conception et l'application du droit international humanitaire classique ont amené la formulation d'un "nouveau" droit international humanitaire. »

¹⁰⁶ Buirette et Lagrange, *supra* note 2 à la p. 39.

¹⁰⁷ Clapham, « Conflict Situations » *supra* note 104 à la p. 493 : « *The problem is that governments are often loath to admit that the conditions have been met for the application of this international law, for to admit such situation is seen as an admission that government has lost a degree of control and as an "elevation" of the status of the rebels.* » Dans son ouvrage *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, à la p. 43, n. 68 [Clapham, *Non-State Actors*], Andrew Clapham souligne que « *Ravi Nair warns against "taking an overall moral position on violence and getting confined within the liberal framework of state, which suggests that the State has the sole role and legitimate right to recourse to force [...]"* ».

praticiens du DIH de repenser l'application des droits de l'homme en droit humanitaire en tant que sphère de la vie privée et publique¹⁰⁸.

Ces inquiétudes sont partagées par les spécialistes du DIH moderne, mais pour des raisons qui concernent le risque d'amalgame des normes. Le professeur Buirette, spécialiste des sources du DIH voit dans la convergence des droits fondamentaux et du DIH, un risque « d'amalgame dangereux » lorsque la convergence est totale¹⁰⁹. Un autre spécialiste du DIH moderne, le professeur Bélanger, précise cependant que le DIH reste un droit d'exception, même si son champ d'application s'étend jusqu'à la paix dans le cadre du DIH moderne¹¹⁰. Néanmoins, nous pensons que le DIH perdrait sa qualité de droit exceptionnel dans le cadre du DPI lors de l'application des garanties judiciaires fondamentales. Ce sont ces risques de confusion et d'amalgame entre les différentes sources du DPI que nous avons mis en exergue tout au long de cet ouvrage. Car la criminalisation du DIH a eu pour conséquence non seulement l'introduction des droits fondamentaux afférents à la protection des personnes affectées par les hostilités, mais aussi à l'introduction des garanties judiciaires fondamentales lors de la poursuite des responsables des violations graves du DIH.

Cette conception extensive du droit international des droits de l'homme a connu un essor particulier cette dernière décennie. En effet, c'est sous l'impulsion des OIG et des ONG que de nombreux textes à caractère juridique et à vocation universelle ont été élaborés et adoptés¹¹¹. Ce qui a eu pour conséquences de reconnaître aux victimes *de violations du droit humanitaire et des droits de l'homme*, le droit de contester ces violations fondamentales non seulement envers les États, mais aussi à l'encontre de toute personne qui commettrait la même violation¹¹². Force est de constater qu'au niveau la société dans son ensemble, cette conception extensive de l'application des droits fondamentaux dans toutes les sphères se reflète également dans les sources du DPI. Ce phénomène de société a eu deux conséquences essentielles qui émanent de l'interprétation extensive de la notion « d'organe de la

¹⁰⁸ Clapham, *Non-State Actors*, *ibid* à la p. 1.

¹⁰⁹ Sur cette question, voir l'interprétation du professeur Buirette, *supra* note 2 à la p. 39. « L'article 3, relatif aux conflits armés internes et commun aux quatre conventions, est révélateur de ces chevauchements et confusions. »

¹¹⁰ Le professeur Bélanger exprime ce paradoxe ainsi : « Le droit international humanitaire général n'est pas seulement un droit du temps de guerre ou de situation équivalente. Il est aussi un droit du temps de paix. La permanence du droit international humanitaire est l'une des dimensions "moderne" essentielles de ce droit. » Bélanger, *supra* note 49 à la p. 45.

¹¹¹ Bélanger, *supra* note 49 à la p. 97.

¹¹² Clapham, « Conflict Situations », *supra* note 104 à la p. 514: « *In its 2006 report the Working group agreed that private military and security companies providing assistance in a transnational context should apply the draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights approved by the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights in 2003. The Working Group also agreed to establish a "monitoring and complaint mechanism to address complaints regarding mercenaries" activities'. [...]* The accountability discussion also involves consideration of the possibility of complaints under the US Alien Tort Claims Act. Genocide, slave trading, slavery, forced labour and war crimes have been said by the US courts to be actionable even in the absence of a state nexus. »

société » dans la *DUDH* : l'opposabilité des droits humains *erga omnes* et leur applicabilité dans la sphère privée ou publique. En ce sens, un éminent commentateur, Louis Henkin, définit ainsi ce nouveau concept

*The concept of "every organ of society" in the Universal Declaration encompasses private enterprises such as TNCs. As noted international law scholar Louis Henkin has commented, "The Universal Declaration is not addressed only to governments. It is a common standard for all peoples and all nations. Every individual includes juridical persons. Every individual and every organ of society excludes no one, no company, no market, no cyberspace. The Universal Declaration applies to them all."*¹¹³

L'ambition de cette conception humaniste se reflète dans le DIH moderne, ainsi que l'illustre la jurisprudence internationale, régionale et nationale de cette dernière décennie. Le professeur Bélanger confirme dans son analyse cette tendance à reconnaître « Le caractère absolu du droit international humanitaire, comprenant des obligations *erga omnes* (exigibles par tous), tend alors à être affirmé »¹¹⁴. Nous citerons par exemple, la jurisprudence issue du jugement du 14 janvier 2000 du TPIY dans l'affaire *Kupreskic* qui qualifie même ces règles de *ius cogens*¹¹⁵.

Il est possible au terme de notre analyse d'identifier un certain nombre de décisions jurisprudentielles internationales dans le cadre de l'application des obligations *erga omnes* en DIH.

Il n'existe à ce jour aucune étude globale sur les garanties judiciaires fondamentales en droit pénal international. En ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) innove et entérine pour la première fois, l'obligation de respecter les garanties fondamentales lors de l'application des mesures de mise en œuvre des sanctions internationales individuelles à l'encontre des détenus suspects d'actes terroristes. La CJUE, dans son arrêt de principe, *Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, a reconnu plusieurs droits fondamentaux qui s'imposent aux institutions internationales. Ces dernières ont à présent l'obligation de vérifier si la mesure qui affecte les intérêts d'une personne poursuivie est compatible avec le droit de bonne administration de la justice internationale. Le jugement de la CJUE établit les premiers droits fondamentaux relatifs à l'ordre juridique international embryonnaire. L'arrêt *Kadi* reconnaît le caractère *erga omnes* du droit à la propriété et du droit d'accès à la justice pour contester la violation des droits fondamentaux¹¹⁶. Cette jurisprudence pourrait

¹¹³ EarthRights International, « International Law Standard for Corporate Aiding and Abetting Liability » (juillet 2006) à la p. 3, en ligne: EarthRights International <<http://www.earthrights.org/sites/default/files/publications/UNSRSG-aiding-and-abetting.pdf>>. Voir aussi Doc. off. CES NU, 2005, 61e séance plen., Doc. NU E/CN.4/2005/L.87.

¹¹⁴ Bélanger, *supra* note 49 à la p. 15.

¹¹⁵ *Ibid.*, et *Kupreskic*, *supra* note 60 à propos de la recherche de la preuve à charge et à décharge en application de la présomption d'innocence.

¹¹⁶ *Kadi*, *supra* note 37.

selon nous s'appliquer lors de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires attribués aux procureurs et juges d'instruction internationaux ainsi qu'aux organes judiciaires responsables de l'ouverture d'une commission d'enquête internationale, commission d'établissements des faits ou de l'examen préliminaire d'une situation devant la CPI.

Dans le domaine des détentions illégales internationales à l'encontre de prévenus non reconnus comme combattants, les arrêts de la Cour suprême des États-Unis entérinent également l'application des garanties fondamentales du DIH dans tous conflits armés et situations équivalentes, en toutes circonstances¹¹⁷. En effet, l'extension de l'article 3 commun et celle des droits et libertés fondamentaux aurait un effet résiduel en cas de lacune juridique, lorsque la violation serait contenue dans le DIH moderne¹¹⁸.

Un autre exemple du DIH moderne est celui de l'extension du droit de participation des victimes à la procédure sur le fondement de l'article 68 (3) du *Statut de Rome*, et ce, à toutes les phases de la procédure¹¹⁹. La CPI dans un arrêt de principe entérine le droit d'accès à la justice avant même l'ouverture d'une enquête, lorsque les intérêts des victimes sont affectés par les procédures en cours. La Chambre préliminaire confère aux personnes ayant obtenu le statut de victime, le droit de présenter leurs « vues et préoccupations »¹²⁰.

¹¹⁷ Le professeur Clapham, *supra* note 104 à la p. 496, n. 22 a noté que « *The [US] Supreme Court has determined that Common Article 3 to the Geneva Conventions of 1949 applies as a matter of law to the conflict with Al Qaeda* ». Voir *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 à la p. 66 (2006).

¹¹⁸ Comparer avec la récente décision de la Cour suprême des États-Unis : *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008). « Les lois et la Constitution sont destinées à être en vigueur, même dans des circonstances exceptionnelles », a décrété la Cour suprême sous la plume du juge Anthony M. Kennedy, cité par M. Saâdoune dans « Guantanamo désavoué par la Cour Suprême US : Boumediene a vaincu Bush » (7 septembre 2008), *Quotidien de l'éveil algérien*, à la p. 2. *Contra* de Me Degli cité par Caroline Buisman, *supra* note 24 à la p. 167, n. 2.

¹¹⁹ Le *Statut de Rome*, *supra* note 7, art. 68.3 prévoit que « [l]orsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. »

¹²⁰ *Principes de 2005*, *supra* note 28. Cette convention est inscrite au HCDH dans la catégorie instruments internationaux des droits de l'homme concernant l'administration de la justice. La décision de la Chambre préliminaire I en date du 17 janvier 2006 a reconnu pour la première fois l'application de cette convention et accorde ainsi le droit d'accès à la justice afin de rendre effectif le droit statutaire de participation des victimes aux procédures. Voir *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-101, Version publique expurgée Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6 (17 janvier 2006) au para. 115 (Cour Pénale Internationale, Chambre préliminaire I), en ligne : ICC-CPI <www.icc-cpi.int>. La Cour est aussi intervenue récemment pour interpréter la notion de procédure judiciaire et a noté que « rien n'empêche les victimes de demander à participer à une procédure judiciaire, quelle qu'elle soit, y compris à une procédure touchant aux enquêtes, pour autant que leurs intérêts personnels soient concernés par les questions à trancher. » *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-556, Arrêt relatif à la participation des victimes au stade de l'enquête dans le cadre de l'appel interjeté par le Bureau du conseil public pour la Défense contre la décision rendue le 7 décembre 2007 par la Chambre préliminaire I et de l'appel interjeté par le Bureau du conseil public pour la Défense et le Procureur contre la décision rendue le 24 décembre 2007 par la Chambre préliminaire I (19 décembre 2008) aux para. 45, 56 (Cour Pénale Internationale, Chambre d'appel), en ligne : ICC-CPI <www.icc-cpi.int>.

Notre observation critique nous porte à constater que, cette tendance de l'élargissement du contexte du DIH dans le cadre des garanties judiciaires fondamentales dans le cadre de l'administration de la justice internationale est beaucoup moins reconnue par la communauté internationale. En effet, l'accès des prévenus à la justice pour contester l'incompatibilité des mesures quasi judiciaires aux droits fondamentaux n'a pas reçu la même application que celle octroyée aux victimes. Au regard des arrêts précédents et des apports du DIH moderne, le droit d'être entendu pour contester la légalité des mesures prises lors des procédures préliminaires devrait être reconnu aux victimes de dysfonctionnements de la justice dans le cas de violations des obligations *erga omnes*.

L'absence de remède effectif lors des procédures préliminaires internationales ne permet pas de résoudre les nombreuses lacunes juridiques. L'origine de ces lacunes provient de la transformation des violations du DIH et des droits de l'homme en crime du DPI¹²¹. Ce phénomène a souvent pour effet de présenter le personnel militaire et les chefs d'État responsables d'un crime international comme coupables *de facto*, bien avant l'établissement de leur culpabilité pénale. Force est de constater selon l'optique des humanitaires et humanistes que l'établissement des faits serait suffisant pour caractériser une violation du DIH et activer la responsabilité pénale des États. Contrairement à cette opinion, notre analyse démontre que ce mécanisme d'établissements des faits ne serait pas adapté aux poursuites pénales dirigées à l'encontre des individus.

On observe donc une contrariété dans les sources du DPI due à la criminalisation du DIH. C'est la raison pour laquelle le non-respect du DIH moderne doit être lui aussi compatible au principe de la légalité criminelle. Le passage de la violation fondamentale au crime international nécessite une étape procédurale supplémentaire dans laquelle les éléments du crime seront déterminés ainsi que ses conditions d'exercice juridictionnel. Ce processus procédural est illustre par le projet de définition du crime d'agression du *Statut de Rome*. Ce projet démontre la difficulté d'en arriver à un consensus juridico-politique dans ce domaine¹²².

En conséquence, ce qui est essentiel en droit pénal ce n'est pas de prouver seulement des faits qui constituent une violation du DIH, mais aussi de nombreux facteurs qui sont moins connus des spécialités du droit international, car leur connaissance requiert l'expertise des pénalistes, « juristes privatistes » qui s'intéressent au droit pénal international procédural, « la procédure pénale [internationale] appliquée par les tribunaux internationaux »¹²³. En effet, le droit pénal a été internationalisé depuis la création du DPI. Pour autant, la spécificité du droit

¹²¹ L'article 15 du *Statut de Rome* n'établit pas encore de règles de preuve et procédure ce qui laisse un pouvoir d'appréciation très large des informations et renseignements reçus de sources publiques et privées, pouvant ainsi entraîner des violations des garanties judiciaires fondamentales.

¹²² Se reporter au projet de l'Assemblée des États Parties au *Statut de Rome*. Nous soulignons que ce projet a pris près de 10 ans de travail ce qui démontre la difficulté d'adaptation du DIH au DPI.

¹²³ Sur la distinction entre les juristes privatistes et les juristes publicistes, voir Bélanger, *supra* note 49 aux pp. 38-39.

pénal nécessite des procédures légales préalables aux faits reprochés. En outre, le droit pénal requiert en plus de l'établissement des faits, d'autres éléments comme le mode de participation et l'intention criminelle des responsables de ces violations, la définition des éléments des crimes, les conditions d'exercice juridictionnelles, les filtres procéduraux, l'établissement de règles de preuves et procédures, le respect des principes généraux du droit pénal, les droits de l'homme reconnus internationalement et enfin le principe de complémentarité spécifique au DPI¹²⁴.

Afin de remédier aux lacunes existantes surtout dans l'administration de la justice internationale, nous proposons de recenser les règles actuelles régissant les garanties judiciaires fondamentales internationales applicables à une personne en cause devant les juridictions du DPI.

À partir de ce constat, il est finalement possible d'énumérer un certain nombre d'instruments internationaux qui garantissent les droits fondamentaux *minima* des personnes lors de l'administration de la justice internationale. Les droits *erga omnes* relatifs à la bonne administration de la justice sont contenus dans plusieurs textes. Leur étude permet de constater la convergence du DIH et des droits de l'homme d'un texte à l'autre. Ainsi, on distingue en premier lieu l'étude des règles coutumières internationales du CICR qui a recensé les règles *minima* communes au DIH, au DIP et aux droits de l'homme concernant les garanties fondamentales de la personne protégée. Et, en second lieu, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme du HCDH¹²⁵ établi en 2006 prévoit une liste d'instruments internationaux afférents à la bonne administration de la justice.

Cette liste contient entre autres « les instruments universels des droits de l'homme » dans laquelle on distingue : « les droits de l'homme dans l'administration de la justice : protection des personnes soumises à la détention ou à l'emprisonnement », « crimes de guerre et crimes contre l'humanité y compris le génocide » et « Droit humanitaire » que l'on nomme aujourd'hui, « droits de l'homme reconnus internationalement ».

Finalement, les droits fondamentaux communs aux DIH, aux droits de l'homme et DPI ayant valeur *erga omnes* ont été incorporés dans l'article 21.3 du

¹²⁴ « Pursuing Justice in Ongoing Conflict: A Discussion of Current Practice » (mai 2007) aux pp. 20-21, en ligne : International Center for Transitional Justice <<http://www.grotiuscentre.org/files/NWOICTJusticeinConflict.pdf>> : « Evidence Gathering and Documentation [during an ongoing armed conflict] [...] Crimes such as genocide, crimes against humanity and war crimes differ from ordinary crimes in they are generally of such a scale that they require a degree of organization or system to perpetrate. The key challenge in prosecuting system crimes does not normally lie in proving that facts occurred, but on the nature of participation and the knowledge and intent of those "behind the scenes." »

¹²⁵ À propos des droits des victimes, voir les *Principes de 2005*, *supra* note 28 et la *Déclaration de 1985*, *supra* note 9. Ces résolutions sont inscrites au HCDH dans la catégorie instruments internationaux des droits de l'homme concernant l'administration de la justice : « Droit international », en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www2.ohchr.org/french/law/>>.

*Statut de Rome*¹²⁶. Ce dernier comprend les protocoles additionnels et l'article 3.1(d) commun¹²⁷. Le Statut retient la formulation suivante : « droits de l'homme reconnus internationalement ».

Nous aborderons succinctement l'énumération des garanties judiciaires fondamentales applicables en DPI qui devraient faire l'objet d'une étude globale afin d'éviter les risques d'amalgame et confusion dus à la méconnaissance du corpus de règles applicables en DIH moderne devant les tribunaux pénaux internationaux.

- l'article 3 commun aux Conventions de Genève 1 (d) dispose que :

Les personnes qui ne participent pas aux hostilités, en toutes circonstances, ne peuvent être privées par les parties au conflit, les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

- Le CICR a identifié 161 règles de DIH coutumier¹²⁸. Parmi ces règles figurent les droits fondamentaux qui contiennent les garanties judiciaires fondamentales du DIH coutumier¹²⁹. Leur identification dans les règles coutumières permettrait selon nous de combler les lacunes juridiques concernant les recours des participants aux procédures pénales internationales. En particulier, ces dernières restent applicables en toutes circonstances et opposables aux entités non étatiques et contestables devant les tribunaux pénaux internationaux.
- Le guide des règles coutumières énumère les garanties judiciaires suivantes : la détention illégale¹³⁰, le procès équitable¹³¹, la présomption d'innocence et le

¹²⁶ L'article 21.3 du *Statut de Rome* dispose que « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité. »

¹²⁷ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, art. 75 (2-8) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) (Garanties fondamentales).

¹²⁸ Bélanger, *supra* note 49 à la p. 65 souligne l'importance des sources coutumières en DIH et leur identification récente dans une étude commissionnée par le CICR en 1995 et publiée en 2005. Cette étude « comble les lacunes, notamment du fait que les États n'ont pas ratifié un certain nombre de textes internationaux. Elle est par ailleurs utile en elle-même, en particulier en droit des CANI, où le droit des traités reste insuffisant. »

¹²⁹ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume 2 : Practice, Part 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹³⁰ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume 1 : Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, à la p. 455, règle 99, « La privation arbitraire de liberté est interdite » [Henckaerts et Doswald-Beck, *Règles*].

¹³¹ *Ibid.* à la p. 467, règle 100 : « Nul ne peut être condamné ou jugé, si ce n'est en vertu d'un procès équitable accordant toutes les garanties judiciaires essentielles [Nos italiques] ». À la p. 468, n. 331, « Le fait de priver une personne de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement est défini comme un crime de guerre dans les Statuts de la Cour Pénale Internationale [à l'article 8, para. 2, al a)

principe que les autorités publiques doivent s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès¹³² et le droit d'être informé des voies de recours¹³³. Le principe de la légalité criminelle qui exige « que les crimes soient classés et décrits “en terme précis et dépourvus d'ambiguïté définissant précisément l'infraction passible de sanction” »¹³⁴. Certaines de ces violations peuvent constituer des crimes de guerre dans le contexte du DIH moderne¹³⁵.

Ainsi, dès lors qu'un individu est poursuivi pour crimes de guerre, les autorités de droit pénal international ont l'obligation de respecter les garanties judiciaires fondamentales prévues par le droit international. Ceci est aussi valable s'agissant d'une personne suspectée de terrorisme ou d'un individu faisant l'objet d'un mandat d'arrêt international. Ces derniers conservent donc leur droit au respect de leur dignité et des garanties judiciaires au procès pénal. À défaut, ces personnes doivent être considérées comme victimes du système judiciaire international et doivent pouvoir disposer d'un recours devant une juridiction et être indemnisé. C'est le principe de l'indemnisation pour dysfonctionnement de la justice ou abus de droit qui a été prévu pour la première fois dans un traité à l'article 85(3) du *Statut de Rome*¹³⁶.

Ces droits sont attachés à la personne humaine et ne peuvent faire l'objet d'une quelconque suppression, car de cela dépend la protection de l'ensemble de l'humanité qui ne doit pas disparaître au gré des actions arbitraires des autorités étatiques officiellement reconnues ou informelles et de toute autre institution

et c)], des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. »

¹³² *Ibid.* à la p. 473.

¹³³ Henckaerts et Doswald-Beck, *Règles*, *supra* note 130 à la p. 490.

¹³⁴ *Ibid.* à la p. 494, n. 483. *Affaire Castillo Petruzzi (Pérou)* (1996), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 41.

¹³⁵ *Ibid.* à la p. 468 : « Le fait de priver une personne de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement est défini comme un crime de guerre dans les Statuts de la Cour Pénale Internationale des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. » À la p. 468-469 : « Il existe en outre de la jurisprudence nationale qui montre qu'une violation de [la règle du procès équitable] dans les conflits armés non internationaux représente un crime de guerre. » À la p. 469 : « Le droit à un procès équitable est inclus dans les Statuts de la Cour Pénale Internationale des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone pour les prévenus comparissant devant eux. ». Le droit au procès équitable contient toutes les garanties judiciaires essentielles communes au DIH et droits de l'homme. La détention illégale des personnes civiles est une infraction grave à la quatrième convention. (1949), article 149.

¹³⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 7, art. 85 : « Dans des circonstances exceptionnelles, si la Cour constate, au vu des faits probants, qu'une erreur judiciaire grave et manifeste a été commise, elle peut, à sa discrétion, accorder une indemnité conforme aux critères énoncés dans le Règlement de procédure et de preuve à une personne qui avait été placée en détention et a été libérée à la suite d'un acquittement définitif ou parce qu'il a été mis fin aux poursuites pour ce motif. » Comparer avec l'article 17 « interdiction de l'abus de droit » du *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, 11 mai 1994, S.T.E. 155.

juridictionnelle. La véritable justice protège les personnes contre la vengeance privée à tous les stades du procès et contre les abus de pouvoir.

Selon un rapport d'Amnistie internationale, « si les droits de l'être humain sont bafoués dans les postes de police, dans les centres de détention, dans les tribunaux et les cellules, l'État ne remplit pas ses obligations régaliennes et se dérobe à ses responsabilités vis-à-vis de ses administrés »¹³⁷. Ne pas observer les droits humains destinés à protéger une personne mise en cause est une violation grave des normes du procès équitable international.

* * *

Au terme de notre étude, il apparaît que la criminalisation du droit humanitaire est un phénomène socio-juridique international. L'application des garanties fondamentales universelles au procès pénal international dépend plus d'une recherche académique qui synthétiserait les droits minimums régissant la matière en présentant clairement aux autorités étatiques et aux institutions internationales le droit positif applicable. Quels droits de la défense seront reconnus comme ayant valeur de *jus cogens* en droit international des droits de la personne? L'obligation statutaire des autorités quasi judiciaires ou judiciaires de prévenir les dysfonctionnements de la justice pénale découlera-t-elle de cette recherche juridique?

Force est de constater que l'observation de ce phénomène du droit positif n'a pas encore fait l'objet d'une étude exhaustive des problèmes juridiques soulevés par l'inexistence d'une procédure pénale internationale unifiée et fondée sur les principes généraux de droit pénal. D'ailleurs, l'introduction des principes généraux de droit pénal dans l'ensemble du système de justice pénale internationale n'est pas encore achevée. Il existe aujourd'hui un vide juridique au niveau de l'établissement démocratique des tribunaux *ad hoc* sous l'égide du Conseil de sécurité, qui est l'exécutif de l'ONU. Cette anomalie apparaît aussi lors de la codification des incriminations et des conditions juridictionnelles dans les systèmes criminels humanitaires.

La consécration légale au niveau universel des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme a eu pour conséquence de promouvoir la place de la victime lors d'un procès pénal international au détriment des droits de la défense. En outre, le droit de réparation a été reconnu par une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU pour la première fois en 1986. Celle-ci reconnaît, en effet, ce droit aux victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir. Cependant, la

¹³⁷ Amnistie Internationale, « Cour pénale internationale, fiche d'information no. 9 : Les garanties d'équité des procès » (31 juillet 2000), en ligne : Amnistie internationale <<http://web.amnesty.org/library/index/fraIOR400092000?Open&of=fra-385#top>>. Voir également Amnistie internationale, « Le droit à un procès équitable » (1^{er} avril 2002), en ligne : Amnistie internationale <<http://fra.controlarms.org/library/Index/FRAPOL300012002?open&of=FRA-392>>.

récente version se concentre uniquement sur le droit à la réparation des victimes de crimes de guerre sans se préoccuper des victimes d'abus de pouvoir fondés sur les dysfonctions de la justice pénale internationale¹³⁸.

Cette nouvelle conception du droit pénal est le résultat de la constitution d'une société civile tentaculaire, non réglementée et interventionniste dans laquelle la défense doit reprendre sa place. En effet, les conventions sauvegardant les intérêts juridiques des victimes de crime de guerre s'appliquent aussi aux victimes de dysfonctionnements de la justice suivant le principe de non-discrimination des personnes protégées en vertu de l'article 2(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966¹³⁹.

L'apport juridique des organismes spécialisés en droits de la défense au sein de ce forum sera bénéfique pour l'ensemble de la justice pénale internationale. L'exemple du *Statut de Rome* et de la loi de compétence universelle belge du 5 août 2003 relative à la « répression des violations du droit international humanitaire » doit guider la communauté internationale vers une procédure pénale internationale régulée par les principes généraux de droit pénal et les principes fondamentaux inhérents au procès pénal international. L'article 21(3) intègre dans le *Statut de Rome* toutes les normes d'un ordre juridique international¹⁴⁰. Les valeurs humaines s'appliquent à toute personne mise en cause devant une juridiction pénale quelle qu'elle soit, en temps de paix et en temps de guerre. Une interprétation du respect des valeurs humaines suivant la légitimité du statut de cette personne aura des conséquences néfastes sur l'humanité dans son ensemble¹⁴¹. La place de la justice pénale a pris une ampleur qui risque de nous faire basculer vers une justice vindicative.

Les personnes mises en cause devant les juridictions pénales hybrides, suivant des lois de compétences universelles et non réglementées par des règles de procédures internationales, ont le droit fondamental d'être soumises à une loi pénale unique préalable à la commission de l'infraction en vertu des articles 16 et 17 du

¹³⁸ Comparer avec la définition de la « victime » dans la *Déclaration de 1985*, *supra* note 9. Cependant, c'est sur ce dernier fondement, tel qu'il a été argué par les représentants légaux des victimes devant la Chambre préliminaire de la CPI, qu'a été reconnu un droit d'accès général aux victimes avant même l'ouverture d'une enquête internationale par le procureur. Voir la décision de la Chambre préliminaire 1 du 17 janvier 2006 à la p. 29, *supra* note 120. Nous constatons que la première définition de la notion de victime dans la *Déclaration de 1985* inclurait les abus de pouvoir alors que les *Principes de 2005* sembleraient s'adresser uniquement aux victimes de la criminalité. Néanmoins, les droits humains comprennent bien les droits fondamentaux de la défense. Une autre interprétation serait en contradiction avec le droit positif des droits de l'homme en droit pénal humanitaire. Un droit d'accès général à la justice devant la Chambre préliminaire de la CPI devrait être également reconnu aux victimes de dysfonctionnements de la justice des tribunaux pénaux internationaux.

¹³⁹ Reproduit *supra* note 14.

¹⁴⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 7, art. 21.3, tel que cité à la note 126.

¹⁴¹ M^e Soulez Larivière l'exprime ainsi dans son récit : « La privatisation de la poursuite, c'est-à-dire du travail de procureur, en arrive à être presque totale ». Il affirme plus loin : « La réponse de la magistrature est le droit et la procédure, c'est-à-dire la légalité qu'ils confondent toujours avec la légitimité ». *Supra* note 9 aux pp. 144, 172.

*PIDCP*¹⁴² et des principes généraux du droit pénal¹⁴³. De plus, des mécanismes juridiques doivent exister dès la prise de mesures quasi judiciaires contre un individu, en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité portant sur l'ouverture de la commission d'enquête internationale lors d'un déferé à la Cour pénale internationale ou sur le fondement de la coopération internationale. Une protection minimale contre les abus des acteurs internationaux de la justice pénale est un droit fondamental qui emporte un droit général d'accès à la justice, en cas de violations du principe de bonne administration de la justice et des garanties judiciaires fondamentales¹⁴⁴.

La commission d'enquête internationale est une nouvelle phase du procès pénal international. Cette dernière n'a pas encore fait l'objet d'une convention démocratique réglant les procédures lors de l'identification des situations de conflits internationaux. Ces mécanismes juridiques permettront d'appréhender les personnes présumées responsables de crimes violant le droit humanitaire. Les procédures utilisées pour rassembler les informations, les preuves, l'identification et l'établissement de listes de probables suspects ne sont pas réglementées au niveau du Conseil de sécurité et lors du déferé d'une affaire au procureur de la CPI¹⁴⁵. Ainsi, la poursuite des responsables des violations graves du droit humanitaire recouvre des réalités diverses que cette étude a permis d'observer.

L'impact des droits de la défense dans le contexte international est essentiel pour mettre en valeur les enjeux d'une justice pénale universelle et « juste ». Il s'agit de promouvoir la place de la défense comme organe de la justice aux côtés de la

¹⁴² L'article 16 du *PIDCP*, *supra* note 4, prévoit : « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ». L'article 17 : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

¹⁴³ Des projets de loi européens et des études sur la question des lacunes juridiques existant en droit international lors de l'ouverture d'une enquête internationale du dépôt de plainte des victimes et lors de la poursuite et des arrestations. À ce sujet, l'étude du Centre pour la justice transitionnelle prévoit dans son rapport de mai 2007 des recommandations lors de la poursuite des responsables allégués en droit humanitaire international. Voir « Pursuing Justice in Ongoing Conflict: A Discussion of Current Practice », *supra* note 124 à la p. 20, n. 77.

¹⁴⁴ Les recommandations du *Rapport Fassbender* et l'interprétation de l'article 14 du *PIDCP* préfigurent, selon notre analyse du droit positif des droits de l'homme. Ainsi, sur ces fondements, toute personne ciblée par des mesures quasi judiciaires ou judiciaires a le droit de contester la légalité de ces mesures devant une Commission ou devant une Cour et ce, même lors de circonstances exceptionnelles. Voir Nowak, *supra* note 15 et Fassbender, *supra* note 15.

¹⁴⁵ Prochainement, l'auteur de cet article présentera sur le site du BPI un amendement à l'article 55 du *Statut de Rome*, fondé sur l'adaptation des principes de bonne administration lors de l'ouverture d'une enquête par le procureur. Se reporter au bulletin d'information du BPI, avril 2008, « Propositions d'amendements au *Statut de Rome*, amendements à l'article 61, para. 7(b) "confirmation des charges avant le procès" ». Disponible en ligne : <www.bpi-icb.org>. Voir également Rosette Bar Haim, « Propositions visant à modifier le *Statut de Rome* lors de la conférence de révision en 2010, en vue d'interdire expressément l'utilisation de bombes humaines et du viol comme armes de guerre et de prévoir le droit pour les individus d'être entendu lors des procédures relatives aux renvois à la Cour pénale internationale menées par le Conseil de sécurité », également disponible au www.bpi-icb.org. Comparer avec l'analyse de l'article 13(b) du *Statut de Rome*, *supra* note 80 et le principe de bonne administration, *supra* note 13.

communauté internationale, du procureur et des juges des juridictions humanitaires. C'est ainsi que « l'humanisme judiciaire » pourrait jouer le rôle d'équité dans le procès pénal en harmonisant le droit humanitaire avec le droit de la responsabilité pénale individuelle. Les avocats de la défense doivent connaître l'existence de tous les instruments légaux et en informer non seulement les profanes du droit, mais aussi requérir des autorités leur application aux personnes, particulièrement lorsque ces dernières ne savent pas qu'elles sont poursuivies. Cette faculté d'informer, de représenter et de défendre doit être étendue en droit pénal international à toutes les phases de la procédure. Il n'y a pas de procès équitable sans prise de mesures d'enquêtes internationales équitables et contrôlables.