

# L'ADMISSIBILITE DES PREUVES ILLEGALEMENT OBTENUES DEVANT LES JURIDICTIONS PENALES INTERNATIONALES

Pauline BIROLINI<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

« *Idem est non esse et non probari* », ce qui n'est pas prouvé n'est pas. La preuve est l'élément central du procès ; elle seule permet d'établir la culpabilité, assurant ainsi la fonction répressive des juridictions pénales, au travers de la punition du coupable. Confrontés, lors de chaque procès, à un nombre de preuves colossal<sup>2</sup>, les juges des juridictions pénales internationales se voient confier la lourde tâche de filtrer celles-ci sur la base de directives pour le moins vagues. Malgré la place centrale de la preuve dans le procès, les dispositions concernant son admissibilité n'occupent qu'une partie infime dans les différents statuts et règlements de procédure et de preuve. Le Statut de Rome condense le cheminement à suivre en un seul article, le 69. Il ressort de cet article qu'il existe deux régimes distincts de traitement des preuves, l'un général, utilisé pour la majorité des preuves, l'autre spécial, s'appliquant dans les cas où la légalité de leur obtention est remise en cause. Ce régime bipartite se retrouve devant toutes les juridictions pénales internationales et illustre parfaitement la singularité de la procédure pénale internationale, fruit d'une hybridation entre le système romano-germanique et celui de common law.

Les règles qui régissent l'admission générale des preuves – l'article 69-4 pour la Cour et l'article 89-C pour les T.P.I.<sup>3</sup> - laissent au juge un large pouvoir d'appréciation, sa décision étant essentiellement guidée par les seuls critères de pertinence et de valeur probante. Ne faisant pas l'objet d'une définition précise et unanime, ces deux notions peuvent se révéler difficile à cerner. Par pertinence, on entendra la connexité ou encore le lien de rattachement

---

<sup>1</sup> Etudiante du Master 2 Droits de l'homme et droit humanitaire, parcours recherche, à l'Université Paris 2, promotion 2015

<sup>2</sup> D'après une étude du Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale de 2003, la quantité de preuves portée à la connaissance des juges est l'un des principaux facteurs à l'origine de la lenteur des procédures (trouver un chiffre) p.30 « *l'absence de clarté sur les règles d'admissibilité (...) encourage la défense comme l'accusation à introduire bien plus d'éléments de preuves que nécessaire* ».

<sup>3</sup> Article 69-4 du statut de Rome « *La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin* » ; article 89(C) des R.P.P pour le T.P.I.Y et le T.P.I.R « *la Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante* ».

d'une preuve aux faits dont il est question dans le procès. La valeur probante, quant à elle, tient au contenu de la preuve qui tend à établir le bien-fondé des faits et qui est de nature à influencer sur la décision à rendre<sup>4</sup>. Ces deux indices sont intimement liés, voire indissociables et s'apprécient de manière subjective par les juges, qui ne sont guidés que par leur intime conviction. Derrière ces articles on retrouve une logique propre au système civiliste qui se montre très libéral en matière d'administration de la preuve ; ce qui dénote dans une procédure que l'on sait de prédominance accusatoire.

Si, au vu de la liberté laissée aux juges, la majorité des preuves sont admises dans le débat, les rédacteurs des statuts ont prévu une procédure plus encadrée pour certaines preuves. Les dispositions qui la contiennent sont plus contraignantes et prévoient non plus de simples critères indicatifs, mais deux conditions expresses auxquelles est subordonnée l'admissibilité des preuves concernées. Ainsi, dans le Statut de Rome, l'article 69-7 dispose : *« Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles :*

- a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ;*
- ou*
- b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité ».*

Les règlements des autres juridictions pénales internationales ont tous – à l'exception des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (C.E.T.C) - une disposition similaire, qui bien que rédigée de manière sensiblement différente, consacre les mêmes critères d'évaluation, à savoir l'intégrité de la procédure et la fiabilité de la preuve<sup>5</sup>. La jurisprudence considère que ces dispositions ont valeur de *lex specialis* et vocation à se substituer aux règles générales d'admissibilité à chaque fois que des preuves ont été obtenues en violation de standards procéduraux<sup>6</sup>. On retrouve dans ces dispositions l'empreinte du

<sup>4</sup> A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Publications de l'Institut de hautes études internationales, Genève, aux Presses Universitaires de France, (2003) p.351.

<sup>5</sup> Article 95 du R.P.P du T.P.I.Y et du T.P.I.R *« Exclusion de certains éléments de preuve : N'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte »* ; L'article 14 du statut du TSSL renvoi au R.P.P des T.P.I donc à l'article 95 ; TSL - Article 162 du R.P.P *« Exclusion de certains éléments de preuve A) Ne sont pas recevables les éléments de preuve obtenus par des moyens qui entament sérieusement leur fiabilité ou dont l'admission est de nature à compromettre l'instance et à porter gravement atteinte à son intégrité. B) Ne sont notamment pas recevables les éléments de preuve obtenus en violation des normes internationales en matière de droits de l'homme, dont l'interdiction de la torture ».*

<sup>6</sup> C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009, §.34 faisant référence à l'article 69-7 *« this provision is lex specialis, when compared with the general admissibility provision set elsewhere in the statute ».*

droit anglo-saxon et plus particulièrement de la règle d'exclusion, création prétorienne née aux Etats-Unis. Ce mécanisme permet au juge de sanctionner les violations de la Constitution commises par les autorités gouvernementales au cours des enquêtes en excluant les preuves touchées<sup>7</sup>.

Pour appréhender le fonctionnement de ces règles d'exclusion spécifiques, encore faut-il, à titre préliminaire, déterminer quel type de preuves y est soumis. A première vue, il s'agit des preuves qui présentent un défaut de légalité. Il convient d'établir une distinction entre les preuves « matériellement fausses », dont le contenu a été sciemment modifié ou fabriqué de toutes pièces et, les preuves qui ont été obtenues en violation de standards établis, l'illégalité ne touchant que la procédure d'obtention et pas directement le contenu de la preuve lui-même – celui-ci pouvant toutefois être impacté de manière incidente -.

Peter Murphy rappelle le danger de falsification qui existe dans les procès pénaux internationaux<sup>8</sup>. Les affaires sont menées pendant des périodes de transition qui font suite – ou sont concomitantes - à de violents conflits et soulèvent de nombreux enjeux, notamment politiques. Il peut y avoir un intérêt pour les parties ou les témoins, à rejeter à tout prix la faute sur la partie adverse. Ainsi plusieurs affaires devant la Cour ont révélé des subornations de témoins<sup>9</sup> ou encore des falsifications de documents par une partie au procès elle-même<sup>10</sup>. Ces premières preuves bien que résultant d'une volonté et de procédés illégaux ne feront pas l'objet de cette étude, leur utilisation n'étant pas envisageable. Ces manipulations altèrent directement la substance même des preuves en question, celles-ci étant dès lors

<sup>7</sup> R. RE. « The Due process exclusionary rule », *Harvard Law Review*, volume 127 number 7, May 2014 p.1936 « Finally, the exclusionary rule presumptively applies whenever the government accesses evidence by violating the Constitution. A search's unconstitutionality is in itself a reason to think that the evidence must be excluded from trial ».

<sup>8</sup> P. MURPHY « No free lunch, no free proof: the indiscriminate admission of evidence is a serious flaw in international criminal trials » in *the Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 539- 573 p. 542 « there is a pervasive danger of perjury and fabricated evidence. In any trial arising from armed conflict, this danger is inevitable and at the same time potentially fatal to the integrity of a trial ».

<sup>9</sup> Dans l'affaire Lubanga de nombreuses difficultés sont nées du recours à des intermédiaires par le bureau du procureur pour servir de relais avec des témoins potentiels. En effet, il s'est avéré que certains intermédiaires ont imposé à des enfants soldats des témoignages créés de toute pièce. Ceci a été dénoncé par les avocats de la défense : C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04-01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, Décision relative aux intermédiaires, 31 mai 2010, §.25 « La défense entend d'abord prouver qu'un grand nombre de témoins du bureau du Procureur sont venus témoigner en sachant qu'ils venaient tenir des propos inexacts devant la Cour...ces faux témoignages ont été construits avec l'aide d'intermédiaires qui ont collaborés avec le Bureau du Procureur ». L'information a ensuite été confirmée par les témoins eux-mêmes §.21 « Moi, je dis que ce sont des escrocs. Pourquoi je les appelle escrocs ? Parce qu'au lieu de me laisser dire ce qui m'est vraiment arrivé, au lieu de me laisser raconter tout ce que j'ai vécu, ces gens-là inventent des déclarations dans le but de manipuler l'enquête ».

<sup>10</sup> Dans le cadre de l'affaire Bemba la C.P.I a ouvert une enquête connexe dirigée à l'encontre des conseils de ce dernier, pour subornation de témoin et fabrication d'éléments de preuve. Un mandat d'arrêt a été délivré à l'encontre de Narcisse Arido, Fidèle Balala Wandu, Aimé Kilolo Wusamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo ICC-01/05-01/13-1-Red2, 28 novembre 2013.

inexploitables car erronées. Ces preuves falsifiées ne rentrent pas dans le champ des articles 69-7 et 95 ; c'est leur valeur probante qui est mise en cause, critère d'admissibilité qui relève de la règle générale et non spéciale et c'est sur cette base qu'elles seront exclues.

Les règles d'exclusion spéciales prévues par les juridictions pénales internationales visent les preuves obtenues par le biais de moyens illégaux, autrement dit ne respectant pas la méthode proscrite par les règles procédurales qui s'appliquaient à l'espèce. Ces preuves soulèvent davantage de difficultés que les premières. Si les moyens d'obtention des preuves sont illégaux, le contenu de celles-ci ne s'en trouve pas nécessairement affecté, en tout cas, pas directement. Contrairement aux preuves mentionnées ci-dessus le but recherché n'est pas de présenter une preuve que l'on sait accablante pour l'adversaire, mais simplement d'obtenir une preuve – dont le pouvoir incriminant n'est pas encore mesurable - qui n'était pas accessible ou, qui l'était difficilement, à cause des garanties procédurales qui l'entourent. Dans ce cas, l'illégalité ne peut être que formelle, procédurale, et ne pas altérer le contenu de la preuve.

Déterminer la recevabilité d'une preuve et sa prise en compte dans le verdict se fait en plusieurs étapes. Le test de la règle d'exclusion n'est que la première strate de cette évaluation, ce qui justifie que le contrôle opéré ne se base que sur des éléments externes à la preuve. Les règles d'exclusion s'inscrivent dans une démarche a priori, basée exclusivement sur des considérations extrinsèques aux preuves, formelles, et agissent comme une barrière supplémentaire à l'admissibilité. Il s'agit de savoir si les méthodes utilisées et, contestées, sont de nature en elles-mêmes à remettre en cause la crédibilité du contenu de la preuve ou encore l'intégrité des procédures ; c'est une analyse *in abstracto* qui si elle s'attache au contexte spécifique de l'obtention de la preuve est détachée de sa substance. Un juge peut aisément considérer qu'une preuve obtenue par voie de torture ne passera pas le filtre de la règle d'exclusion sans même que le contenu du témoignage soit pris en compte car par définition, une personne torturée dira au tortionnaire ce qu'il veut entendre et non la vérité. Le risque d'influence et d'impact indirect de la méthode sur le contenu de la preuve est prévisible et dès le moment où il est important, l'exclusion s'impose.

Ce n'est qu'une fois ce test préliminaire passé avec succès que la preuve en question pourra entrer dans le débat et voir sa pertinence et sa valeur probante évaluées, *in concreto*, au même titre que la majorité des preuves ne présentant pas de vices apparents.

Etudier la mise en œuvre de cette règle revient à s'interroger sur l'opportunité de sanctionner d'exclusion des preuves pouvant s'avérer indispensables pour mettre en

lumières les événements, pour cause de simples irrégularités formelles. Victor Hugo disait « *si vous avez la force, il nous reste le droit* <sup>11</sup> ». Les règles formelles, procédurales, s'érigent en garde fous contre l'arbitraire des autorités publiques, afin de garantir la préservation de l'édifice universel des droits de l'homme ; c'est un contrepoids nécessaire aux prérogatives étendues dont bénéficient les autorités publiques en matière d'enquêtes. Dans le cadre d'un procès pénal, l'accusation ne peut prouver la culpabilité d'un accusé par tous les moyens. « *Les garanties procédurales sont le vecteur des droits, elles ne sont pas l'accessoire du droit, elles sont au cœur du droit et des droits. Le respect des droits procéduraux constitue donc une condition mais également une garantie incontournable du respect des autres droits* <sup>12</sup> ».

Longtemps, l'obligation pour les juridictions pénales internationales d'agir en conformité avec les droits de l'homme n'était consacrée que par la jurisprudence <sup>13</sup>, mais depuis l'adoption du Statut de Rome, celle-ci est davantage mise en avant. En effet, l'article 21-3(SR) ne crée pas cette obligation mais matérialise et réaffirme une position jurisprudentielle solidement ancrée dans la pratique des autres juridictions pénales internationales. Désormais, les droits de l'homme ont formellement leur place parmi les sources juridiques. Cet article consacre le fait que « *l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus* ». Quand bien même la référence aux droits de l'homme ne se trouve qu'en dernière position de l'article 21, nombre d'auteurs considèrent qu'ils occupent une place « supérieure » par rapport aux autres sources énoncées <sup>14</sup>. Ainsi, le Statut laisse clairement apparaître que la Cour ne doit pas seulement être guidée par les droits de l'homme internationalement reconnus pour interpréter le droit, mais aussi pour l'appliquer. Autrement dit, la Cour a une obligation de résultat lorsqu'elle statue <sup>15</sup>. Les juges aussi, à travers leurs

---

<sup>11</sup> V. HUGO, *Cromwell*, IV, 8 - 1827.

<sup>12</sup> L. MILANO « garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme », *revue des droits et libertés fondamentaux* (2015), chronique n°7.

<sup>13</sup> T.P.I.Y, Chambre d'Appel, *Le Procureur c/ Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 octobre 1995 §.45 « *the fact that human rights treaties are not applicable as such to proceedings before the international tribunal could not absolve the latter from acting in full conformity with international recognized human rights instruments* »

<sup>14</sup> G. SLUITER, « *International Criminal Procedure : principles and rules* », Oxford University Press (2013) p.74

<sup>15</sup> W. SCHABAS, *A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press (2010), p.302.

décisions, reconnaissent qu'il est de leur devoir de veiller à la protection des droits fondamentaux de la personne<sup>16</sup>, qui « *sous-tendent le Statut dans tous ses aspects* »<sup>17</sup>.

Selon George Edwards, la règle d'exclusion est l'un des outils permettant à la Cour de remplir ce but<sup>18</sup>. A l'origine et telle qu'adoptée dans la première version du R.P.P du T.P.I.Y<sup>19</sup>, la règle d'exclusion avait manifestement pour vocation d'assurer la protection des droits de l'homme dans le cadre du procès pénal international. En effet, l'article 95 affirmait clairement que « *les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement par des moyens constituant une grave violation des droits de la personne internationalement protégés ne sont pas recevables* ». Face à de telles violations, les preuves étaient automatiquement exclues, sans même faire l'objet d'un examen spécifique. Cette version de la règle a cependant été supprimée moins d'un an après son entrée en vigueur<sup>20</sup>.

La vocation des règles d'exclusion actuelles, que ce soit devant la Cour ou les Tribunaux, est beaucoup plus équivoque. En subordonnant l'exclusion aux critères de fiabilité et d'intégrité des procédures, la possibilité est laissée aux juges de passer outre les violations constatées, pour admettre des preuves qui pourraient s'avérer pertinentes et utiles à l'issue du procès. Ainsi, la rédaction des articles semble privilégier, comme postulat de principe, l'admissibilité et faire de l'exclusion de ces preuves obtenues illégalement, l'exception. Partant de cette constatation, ces articles peuvent paraître inconciliables avec la mission de promotion et de respect des droits de l'homme à laquelle les juridictions pénales internationales sont tenues. Gilbert Bitti a d'ailleurs soulevé le fait qu' « *in future practice, the time may come where the Court will have to review the compatibility of certain articles to the statute* »<sup>21</sup>. Il est possible que l'article 69§7 soit l'un des articles qui doit être réévalué au regard de l'esprit du Statut. En effet, la question de la conciliation des dispositions

<sup>16</sup> C.P.I, Chambre d'appel, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, 14 décembre 2006 §.37.

<sup>17</sup> C.P.I, Chambre d'appel, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006 §.37 ; C.P.I, Chambre préliminaire II, affaire n° ICC-01/05-01/08, *Le procureur c/ Bemba* 14 août 2009, §.35 « *le juge unique tient à rappeler que l'article 60-3, de même que toutes les autres dispositions des textes de la Cour, doit être interprété et appliqué conformément aux droits humains internationalement reconnus, comme le prévoit l'article 21-3* ».

<sup>18</sup> G. EDWARDS, « International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 : 323, 2001 p. 327 « *to comply fully with its human rights mandate the court must respect the Rome Statute's remedy of excluding tainted evidence in order to ensure that all human rights are afforded to all persons* ».

<sup>19</sup> Règlement de procédure et de preuve du T.P.I.Y en sa version originale du 11 février 1994, IT/32.

<sup>20</sup> Règlement de procédure et de preuve du T.P.I.Y, version du 30 janvier 1995, IT/32 rev.3.

<sup>21</sup> G. BITTI, dans C. STAHN and G. SLUITER, *The emerging practice of the international criminal court*, Brill (2009) p.303.

contenues dans les articles 69-7 et 21-3 (SR) se pose de manière flagrante. Malgré le lien indéniable entre ces deux articles, ils ne sont jamais invoqués de concert, ni confrontés lors de l'évaluation des preuves illégalement obtenues.

Ces articles, au-delà du fait qu'ils apparaissent difficilement conciliables pourraient même s'avérer contradictoires. L'article 69-7 (SR) a deux facettes en ce qu'il peut être utilisé tout autant dans un but de protection des garanties contenues dans les règles de droits de l'homme, par le biais de l'exclusion des preuves obtenues en violation de celles-ci, que dans un but de contournement de ces garanties, en déclarant admissibles ces mêmes preuves. La question de la conciliation entre ces articles se pose avec davantage de force que le T.P.I.R, dans son arrêt *Rwamakuba*, a précisé que l'obligation de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus s'applique de manière générale à toutes les phases de la procédure devant les J.P.I, mais également de manière spécifique lors de la collecte des preuves<sup>22</sup>. Or, c'est précisément des violations commises lors de la collecte des preuves dont traitent les règles d'exclusion.

Si en vertu de la règle 63-3 du Règlement de procédure et de preuve<sup>23</sup> de la C.P.I, les juges ont l'obligation de statuer sur toute requête fondée sur l'article 69-7<sup>24</sup>, ils restent a priori libres d'exclure ou non la preuve. Les règles relatives à la preuve posent un cadre très général, leur «*absence de clarté* » ayant été déplorée à plusieurs reprises par le Bureau du Procureur<sup>25</sup>, ainsi que par certains juges eux-mêmes<sup>26</sup>. De ce fait, le juge va avoir un rôle central dans leur traitement, notamment dans l'évaluation de leur admissibilité. C'est alors davantage l'interprétation et l'usage qu'en fait le juge que les règles en elles-mêmes, qui vont devoir être évalués à la lumière de l'obligation de respecter et même plus, de protéger les droits de l'homme<sup>27</sup>. En effet, en intégrant le paragraphe 3 à l'article 21 « *le but recherché*

<sup>22</sup> T.P.I.R, Chambre de première instance III, affaire n° ICTR-98-44C-T, *Le procureur c/ Rwamakuba*, 31 janvier 2007 §45-49

<sup>23</sup> Règle 63-3 RPP CPI « *Les Chambres statuent en matière d'admissibilité à la requête d'une partie ou d'office, conformément à l'alinéa a) du paragraphe 9 de l'article 64, lorsque la requête se fonde sur les motifs visés au paragraphe 7 de l'article 69* ».

<sup>24</sup> A.-M. LA ROSA, « Commentaire de l'article 69 », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone (2012) p. 1597.

<sup>25</sup> *op. cit* note 2.

<sup>26</sup> Le juge Cassese dans son discours faisant suite à l'adoption du R.P.P du T.P.I.Y déclarait à ce propos : « *I have been told : all relevant evidence is admissible unless it is inadmissible. When I remarked that that was somewhat unclear to me and not very helpful, I was told it was the point!* », P. MURPHY, « No free lunch, no free proof: the indiscriminate admission of evidence is a serious flaw in international criminal trials » in the *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), 539- 573, statement by the President at a briefing to members of diplomatic missions concerning the adoption of the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY (IT/29, 11 february 1994).

<sup>27</sup> I. PANOUSSIS, « Les incidences du droit international des droits de l'homme sur l'organisation de la procédure devant la Cour pénale internationale », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone (2012) p. 229 « *Les*

*[était] naturellement d'empêcher toute forme d'interprétation arbitraire de la part du juge international qui aurait des répercussions négatives sur les parties au procès* <sup>28</sup>. Cette « *disposition rassurante marqu[e] la limite à l'application des règles relatives à la procédure pénale internationale à destination du juge* <sup>29</sup> » veillant à ne pas ébranler les acquis procéduraux, aboutissements de décennies de construction juridique.

En vue d'éclairer cette conciliation, la recherche s'articulera autour de trois parties.

Dans un premier temps, le champ d'applicabilité des règles d'exclusion sera étudié. L'article 69§7 fait mention de violations du Statut de Rome et des droits de l'homme internationalement reconnus. Il n'est pas précisé si la violation de normes autres que celles explicitement prévues par la règle d'exclusion – notamment les règles de procédure et de preuve ou encore le droit national – suscite son déclenchement<sup>30</sup>. Il s'agira de déterminer si les règles d'exclusions s'appliquent de manière discriminatoire en fonction de l'origine des violations ; de définir si ces mécanismes, prévus par des outils internationaux, ont vocation à s'appliquer à des violations commises par des entités nationales, à un niveau national. Autrement dit, des violations commises au niveau national peuvent-elles avoir un impact sur l'admissibilité des preuves au niveau international en déclenchant le mécanisme de la règle d'exclusion ? Les juridictions pénales internationales doivent-elle en assumer la responsabilité « par ricochet », en les soumettant aux filtres prévu par les articles 69§7 (SR) et 95 (TPIY) ? (Partie 1).

Dans un deuxième temps, c'est le champ substantiel des règles d'exclusion qui sera étudié. Face à des règles aux contours hésitants, il s'agira, à la lumière de la jurisprudence, de préciser et d'analyser les conditions d'application du mécanisme d'exclusion. Ce sont les relations et les influences entre la règle d'exclusion et le juge qui seront au cœur de cette partie. Il s'agit à la fois de déterminer si l'action du juge en matière d'exclusion est circonscrite par la lettre des articles, mais surtout dans quelles mesures son pouvoir d'interprétation va modeler la substance de la règle d'exclusion. La portée du contrôle de la règle d'exclusion

---

*droits de l'homme sont en effet à ce point intégrés dans le Statut de Rome et le Règlement de procédure et de preuve que le juge Navi Pillay arrive par exemple à faire de la Cour pénale internationale un organe de protection des droits de l'homme ».*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> A. ALAMUDDIN, "Collection of evidence" in KHAN (Karim.A.A), BUISSMAN (Caroline), C. GOSNELL, *Principle of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford University Press (2010), p.239 "The violation of other norms such as the rules, does not explicitly engage article 69§7. Nor is national law determinative".



s'est ainsi vue considérablement restreinte par la démarche interprétative du juge, qui bénéficie d'un pouvoir d'appréciation quasi-total en ce domaine. (Partie 2).

Dans un troisième temps, nous nous concentrerons sur l'incidence que l'usage des règles d'exclusion a sur la place des droits de l'homme dans le procès pénal. Concrètement, il s'agira d'identifier quelles violations ont, en pratique, entraîné l'exclusion. Cela permettra de déterminer si malgré l'imprécision des règles il existe une certaine homogénéité ou cohérence d'interprétation entre les juges. Ces résultats établiront si les règles d'exclusion et, plus particulièrement l'action des juges, sont en en conformité avec l'obligation de respecter et de protéger les valeurs des droits de l'homme dans leur ensemble (Partie 3).

## **PREMIERE PARTIE - Le champ d'applicabilité des règles d'exclusion : les interactions entre ordres juridiques national et international dans la collecte des preuves**

Etablir une relation adéquate entre les juridictions pénales internationales et les autorités nationales est nécessaire mais n'est pas chose facile<sup>31</sup>. Pour le juge Hans Peter-Kaul, le bon fonctionnement de la Cour pénale internationale est subordonné à la coopération des Etats qui jouent en ce sens, un rôle primordial<sup>32</sup>. Ce constat est particulièrement vrai en matière de preuve. En effet, le bureau du procureur ne disposant d'aucun pouvoir de police, il doit - par le biais du chapitre IX du Statut de Rome – solliciter l'assistance des Etats concernés, afin de collecter des preuves sur leurs territoires. Majoritairement menée par les autorités nationales, cette collecte doit l'être sous l'empire de leurs règles procédurales propres<sup>33</sup>, même si les preuves ont vocation à être, par la suite, transmises aux juridictions pénales internationales. Des actes d'enquête réalisés à un niveau purement national viennent alors s'insérer dans une dimension supranationale. Dans quelle mesure cette interférence entre deux systèmes juridiques va-t-elle influencer sur le processus d'admissibilité des preuves illégalement obtenues devant les juridictions pénales internationales ? Le passage de ces preuves d'un système à l'autre s'opère-t-il automatiquement ?

On peut aisément deviner que des irrégularités, bien que commises à l'échelle nationale, pourraient avoir des incidences sur le déroulement du procès international. Le fait que des règles d'exclusion aient été inscrites dans les statuts témoigne de l'existence de la volonté d'exercer un certain contrôle. Encore faut-il déterminer son étendue et les preuves auxquelles il s'applique. Etant donné que celles-ci ont été recueillies au niveau domestique, il faut se demander si leur admissibilité devant les J.P.I devra être appréciée en vertu des standards procéduraux qui gouvernent les Etats en question ou a minima, les prendre en compte. Les juges internationaux ont-ils un devoir général de contrôle a priori, visant à vérifier que le droit national a été respecté lors de la collecte des preuves, avant de les

<sup>31</sup> Rapport du Comité ad hoc pour la création d'une cour criminelle internationale, Assemblée générale Documents officiels, (A/50/22), Supplément n°22, 6 septembre 1995, § 131.

<sup>32</sup> M. POLITI and F. GIOIA, *The international criminal court and national jurisdictions*, Ashgate (2008), p.85 « *The Court is an hundred percent dependant on States (...) how essential, how vital indeed effective criminal cooperation would be for the court* »

<sup>33</sup> Article 93-1 du Statut de Rome « *Les Etats font droit conformément aux disposition du présent chapitre et aux procédures prévues par leurs législation nationale aux demandes d'assistance de la Cour liées à une enquête ou à des poursuites (...)* » entre autre, (b) « *le rassemblement d'éléments de preuves* » ; Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Documents officiels des Nations Unies A/51/22 Supplément n°22, vol.1 (1996) p.66, §289 « *les dépositions présentées à la Cour seraient très souvent obtenues dans les États intéressés selon la réglementation de ces derniers* ».

admettre dans les débats (section 1) ? A défaut, on peut se demander si les règles d'exclusion spécifiquement prévues par les Statuts des J.P.I peuvent servir de filtre à l'admissibilité de ces preuves, alors même que celles-ci font suite à des violations ayant une dimension nationale, violations qui ne sont visées expressément par aucune de ces règles (Section 2)?

## **Chapitre 1 : Le refus d'un contrôle de conformité des preuves obtenues au niveau national**

La mise en place d'un contrôle de conformité des preuves obtenues au niveau national a été envisagée dès les premières sessions préparatoires à l'élaboration du Statut de Rome<sup>34</sup>. Par contrôle de conformité on entend le fait pour le juge international, de vérifier la manière dont les autorités nationales interprètent et appliquent leur propre législation, notamment dans la collecte des preuves<sup>35</sup>. Si un tel contrôle a été envisagé durant les négociations, celui-ci, quoique présentant un intérêt certain (section 1), a été définitivement écarté par le Statut de Rome (Section 2).

### **Section 1 : L'intérêt théorique du contrôle de conformité**

Bien que sous des formes différentes, on retrouve dans la majorité des versions des projets préparatoires des références à un tel contrôle, dont l'étendue et les modalités sont extrêmement variables, voire opposées.

En 1996, le comité préparatoire abordait explicitement celui-ci et l'envisageait de manière drastique. Il était alors prévu qu'en cas de violation du droit interne, la Cour devait *« renvoyer l'accusé aux procédures nationales de l'Etat administrant afin que celui-ci se prononce sur le moyen invoqué. La Cour pourrait décider de suspendre la procédure pendant le renvoi jusqu'à ce qu'une décision irrévocable soit reçue de l'Etat administrant<sup>36</sup> »*. A supposer que cette version ait été adoptée, toute violation au niveau national aurait paralysé l'action de la Cour au niveau international, en mettant en place un

---

<sup>34</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Assemblée générale, Documents officiels A/51/22, Supplément n° 22, vol.1, 13 septembre 1996, §289 *« savoir si la Cour pouvait demander si les dépositions avaient été obtenues conformément à la réglementation nationale ou non »*.

<sup>35</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 3 octobre 2006, p.5-6.

<sup>36</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale vol.2, Assemblée générale, Documents officiels, Supplément n°22A A/51/22, vol.2, 13 septembre 1996, p.210, article 44 b)2).

système où des juridictions pourraient « se renvoyer la balle » indéfiniment. Il est donc heureux qu'un mécanisme si rigoureux n'ait pas été retenu au risque de ralentir exagérément la procédure et de mettre en péril si non le procès lui-même, le principe du délai raisonnable.

Néanmoins, certains projets préparatoires, étaient plus mesurés sur la question. Le projet initial de statut portant création de la Cour pénale internationale prévoyait qu'une preuve devait être exclue si elle était le fruit d'une action illégale directe ou indirecte<sup>37</sup>. Ces indications laissent penser que le Procureur serait tenu à une double obligation. En plus de ne pas obtenir une preuve en utilisant lui-même des méthodes illégales, il ne devait pas utiliser de preuves obtenues d'une telle manière par d'autres autorités. On peut déceler dans cette disposition une forme de contrôle de conformité, obligeant le Procureur à vérifier que les preuves qui lui sont transmises ont été obtenues avec diligence, avant de les utiliser. Bien que plus souple que le contrôle précédemment invoqué, la charge de travail du procureur se serait retrouvée alourdie, puisqu'il aurait eu une obligation positive, de résultat, impliquant de vérifier la provenance légale de chaque preuve sous peine d'exclusion de celle-ci. Bien que cette proposition ait été formellement écartée du Statut, son esprit semble subsister dans l'actuel code de conduite professionnel de la C.P.I qui prévoit que les membres du bureau du Procureur « *s'abstiennent de présenter des éléments de preuve dont on pourrait raisonnablement penser qu'ils ont été obtenus par un moyen violant le Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus*<sup>38</sup> ». Le devoir contenu dans ce code est plus modéré et s'apparente davantage à une obligation négative, de bonne foi, imposant au procureur de ne pas présenter une preuve si des éléments lui permettent de savoir qu'elle a été obtenues en contrevenant aux standards nationaux requis, sans que lui-même n'ait besoin de remonter le fil des procédures.

S'il apparaît en filigrane qu'un certain contrôle de conformité fait partie intégrante du devoir de diligence auquel est soumis le procureur, aucune obligation similaire ne semble peser sur le juge international. Pourtant, la mise en place de ce contrôle au niveau du juge pourrait s'avérer opportune au regard de l'importance que revêt la procédure pour garantir le respect de l'état de droit. Afin de dissuader les autorités policières de recourir à des stratagèmes immoraux lors de leurs enquêtes, des remparts à l'arbitraire ont été érigés par

---

<sup>37</sup> C.D.I Revised report of the Working Group on a draft statute for international criminal court reproduced in document A/48/10, A/CN.4/L.490 and Add.1, vol.2, (1993) p.122-123.

<sup>38</sup> Code de conduite du bureau du procureur, 5 septembre 2013, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-COC-Fra.pdf>.

l'Etat sous la forme de standards procéduraux protégeant les droits individuels. En étant garant de leur respect, l'Etat accomplit non seulement sa mission de protection des droits de l'homme, mais affirme aussi la légitimité de son pouvoir de sanction<sup>39</sup>. En effet, si pour punir ses citoyens d'avoir violé la loi, ses agents violent cette même loi, l'Etat risque de voir son autorité morale et ses prérogatives répressives affaiblies. Que ce soit par le biais d'une règle d'exclusion comme c'est le cas aux Etats-Unis ou, par la consécration d'un principe de loyauté de la preuve en France, les juges veillent à garantir la force contraignante de la procédure<sup>40</sup>.

Il est primordial que ces standards ne soient pas abaissés au niveau international<sup>41</sup>, ce d'autant plus que la Cour pénale internationale se doit d'être vue comme un modèle de justice pour les Etats qui en sont parties<sup>42</sup>. En vertu du principe de complémentarité ce sont ces derniers qui ont vocation à juger en priorité les crimes internationaux. Dès lors, une trop grande indulgence – de la part des juridictions pénales internationales – à l'égard des preuves qui leur sont soumises risquerait d'être interprétée comme une approbation tacite de la conduite illégale des autorités étatiques, voire de l'encourager<sup>43</sup>.

Le Tribunal spécial pour le Liban semble être la seule juridiction qui considère avoir pour responsabilité d'examiner la conduite des enquêtes par des entités tierces qu'elles soient internationales ou nationales. A ce titre, les juges précisent « *la Chambre de première instance évalue le caractère légal, nécessaire et proportionnel des mesures adoptées par ces*

<sup>39</sup> M. DELMAS-MARTY and J-R SPENCER, *European criminal procedures*, Cambridge University press, (2005) p.603 « *The State may lose its moral authority, and hence its right to punish people for breaking its laws, if its agents break the law in order to obtain evidence* ».

<sup>40</sup> Cette protection passe par des mécanismes différents selon les Etats. Voir *Herring v US*, 555 U.S.135 (2009) « *illegally obtained evidence may be excluded in order to deter the police from violating constitutional rights* » ; En France dans le domaine pénal un principe de loyauté (création jurisprudentielle) interdit aux autorités publiques de recourir à des procédés violant les garanties procédurales durant l'obtention des preuves Cour de Cassation, Chambre criminelle, arrêt n° 6606 du 7 janvier 2014 « *Attendu que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* ».

<sup>41</sup> S. ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford Monographs in International Law, (2003) p150 « *if the interests protected by the rigorous character of the rules of criminal procedure are that justice be done without abuse or even without the risk of abuse, then it seems highly inappropriate to lower this guarantee at the international level* ».

<sup>42</sup> G. EDWARDS, « *International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy* » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 :323 ;2001p. 327 « *These far-reaching human rights promises serve multiple purposes, not the least of which is to render the ICC a model for States Parties domestically* ».

<sup>43</sup> Ceci a d'ailleurs été soulevé devant le T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT 95-14/2, *Le Procureur c/ Kordić & Čerkez* oral decision, 2 février 2000 p.13671 ; M. POLITI and F. GIOIA, dans *The international criminal court and national jurisdictions*, Ashgate (2008), p.17 considèrent que le principe de complémentarité a notamment pour but d'être un « *incitateur à la vigilance judiciaire de la part des Etats parties* ».

*instances d'enquête pour recueillir leurs éléments de preuve, préalablement à leur versement au dossier* <sup>44</sup>».

Malgré cela, on constate, de la part de la grande majorité des juridictions pénales internationales, une certaine réticence à exercer un tel contrôle. Au-delà des difficultés pratiques que cela pourrait représenter, au vu du nombre important de preuves dont elles ont à connaître, elles considèrent qu'une telle action pourrait s'apparenter à une ingérence dans les prérogatives de l'Etat. La majorité des juges internationaux considèrent que leurs juridictions n'ont « *pas pour vocation à prévenir et sanctionner les actes illégaux des autorités nationales chargées du maintien de l'ordre, en excluant des éléments de preuve obtenus illégalement* <sup>45</sup>».

## **Section 2 : Le rejet pratique du contrôle de conformité.**

Les différents statuts mettent en avant l'indépendance du système pénal international vis à vis des règles pénales internes<sup>46</sup>. De manière générale, les droits nationaux sont mis au second plan par les juridictions pénales internationales. La règle 63-5 du règlement de procédure et de preuves de la C.P.I précise d'ailleurs que « *les chambres n'appliquent les règles nationales, si ce n'est au sens de l'article 21* ». Si cet article les considère comme des sources de droit, elles se voient conférer un rang subsidiaire, la Cour ne s'en inspirant qu'« *à défaut*<sup>47</sup> ».

En matière d'administration des preuves, la marginalisation des droits nationaux est accentuée. Une imperméabilité totale entre les systèmes nationaux et le système international semble avoir été établie par les textes des différentes juridictions pénales internationales pour permettre à ces dernières « *d'être pleinement internationales en se détachant de tout*

<sup>44</sup> T.S.L., chambre de première instance, affaire n° STL-11-01/T/TC, *Le Procureur c/ Ayyash et autres* 6 mai 2015, §.107.

<sup>45</sup> T.P.I.Y., chambre de première instance, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, decision on the defence "objection to intercept evidence" 3 octobre 2003, § 63(9), cité à maintes reprises dans d'autres décisions y compris devant la C.P.I.

<sup>46</sup> L. CARTER and F. POCAR, *International criminal procedure : the interface of civil law and common law legal systems*, Cheltenham (2013), p 105 « *As a corollary of this discretion, international criminal tribunals are not bound by any national rules of evidence, including the various exclusionary rules developed by most contemporary systems of criminal law and procedure* ».

<sup>47</sup> Article 21-1-c du Statut de Rome « *À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues* ».

*contexte national* <sup>48</sup>». En effet, l'article 89-A du règlement de procédure et de preuve du T.P.I.Y dispose sans détour qu' :

*« en matière de preuve, la Chambre applique les règles énoncées dans la présente section et n'est pas liée par les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve ».*

Ce qui n'est qu'une faculté de non regard pour le T.P.I.Y, au vu de l'utilisation du terme « *n'est pas liée* » dans l'article 89, semble être devenu une véritable obligation pour la C.P.I. Le statut de cette dernière est plus impératif, l'article 69-8 indiquant que: « *Lorsqu'elle se prononce sur l'admissibilité d'éléments de preuves réunis par un Etat, la Cour ne se prononce pas sur l'application de la législation nationale de cet Etat* ». La jurisprudence accentue ce cloisonnement en précisant qu' :

*« it is of particular note that Rule 63(5) mandates the Chamber not to apply national laws governing evidence. For these reasons, the Chamber has concluded that it enjoys a significant degree of discretion in considering all types of evidence<sup>49</sup> ».*

Lors des négociations pour la création d'une Cour criminelle internationale, les Etats étaient allés encore plus loin en envisageant de mettre en place une « présomption de conformité » des preuves obtenues au niveau national qui aurait exclu toute appréciation du juge. Ainsi, il était prévu que :

*« dans les cas où les éléments de preuves ont été obtenus par les autorités nationales, la Cour doit présumer de façon incontestable que les autorités nationales ont agi conformément aux procédures prévues par le droit interne<sup>50</sup> ».*

Si cette présomption n'a finalement pas été consacrée, les textes actuels offrent à la Cour une grande souplesse. Le cadre juridique pénal international, tel qu'il est conçu, donne la possibilité à ses juridictions de « fermer les yeux » sur la phase interne de l'obtention des preuves. Il apparaît même que le fait pour des preuves d'avoir été déclarées inadmissibles au niveau national, n'entrave en rien la possibilité pour les juridictions internationales de les utiliser<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> A.-M. LA ROSA, « commentaire de l'article 69 », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone, (2012) p. 1599.

<sup>49</sup> C.P.I, chambre de première instance I, affaire n° ICC-01704-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, 13 juin 2008 §24

<sup>50</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Assemblée générale, Documents officiels Supplément n°22A (A/51/22), vol.2, 13 septembre 1996, p.210, article 44 b)1).

<sup>51</sup> L. CARTER and F. POCAR, *International criminal procedure : the interface of civil law and common law legal systems*, Cheltenham (2013), p.105 « *The exclusion of domestic rules of evidence also means that documents or other exhibits that would formally have been inadmissible in certain national legal systems might nonetheless be legitimately considered by international judges* ».

L'affaire Lubanga illustre bien ce clivage entre les deux systèmes. En l'espèce, la Cour d'appel de Kisangani - en République Démocratique du Congo (R.D.C) - avait invalidé une perquisition effectuée par les autorités congolaises et refusé que les documents saisis puissent constituer des preuves, au motif que celle-ci avait eu lieu en violation du code de procédure pénale<sup>52</sup>. Ces mêmes documents, ensuite versés comme éléments de preuves par le procureur devant la C.P.I, ont été admis, en dépit de la décision nationale. Les juges ont, à cette occasion, réaffirmé l'autonomie de la sphère pénale internationale, en soulignant que « *le simple fait qu'une juridiction congolaise se soit prononcée sur l'illégalité de la perquisition et de la saisie conduites par les autorités nationales ne peut pas être considéré comme liant la Cour*<sup>53</sup> ».

Sur ce point, la dissemblance avec la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H) est flagrante. Alors que cette dernière met les autorités étatiques au premier plan en considérant que l'examen des moyens de preuve doit se faire à la lumière de l'appréciation nationale<sup>54</sup>, la C.P.I quant à elle, semble dissocier deux systèmes, hermétiques, dans lesquels chaque juge n'applique et ne tient compte, que de son propre droit.

Toutefois, cette frontière n'est pas toujours étanche. Devant le T.P.I.Y, au moment de déterminer l'admissibilité des preuves, il est arrivé que les juges confrontent les deux systèmes juridiques. Cette porosité n'existe cependant qu'à sens unique, puisque s'il s'agit de prendre en compte les règles nationales, ce n'est que pour vérifier leur compatibilité avec le droit international pénal. Encore une fois, le droit national ne va pas servir d'appui aux juridictions pénales internationales dans leur décision.

Dans l'affaire *Mucić*, des difficultés se sont posées lorsque les juges ont été confrontés à l'admissibilité d'interrogatoires menés sur le territoire autrichien. Alors que l'accusé s'était entretenu au même moment et, dans des conditions similaires, à la fois avec le bureau du procureur et la police nationale, seuls les comptes rendus de ces derniers ont été exclus. En effet, il apparaît que ce n'est pas l'absence d'avocat qui a été, en elle-même, à l'origine de l'exclusion – celle-ci étant avérée dans les deux cas - mais le fait que la loi autrichienne ne prévoyait pas la possibilité, à ce stade de la procédure, d'être assisté par un conseil, le suspect

---

<sup>52</sup> Arrêt de la Cour d'Appel de Kisangani ICC-01/04-01/06-683-Anx 08-11-2006 1/6 CB PT.

<sup>53</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §69.

<sup>54</sup> C.E.D.H, requête N° 44/1997/828/1034, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, 9 juin 1998, §.34.



n'a ainsi pas eu la possibilité de refuser cette assistance. Si à cette date le droit autrichien n'est pas en contradiction avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (C.E.S.D.H), la chambre considère qu'il l'est avec le statut du Tribunal et plus précisément avec la règle 42-A-i du règlement de procédure et de preuves, qui garantit l'assistance d'un conseil dès la phase de l'enquête. La chambre va plus loin, en ajoutant que le non-respect des procédures prévues par le règlement rend l'acte nul en vertu de l'article 5 de ce dernier<sup>55</sup>, laissant entendre que la législation nationale doit refléter le droit international pénal ou, tout du moins, ne pas être en discordance avec celui-ci. Selon le Tribunal, « *the trial chamber is governed by its Rules. Accordingly, any evidence to be admissible in proceedings before it must satisfy the law as provided in the Statute and Rules*<sup>56</sup> ».

Le T.P.I.Y s'est attardé sur la procédure nationale, non pas pour contrôler si celle-ci avait été dûment respectée – ce qui était le cas - mais seulement afin de « sanctionner » le fait que le droit autrichien n'était pas conforme à ses propres règles.

Bien que la Cour ait jusqu'à présent eu, sur cette question du contrôle de conformité, une interprétation strictement conforme à la lettre de ses textes fondateurs, les juges, dans l'affaire *Bemba II*, s'en sont récemment éloignés. Dans une décision du 29 avril 2016 les juges, départent l'article 69-8 de son caractère absolu en considérant qu'ils peuvent dans certaines circonstances vérifier la mise en œuvre conforme de la législation nationale, lors de la collecte des preuves. Il ne s'agit pas d'un contrôle de conformité généralisé touchant toutes les preuves, ni même d'un contrôle de conformité qui serait systématique dans le cadre d'une requête spécifique en vertu de 69-7. La décision tend à préserver la pertinence de l'article 69-8 qui serait remise en cause si les juges devaient vérifier le processus d'obtention de chaque preuve au niveau national. La chambre a d'ailleurs rejeté l'interprétation de l'article 69-8 faite par la défense qui considérait que celui-ci n'avait vocation à s'appliquer que lorsque l'Etat avait recueilli une preuve de manière totalement indépendante, sans faire suite à une demande de coopération de la Cour. Ainsi le contrôle aurait différé selon qu'il s'agissait de preuves remises suite à l'ouverture d'une enquête, qui auraient été collectées par l'Etat avant celle-ci dans des buts autres que leur transfert à la Cour (par exemple des enquêtes nationales), ou de preuves collectées après celle-ci dans le dessein de nourrir

---

<sup>55</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, *Le Procureur c/Delalic, Mucić, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucić's motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997, §47.

<sup>56</sup> *Ibid* §48.

l'accusation. Dès lors que la Cour serait impliquée indirectement dans la collecte par le biais de la coopération la Cour se verrait concernée par le respect des standards procéduraux nationaux<sup>57</sup>.

En ce sens, la chambre nuance fortement la vérification de la bonne application du droit national en précisant qu'elle ne dépend pas des entités impliquées dans la collecte et ne s'applique pas à toute violation mais se limite aux violations manifestes de la procédure (voir 2<sup>ème</sup> partie sur l'importance de la gravité de la violation)<sup>58</sup>. Cette décision laisse apparaître l'équilibrisme dont devra faire preuve le juge afin de respecter les obligations de ces deux articles - à savoir le souci de sanctionner des violations procédurales anormales et celui de protéger la souveraineté des Etats - qui s'ils ne sont plus considérés comme exclusifs l'un de l'autre restent extrêmement difficiles à concilier.

Dès qu'il s'agit d'évaluer l'admissibilité d'une preuve illégalement obtenue, devant les J.P.I, on constate que les droits nationaux ont une place très marginale, le droit international étant le cadre de référence. Pour autant, cela veut-il dire que de telles preuves, lorsqu'elles ont été obtenues sous l'empire de droits nationaux, ne seront soumises à aucun examen – ou seulement de manière résiduelle comme cela a pu être fait exceptionnellement devant le T.P.I.Y - de la part du juge international?

Le juge Robinson, qui siège au T.P.I.Y, prônait l'application d'un test d'admissibilité unique et uniforme pour toutes les preuves illégalement obtenues ; ce, quelle que soit leur provenance, pour éviter les disparités de traitement qui pourraient découler des variations du degré de protection des différents droits nationaux:

*« allowing domestic law to determine the admissibility would lead to the anomalous result that countries with lower protection of individual privacy would be more likely to have their intercept admitted before the international tribunal. Instead, the*

---

<sup>57</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, §.38

<sup>58</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, §.37 « *if these provisions in part IX are understood as setting out the requirement that the national law of the requested State be respected in the course of executing a cooperation request, then every potential breach of national procedure, even mere infringements of domestic procedure that do not constitute violations of international human rights law would qualify as a violation of the Statute for purposes of article 69-7 of the Statute. Such an interpretation would render article 69-8 of the Statute essentially superfluous because the chamber would be required to rule on the application of every aspect of national law in order to be assured that the Statute was not breached. Such an interpretation is untenable, article 69-8 was designed to make sure that the Court would not interfere with State sovereignty.*

*international tribunal should apply one standard to all situations where admissibility is an issue*<sup>59</sup> ».

Les articles 69-7 (SR) et 95 (R.P.P T.P.I.Y) s'appliquent dans le cas spécifique des preuves illégalement obtenues. Pour autant, bien que silencieuses à ce sujet, ces règles d'exclusion sont-elles applicables à des violations de dimension nationale, à savoir des violations commises par des autorités étatiques agissant sous l'empire de règles procédurales nationales ? Il reste à déterminer si le contrôle résiduel et circonstancié contenu dans les règles d'exclusion peut jouer en présence de violations nationales palliant en quelque sorte, le contrôle de conformité généralisé qui a été écarté. En d'autres termes, les J.P.I pourraient-elles être considérées comme « responsables » de celles-ci, dans le sens où les articles 69-7 (SR) et 95 (R.P.P T.P.I.) permettraient aux juges de frapper d'exclusion les preuves qui en découlent ?

## **Chapitre 2 - La règle d'exclusion, filtre des preuves obtenues suite à des violations nationales**

La lecture de l'article 69-7 (S.R) laisse clairement apparaître que la violation est l'élément déclencheur de la règle d'exclusion ; plus précisément, celle du Statut de Rome ou des droits de l'homme internationalement reconnus. Pour autant, toute violation entraîne-t-elle nécessairement son application ? Cette question a toute son importance lorsque la violation trouve sa source à un niveau national. Les juridictions pénales internationales et les autorités étatiques travaillent de concert dans le but de poursuivre effectivement les crimes internationaux. La commission d'une violation au niveau national peut-elle avoir des répercussions devant les juridictions internationales, alors que celles-ci n'en sont pas directement responsables ? A partir de quel moment et dans quelles conditions doit-elle être prise en compte ?

A cet égard, il convient de prendre en compte deux critères, l'origine de la violation et sa nature. Dans le premier cas on recherchera si les juridictions pénales internationales doivent tenir compte de violations nationales qui ne leur sont pas directement attribuables. En d'autres termes, il faudra déterminer si l'identité de l'entité à l'origine de la violation, à savoir sa dimension nationale ou internationale, va avoir une incidence sur l'applicabilité de

---

<sup>59</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-99-36-T , *Le procureur c/ Brđanin*, decision on the defence "objection to intercept evidence" 3 octobre 2003, § 24.

la règle d'exclusion conditionnant son déclenchement ou au contraire, sur la base de ce seul critère, son écart (Section 1). Dans le second cas, nous tenterons de déceler si la violation d'une règle procédurale nationale, bien que non mentionnée expressément dans les textes, est couverte par le champ des différentes règles d'exclusion (Section 2).

### **Section 1 - L'influence de l'attribution de la violation sur l'applicabilité de la règle d'exclusion**

Les juges sont les garants de l'équité et de l'intégrité des procédures. Dès lors, des mécanismes ont été mis en place par les juridictions pénales internationales afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à ces principes. C'est le cas de la règle d'exclusion, qui permet de pallier à des irrégularités procédurales en excluant les preuves qui en résultent. Un second mécanisme, celui de l'abus de procédure doit être évoqué. Par abus de procédure, on entend toute irrégularité ou faute grave commise pendant la phase préalable au procès, conduisant à des violations sérieuses, voire flagrantes, des droits de l'accusé<sup>60</sup>. La reconnaissance d'un abus de procédure commande aux juges de refuser l'ouverture du procès ou bien de suspendre les procédures en cours. Contrairement à la règle d'exclusion, l'abus de procédure est une création prétorienne et n'a pas son siège dans l'une des dispositions des statuts. Bien que trouvant leur source dans des fondements distincts, ces deux dispositifs sont considérés par les juges comme ayant le même esprit<sup>61</sup>, ce qui rend leur comparaison intéressante.

Dans les deux cas, une ou plusieurs violations ont été commises, pour la grande majorité, par des entités tierces, à un stade national, suscitant par la suite des difficultés au niveau international, au regard de l'admissibilité pour les preuves et, de la tenue du procès pour l'abus de procédure. Toute violation a deux composantes indissociables, l'une formelle, à savoir la commission par une autorité compétente d'un acte contraire à ses attributions<sup>62</sup>,

<sup>60</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-97-19-AR72, *The Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza*, 3 November 1999 « *a pre-trial impropriety or misconduct that leads to serious and egrerious violations of the accused's rights* ».

<sup>61</sup> T.P.I.Y, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, decision on the defence "objection to intercept evidence" 3 octobre 2003, §.61 « *in applying the provisions of Rule 95, this Tribunal considers all the relevant circumstances and will only exclude evidence if the integrity of the proceedings would indeed otherwise be seriously damaged. Such an approach is consistent with and in the same spirit as that set out by the Appeals Chamber in the case Prosecutor v. Nikolić when analysing the circumstances under which a violation of human rights would require a court to set aside jurisdiction* ».

<sup>62</sup> L'identité des personnes à l'origine des violations peut s'avérer d'une grande importance. En droit français, l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit un principe de loyauté de la preuve. La jurisprudence illustre d'ailleurs que seules les autorités publiques sont tenues au respect de ce principe. Une preuve illégalement obtenue par une personne privée pourra donc être admise dans les débats.

l'autre - découlant de la première – substantielle, réside en la méconnaissance de l'essence d'un droit garanti textuellement. Le cas des perquisitions en droit français peut être pris en exemple afin d'illustrer plus clairement ces composantes. Le code de procédure pénale impose certaines exigences en matière de perquisition. Il peut s'agir de la qualité des personnes habilitées à mener une perquisition (par exemple les officiers de police judiciaire ayant obtenu une autorisation de la part du procureur de la république), ou encore des horaires pendant lesquels la perquisition doit être menée (de 6h00 à 21h00)<sup>63</sup>. Toute atteinte à ces exigences constitue l'aspect formel de la violation. A ce pan formel, fera nécessairement suite un pan substantiel, la méconnaissance du droit à la vie privée qui est garanti à la fois par des textes nationaux (article 9 du code civil) et internationaux (article 8 de la CESDH).

La question est de savoir si l'illégalité constatée empêche nécessairement l'utilisation de « l'objet » en résultant, au niveau international. Autrement dit, les juges internationaux doivent-ils endosser la responsabilité de fautes commises par d'autres entités, en recourant à l'un de ces mécanismes d'intervention *a posteriori*? Par le biais de ceux-ci les juges pourront refuser de prendre en compte les éléments découlant de la violation et, indirectement la sanctionner. Le but est à première vue dissuasif à l'encontre des autorités étatiques<sup>64</sup>, mais il est également palliatif envers l'accusé, puisque si la violation ne peut être effacée, elle sera atténuée par un effet de « retour à la situation initiale ».

Pour ce qui est de l'abus de procédure, nous nous attarderons sur les cas d'arrestations illégales effectuées au niveau national qui ont entraîné bien souvent des débats dans le cadre du transfert des accusés devant les juridictions pénales internationales. A l'instar des preuves, il s'y opère une passation de « l'objet », entre les deux ordres juridiques. La mise en perspective de ces deux procédures permettra de déterminer si au-delà de leur proximité théorique, les exigences de mise en œuvre sont transposables d'un mécanisme à l'autre. Leur confrontation va permettre de dépasser le seuil des apparences et de révéler que ces deux procédures qui semblent, de prime abord si proches, sont mues par des enjeux radicalement différents, qui vont pousser les juges à appliquer ces mécanismes à la lumière de critères différents. De fait, la composante de la violation qui va s'avérer déterminante pour déclencher les procédures de « censure » est différente, selon le cas dans lequel on se trouve.

---

<sup>63</sup> Article 59 du code de procédure pénale français (il faut toutefois noter que selon le type d'enquête les conditions varient).

<sup>64</sup> C. PAULUSSEN, *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Intersentia (2010) p. 531, ces recours ont notamment vocation « *provide a remedy for the violation of the accused's rights; to deter future misconduct; and to enhance the integrity of the judicial process* ».

Alors que c'est l'aspect formel, à savoir l'attribuabilité de la violation qui revêt une importance décisive dans le cadre de l'abus de procédure (A), c'est l'aspect substantiel, à savoir la nature et la gravité de la violation, qui prime pour la règle d'exclusion ; ce qui justifie qu'en pratique elle soit plus souvent utilisée (B).

### A. L'importance de l'attribuabilité de la violation dans le mécanisme d'abus de procédure

Le mécanisme dit 'd'abus de procédure'<sup>65</sup>, a été élaboré pour contrer les violations procédurales – notamment celles touchant les droits de l'homme, la souveraineté des États ou encore l'État de droit de manière générale<sup>66</sup>- atteignant un certain seuil de gravité. Les juges du T.P.I.R, dans l'affaire *Barayagwiza*, vont jusqu'à considérer que, dans de telles situations, il est de leur devoir d'éviter que de nouvelles injustices s'ajoutent à celles déjà existantes, même si cela implique d'aller jusqu'à mettre fin aux procédures<sup>67</sup>. Ce dilemme apparaît de manière systématique à partir du moment où une juridiction pénale internationale se voit remettre un suspect, par une autorité nationale, à la suite d'une arrestation illégale. A ce titre, le T.P.I.Y précisait dans l'affaire *Nikolić*, qu' « *il est extrêmement difficile de justifier l'exercice de sa compétence sur une personne si celle-ci a été déférée devant le tribunal après avoir fait l'objet de mauvais traitements graves* »<sup>68</sup>. Si les juridictions pénales internationales ont, pour la plupart, été confrontées à cette question épineuse, elles sont loin d'y avoir répondu d'une seule et même voix.

En matière d'arrestations illégales, il semble que ce soit la composante formelle de la violation qui soit au cœur du débat, l'identification de l'auteur de celle-ci jouant un rôle décisif dans l'évaluation de l'abus de procédure. Il y a cependant sur ce point un désaccord

<sup>65</sup> Pour une définition du mécanisme de l'abus de procédure voir House of Lords, Lord Lowry, *Bennett v Horseferry Road Magistrates' Court and another*, 24 June 1993, [1993] 3 All England Law Reports 161 « *A court has a discretion to stay any criminal proceedings on the ground that to try those proceedings will amount to an abuse of its own process either (1) because it will be impossible (usually by reason of delay) to give the accused a fair trial or (2) because it offends the court's sense of justice and propriety to be asked to try the accused in the circumstances of a particular case* ».

<sup>66</sup> PAULUSSEN (Christophe) *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Intersentia (2010) ; p.168.

<sup>67</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-97-19-AR72, *The Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza*, 3 Novembre 1999 §.112 « *Nothing less than the integrity of the Tribunal is at stake in this case. Loss of public confidence in the Tribunal, as a court valuing human rights of all individuals – including those charged with unthinkable crimes – would be among the most serious consequences of allowing the Appellant to stand trial in the face of such violations of his rights. As difficult as this conclusion may be for some to accept, it is the proper role of an independent judiciary to halt this prosecution, so that no further injustice results* ».

<sup>68</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° IT-94-2-PT, *Le Procureur c/ Nikolić*, 9 octobre 2002, §.114

entre les tribunaux *ad hoc*. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie considère, pour sa part, qu' « *il importe peu de savoir quel organe est responsable des violations* <sup>69</sup> », dès lors que celles-ci sont suffisamment graves, elles justifient l'arrêt des procédures. Le Tribunal pour le Rwanda, seule juridiction à avoir eu effectivement recours à ce procédé -dans l'affaire *Barayagwiza* même si ce n'était que de manière temporaire<sup>70</sup>- a basé sa décision sur le fait que les omissions en cause étaient attribuables à son Procureur. En effet, il semble que malgré les violations répétées subies par l'accusé, c'est le fait qu'elles aient été imputables au Procureur qui les ait rendues 'inacceptables', ébranlant de manière irréparable l'intégrité des procédures<sup>71</sup>. La suite des événements n'a fait que souligner l'importance accordée à l'identité de l'auteur des violations. Ainsi, la chambre d'appel est revenue sur sa décision au motif que des faits nouveaux démontraient que les violations n'étaient, en fait, pas attribuables au Procureur, mais aux autorités camerounaises<sup>72</sup>. C'est donc le critère de l'identité de l'organe qui, à lui seul, a fait basculer la décision, alors même que le nombre de violations et leur degré restaient inchangés.

Lorsque la question s'est posée devant elle, la Cour s'est alignée sur la position du Tribunal pour le Rwanda. Elle s'est cependant exprimée avec plus de vigueur, levant toute ambiguïté sur la question de l'imputabilité des violations. Dans l'affaire *Gbagbo*, elle tente de clarifier les conditions permettant de retenir l'abus de procédure, en apportant un certain nombre d'indices permettant d'établir à partir de quel moment il est possible de considérer qu'un acte lui est imputable. La Chambre préliminaire I considère que l'imputabilité peut être établie dès lors que la violation est :

« *(i) either directly perpetrated by persons associated with the Court; or*

<sup>69</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n° IT-95-5118-PT, *Le Procureur c/ Karadžić*, 12 octobre 2009. « *the tribunal does not introduce a dual standard for the abuse of process doctrine depending on the nature of the entity which carried out the alleged misconduct* ».

<sup>70</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-97-19-AR72 *Jean-Bosco Barayagwiza v the Prosecutor*, (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration)', 31 mars 2000, §.74 « *In the end, the judges concluded "that the Appellant's rights were violated, and that all violations demand a remedy" but that "the violations suffered by the Appellant and the omissions of the Prosecutor are not the same as those which emerged from the facts on which the Decision is founded"* »

<sup>71</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-97-19-AR72, *The Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza*, 3 Novembre 1999, §.106 « *The crimes for which the Appellant is charged are very serious. However, in this case the fundamental rights of the Appellant were repeatedly violated. What may be worse, it appears that the Prosecutor's failure to prosecute this case was tantamount to negligence. We find this conduct to be egregious and, in light of the numerous violations, conclude that the only remedy available for such prosecutorial inaction and the resultant denial of his rights is to release the Appellant and dismiss the charges against him* »

<sup>72</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-97-19-AR72, *Jean-Bosco Barayagwiza v the Prosecutor*, 'Decision (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration)', Case No. ICTR-97-19-AR72, 31 mars 2000, §.58 *the new facts show that, during this second period, the violations of Barayagwiza's human rights, were not attributable to the prosecutor* ».

(ii) *perpetrated by third persons in collusion with the Court*<sup>73</sup> ».

Si le premier critère ne pose pas de difficulté, il sera en revanche difficile d'établir le lien avec la Cour dans le cadre du second, dès lors que l'idée de « collusion » a une dimension officieuse. Le tribunal *ad hoc* pour le Rwanda a défini cette notion comme « *une entente, généralement secrète, entre deux ou plusieurs personnes, dans un but frauduleux, illicite ou dolosif*<sup>74</sup> ». Les deux indications données dans l'affaire *Lubanga* ne permettent pas d'établir si la Cour considère - à l'instar du T.P.I.R - qu'au-delà d'actions positives, des omissions de la part de ses organes constitueraient également des actes répréhensibles au titre de l'abus de procédure.

Malgré les quelques zones d'ombres qui persistent, une certitude se dessine ; la nature du droit violé n'aura aucun impact sur la décision d'interruption des procédures, seul le lien de rattachement de la violation sera pertinent. Dans l'affaire *Gbagbo* toujours, les juges affirment sans détour:

« *when a violation of the suspect's fundamental rights, however grave, is established, but demonstrates no such link with the Court, the exceptional remedy of staying the proceedings is not available*<sup>75</sup> ».

Ainsi, en dépit des allégations de traitements inhumains et dégradants<sup>76</sup> qu'il aurait subis pendant sa détention de la part des autorités Ivoiriennes, Laurent Gbagbo ne pouvait en bénéficier.

Les possibilités d'interrompre les procédures en cas d'arrestation et/ou de détention illégales ont drastiquement été limitées au fil des décisions. Les juridictions pénales internationales pour s'y soustraire font appel au principe de *male captus bene detentus*, autorisant une Cour à exercer sa compétence sur une personne, alors que celle-ci lui a été déférée de manière irrégulière<sup>77</sup>. En définitive, l'abus de procédure en matière d'arrestations illégales, à défaut d'avoir été une sanction effective, ne reste pour l'instant qu'une épée de Damoclès menaçant de s'abattre sur les autorités nationales. Cela contribue à renforcer le sentiment qu'il existe deux poids deux mesures selon que les actes soient menés par les autorités étatiques ou, par les juridictions pénales internationales elles-mêmes. Christophe

<sup>73</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n° ICC-02/11-01/11, *Le Procureur c/ Gbagbo*, 15 aout 2012, §.92.

<sup>74</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-02-78-A, *Le procureur c/ Kanyarukiga*, 22 mai 2014, §.238.

<sup>75</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n° ICC-02/11-01/11, *Le Procureur c/ Gbagbo*, 15 aout 2012, §.92.

<sup>76</sup> *ibid* §.72 Laurent Gbagbo « *was denied access to counsel for the first six weeks of his detention* »

<sup>77</sup> C. PAULUSSEN, *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Intersentia (2010) p.29 « *the maxim was defined to mean that a court can properly detain, exercise jurisdiction over a person (bene detentus), even if that person was brought into the power of that court in an irregular way (male captus)* ».



Paulussen - dans sa thèse consacrée à la remise des suspects à la Cour pénale internationale - regrette cette rupture de régimes. Selon lui, le simple fait que les violations procédurales puissent être rattachées contextuellement au procès international - par exemple parce que l'individu a été arrêté dans son pays d'origine pour des faits pouvant constituer des crimes internationaux ou encore, parce qu'en l'arrêtant, les autorités nationales avaient pour but final de le livrer à la juridiction pénale internationale compétente - devrait suffire à en transmettre la responsabilité aux juges du niveau supérieur<sup>78</sup>. Si ce n'est résolument pas le cas devant la Cour pénale internationale en ce qui concerne les arrestations, en va-t-il de même pour les preuves ?

### **B. L'indifférence de l'attribuabilité de la violation dans le mécanisme d'exclusion des preuves**

La transposition de cette analyse au champ probatoire permet de constater que malgré la ressemblance frappante entre les deux mécanismes, l'approche des juges est radicalement différente. La règle d'exclusion y est appréhendée avec plus de souplesse, puisqu'elle a abouti à plusieurs reprises, entraînant l'exclusion de certaines preuves controversées. Un double constat permet d'éclairer ce contraste.

En premier lieu, il est important de souligner que cette différence trouve en partie sa source dans les enjeux mêmes des mécanismes. Tandis que la question de l'exclusion intervient en cours de procès, dans un cadre déjà solidement établi, celle de l'arrestation va être déterminante pour le déclenchement de celui-ci. En effet, au-delà de garantir la tenue d'un procès équitable, il s'agit de déterminer « *whether it would be fair to put them [the accused] on trial in the first place*<sup>79</sup> ». Au même titre, l'interruption des poursuites, si elle n'entraîne pas nécessairement l'impunité<sup>80</sup>, va inévitablement entraver le processus

---

<sup>78</sup> C. PAULUSSEN, *op.cit.*, p.531 « *However, it is arguably a good thing that the judges take the ultimate responsibility for violations committed in the context of their case, irrespective of whether the Prosecutor or another entity was responsible for these violations. Hence, that may also include violations committed by entities over which the organs of the Tribunal have no control. The only important requirement is arguably that these wrongs can in some way be connected to the context of the Tribunal case* ».

<sup>79</sup> G. SLUITER, « *International Criminal Procedure : principles and rules* », Oxford University Press (2013), p.363

<sup>80</sup> C. PAULUSSEN, *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Intersentia (2010). Suite à un refus de juger par une juridiction, plusieurs options restent envisageables. Tout d'abord dans les cas les moins graves la juridiction en question peut être elle-même amenée à juger à nouveau la personne si l'interruption a permis de contrebalancer la violation: p.171 « *if a person has been the victim of an unlawful arrest/detention (but not one which is so serious that it leads to the ending of the case), he must, strictly speaking, be released. However, as explained, that does not preclude re-arrest on the spot and being brought to trial (This will especially be the case if the suspect is charged with serious crimes and prosecution*

judiciaire – même si ce n'est qu'en le ralentissant - ce qui explique la réticence des juges à en faire usage. Le mécanisme d'exclusion des preuves est, quant à lui, indéniablement au service de l'impératif de maintien de l'équité durant l'intégralité du procès. En évinçant certaines preuves les juges cherchent à rétablir entre les parties, un équilibre rompu par des méthodes d'investigation invasives, voire privatives d'une partie des droits de la défense. Si l'exclusion prive l'accusation d'éléments parfois précieux, elle n'est pas de nature, en elle-même, à remettre en cause le bon déroulement du procès qui se construit autour d'une grande quantité de preuves. Les répercussions de l'utilisation de la règle d'exclusion ayant une ampleur moindre que celles découlant de l'abus de procédure, il paraît naturel que sa mise en œuvre soit facilitée.

En second lieu, on constate que le point central de la règle d'exclusion est totalement différent de celui de l'abus de procédure. En effet, c'est la violation substantielle du droit qui va être déterminante et non pas la nature de l'entité qui en est à l'origine. Cette divergence est essentielle, puisqu'elle permet aux juges internationaux d'exclure des preuves même si la Cour n'est aucunement impliquée dans la violation. Dès lors, on peut considérer qu'en excluant ces preuves, la juridiction internationale endosse la responsabilité pour des actes irréguliers qui lui sont pourtant détachables, ce qui permet, en théorie, d'éviter leur pérennité<sup>81</sup>. Suivant cette logique, la violation resterait attachée à la preuve qu'elle a permis d'obtenir et non pas à son auteur. Ainsi, que ce soit devant la C.P.I ou le T.P.I.Y, les juges ont eu recours à l'exclusion d'interrogatoires lors desquels les accusés s'étaient vu refuser l'assistance d'un conseil, alors même que seules des autorités nationales en étaient à l'origine<sup>82</sup>.

Pour autant, si la nature de l'entité commettant la violation n'est pas déterminante, on pourrait raisonnablement penser qu'elle n'est pas non plus indifférente. En effet, l'implication d'un organe rattaché à l'une des juridictions pénales internationales, dans une

---

*is considered to be of utmost importance.) In such a case, the prosecuting authorities could assert that this 'remedy' (the 'release') has repaired the initial iniuria of the irregularity and that the trial can continue as normal » ; La juridiction peut cependant interdire au procureur toute nouvelle action contre la personne en question : p.169 « a release/dismissal of the case with prejudice to the Prosecutor means that the Prosecutor is barred from starting a new trial against the suspect after the latter's release » ; dans ce cas, une juridiction tierce sera toujours à même de se saisir de l'affaire : p.540 « the ending of the case before the now prosecuting court, it is not the same, or should not be the same, as impunity for the suspect (...) does arguably not mean that another court, which has nothing to do with the male captus, cannot try the suspect afterwards ».*

<sup>81</sup> La 3<sup>ème</sup> partie illustrera que seules certaines violations vont entraîner l'exclusion, tandis que d'autres seront tolérées.

<sup>82</sup> Voir entre autre TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Delalic, Mucic, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucic's motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997; CPI, Chambre de première instance II, affaire n° ICC-01/04-01/07, *Le Procureur c/ Katanga*, Decision on the Prosecutor's Bar Table Motions, 17 décembre 2010.

violation, pourrait être un facteur additionnel permettant de faire pencher la balance en faveur de l'exclusion ; la proximité institutionnelle ne pouvant qu'accentuer le caractère manifeste de la violation. Ainsi que la défense et les *amici curiae* l'ont soulevé dans l'affaire *Ntahobali*, une collusion entre le bureau du procureur et les autorités nationales ou certains témoins, devrait mener à l'exclusion des preuves en résultant, pour atteinte à l'intégrité des procédures<sup>83</sup>. La chambre d'appel du T.P.I.R dans l'affaire *Kayarukiga* tempère ce postulat en soulignant qu'une telle collusion n'est susceptible d'entraîner l'exclusion d'une preuve que si celle-ci est avérée et non seulement suspectée<sup>84</sup>.

Toutefois, l'affaire *Lubanga* révèle que les juges de la Cour pénale internationale ne semblent pas embrasser cette interprétation. Dans le cadre de cette dernière, ils devaient se prononcer sur l'admissibilité de centaines de preuves obtenues suite à une perquisition illégalement menée en R.D.C. Cette décision présente un intérêt particulier puisque la perquisition a été menée par les autorités nationales, mais en présence d'un représentant du bureau du Procureur de la C.P.I. Si la décision ne permet pas d'établir avec précision le degré d'implication de chacun des acteurs, il s'agit de toute évidence d'une action concertée. Au demeurant, il apparaît que « *les informations dont dispose la Chambre laissent penser que l'Accusation semblait tout aussi intéressée, voire peut-être plus intéressée, par les pièces en question* »<sup>85</sup> que les autorités nationales. Les juges vont même plus loin en ajoutant qu'« *il semble que la présence de l'Accusation a influencé la manière dont la perquisition et la saisie ont été conduites* »<sup>86</sup>. Le rôle décisif du bureau du procureur dans le déroulement de l'opération est indéniable<sup>87</sup>.

En dépit de ces constatations, l'implication d'un agent de la Cour ne semble pas être un élément qui ait pesé dans l'évaluation de l'admissibilité des preuves en question. Si les juges ont estimés que l'action des autorités nationales était disproportionnée, ils en concluent qu'il n'en va pas de même pour celle du représentant du bureau du Procureur dès lors que rien ne permet de prouver que celui-ci ait eu le pouvoir d'empêcher cette collecte excessive

<sup>83</sup> I.C.T.R, Decision on Ntahobali's Motion for an Investigation into False Testimony and Kanyabashi's Motion for an Investigation into Contempt of Court Relative to Prosecution Witnesses QY and SJ, 19 mars 2009. para. 824.

<sup>84</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n° ICTR-02-78-A, Le procureur c/ Kanyarukiga, 22 mai 2014, §.238 « *le simple risque de collusion n'autorise pas à écarter tel ou tel élément de preuve par application de l'article 95 du Règlement* ».

<sup>85</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n° ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 §.80.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> La simple présence du procureur devrait d'ailleurs suffire à considérer que celui-ci est impliqué dans les violations commises ne serait-ce que par omission.

de preuve<sup>88</sup>. Au-delà du fait que ce raisonnement semble contredire les constatations antérieures des juges de la chambre préliminaire, on peut noter que le caractère disproportionné de la perquisition n'a pas entravé l'admission des preuves contestées au niveau international. Rien ne permet cependant d'affirmer que si l'action du bureau du Procureur avait également été directement considérée comme disproportionnée cela aurait entraîné l'exclusion des preuves. Le poids de l'aspect formel de la violation dans l'application de la règle d'exclusion ne s'en trouve que davantage atténué.

On ne peut que soutenir la position de Georges Edwards qui considère que si le Statut de Rome n'est pas directement applicable à tous (notamment aux Etats, aux organisations internationales...), l'esprit de l'article 21-3 – à savoir l'obligation d'agir en conformité avec les droits de l'homme – s'étend indistinctement aux actes menés par des entités tierces en vue de contribuer au travail de la Cour<sup>89</sup>. Il est donc heureux que l'évaluation de l'admissibilité des preuves obtenues par le biais de violations se fasse à la lumière de la règle d'exclusion, ce, peu importe l'entité qui en est à l'origine.

## **Section 2 - L'extensibilité du champ d'action de la règle d'exclusion par-delà la nature de la violation**

La règle d'exclusion prévue par le Statut de Rome est plus exhaustive que celles des T.P.I. Alors que la rédaction de ces derniers laisse penser que toute violation, quelle qu'elle soit, est susceptible de jouer, la C.P.I ne consacre son déclenchement que pour deux types spécifiques de violations, celles de son Statut et celles des droits de l'homme internationalement reconnus. Les violations de dimension nationale, alors qu'elles sont les plus fréquentes, ne sont pas mentionnées dans le texte. Pourtant, comme le souligne Anne-Marie La Rosa, « *il existe une relation étroite entre les éléments de preuves pouvant être*

---

<sup>88</sup> C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009, §46 « *there are no indicators that the investigator controlled or could have avoided the disproportionate gathering of evidence, or that he acted in bad faith* ».

<sup>89</sup> G. EDWARDS, « International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 : 323, 2001 p.348 « *The human rights obligations imposed by article 21(3) extend to all law to be applied and interpreted by the ICC, and to all aspects of the operations of the Court, including acts of the Prosecution, the judges, and the Assembly of States Parties, and, quite probably to acts of States Parties themselves, IGO and others who cooperate with the ICC* ».

*exclus en raison du fait qu'ils ont été obtenus par un moyen violant le statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus et le non-respect du droit national*<sup>90</sup> ». Dès lors, une violation nationale peut-elle constituer par ricochet une violation du Statut ou des droits de l'homme internationalement reconnus ? Autrement dit, la règle d'exclusion a-t-elle vocation à s'appliquer aux actes illégaux commis par des autorités nationales ?

Pour chaque juridiction pénale internationale, un corpus de textes – il s'agit entre autres des Statuts et des règlements de procédures et de preuves - a été pensé pour constituer un cadre dans lequel l'action de ses agents doit s'inscrire. Lorsqu'elles concourent aux enquêtes menées par les J.P.I, les autorités nationales sont-elles liées d'une quelconque manière par le contenu de ces textes? Sur cette question, l'appréciation des juges varie, ce qui aura une répercussion sur le champ d'application de la règle d'exclusion, qui va osciller d'une juridiction à l'autre.

Les juges du T.P.I.Y donnent à leur arsenal juridique un rayonnement plus important que ne le fait la C.P.I. En effet, dans l'affaire *Mucić*, ils ont exclu un interrogatoire qui avait été mené par les autorités autrichiennes, en contradiction avec la procédure prescrite par l'article 42-A-i du R.P.P. Celui-ci garantit, entre autre, à tout suspect l'assistance d'un conseil, dès la phase de l'enquête. Le droit autrichien ne prévoyait pas, au moment des faits, l'accès à un avocat à ce stade; en ne donnant pas au suspect la possibilité d'en bénéficier, la police ne violait pas le droit national, mais seulement les dispositions du R.P.P. Les autorités nationales, en agissant sur leur territoire et dans le cadre de leurs attributions, peuvent par conséquent directement violer le corpus juridique du T.P.I.Y et, voir leurs actes soumis à la règle d'exclusion prévue par l'article 95 du R.P.P. Selon le même raisonnement, lorsque des autorités nationales recueillent des preuves dont la finalité est de servir le procès pénal international, ces autorités, en plus d'agir en vertu de leur droit propre, se voient également liées par les standards contenus dans le R.P.P du T.P.I.Y<sup>91</sup>. Les preuves recueillies par les autorités nationales, sur leur territoire, pour être admissibles, devraient répondre à un double standard de conformité celui posé par le droit national, mais aussi celui posé à un niveau

---

<sup>90</sup> A.- M. LA ROSA, « commentaire de l'article 69 », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone, (2012) p. 1598 ;

<sup>91</sup> A. ALAMUDDIN, *Collection of evidence in K. A. A KHAN, C. BUISMAN, C. GOSNELL, Principle of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford University Press (2010), p.235 “where national authorities take a statement for use at the ICTY, the process must comply with international standards codified in the Tribunal's rules”.

international, par le corpus juridique de la juridiction pénale internationale<sup>92</sup> ; le fait que le second prime aux yeux des juges internationaux ayant été abordé précédemment.

La C.P.I quant à elle, va strictement limiter la portée de ses textes à ses propres organes. Lors de l'affaire *Katanga* les juges ont clairement indiqué que le Statut de Rome n'impose aucune obligation procédurale sur les autorités étatiques agissant indépendamment de la Cour<sup>93</sup>. Ainsi, des preuves recueillies non conformément au Statut de Rome par un Etat qui n'agit pas en vertu d'une requête de la Cour ne peuvent pas être considérées comme pouvant constituer « une violation du Statut » telle que requise par l'article 69-7<sup>94</sup>. Or, l'affaire *Lubanga* - précédemment évoquée - a démontré combien il est difficile d'établir le seuil à partir duquel on peut considérer qu'un Etat agit en cohésion avec la Cour.

Face à l'approche englobante dont fait preuve le T.P.I.Y<sup>95</sup>, le premier élément déclencheur de la règle d'exclusion, à savoir la violation du statut, semble beaucoup plus limité devant la Cour, puisqu'il ne pourrait, à première vue, s'appliquer qu'aux seules violations commises par les organes de la Cour. L'avocat de la défense dans l'affaire *Katanga* regrettait à juste titre l'absence de traitement égalitaire entre les différents acteurs prenant part au procès pénal international. Sachant que le Statut de Rome répertorie les standards procéduraux minimum requis devant la Cour, toutes les preuves, peu importe leur provenance, devraient y être conforme<sup>96</sup>.

Les juges, dans la récente affaire *Bemba II*, semblent largement étendre la possibilité d'appliquer l'article 69-7 à des violations nationales. En effet, ils précisent que si les Etats ne sont pas liés, dans la collecte des preuves par le Statut dans son entier, ils le sont par certaines dispositions de celui-ci, lorsqu'ils agissent suite à une demande de coopération de la Cour<sup>97</sup>. Autrement dit, une violation nationale peut par extension être considérée comme

---

<sup>92</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Delalic, Mucić, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucić's motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997, §.48, « *the trial chamber is governed by its Rules. Accordingly, any evidence to be admissible in proceedings before it must satisfy the law as provided in the Statute and Rules.* »

<sup>93</sup> C.P.I, Chambre de première instance II, affaire n° ICC-01/04-01/07, *Le Procureur c/ Katanga*, decision on the Prosecutor's Bar Table Motions, 17 décembre 2010, §.59 « *L'article 55-2 n'impose aucune obligation de procédure aux États agissant de manière indépendante.* »

<sup>94</sup> *Ibid* §.59 : « *La Chambre conclut également qu'on ne saurait dire des éléments de preuve recueillis suivant des modalités non conformes aux exigences de l'article 55-2 du Statut, par un État n'agissant pas à la demande de la Cour, qu'ils ont été obtenus par un « moyen violant [le Statut] » tel que visé à l'article 69-7.* »

<sup>95</sup> Voir note 87, le T.P.I.Y dit clairement que les standards du corpus juridique du tribunal s'imposent à toute autorité nationale dans la collecte de chaque preuve, même si celle-ci ne répond pas à une requête qu'il a émise.

<sup>96</sup> *Ibid* §.57 « *article 55-2 is "an indicator of the kind of standards expected from the ICC" and that therefore all evidence "should be collected in compliance with the ICC legal standards"*<sup>96</sup>.

<sup>97</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, §. 33 « *some specific provisions of the Statute apply directly to national authorities acting on request of the Court* »

une violation du Statut et entrer dans le champ de l'article 69-7<sup>98</sup>. Toutefois, la chambre consacre une approche discriminatoire en ne visant que certaines dispositions du statut ; à ce titre la décision fait seulement mention des articles 55-2 et 59, sans préciser si la liste est exhaustive. De plus, la possibilité pour une violation nationale de constituer dans le même temps une violation du Statut est limitée et dépend encore une fois de son degré de gravité.

Un autre canal, expressément mentionné dans le statut de Rome, permet d'exclure une preuve, celui de la violation des droits de l'homme internationalement reconnus. Lorsque la violation contestée devant l'une des juridictions pénales internationales porte directement atteinte à une norme nationale, celles-ci ont, de prime abord, tendance à se montrer réfractaire à y appliquer la règle d'exclusion par le biais des droits de l'homme. Ainsi, pour le T.P.I.Y, le recours à l'exclusion serait uniquement destiné à des violations de règles procédurales prévues par des instruments juridiques internationaux et non pas par le droit national<sup>99</sup>. Au même titre, la Cour opère une distinction entre les violations, les scindant en deux catégories distinctes. En effet, avant d'appliquer la règle d'exclusion, il faut « *déterminer s'il y a eu illégalité de nature à constituer une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou seulement une infraction aux règles nationales de procédure*<sup>100</sup> ». Comme en témoigne le choix du mot « *seulement* », les juges accordent un poids moindre aux violations des règles nationales. Dès lors, ils considèrent que même si les règles nationales en question mettent en œuvre des droits de l'homme, leur transgression n'entraîne pas automatiquement l'application de la règle d'exclusion<sup>101</sup>. Il apparaît néanmoins que si la frontière entre les violations nationales et celle des violations des droits de l'homme internationalement reconnus est tangible, elle n'est pas totalement étanche. A demi-mots, les juges laissent entendre qu'il est envisageable que certaines illégalités nationales puissent également tomber sous le joug de l'article 69-7 en ce qu'elles constituent

<sup>98</sup> *Ibid.* « *making the way in which national procedures were implemented relevant in an article 69-7 analysis* ».

<sup>99</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-95-5/18-T, *Le Procureur c/ Karadžić*, 30 septembre 2010, §.5 précise « *Rule 95 does not serve to exclude evidence based on violations of procedural safeguards set forth in domestic law* ».

<sup>100</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.73.

<sup>101</sup> C.P.I, Chambre de première instance II, affaire n° ICC-01/04-01/07, *Le Procureur c/ Katanga*, Decision on the Prosecutor's Bar Table Motions, 17 décembre 2010, §58 ; CPI, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009 §.36 « *evidence obtained in breach of national procedural laws, even though those rules may implement national standards protecting human rights, does not automatically trigger the application of Article 69(7) of the Statute* ».

également des illégalités au niveau international; leur détermination semble laissée à la discrétion des juges. L'étude de la jurisprudence de la Cour n'a permis de dégager avec certitude qu'un seul critère permettant de faire basculer une "simple" violation nationale vers une dimension internationale : son degré de gravité<sup>102</sup>. C'est dans l'affaire *Lubanga* - même si en l'espèce, il n'a pas été retenu – que les juges l'ont soulevé:

*« l'illégalité de la perquisition et de la saisie effectuées en l'absence de [EXPURGÉ] constitue une violation d'une règle de procédure nationale mais ne peut être considérée comme si grave qu'elle puisse être assimilée à une violation des droits de l'homme internationalement reconnus<sup>103</sup> ».*

Le droit à la vie privée, s'il n'est pas consacré par le Statut de Rome est pourtant considéré comme un droit de l'homme internationalement reconnu par de nombreux instruments internationaux ainsi que par la jurisprudence d'autres J.P.I.<sup>104</sup>. Le T.S.L déclare expressément que : *« la question liminaire consiste à savoir si le respect de la vie privée fait partie des « normes internationales en matière de droits de l'homme » visées à l'article 162 B) [règle d'exclusion du T.S.L] du Règlement. La réponse à cette question est positive<sup>105</sup> ».* La gradation retenue par la Cour est laissée à l'entière appréciation des juges. Lorsque des illégalités nationales sont considérées comme suffisamment grave, ils devront les soumettre au double test de l'article 69-7 SR, tel que l'article 63-3 du R.P.P du S.R le commande<sup>106</sup>.

Les rédacteurs du Statut ont souhaité éviter que toute violation nationale ne constitue *per se* une violation au sens de l'article 69-7 ce qui explique qu'ils en ont circonscrit le champ d'application, le chapeau n'invoquant que deux types de violations<sup>107</sup>. Pour cette raison, les juges se montrent très rigoureux dans la détermination des violations nationales pouvant entrer dans l'une de ces catégories. La pratique démontre que leur prise en compte

<sup>102</sup> Le critère de gravité s'avère être le pivot de la règle d'exclusion comme nous le verrons dans la 2<sup>ème</sup> partie.

<sup>103</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.78.

<sup>104</sup> T.P.I.Y, affaire n°IT-04-84-R77.4-A, *Le procureur c/ Haraqija et Morina*, 23 juillet 2009, §.28

<sup>105</sup> T.S.L, chambre de première instance, affaire n° STL-11-01/T/TC, *Le Procureur c/ Ayyash et autres* 6 mai 2015, §78.

<sup>106</sup> Règle 63-3 RPP CPI *« Les Chambres statuent en matière d'admissibilité à la requête d'une partie ou d'office, conformément à l'alinéa a) du paragraphe 9 de l'article 64, lorsque la requête se fonde sur les motifs visés au paragraphe 7 de l'article 69 ».*

<sup>107</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, *« if any kind of domestic procedural violation qualified as an article 69-7 violation then the chapeau of the provision would not need to be limited to only violations of the Statute or internationally recognized human rights ».*



n'est pas seulement déclaratoire, puisqu'elle a mené à l'exclusion de certaines preuves. Dans l'affaire *Katanga*, précédemment évoquée, la violation du droit au silence et corrélativement à l'assistance d'un avocat par les autorités congolaises, si elle n'a pas permis l'exclusion de l'interrogatoire pour violation de l'article 55-2 c) et d)<sup>108</sup> du Statut, l'a permis pour violation des droits de l'homme internationalement reconnus. Au vu de la décision *Bemba II* et de l'assouplissement relatif qu'elle génère, de tels manquements pourraient désormais mener à l'exclusion tant pour violation du Statut de Rome que pour violation des droits de l'homme internationalement reconnus.

### **Conclusion :**

Si les juges ne ferment pas la porte du recours à la règle d'exclusion aux violations nationales, il ne se présente pas comme une évidence. Les juges prennent, à juste titre, davantage en compte la nature de la violation que sa forme. Malgré cela, les violations sont trop souvent classées de manière catégorielle, les juges considérant que lorsqu'elles sont commises par des autorités nationales elles concernent uniquement le droit national et échappent au champ de la règle d'exclusion. Or, bien souvent une violation du droit national occasionne une violation du droit international - le premier visant à retranscrire et mettre en œuvre le second - les Etats étant, pour la plupart, tenus par les deux corps de règles. Ce n'est pas parce que les juridictions pénales internationales n'exercent aucun contrôle direct sur la collecte des preuves au niveau national et ne sont pas tenues par les règles l'entourant, qu'elles ne doivent pas en tenir compte dans l'appréciation de l'admissibilité de celles-ci devant leurs prétoires. Il semble nécessaire, qu'en pratique, « *cette disposition [l'article 69-7 S.R] s'applique à toute collecte de preuves, y compris celle qui aurait pu être réalisée par un Etat*<sup>109</sup> ». Après tout, la violation reste attachée à la preuve; le fait de transmettre cette dernière à un autre niveau juridictionnel ne la faisant pas disparaître. Devant les juridictions pénales internationales, toute preuve frappée d'un vice devrait être évaluée à travers le prisme de la règle d'exclusion afin d'éviter toute discrimination injustifiée basée sur leur provenance.

<sup>108</sup> Article 55§2-c du Statut de Rome la personne accusé a le droit d' « être assistée par le défenseur de son choix » et 55-2-d d' « être interrogée en présence de son conseil à moins qu'elle n'ait renoncé volontairement à son droit d'être assistée d'un conseil ».

<sup>109</sup> A.-M. LA ROSA, « commentaire de l'article 69 », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone, (2012) p.1597.

L'affaire *Ayyash* en cours devant le T.S.L pourrait s'avérer révélatrice sur la question de la prise en compte de la légalité de l'obtention des preuves au niveau national. En l'espèce, le procureur et l'UNIIC – commission d'enquête mandatée par le conseil de sécurité – ont réclamé à des entreprises libanaises de leur transmettre des registres de données d'appel recueillis selon des procédures nationales. La défense a remis en cause ces transferts, considérant qu'ils étaient « sauvages », autrement dit qu'ils avaient eu lieu en l'absence de tout cadre normatif ou de tout contrôle judiciaire, ce qui revenait à violer le droit à la vie privée. La Chambre d'appel a écarté toute violation du droit à la vie privée, en prenant en compte l'indépendance du procureur vis à vis du cadre légal libanais mais aussi les pouvoirs spécifiques dont jouissait l'UNIIC en vertu de la résolution portant sa création. Les juges ont ainsi refusé d'utiliser l'article 162 du R.P.P du Tribunal, à savoir la règle d'exclusion, pour écarter ces registres des débats. Toutefois, la Chambre, dans cet arrêt, laisse clairement apparaître que l'écart de l'article 162 ne vaut qu'en ce qui concerne la transmission de ces preuves, leur obtention pouvant justifier leur exclusion par la chambre de première instance. Contrairement aux autres affaires évoquées dans cette étude, aucune violation dans l'obtention des preuves n'a, pour l'instant, été établie ; la chambre de première instance devant se pencher sur ce point au courant de l'année 2016. La Chambre d'appel précise à ce titre qu' « *il s'agira notamment d'évaluer la manière dont les registres ont été recueillis, récupérés et conservés afin de déterminer s'ils sont admissibles en application des articles 149 et 162 du règlement*<sup>110</sup> ». Les propos de la Chambre d'appel laissent espérer que si l'obtention des registres au niveau national est considérée comme illégale au regard du droit national ou international, la transmission sera par ricochet remise en cause, les preuves ne pouvant pas être utilisées devant le Tribunal. La décision de la chambre de première instance permettra de savoir si l'utilisation des preuves est impossible, alors même que le procureur les a obtenues légalement, à cause d'irrégularités lors de la phase nationale.

Ces débats au cœur du procès *Ayyash* laissent entrevoir que la phase de collecte des preuves, même nationale à toute son importance dans le cadre de l'utilisation de la règle d'exclusion ; toute violation peut ainsi trouver un écho à un stade ultérieur et se voir sanctionner par les règles d'exclusions prévues par les juridictions pénales internationales.

---

<sup>110</sup> T.S.L, Chambre d'appel, affaire n° STL-11-01/T/TC, *Le Procureur c/ Ayyash et autres* 28 juillet 2015, §. 59

## DEUXIEME PARTIE - L'application de la règle d'exclusion par le juge: analyse des critères de sa mise en œuvre

Malgré la prédominance du modèle anglo-saxon au cœur de la procédure pénale internationale, l'administration des preuves est principalement guidée par le courant civiliste<sup>111</sup>. Cette influence se ressent dans les règles encadrant l'admissibilité des preuves qui sont rédigées en des termes très généraux. En ce qui concerne les preuves illégalement obtenues, les articles 69-7 (S.R) et 95 (T.P.I.) contiennent seulement des lignes directrices pour orienter l'action des juges. On peut s'interroger sur la manière dont ces règles sont alors interprétées et sur les cheminements qui permettent d'aboutir à l'exclusion.

Dans la sphère internationale, la C.E.D.H est l'une des premières juridictions à s'être prononcée sur la question. Dans l'arrêt *Schenk*, elle précise qu'on ne « *[peut] pas exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale*<sup>112</sup> ». L'admissibilité d'une preuve n'est alors pas nécessairement remise en question du fait de l'illégalité qui entache sa collection. Les règles d'exclusion des J.P.I, en ce qu'elles prévoient « une grille d'évaluation », ne laissent aucun doute sur le fait que l'exclusion n'est qu'une alternative et ne suit pas une logique d'automatisme. Toutefois, on peut se demander s'il existe des cas dans lesquels les juges sont tenus d'exclure certaines preuves, sans examen complémentaire ; des cas où l'exclusion n'est pas un pouvoir mais un devoir. Existe-t-il, en quelque sorte, des causes d'exclusion objectives (chapitre 1)?

Si la question n'est pas tranchée de manière homogène, il apparaît que l'exclusion reste avant tout une simple possibilité, modulable selon chaque cas, en fonction des critères de fiabilité et d'intégrité. Ces critères, pourtant au cœur du mécanisme d'exclusion, ne sont que très peu détaillés sur le papier. Ce manque de précision décuple le rôle du juge qui verra son pouvoir d'interprétation de la loi étendu, lui permettant de participer largement à la construction du droit international pénal. En matière de preuves illégalement obtenues justement, le juge – prenant parfois le contrepied de la lettre des statuts - interprète restrictivement les articles 69-7 (S.R) et 95 (T.P.I.), se ménageant ainsi la possibilité de ne recourir à l'exclusion que dans des cas très limités (chapitre 2).

---

<sup>111</sup> Le Juge Cassese précisait en ce sens dans son « Statement by the President at a briefing to members of diplomatic missions concerning the adoption of the Rules of Procedure and Evidence of the ICTY » (IT/29, 11 february 1994). « *we have adopted a largely adversarial approach to our procedures (...) however there are important adaptation to that adversarial system, (one) is that we have not laid down technical rules for the admissibility of evidence* ».

<sup>112</sup> C.E.D.H, *Schenk c/ Suisse*, 12 juillet 1988, requête 10862/84§.46.

## Chapitre 1 - La reconnaissance partielle d'une cause d'exclusion objective

Les rédacteurs des différents statuts ont fait le choix de ne pas proscrire certains types de preuves, mais plutôt de donner aux juges des lignes directrices pour évaluer au cas par cas l'admissibilité de celles-ci<sup>113</sup>. Pour autant, existe-t-il des cas dans lesquels les juges se trouvent dans l'obligation d'exclure une preuve, sans même avoir besoin de recourir au double-test ? Autrement dit, certaines violations justifient-elles une exclusion objective ? La question se pose notamment au regard du droit français qui prévoit dans certains cas que « *le respect des conditions de forme déterminées est prescrit à peine de nullité* »<sup>114</sup>. Dans le même sens, la doctrine fait parfois référence aux règles d'exclusion des J.P.I comme étant « *mandatory* »<sup>115</sup>, en d'autres termes, s'imposant aux juges.

C'est dans le cadre de l'affaire *Mucić* que la question de l'exclusion objective s'est posée pour la première fois. Il s'agissait en l'espèce, d'un entretien mené par les autorités autrichiennes, sans que l'accusé n'ait eu la possibilité d'être assisté par un avocat. Or, l'article 42 du R.P.P (T.P.I.Y) prévoit expressément la possibilité d'avoir accès à un conseil, ce, pour tous les interrogatoires. La chambre a alors exclu l'entretien en question, au motif que le Tribunal est guidé, avant tout, par son Statut et son Règlement ; dès lors, une violation directe de l'un de ces instruments - lors de la collecte d'une preuve - rendrait l'acte nul<sup>116</sup>. La violation d'une règle expresse du R.P.P ou du Statut entraînerait alors automatiquement exclusion, peu importe l'entité qui en est à l'origine. La chambre ajoute à cet égard: « *it seems to us extremely difficult for a statement taken in violation of Rule 42 to fall within Rule 95* »<sup>117</sup>. Cette déclaration laisse entendre que, de manière certaine, une preuve obtenue en violation du R.P.P ne pourra en aucun cas répondre favorablement aux critères requis par l'article 95 pour être qualifiée d'admissible<sup>118</sup>. La preuve pourra être exclue de « prime

<sup>113</sup> C.P.I, Chambre de première instance 1, affaire n° ICC-01704-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, 13 juin 2008, §24 : « *the drafters of the Statute framework have clearly and deliberately avoided proscribing certain categories or types of evidence, a step which would have limited - at the outset - the ability of the Chamber to assess evidence freely* ».

<sup>114</sup> C.E.D.H *Lee Davies c/ Belgique*, 28 juillet 2009 requête n°18704/05§.36 ; Le code pénal Français sanctionne certaines violations procédurales de nullité d'office article 100-7 Code de procédure pénale concernant certaines interception téléphoniques; Article 100-5 concernant la retranscription de correspondance entre un avocat et son client.

<sup>115</sup> G. EDWARDS, « International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 :323 ;2001 p.335 « *the mandatory exclusion provision of the Rome Statute, article 69-7* ».

<sup>116</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Delalic, Mucić, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucić motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997,§.47.

<sup>117</sup> *Ibid.* §.43

<sup>118</sup> M. KLAMBERG, *Evidence in International Criminal Trials : Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*, Brill, (2012), p.401 « *admitting evidence obtained by any person, in*

abord », sans même que les juges n'aient besoin d'appliquer le double test de fiabilité et d'intégrité. On peut ainsi considérer qu'il existe une règle d'exclusion automatique, non écrite, en cas de violations des instruments juridiques du T.P.I.Y, le double test prévu par l'article 95 ne s'appliquant alors que de manière résiduelle, aux violations restantes<sup>119</sup>.

Le même cas de figure s'est présenté dans l'affaire *Halilovic*, mais cette fois au vu de la violation de l'article 43 du R.P.P, qui impose l'enregistrement des interrogatoires dès lors qu'une personne est considérée comme suspecte. Dans les faits, l'interrogatoire n'ayant pas été enregistré, celui-ci a été exclu. Cette affaire présente un intérêt particulier, en ce qu'elle contient des opinions dissidentes qui permettent de suivre les débats ayant conduit à l'exclusion. Ce faisant, elle nous conduit à relativiser le postulat de départ selon lequel la violation du R.P.P suffit, à elle seule, à commander l'exclusion d'une preuve. Cette décision retrace une polémique qui a divisé les juges quant à savoir si la preuve en question devait être exclue d'office, car elle était le fruit d'une violation directe des règles du Statut ou, si elle devait être exclue sur la base de son absence de fiabilité, donc, en vertu de l'un des critères de l'article 95.

Pour certains juges, le test d'admissibilité des preuves se divise en deux étapes séquentielles : « dans l'affaire *Celebici* la Chambre d'appel déclarait qu'elle devait s'assurer 1) que toutes les garanties procédurales avaient été respectées et 2) que les éléments de preuves étaient dignes de foi<sup>120</sup> » ; la seconde partie du test dépendant du résultat de la première. Le double test prévu par l'article 95 R.P.P serait alors facultatif, ne s'appliquant que si une exclusion automatique est impossible. Les juges « usent du pouvoir d'appréciation qui est le leur pour juger de la valeur probante et de la fiabilité d'un élément de preuve dans le cadre, respectivement des articles 89-D et 95 uniquement après avoir établi que l'accusation a respecté certaines garanties procédurales (...) Dès lors qu'il est établi que l'article 43 s'appliquait et qu'il a été violé, la Chambre n'a plus le choix, elle doit exclure la déclaration <sup>121</sup> ». Selon le juge Meron, dans le cas présent, le rôle du juge se retrouve circonscrit par le fait que « le non-respect de l'article 43 du règlement entache

---

*violation of the tribunal's and court's own statute and rules is almost by definition antiethical to or damaging to the integrity of the proceedings ».*

<sup>119</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Delalic, Mucić, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucic's motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997, §.44 « we regard it (article 95) as a residual exclusionary provision ».

<sup>120</sup> T.P.I.Y, Chambre d'Appel, affaire n° IT-01-48-A, *Le Procureur c/ Halilovic*, 16 octobre 2007, opinion individuelle du juge Méron §6.

<sup>121</sup> *Ibid.* opinion individuelle du juge Méron §.8 ; opinion individuelle du juge Schomburg §.7

*l'élément de preuve d'un vice qui ne peut être couvert*<sup>122</sup> ». Les juges n'auraient pas la même marge de manœuvre selon la violation en présence. Face à des violations du statut ou du R.P.P, le juge verrait son pouvoir d'appréciation mis en suspens, tandis que pour toute autre violation – notamment celles touchant les droits de l'homme – il serait entier.

Pour d'autres juges, une seule possibilité d'exclusion existe, celle prévue à l'article 95 du R.P.P du T.P.I.Y. Le fait d'être en présence d'une violation du règlement va pouvoir influencer le juge à voter en faveur de l'exclusion, mais ne va pas déterminer celle-ci. Le juge Shahabudeen déclarait ainsi « *Je reconnais que, dans la majorité des cas, le non-respect des modalités d'enregistrement prévues à l'article 43 du Règlement joue en faveur de l'exclusion, mais est-il juste de partir de l'idée que l'exclusion est une simple résultante de ce non-respect? L'article 43 ne prévoit aucune sanction en cas de manquement* <sup>123</sup> ». Le seul cas où le juge serait tenu d'exclure une preuve serait si la règle violée le prévoit expressément. L'article 95 - contrairement à d'autres – ne prévoit pas une telle sanction, de ce fait, l'exclusion ne pourrait s'imposer aux juges<sup>124</sup>.

L'émergence de tels désaccords d'interprétation entre les juges du T.P.I.Y est surprenante, étant donné que contrairement aux juges de la C.P.I, ils sont les rédacteurs et les concepteurs du règlement de procédure et de preuves. C'est d'ailleurs peut-être cette qualité qui justifie que certains d'entre eux ont pour ambition de veiller plus activement au respect des règles procédurales, dont ils sont les auteurs. S'il est impossible d'établir avec certitude qu'une preuve obtenue en violation du R.P.P sera nécessairement exclue, sans examen approfondi, cela a déjà été fait devant le T.P.I.Y.

Le Statut de Rome, ne laisse pas place à ce débat. L'obligation d'exclure automatiquement une preuve obtenue en violation des règles du Statut avait pourtant été envisagée par le projet préparatoire de la C.D.I en 1994<sup>125</sup>. La Cour dans l'affaire *Lubanga* a d'ailleurs souligné que la politique d'admissibilité des preuves illégalement obtenues aurait été tout autre, si le projet de Statut rédigé en 1994 avait été adopté<sup>126</sup>. Au vu de la rédaction

<sup>122</sup> T.P.I.Y, Chambre d'Appel, affaire n° IT-01-48-A, *Le Procureur c/ Halilovic*, 16 octobre 2007, opinion individuelle du juge Méron §.8 ; opinion individuelle du juge Schomburg §.7.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Certains articles du RPP du TPIY prévoient expressément l'exclusion de certains types de preuves : l'article 90 (E) dispose « *Un témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer. La Chambre peut, toutefois, obliger le témoin à répondre. Aucun témoignage obtenu de la sorte ne pourra être utilisé par la suite comme élément de preuve contre le témoin, hormis le cas de poursuite pour faux témoignage* ».

<sup>125</sup> C.D.I Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, 46<sup>ème</sup> session, 1994, « *evidence obtained by means of a violation of rules of this Statute or other rules of international law shall be automatically deemed inadmissible* ».

<sup>126</sup> C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009, §. 39 « *had the drafting history*

de l'article 69-7 du S.R, il apparaît clairement que le double test s'applique tout autant aux violations du Statut qu'à celles des droits de l'homme internationalement reconnus. La possibilité d'admettre des preuves, obtenues en violation du Statut, est inscrite dans le Statut même, ôtant à celui-ci tout caractère « sacré ». Les juges de la C.P.I ne sont alors soumis à aucune obligation objective d'exclure des preuves illégalement obtenues, le Statut « *favoris[ant] ainsi par un formalisme minimaliste la recherche de la vérité*<sup>127</sup> ». Toujours dans la même affaire, il est clairement mentionné que l'article 69-7 du Statut rejette l'idée que toute preuve illégalement obtenue puisse être exclue de manière automatique<sup>128</sup>. Ceci met en avant le rôle actif que jouent les juges dans l'admissibilité des preuves et l'importance des points de repères édictés par la règle d'exclusion. Chaque preuve – peu importe la nature de la violation dont elle émane – doit en principe être soumise à un même examen, en suivant les étapes prescrites par la règle.

## Chapitre 2 - Une interprétation restrictive de la règle d'exclusion

Les règles d'exclusion prévoient toutes que l'évaluation de l'admissibilité des preuves illégalement obtenues doit se faire de manière séquentielle. En premier lieu, l'existence d'une violation doit être établie. Ensuite seulement, les juges devront étudier chacune des causes d'exclusion, à savoir l'absence de fiabilité et l'atteinte grave à l'intégrité des procédures. En ne s'attachant qu'à la lettre des articles 69-7 (S.R) et 95 (T.P.I.), on a le sentiment que les rédacteurs de ceux-ci avaient la volonté d'élargir les possibilités d'exclusion. Ceci est perceptible autant au niveau du déclenchement de la règle, que du double test. Le Statut de Rome en retenant la qualification de « droits de l'homme internationalement reconnus », inclut sans discrimination tous les droits consacrés au niveau universel, mais aussi régional<sup>129</sup>. Même si les violations nationales ne sont pas directement

---

*of the Statute concluded in 1994 (...) this violation of the right of privacy may have rendered the evidence inadmissible » ; CDI Projet de Statut d'une cour criminelle internationale, 46<sup>ème</sup> session, 1994, « evidence obtained by means of a violation of rules of this Statute or other rules of international law shall be automatically deemed inadmissible ».*

<sup>127</sup> A.-M. LA ROSA, « commentaire de l'article 69 », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X PACREAU, Pedone, 2012 p.1589.

<sup>128</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 §84 « *article 69§7 rejects the notion that evidence should be excluded automatically* ».

<sup>129</sup> A. ALAMUDDIN, "Collection of evidence" in K. A.A. KHAN, C. BUISMAN, C. GOSNELL, *Principle of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford University Press (2010), p.236 « *ICC practice suggest*

mentionnées comme pouvant faire l'objet d'exclusion, on a vu, dans la première partie, que les juges considèrent certaines d'entre elles comme susceptibles d'être soumises à la règle d'exclusion. De la même manière, en préférant la conjonction « ou », entre les composantes du double test, plutôt que la conjonction « et » – qui avait été retenu dans un projet antérieur<sup>130</sup> –, l'exclusion est facilitée puisque le manquement à un seul des critères suffit à y recourir, ceux-ci n'étant pas cumulatifs<sup>131</sup>.

Pourtant, l'interprétation que les juges ont de ces règles traduit la dynamique inverse, puisqu'ils ont tendance à restreindre le champ d'exclusion. Ce résultat est atteint à la suite de deux manœuvres : l'une consistant à raffermir la première partie - ouverte - de la règle, l'autre à assouplir la seconde partie – impérative- de celle-ci. Ainsi, les juges ont érigé une condition préalable au jeu de la règle d'exclusion, par le biais d'un critère additionnel en vertu duquel, seules les violations atteignant un seuil de gravité suffisant pourront y ouvrir droit (Section 1). En parallèle, le double-test est relégué au second plan par les juges, la satisfaction des critères étant trop souvent considérée comme optionnelle (Section 2).

### **Section 1 - L'ajout d'un critère de déclenchement supplémentaire : la gravité de la violation**

Si la constatation d'une violation est le point d'origine de la règle d'exclusion, celle-ci doit-elle atteindre un certain seuil de gravité pour provoquer son déclenchement ? Cette question a été débattue à plusieurs reprises lors de l'élaboration des différents projets de statuts. La grande majorité d'entre eux retenait le critère de gravité comme étant une composante à part entière de la règle d'exclusion. Ainsi, l'article 48 du premier projet préparatoire, faisait référence aux violations « sérieuses » des droits de l'homme internationalement reconnus<sup>132</sup>. Dans la version de 1997, le passage relatif à la règle d'exclusion mentionnait même à deux reprises le critère de gravité : « *Ne sont pas recevables les dépositions obtenues par des moyens contrevenant gravement aux dispositions du*

---

*instead that the phrase “internationally recognized human rights” refers to both international and regional human rights treaties, as well as the jurisprudence of the courts that interpret them ».*

<sup>130</sup> O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes article by article*, Oxford (2008) p.1310.

<sup>131</sup> *Ibid.* « *it is possible to invoke the exclusionary rule if either a) or b) alone was the effective result of the violation ».*

<sup>132</sup> C.D.I Revised report of the Working Group on a draft statute for international criminal court reproduced in document A/48/10, A/CN.4/L.490 and Add.1, vol.2, (1993) p.122-123 « *Evidence obtained directly or indirectly by illegal means which constitutes a serious violation of internationally protected human rights shall not be admissible ».*



*présent Statut ou à d'autres règles du droit international [...] par des moyens qui constituent une violation grave des droits de la personne internationalement protégés [...] <sup>133</sup>».*

Certains membres de la commission de droit international avaient placé la barre encore plus haute, en proposant que seuls « *les éléments de preuves obtenus en violation d'une norme impérative des droits de l'homme soient déclarés inadmissibles <sup>134</sup>»*. Seules les violations les plus graves du droit international – notamment le recours à la torture ou aux traitements inhumains ou dégradants – auraient alors été concernées par la règle d'exclusion, ce qui aurait considérablement limité son champ.

En définitive, malgré la récurrence du débat sur l'inclusion de la notion de gravité dans la règle d'exclusion, le statut actuel n'en fait pas mention. Il apparaît qu'en concevant le Statut de Rome, l'Assemblée des Etats parties (A.E.P) a délibérément écarté ce critère afin d'appliquer la règle d'exclusion, indistinctement à toutes les violations. Ce choix n'est pas isolé dans l'univers des juridictions pénales internationales, puisque le T.P.I.Y y a eu recours quelques années auparavant. En effet, le R.P.P originel de la première juridiction pénale internationale moderne, faisait officiellement du critère de gravité, un élément essentiel du déclenchement de la règle d'exclusion : « *les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement par des moyens constituant une grave violation aux droits de l'homme ne sont pas recevables* ». Pourtant, à peine quelques mois plus tard, les juges en modifiaient la rédaction - pour adopter la formulation actuelle - supprimant alors toute référence au degré de violation<sup>135</sup>. Sans précision éclairant ce revirement, on peut toutefois penser qu'il est révélateur, d'une volonté d'élargir le champ d'action de la règle d'exclusion.

Le fait d'écarter le critère de gravité de la règle d'exclusion a des conséquences, à l'égard des juges, sur l'application de la règle d'exclusion. Georges Edwards souligne que la règle ne les autorise pas à prendre en compte la nature et le degré de la violation pour décider de recourir à l'exclusion ; celle-ci devant se fonder exclusivement sur le double test prévu par le a) et b) de l'article 69-7<sup>136</sup>. On comprend alors que la gravité ne doit pas être recherchée dans la violation elle-même, mais dans les effets qui en résultent. L'exigence

<sup>133</sup> Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Assemblée générale, Documents officiels A/AC.249/1997/L.9/Rev.1 18 décembre 1997, p.28.

<sup>134</sup> C.D.I Projet de statut d'une cour criminelle internationale, *Annuaire de la commission de droit international* (1994), vol.2 , article 44, p.62.

<sup>135</sup> Le règlement originel a été adopté le 11 février 1994 et l'article 95 a été modifié le 30 janvier 1995.

<sup>136</sup> G. EDWARDS, « International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 : 323, 2001 p. 339 « *the rule does not authorize the court to consider the nature or severity of the human rights violations, only that the two part of the test be met* ».

d'un degré de gravité n'apparaît que dans le double test, qui requiert que la fiabilité de la preuve soit « sérieusement<sup>137</sup> » remise en cause et que la violation porte « gravement » atteinte à l'intégrité des procédures. Cet état des choses a été réaffirmé par les juges dans l'affaire *Lubanga*:

*« Notably, the Statute does not « quantify » the violation of the Statute, or the internationally recognized human right, by reference to the degree of “seriousness”. Therefore, even a non-serious violation may lead to evidence being deemed inadmissible, provided that one of the two limbs of the test in article 69(7) is satisfied (...). It is only in the second limb of the test that a requirement of degree of « seriousness » is introduced, although this is unconnected to the seriousness of the violation<sup>138</sup>».*

La lettre et l'esprit de la règle d'exclusion prônent une déconnexion entre la gravité de la violation et les critères d'évaluation, la première n'étant pas censée influencer les seconds. Toutefois, ce fragment de décision est à prendre avec précaution en ce qu'il est singulier. L'étude plus approfondie de la jurisprudence révèle que le critère de gravité est en fait central dans l'évaluation de l'admissibilité des preuves illégalement obtenues. Dans cette même décision – quelques paragraphes plus loin seulement – la Cour a admis les preuves controversées au motif que la violation dont il était fait état n'avait pas un caractère particulièrement grave<sup>139</sup>, contredisant manifestement le principe qu'elle venait d'énoncer. Lorsqu'ils ont recours au critère de gravité pour écarter l'application de la règle d'exclusion, les juges de la C.P.I se rattachent à la pratique uniforme des autres juridictions pénales internationales, pour justifier leur démarche: « *en ce qui concerne les règles en vigueur dans les tribunaux pénaux internationaux et la jurisprudence de ceux-ci, la solution généralement admise consiste à prévoir l'exclusion d'éléments de preuve par les juges uniquement en cas de violations très graves<sup>140</sup>».*

Pour les juges, l'instauration de ce « seuil minimal » se justifie au regard de l'impératif de poursuite effective des accusés comme but du procès pénal. L'admissibilité des preuves illégalement obtenues touche à des points de principe contradictoires et complexes, à savoir la recherche de la vérité, la punition des coupables et le souci de garantir une procédure

<sup>137</sup> C'est l'adjectif « fortement » qui est retenu dans l'article 95 du R.P.P du T.P.I.Y.

<sup>138</sup> C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table, 24 juin 2009, §.35.

<sup>139</sup> *Ibid.* §.47 « *the violation was not of particularly grave kind* ».

<sup>140</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.87.

équitable respectant les droits de la défense<sup>141</sup>. Pour ce faire, le juge doit adopter une approche casuistique pour garantir au mieux le bon déroulement du procès<sup>142</sup>. Confronté à une situation où ces intérêts sont incompatibles, lesquels prévalent ? Certains juges de la C.E.D.H – ne représentant qu’une minorité - ont considéré qu’« aucune juridiction ne peut sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d’une preuve qui a été obtenue non pas simplement par des moyens déloyaux, mais surtout d’une manière illégale. Si elle le fait, le procès ne peut être équitable <sup>143</sup>». Une interprétation qui n’est pas partagée par les juges du T.P.I.Y pour qui « la bonne administration de la justice serait confrontée à un obstacle dangereux si les éléments de preuve pertinents et ayant valeur probante ne peuvent être admis seulement à cause d’une infraction mineure à une procédure que la Chambre n’est pas tenue d’appliquer<sup>144</sup>».

On peut se demander quel est le point de comparaison permettant de déterminer le degré de la violation. La nature du crime poursuivi est-elle un facteur qui doit être pris en compte dans l’évaluation ? En d’autres termes, le fait que l’on se retrouve face à des crimes d’une extrême gravité justifie-t-il que seules les violations procédurales les plus graves soient répréhensibles ? Encore une fois, la position des juridictions pénales internationales manque d’uniformité et de clarté. A ce sujet, les juges de la C.P.I ont précisé qu’en principe:

*« the seriousness of the alleged crimes committed by the accused is not a factor relevant to the admissibility of evidence under Article 69§7 (...) the public interest in their prosecution cannot influence a decision on admissibility under this statutory provision <sup>145</sup>».*

<sup>141</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 §.86.

<sup>142</sup> C.P.I, *Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009, §.42: « balancing a number of concerns and values including « respect for the rights of the person, the protection of victims and witnesses and the effective punishment of those guilty of grave crimes ».

<sup>143</sup> C.E.D.H, *Schenk c/ Suisse* 12 juillet 1988, requête n° 10862/84, Opinion dissidente commune à MM. Les juges Pettiti, Spielmann, De Meyer et Carillo Salcedo; voy également CEDH, *PG and JH c/ UK* du 25 septembre 2001, requête n°44787/98, Partly dissenting opinion of the Judge Tulkens; S. ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford Monographs in International Law, (2003) p.152 « any violation of internationally recognized human rights will necessarily damage the integrity of the proceedings ».

<sup>144</sup> C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.88 ; voir également T.P.I.Y, *Chambre de première instance, affaire IT-96-21 Le Procureur c/ Delalic*, 19 janvier 1998 ; TPIY, *chambre de première instance, affaire n°IT-99-36-T, Le procureur c/ Brđanin.*, decision on the defence “objection to intercept evidence” 3 octobre 2003 §.63.

<sup>145</sup> C.P.I, *Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009 §.44.

Pourtant, dans un ouvrage consacré à l'étude de la preuve dans les procès pénaux internationaux, Mark Klamberg constate que « *the gravity of the violation (of the accused) is a key factor*<sup>146</sup> » dans l'application de la règle d'exclusion. Dans l'affaire *Kordić & Čerkez* l'accusation a présenté à titre de preuves des enregistrements de conversations obtenus illégalement par des autorités nationales. Les avocats de la défense ont mis en avant le fait qu'enregistrer des conversations sans autorisation des autorités visées par la loi était un délit, voire un crime dans de nombreux pays, notamment en Bosnie-Herzégovine<sup>147</sup>. Malgré ces violations, les enregistrements ont été admis. Dans l'affaire *Milošević*, les juges ont suivi la même logique en précisant que « *même si les communications interceptées ont été obtenues en violation du droit interne, elles devraient être admises dans le cadre d'affaires concernant de graves violations du droit international humanitaire*<sup>148</sup> ». Cela laisse entendre que c'est bien la gravité du crime qui « légitime », *a posteriori*, les violations procédurales. Plus le crime poursuivi serait grave, plus les garanties procédurales seraient adaptables.

Christophe Paulussen met en garde contre cette approche, qui selon lui, ne doit pas aboutir à justifier des violations procédurales répréhensibles<sup>149</sup>. Ce risque est particulièrement présent devant les juridictions pénales internationales qui ont à connaître des crimes les plus graves. Face à de tels crimes, les juges se montrent réticents à exclure des preuves qui pourraient s'avérer utiles à la condamnation de l'accusé, même si la légalité de celles-ci est contestable<sup>150</sup>. Il semblerait que la gravité de l'infraction poursuivie absorbe la commission d'une infraction dont le but est de prouver l'existence de la première. Germe le sentiment dérangeant que les garanties procédurales sont en fait variables et proportionnelles à la gravité des crimes commis ; on pourrait penser que plus le crime est grave et plus la sanction encourue est élevée, plus les garanties devraient être renforcées. Ce

<sup>146</sup> M. KLAMBERG, *Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*, Brill, (2012), p.406.

<sup>147</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT 95-14/2, *Le Procureur c/ Kordić & Čerkez*, oral decision, 2 février 2000 p. 13680 ; TPIY, Chambre de première instance III, affaire n°IT-02-54-T, *Le Procureur c/ Milošević* 14 juin 2004.

<sup>148</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-02-54-T, *Le Procureur c/ Milosevic*, 16 décembre 2003

<sup>149</sup> A propos de la prise en compte de la gravité du crime en matière d'arrestations illégales C. PAULUSSEN, *Male captus bene detentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Intersentia (2010) « *However, there is also a risk in this discretion, a risk that clearly reprehensible male captus situations are in a way approved because one is dealing with a suspect of very serious crimes* ».

<sup>150</sup> M. DELMAS-MARTY and J.-R. SPENCER, *European criminal procedures*, Cambridge University press, (2005) p.603 « *where the evidence the police have illegally obtained proves the accused is guilty of such a serious crime, as against some minor offence, it seems shocking to reject the evidence so that the wrongdoer escapes justice* ».

d'autant plus que l'on peut parfois s'interroger sur l'entier respect de la présomption d'innocence devant les juridictions pénales internationales<sup>151</sup>.

Si le critère de gravité de la violation a formellement disparu des différentes règles d'exclusion, il reste ancré dans la pratique des juges. Le degré de gravité est une exigence supplémentaire, érigée comme un préalable au jeu du double test d'exclusion, venant s'ajouter à celle qui consiste déjà à considérer qu'une violation nationale ne peut être prise en compte comme une violation des droits de l'homme internationalement reconnue, que si elle présente une certaine gravité.

## Section 2 - L'affaiblissement du double test de la règle d'exclusion

A la lecture des règles d'exclusion, il apparaît clairement que le double test – à savoir fiabilité et intégrité – est, à l'origine, au cœur de la décision d'admissibilité. Chacune des branches est susceptible de mener à l'exclusion, les deux critères ayant valeur égale. Toutefois, il apparaît bien difficile de cerner et de définir l'essence du critère « d'intégrité des procédures » devant la C.P.I - ou « de bonne administration de la justice » devant le T.P.I.Y- qui reste extrêmement large et malléable. L'appréhension de la notion d'intégrité est d'autant plus difficile qu'elle se distingue difficilement de celle « d'équité des procédures », retenue par les règles générales d'admissibilité des preuves (articles 69-4 S.R et 89 R.P.P T.P.I.). La chambre de première instance, dans l'affaire *Prlic*, enchevêtre d'ailleurs les deux notions, en précisant que la règle d'exclusion doit s'appliquer sous la perspective de l'équité des procédures<sup>152</sup>. Une telle interprétation, mélangeant les critères d'admissibilité revient à priver la règle d'exclusion de son caractère de *lex specialis*,

---

<sup>151</sup> T.P.I.Y, chambre de première instance, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, décision on the defence “objection to intercept evidence” 3 octobre 2003, §.63§7 : « la poursuite des personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire » ; Le nom complet du TPIR est ainsi « Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 » ; N. FAUVEAU-IVANOVIC, « Quelle réalité pour les droits de la défense au sein de la Cour pénale internationale ? » dans la *Revue des droits de l'homme* 5 (2014) §.20 dénonce les « violations flagrantes de la présomption d'innocence des personnes jugées devant les juridictions internationales » faisant notamment référence à : C.P.I, Chambre de première instance II, affaire n° ICC-01/04-02/12, *Le Procureur c/Ngudjolo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012, I§.34 « déclarer qu'un accusé n'est pas coupable ne veut pas nécessairement dire que la Chambre constate son innocence ».

<sup>152</sup> T.P.I.Y Chambre de première instance III, case IT-04-74-T, *The Prosecutor v/ Prlic*, 5 septembre 2007, §.12 « [rule 95] providing for the exclusion of evidence if the need for a fair trial outweighs the admission into record of that evidence ».

banalisant ainsi le traitement des preuves illégalement obtenues. Les juges ne donnent que peu de précisions sur la substance du critère d'intégrité alors qu'il est celui le plus souvent invoqué pour justifier l'exclusion. Seuls les juges de l'affaire *Bemba II*, dans une décision récente ont précisé que le fait que le procureur viole délibérément le droit national ou accepte des preuves qu'il sait viciées serait constitutif d'une atteinte à l'intégrité des procédures<sup>153</sup>. Etant donné la difficulté de prouver une telle mauvaise foi et l'absence d'éléments supplémentaires tendant à caractériser cet aspect de la règle d'exclusion, nous nous concentrerons seulement sur l'application de la première branche du double test, la fiabilité.

A titre liminaire, il convient d'apporter une précision terminologique en mettant en lumière une discordance entre les différents statuts. En ne s'attardant sur les règles d'exclusion que de manière superficielle, un détail rédactionnel interpelle. Lorsque l'on compare les différentes versions linguistiques des statuts, on constate que la terminologie utilisée diffère. L'article 95 du R.P.P (T.P.I.), dans sa version française, consacre le critère de « fiabilité » comme première composante du double test. Alors que la version anglaise de l'article 69-7 S.R retient également le critère de « reliability » qui équivaut à « fiabilité », la version française, elle, retient celui de « crédibilité ». Ce qui peut sembler n'être qu'une nuance terminologique, peut avoir un réel impact sur la politique d'admissibilité des preuves dès lors que les deux notions ne recouvrent pas les mêmes exigences. La crédibilité implique simplement de croire que le contenu d'une preuve puisse être véridique, tandis que la fiabilité suppose que ce contenu est avéré, c'est à dire qu'il a une certaine valeur probante en ce qu'il établit le bien fondé des faits<sup>154</sup>. La crédibilité apparaît comme un préalable à l'établissement de la fiabilité. La preuve en question devrait alors présenter plus de garanties pour être admissible si la fiabilité est considérée comme le premier critère du double test. Etant donné que les deux terminologies coexistent, il est probable que les juges, selon la langue dans laquelle ils travaillent, aient des exigences différentes dans l'application de la règle d'exclusion.

---

<sup>153</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, §.69.

<sup>154</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° N°IT-96-23-T *Le Procureur c/ Kunarac et al*, décision relative à la requête aux fins d'acquiescement, 3 juillet 2000, §.7 : « une distinction doit être faite entre la crédibilité d'un témoin et la fiabilité des moyens de preuve qu'il apporte. La crédibilité dépend de la question de savoir si on peut croire ce que dit le témoin. La fiabilité suppose que le témoin dit la vérité, mais dépend de la question de savoir si son témoignage, s'il est accepté, établit la preuve des faits à propos desquels il a été fourni ».

Les règles d'exclusion ne définissent pas ces deux concepts et ne donnent aucune indication quant à leur évaluation. Pour Mark Klamberg, la fiabilité est un concept large qui doit prendre en compte à la fois la crédibilité, la précision et l'authenticité de la preuve<sup>155</sup>. Nous préférons nous référer au terme de « fiabilité » qui est majoritaire et plus large, puisqu'il englobe le critère de crédibilité. L'admissibilité de preuves entachées de violations procédurales, n'est pas remise en cause si un certain degré de fiabilité est établi, mais quel est-il (A)? Si ce degré n'est visiblement pas atteint, les preuves sont-elles immédiatement exclues (B)?

### A. Le seuil de fiabilité requis pour l'admissibilité des preuves illégalement obtenues

Dans l'affaire *Brđanin*, les juges ont indiqué que si l'authenticité d'une preuve ne pouvait être présumée au-delà de tout doute raisonnable, elle devait être exclue<sup>156</sup>. Toutefois, un examen complet permettant d'établir avec certitude l'authenticité de celle-ci n'est pas requis<sup>157</sup>. Cette interprétation est en accord avec la lettre des articles 95 (R.P.P T.P.I.) et 69-7 (S.R) qui prônent seulement l'exclusion des preuves dont la fiabilité est sérieusement mise en cause. On ne peut attendre de la part des juges, à ce stade, qu'ils démontrent de manière positive et certaine le caractère fiable de la preuve. Si la fiabilité ne doit pas être avérée, des indices suffisants tendant à établir celle-ci restent indispensables<sup>158</sup>. On peut se demander si certains types d'indices en particulier sont susceptibles de remettre en cause la fiabilité d'une preuve.

Le fait de résumer de manière succincte les propos tenus lors d'un interrogatoire d'un accusé, a été considéré comme de nature à remettre en cause la fiabilité de l'interrogatoire en question. Le juge Schomburg déclarait à ce propos que « *de manière générale, au pénal, le recours à des résumés au lieu et place d'interrogatoires classiques et les traductions ou interprétations, si bonnes soient-elles, sont parmi les plus grandes sources d'erreurs dans*

<sup>155</sup> M. KLAMBERG, *Evidence in International Criminal Trials: Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*, Brill, (2012), p.174 « *reliability is a wider concept which encompasses the concept of credibility as well as other issues, including observational accuracy and authenticity* ».

<sup>156</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° IT-99-36 *Le Procureur c/ Brđanin*, order on the standards governing the admission of evidence 15 février 2002, §18 « *if the authenticity [of the intercepts] cannot be proved beyond a reasonable doubt, [they] should be excluded* » ; Pour établir l'authenticité d'une preuve, les juges s'attachent à divers éléments, notamment sa source ou sa chaîne de conservation.

<sup>157</sup> *Ibid.*, « *an examination of the absolute authenticity of the document tendered for admission is not in conformity with the case law of this tribunal* ».

<sup>158</sup> *Ibid.*, « *the implicit requirement of reliability means no more than that there must be sufficient indicia of reliability to make out a prima facie case for the admission of that document* ».

*le processus d'établissement des faits*<sup>159</sup>». Dans cette affaire, l'interrogatoire n'avait pas été enregistré comme cela était requis par le R.P.P du tribunal, mais il avait été partiellement retranscrit ; le risque de réduction, de dénaturation ou de placement des propos hors contexte était inhérent. Dès lors que la procédure nationale ou internationale prévoit qu'un interrogatoire doit être enregistré, tout manquement à cette obligation, doit entraîner l'exclusion des preuves le retranscrivant pour risque d'atteinte sérieux à sa fiabilité, compte tenu du pouvoir incriminant que cela pourrait leur conférer.

Ce sont généralement les juges qui vérifient l'authenticité des preuves, or l'examen d'interceptions téléphoniques peut demander des compétences techniques, d'autant que ce n'est pas les propos tenus qui doivent en être l'objet mais les procédés d'enregistrement. Dans l'affaire *Milošević*, les juges ont ainsi fait appel à des experts pour mener cette évaluation. Ceux-ci ont notamment vérifié qu'aucune manipulation ou montage n'aient été opérés<sup>160</sup>. Au vu des progrès technologiques et de l'accessibilité des appareils d'enregistrement, il serait sans doute bénéfique que les juges fassent systématiquement appel à des techniciens pour vérifier l'authenticité de ce type de preuve. Ceci a d'autant plus d'importance que dans le système de *common law* dont est originaire la règle d'exclusion le juge n'est pas censé prendre connaissance du contenu de la preuve ; il est préférable, pour maintenir intacte la présomption d'innocence, qu'une personne tierce procède à ces évaluations techniques et fasse un premier tri parmi ces preuves, les modalités quant à sa désignation restant encore à définir et à encadrer.

Jusqu'à présent des constatations telles que des coupes dans les enregistrements de conversations téléphoniques, des incohérences entre les dates ou encore le fait que la chaîne de conservation des enregistrements soit douteuse n'ont pas été considérées comme des indices permettant de remettre en cause la fiabilité de ces preuves au point de les exclure<sup>161</sup>. Les juges se satisfont d'indices somme toute assez faibles pour admettre les preuves, se contentant de préciser qu'ils sont « *satisfied that there is a prima facie explanation*<sup>162</sup> » pour inconsistance, dès que ces types d'inconsistances apparaissent. Le T.P.I.Y a précisé que dans

<sup>159</sup> T.P.I.Y, Chambre d'Appel, affaire n° IT-01-48-A, *Le Procureur c/ Halilovic*, 16 octobre 2007, opinion individuelle du juge Schomburg.

<sup>160</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance III, affaire n°IT-02-54-T, *Le Procureur c/ Milošević*, 14 juin 2004 « *Dans l'ensemble, les tests linguistiques et techniques n'ont montré aucune trace de manipulation ou de montage (...) d'un point de vue technique, aucune perturbation, coupure ou interruption suspecte n'a été décelée dans les signaux, pas plus que n'ont été constatés de brusques changements dans les caractéristiques des fréquences du fond sonore ou des niveaux d'amplitude, comme lors d'une opération de montage* ».

<sup>161</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, jugement 1<sup>er</sup> septembre 2004 § 34.

<sup>162</sup> T.P.I.Y, chambre de première instance, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*,, decision on the defence "objection to intercept evidence" 3 octobre 2003, §.68.



le cas où trop peu d'indications tendent à montrer qu'une preuve est fiable, la chambre se doit de l'exclure immédiatement<sup>163</sup>.

### B. Le moment de l'exclusion des preuves insuffisamment fiables

Si communément le juge se prononce sur l'admissibilité d'une preuve au moment qu'il juge opportun<sup>164</sup>, le caractère de *lex specialis* attaché aux règles d'exclusion justifie qu'il en aille autrement en matière de preuves illégalement obtenues ; deux conséquences en découlent. La première est que cette question doit être tranchée en amont, c'est à dire au moment où la preuve est invoquée pour la première fois devant le juge et non pas lors de l'évaluation globale des preuves en fin de procès<sup>165</sup>. La deuxième est que la phase d'admissibilité requiert l'évaluation des preuves prises isolément<sup>166</sup>. En définitive, une preuve illégalement obtenue doit répondre favorablement au double test, dès son premier examen, indépendamment de tout autre élément de preuve venant l'appuyer.

Dans l'affaire *Delalic*, les juges du T.P.I.Y rappellent que la satisfaction de la première branche du double test est un prérequis à l'admissibilité : « *reliability is the invisible golden thread which runs through all the components of admissibility*<sup>167</sup> ». Cependant, ce postulat a un effet essentiellement déclaratoire puisqu'il est largement remis en cause par la pratique ultérieure de cette même juridiction, mais aussi par les autres. A cet égard, les juges de la C.P.I dans l'affaire *Lubanga*, ont déclaré :

« *if evidence is demonstrably lacking any apparent reliability the Chamber must equally carefully decide whether to exclude the evidence at the outset or whether to*

<sup>163</sup> T.P.I.Y, chambre de première instance dans l'affaire n°IT-95-5/18-T, *Le Procureur c/ Karadžić*, 31 mars 2010, §.9 : « *the chamber has to be satisfied that there is a prima facie indication of reliability failing which it would be incumbent on it to exclude them straightaway* ».

<sup>164</sup> T.P.I.Y, chambre de première instance, affaire n°IT-95-14-T, *Le Procureur c/ Blaškić*, 3 mars 2000 § 34 « *at the appropriate time* ».

<sup>165</sup> C.P.I, Chambre de première instance III, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba et autres*, 29 avril 2016, §.28 « *The Chamber recalls the approach taken in its previous decision pursuant to Article 69-7 of the Statute. Such applications have been ruled upon during trial as an exception to the general rule that the Chamber defers its assessment of the admissibility of evidence until deliberating its judgment* ».

<sup>166</sup> Judge MAY (R), WIERDA (M), *International criminal evidence*, Brill, (2002) p. 109 « *a decision on admissibility is made on one piece of evidence treated in isolation* ».

<sup>167</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-96-21, *Le Procureur c/ Delalic*, 19 janvier 1998 § 32 ; c'est ce que semble également dire le T.P.I.Y dans l'affaire *Karadžić* voir note 138 ; T.P.I.Y Trial Chamber III, case IT-04-74-T, *The Prosecutor v/ Prlic*, 5 september 2007, §.12 « *Once this conditions [notamment la fiabilité] have been satisfied, the Chamber will exercise its discretionary power to admit or not admit the evidence* ».

*leave that decision until the evidence overall is considered by the Chamber at the end of the case* <sup>168</sup>».

Cette interprétation ménageant la possibilité de déclarer admissible - dans un premier temps - une preuve qui manque visiblement de fiabilité, semble en totale contradiction avec la lettre des articles 69-7 (S.R) et 95 (T.P.I.). Cette position est malheureusement partagée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone qui considère que la fiabilité n'est pas une condition d'admissibilité et qu'elle peut être établie dans un second temps, au moment d'évaluer les preuves dans leur ensemble<sup>169</sup>. Pour Salvatore Zappala, un trop grand nombre de juridictions pénales internationales fonctionne en suivant ce raisonnement : « *on a case by case basis the judges have decided to admit any evidence available and then rule, with great freedom, whether to consider it credible or not irrespective of any prior evaluation* <sup>170</sup> ».

Certains juges du T.P.I.Y semblent ne pas se conformer à la condition d'examen isolé des preuves, dès qu'ils sont face à des preuves illégalement obtenues. Selon eux, cette démarche se trouve particulièrement justifiée en présence d'enregistrements de conversations interceptées, qui sont traités comme des éléments de preuves spécifiques en ce sens, que la chambre considère qu'ils ne contiennent, en eux-mêmes, aucun indice d'authenticité ou de fiabilité<sup>171</sup>. Ainsi, les juges partent du principe que les enregistrements sont admissibles et que l'évaluation de leur fiabilité se fera à la fin des procédures au soutien d'autres éléments de preuves, tels que des témoignages des participants aux conversations<sup>172</sup>. Il nous semble cependant qu'il faut bien distinguer entre deux évaluations, qui doivent être dissociées et interviennent en deux temps distincts. La première - celle de la règle d'exclusion - est essentiellement formelle, voire technique, tandis que la seconde - qui n'intervient que pour les preuves ayant passé avec succès le filtre formel de la règle d'exclusion - est substantielle et concerne toutes les preuves de manière indifférenciée et se fait au moment de rendre la décision. Cette dernière porte alors sur le contenu de la preuve

<sup>168</sup> C.P.I, chambre de première instance 1, affaire n° ICC-01704-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, 13 juin 2008 §.30.

<sup>169</sup> T.S.S.L, Chambre d'appel, affaire n° SCSL-04-14-AR65, *Le Procureur c/ Norman et al.*, Appeal Against Decision Refusing Bail, 11 mars 2005 § 24 « *reliability is determined thereafter and is not a condition for admission* ».

<sup>170</sup> S. ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford Monographs in International Law, (2003) p.149

<sup>171</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance dans l'affaire n° IT-95-5/18-T, *Le Procureur c/ Karadžić*, 31 mars 2010 « *[The chamber] considers intercepts to be a special category of evidence given that they bear no indicia of authenticity or reliability on their face* ».

<sup>172</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance dans l'affaire n° IT-95-5/18-T, *Le Procureur c/ Karadžić*, 30 septembre 2010, §.2 « *[T]he authenticity and reliability of intercepts is established by further evidence, such as hearing from the relevant intercept operators or the participants in the intercepted conversation themselves* ».

- les propos tenus pour les conversations téléphoniques - et sur sa capacité à appuyer un raisonnement juridique, faisant infléchir le verdict des juges dans le sens de la culpabilité ou de l'innocence. Ce deuxième temps sert à déterminer la valeur probante d'une preuve ; il est évident que la confrontation des enregistrements à d'autres preuves soit alors essentielle. Toutefois, cette comparaison sert avant tout à confirmer la fiabilité, celle-ci devant être présumée à l'aide d'indices formels dès le premier examen de la preuve, à la lumière de la règle d'exclusion. La fiabilité est alors évaluée à deux reprises. La première fois au travers de la règle d'exclusion où elle doit être présumée et la seconde, à la fin des procédures où elle doit cette fois être établie avec certitude à l'aide d'autres éléments de preuves. Il s'avère que les juges font l'impasse sur la première étape, en considérant le critère de fiabilité de la règle d'exclusion comme un simple indicateur facultatif et non pas comme une composante à part entière du double test, ce qui vide la règle d'une partie de sa substance.

### **Conclusion :**

L'étude de la règle d'exclusion - à travers l'interprétation qui en est faite par les juges - traduit une insuffisance de garanties de la part des outils juridiques actuels, qui se manifeste par une légalité procédurale trop peu affirmée et de ce fait, par une sécurité juridique parfois vacillante. En effet, ce n'est pas tant le nombre restreint de règles procédurales – du moins, par rapport aux droits nationaux – qui pose problème, mais leur manque de précision et de clarté. Ce, d'autant plus au regard des risques d'arbitraire accrus par l'incertaine séparation des pouvoirs au sein des juridictions pénales internationales. Frédéric Megret soulignait ainsi : « *les tribunaux pénaux internationaux, souvent créés dans l'urgence, laissent la part belle aux juges, notamment dans les premières années, par exemple à travers l'adoption et la mise à jour d'une procédure*<sup>173</sup> ». Ainsi, devant les tribunaux ad hoc, les juges en plus d'appliquer la loi, endossent également le rôle du législateur, ce qui aboutit à une confusion des différents pouvoirs.

La C.P.I a tenu à rétablir un certain équilibre en enlevant le pouvoir de législateur des mains des juges, pour le confier aux Etats membres. C'est ainsi l'assemblée des Etats parties (A.E.P) qui est en charge d'élaborer et de modifier les outils juridiques contenant les règles

---

<sup>173</sup> F. MEGRET, « La Cour pénale internationale comme objet politique », dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone, 2012 p. 121.

procédurales. Il est évident que face à une juridiction à vocation pérenne, les Etats ont souhaité encadrer plus strictement l'action des juges en « *resserr[ant] la vis* » par rapport aux velléités d'activisme judiciaire et de rétablir ainsi une certaine primauté du droit international positif existant selon les Etats <sup>174</sup>». Pourtant, l'admissibilité des preuves illégalement obtenues donne lieu à des décisions équivoques, les grandes lignes de la règle étant appréciées de manière variable. La question de l'exclusion automatique pour cause objective n'est que l'une des multiples manifestations de ce phénomène. En effet, devant le T.P.I.Y, une même preuve, obtenue en violation du règlement de procédure et de preuve sera exclue ou admise en fonction du panel de juges siégeant, ceux-ci ayant des vues opposées sur le sujet. Ceci contribue à ébranler la sécurité juridique dont devrait bénéficier les accusés et nous amène à nous interroger sur la conformité de l'interprétation des juges avec le principe de légalité. Les juges rompent avec la lettre des statuts, par lesquels ils sont pourtant liés et appliquent restrictivement la règle d'exclusion. Certes, le principe de légalité est peu mis en avant devant les juridictions pénales internationales, mais c'est un pilier du procès pénal réaffirmé à mainte reprise dans tout ordre juridique. La C.E.D.H, par le biais de l'arrêt *Kokkinakis contre Grèce*, affirme que le principe de légalité « *ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé* » mais prohibe également l'application de « *la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé* <sup>175</sup>». En ce qui concerne la règle d'exclusion, nous sommes face à la logique inverse, le champ de la loi pénale étant restreint. Or, cette opération est tout autant dangereuse pour l'accusé, étant donné que la règle d'exclusion a pour but de garantir le respect des droits de la défense. En limitant le droit de bénéficier de ce mécanisme protecteur, les juges interprètent et appliquent la règle d'exclusion au détriment de l'accusé. Le renforcement du principe de légalité doit aller au-delà de la prévisibilité de la loi applicable à l'accusé, mais obliger plus largement à la limpidité des règles de fonctionnement de la Cour pénale internationale, afin d'éviter les risques d'interprétation extensive.

Si les juges doivent conserver une certaine marge d'appréciation <sup>176</sup> pour s'adapter à la singularité de chaque situation, peuvent-ils s'écarter de la lettre des règles procédurales-

---

<sup>174</sup> *Ibid*, en adoptant le document « éléments des crimes », les Etats ont dégagé des critères préétablis qui doivent guider les juges dans leurs décisions.

<sup>175</sup> C.E.D.H, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, requête n° 14307/88, §52.

<sup>176</sup> Il est parfois soutenu que les juges peuvent écarter la lettre de la loi au profit de son esprit, toutefois comme le soulignait déjà C. BECARRIA *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, traduction de Maurice Chevallier, Préface de Robert Badinter p.66 « *le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut pas être confié non plus aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs. [...] Rien n'est plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. [...] L'esprit de la loi serait donc le résultat de la bonne ou mauvaise logique d'un juge, d'une assimilation facile ou pénible, il*

voire la remettre en cause - au risque de voir la frontière entre les deux pouvoirs s'estomper, voire s'effacer ? En ce qui concerne la règle d'exclusion, les juges contournent la rédaction des statuts, notamment en restaurant le critère de gravité de la violation, pourtant sciemment écarté par l'A.E.P. Bien que cet acte de consécration d'un critère nouveau, celui de gravité, soit contestable, la pratique le place au cœur du processus d'exclusion, au détriment des autres critères. Il convient alors, au vu de la jurisprudence, d'établir les violations qui sont considérées par les juges comme suffisamment graves pour entraîner l'exclusion. Cela nous permettra de déterminer s'il existe une certaine cohérence dans l'utilisation de la règle d'exclusion, mais surtout si son usage est compatible avec l'article 21-3 (S.R) et le principe général selon lequel les juges doivent agir en conformité avec les droits de l'homme.

---

*dépendrait de la violence de ses passions, de la faiblesse quand il est malade, de ses relations avec la personne lésée, de toutes les causes minimales qui changent l'aspect d'un objet selon les fluctuations de l'âme humaine ».*

### TROISIEME PARTIE - L'incidence de l'usage de la règle sur la protection des droits de l'homme

« *La question des répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve illégalement recueillis sur l'équité du procès pénal figure assurément parmi les problématiques les plus délicates du droit contemporain de la preuve pénale*<sup>177</sup> ». En effet, l'admissibilité de ces preuves touche à des points de principe contradictoires et complexes<sup>178</sup>, à savoir la recherche de la vérité, la punition des coupables et le souci de garantir une procédure équitable respectueuse des droits de la défense, qui est naturellement en position de déséquilibre dans le procès pénal international. Si certains juges de la C.E.D.H considèrent qu'« *aucune juridiction ne peut sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d'une preuve qui a été obtenue non pas simplement par des moyens déloyaux, mais surtout d'une manière illégale [car] si elle le fait, le procès ne peut être équitable*<sup>179</sup>», les juridictions pénales internationales estiment que tout est une question de mise en balance des intérêts en présence<sup>180</sup>. A terme, le résultat de cette mise en balance est-il en harmonie avec l'obligation générale de respect des droits de l'homme ? L'interprétation de la règle d'exclusion traduit l'importance accordée à la gravité de la violation en cause. Le choix de ce critère comme repère, aboutit à une hiérarchisation de fait entre les différents droits de l'homme et la protection qui leur est accordée. A l'aune de la jurisprudence, il apparaît que certains droits de l'homme bénéficient, grâce à l'application qui est faite de la règle d'exclusion d'une protection quasi-systématique (chapitre 1) ; tandis que dans d'autres cas, la règle a servi d'instrument de contournement de cette obligation de protection, qui a abouti à la création progressive d'une présomption d'admissibilité des preuves obtenues en violation du droit à la vie privée (chapitre 2).

<sup>177</sup> M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme » dans la revue trimestrielle n°69 janvier 2007, p.90.

<sup>178</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 §.86.

<sup>179</sup> C.E.D.H *Schenk c/ Suisse* 12 juillet 1988, requête n° 10862/84, Opinion dissidente commune à MM. Les juges Pettiti, Spielmann, De Meyer et Carillo Salcedo; voy également CEDH *PG and JH c/ RU* du 25 septembre 2001, requête n°44787/98, Partly dissenting opinion of the Judge Tulkens; S. ZAPPALA, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford Monographs in International Law, (2003) p.152 « *any violation of internationally recognized human rights will necessarily damage the integrity of the proceedings* ».

<sup>180</sup> C.P.I, Chambre de première instance I, affaire n°ICC-01/04/01/06 *Le Procureur c/ Lubanga*, décision on the admission of material from the bar table (search decision), 24 juin 2009, §.42: « *balancing a number of concerns and values including « respect for the rights of the person, the protection of victims and witnesses and the effective punishment of those guilty of grave crimes ».*

## Chapitre 1 - Les droits de l'homme dont la violation est frappée d'exclusion

Pour Anne-Marie La Rosa, « *la protection de l'intégrité des procédures devrait permettre de rejeter systématiquement les preuves obtenues par l'utilisation de la torture ou d'autres traitements inhumains et dégradants. De même devrait en être le sort d'une déclaration de l'accusé qui aurait été prise en violation de son droit fondamental au conseil* <sup>181</sup> ». Dans la pratique, les juridictions pénales internationales considèrent ces violations comme étant les plus graves, leur examen ayant toujours abouti, à terme, à l'exclusion (Section 1). Toutefois, celle-ci ne s'est pas toujours présentée comme une évidence pour les juges qui ont suivi des chemins parfois sinueux (Section 2).

### Section 1 - L'exclusion des preuves découlant de torture ou de traitements inhumains et dégradants : une garantie inconditionnelle

#### A. Une exclusion de principe

Il existe au niveau international, une règle d'exclusion spécifique et obligatoire, relative aux preuves obtenues par voie de torture. La convention contre la torture (C.C.T) des Nations Unies, dans son article 15, dispose que « *tout Etat partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite* <sup>182</sup> ». Quant à l'exception contenue dans la règle, il ne s'agira pas de prendre en compte le contenu de la déclaration, mais simplement de se baser sur l'existence de celle-ci pour prouver que l'acte de torture a eu lieu. Cette règle est une interdiction à portée générale, qui s'étend au-delà du cadre de la C.C.T et s'applique à tous les Etats, mêmes non parties, puisque l'on peut considérer qu'elle a valeur coutumière<sup>183</sup>. Cette règle d'exclusion en plus de contribuer à éradiquer l'utilisation de la torture, vise à ne pas admettre des preuves qui, par définition, ne sont pas fiables et remettent

---

<sup>181</sup> A.-M. LA ROSA, commentaire de l'article 69, dans *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale : commentaire article par article* dirigé par J. FERNANDEZ et X. PACREAU, Pedone, 2012, p.1598.

<sup>182</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants résolution 39/46 du 10 décembre 1984.

<sup>183</sup> Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60 10 April 2014 p.4 « *However, the exclusionary rule is a norm of customary international law and is not limited to the Convention, which is only one aspect of it* ».

en cause l'équité du procès<sup>184</sup>. En ce sens, la C.E.D.H, dans son arrêt *Othman*, a pour la première fois censuré une extradition au visa de l'article 6 de la Convention EDH. Le requérant s'il était renvoyé dans son pays risquait de se voir opposer, lors de son procès, des preuves obtenues par la torture. Il existait bien un lien réel et direct entre l'utilisation de ces preuves et le « déni flagrant de justice » qui découlerait d'une méconnaissance de l'article 6<sup>185</sup>. Ainsi, il ne fait aucun doute que ce type de preuve contrevient simultanément aux deux critères mis en avant par les règles d'exclusion des juridictions pénales internationales.

Il faut préciser que, si cela n'apparaît pas expressément dans l'article 15, la règle d'exclusion concerne les traitements inhumains et dégradants au même titre que la torture<sup>186</sup>. A cet égard, il convient de noter que la jurisprudence de la C.E.D.H n'est pas très claire. En effet, dans un arrêt *Jalloh*<sup>187</sup>, la Cour va conclure à la violation de l'article 6 suite à l'utilisation de preuves obtenues par traitements inhumains et dégradants, cependant elle refusera de reconnaître explicitement que ce type d'acte compromet automatiquement l'équité de la procédure au même titre que la torture<sup>188</sup>. L'approche de la Cour semble faire une différenciation entre les deux types d'actes, qui n'a pourtant pas lieu d'être. Cette distinction a d'ailleurs été remarquée par certains Etats qui à l'appui de l'arrêt *Jalloh* prétendent bénéficier d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit d'utiliser au procès des preuves obtenues suite à des traitements inhumains et dégradants<sup>189</sup>.

L'interdiction du recours à la torture ou aux traitements inhumains et dégradants étant absolue, le recours à la règle d'exclusion doit en principe être automatique<sup>190</sup>. La C.P.I et les

<sup>184</sup> *Ibid.*, « *Furthermore, confessions and other information extracted under torture or ill-treatment are not considered reliable enough as a source of evidence in any legal proceeding. Finally, their admission violates the rights of due process and a fair trial.* ».

<sup>185</sup> C.E.D.H, *Othman c/ Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, requête n°8139/09 §.267 : « *Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour considère que l'admission d'éléments de preuve obtenus par la torture est manifestement contraire non seulement aux dispositions de l'article 6, mais aussi aux normes internationales les plus fondamentales en matière d'équité de la procédure. Non seulement pareille admission rendrait l'ensemble du procès immoral et irrégulier, mais encore elle le ferait aboutir à une issue totalement dépourvue de fiabilité.* ».

<sup>186</sup> Le comité contre la torture dans son commentaire général n°2 §.6 précisait que la règle d'exclusion s'applique de la même manière aux preuves obtenues par le biais de traitements inhumains ou dégradants « *articles 3 to 15 of the Convention are likewise obligatory as applied to both torture and other ill-treatment* »

<sup>187</sup> C.E.D.H, *Jalloh c/ Allemagne*, 11 juillet 2006 requête n°54810/00.

<sup>188</sup> M.-A. BEERNAERT, « *La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme* » dans la revue trimestrielle n°69 janvier 2007 p.93.

<sup>189</sup> C.E.D.H, *Othman c/ Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, requête n°8139/09, §.242 Le gouvernement Jordanien : « *Il argue à ce propos que même à l'égard d'un Etat membre, la Cour a établi une distinction en matière de procès inéquitable entre les éléments de preuve obtenus par la torture et ceux obtenus par des mauvais traitements. Selon lui, lorsque les mauvais traitements n'atteignent pas le seuil de gravité constitutif de la torture, les autorités disposent d'une certaine marge quant au point de savoir si l'on peut utiliser au procès les preuves qu'ils ont permis d'obtenir. Il cite à l'appui de cette thèse l'arrêt Jalloh c. Allemagne.* ».

<sup>190</sup> Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/25/60 10 April 2014 : « *As the prohibition against torture and other ill-treatment is*



T.P.I. n'ont pour l'instant pas eu à connaître de ce type de preuves dans leurs affaires. Cependant, le Tribunal pour l'ex Yougoslavie, dans l'arrêt *Brdanin*, a laissé entendre que les déclarations involontaires obtenues par la contrainte ne pourraient pas passer le filtre de l'article 95<sup>191</sup>. En outre, la torture et les traitements inhumains étant des éléments constitutifs des crimes que les juridictions internationales poursuivent, admettre des preuves qui en découlent serait un réel paradoxe.

Malgré l'existence de cette règle d'exclusion « universelle », certains Etats continuent d'avoir recours à des preuves obtenues par la torture<sup>192</sup>, d'où l'importance pour les J.P.I d'appliquer les règles d'exclusion à toutes les preuves qui leur sont soumises, même si ce n'est pas leurs organes qui les ont recueillies, mais des autorités nationales. Au sein des juridictions pénales internationales, le risque d'admettre des preuves obtenues par ces méthodes, s'il est infime, n'est pas totalement absent. Confrontés au besoin de réprimer à tout prix, certains juges des chambres extraordinaires pour les tribunaux cambodgiens ont d'ailleurs eu une approche équivoque au sujet de l'admissibilité de certaines de ces preuves.

### **B. La nécessité d'une exclusion automatique pour pallier aux risques de dérives**

Lors de l'affaire concernant Ieng Sary, le procureur des C.E.T.C a introduit dans les débats, des confessions obtenues dans le camp de torture S-21. Ce dernier, pour justifier l'utilisation de ces preuves, mettait en avant le fait que tous les autres documents avaient été détruits, faisant de celles-ci les seules susceptibles de mettre en lumière la structure organisationnelle responsable des crimes commis<sup>193</sup>. Si au final ces preuves n'ont pas été

---

*absolute and non-derogable under any circumstances, it follows that the exclusionary rule must also be non-derogable under any circumstances, including in respect of national security ».*

<sup>191</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° IT-99-36 , *Le procureur c/ Brdanin*, order on the standards governing the admission of evidence 15 février 2002, §.23 « *the trial chamber makes it clear at the very outset that statements which are not voluntary but are obtained from suspect by oppressive conduct cannot pass the test under rule 95* ».

<sup>192</sup> Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez A/HRC/25/60 10 April 2014 « *In some States, due to a lack of capacity and expertise in investigating crimes, extracting confessions through ill-treatment or torture is still seen as the most efficient or only way to secure evidence and conviction* » ; Aux Etats-Unis le Military commission act de 2006 (120 STAT. 2600 PUBLIC LAW 109-366—OCT. 17, 2006) définit la torture de manière très restrictive de sorte que certaines preuves obtenues sous la torture peuvent être admises devant les commissions militaire en vertu du §948r à condition que « *(1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and (2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence* ».

<sup>193</sup> C.E.T.C, affaire n°002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, *Le procureur c/ Ieng Thirith*, Co prosecutor's response to Ieng Thirith's defense request for exclusion of evidence obtained by torture, 30 avril 2009, §.17 : « *the decision as to whether admit evidence must sometimes take into account whether or not the CIJ or another ECCC organ could replace the evidence in question with one from another source. The evidence from S.21 offers a unique and important source of information in uncovering the truth* ».

admisses par la chambre de 1<sup>ère</sup> instance, il faut préciser qu'elles l'ont été par les juges d'instruction. Ces derniers ont décidé d'admettre les preuves dans un premier temps, considérant qu'elles pourraient se révéler être fiables au cours du procès<sup>194</sup>. Michael Scharf proposait ainsi l'instauration d'une « exception » pour les C.E.T.C, basée sur le fait que la juridiction avait été mise en place dans le but de punir les anciens Khmers Rouges au travers de poursuites effectives ; ces preuves étaient alors indispensables à la réalisation de celui-ci<sup>195</sup>. Malgré la prudence dont les juges d'instruction ont affirmé faire preuve à l'égard de ces pièces, la seule admission de celle-ci va à l'encontre du droit international. En 2003, le comité contre la torture s'était d'ailleurs directement adressé à l'Etat cambodgien en précisant que donner moins de poids à ce type de preuve n'était pas suffisant, il convenait de les exclure<sup>196</sup>. La règle d'exclusion n'autorise pas les juges à faire preuve de pragmatisme, même si les preuves s'avèrent essentielles pour assurer la condamnation des accusés. La décision des juges d'instruction a été largement contestée par la doctrine, mais également par un groupe d'influents organisations non gouvernementales qui ont adressé une requête devant la chambre préliminaire<sup>197</sup>.

Est-ce cette vague de contestation qui a motivée un revirement de la part des juges de première instance ? En tout cas, ceux-ci ont réaffirmé la portée de l'article 15 du C.C.T et indiqué qu'en aucun cas le contenu des confessions ne devait être utilisé, seules les annotations faites par les « bourreaux » en marge, pourraient l'être<sup>198</sup>.

La question de savoir si ces preuves pouvaient être indirectement utilisées s'est également posée. Les juges ont envisagé de les utiliser comme des « *leading evidence* », c'est à dire que leur contenu, même s'il n'était pas fiable pourrait les aiguiller vers d'autres preuves qui elles ne seraient pas viciées<sup>199</sup>. Si le rapporteur spécial sur la torture a

<sup>194</sup> C.E.T.C, Co-juges d'instruction, affaire n°002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, *Le procureur c/ Ieng Thirith*, Order on use of statements which were or may have been obtained by torture, 28 juillet 2009 §.28 « *However, regardless of the circumstances in which the information within the confessions was obtained, it is not possible at this stage to affirm that no element of truth can ever be found in the confessions. The reliability of the statements cannot be assessed until the end* ».

<sup>195</sup> M. SCHARF, « Tainted Provenance: When, If Ever, Should Torture Evidence be Admissible? » in 65 *Washington & Lee Law Review* (2008) p.132.

<sup>196</sup> D. MCKEEVER, « Evidence Obtained Through Torture Before the Khmer Rouge Tribunal Unlawful Pragmatism? » in *the Journal of International Criminal Law* (2010), p.10.

<sup>197</sup> C.E.T.C, Application of Amnesty International, the International Commission of Jurists and the Redress Trust to present an amicus curiae submission pursuant to rule 33, 25 september 2009.

<sup>198</sup> C.E.T.C, Chambre de première instance, Case File No 002/19-09-2007-ECCC/TC, *Le Procureur c/ Chea, Sary et Samphan*, 31 juillet 2012, p.108.

<sup>199</sup> C.E.T.C, Co-juges d'instruction, affaire n°002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, *Le procureur c/ Ieng Thirith*, Order on use of statements which were or may have been obtained by torture, 28 juillet 2009 §.26 *First, there is nothing objectionable in using the information contained in confessions as investigative leads to other sources of information, even if the information within the confession is ultimately deemed unreliable*

explicitement écarté la possibilité de recourir à une preuve qui découle directement ou indirectement d'actes de torture ou de traitements cruels<sup>200</sup>, la question n'est pas tranchée. En effet, la C.E.D.H dans un arrêt récent a admis des preuves matérielles qui n'ont pu être découvertes que grâce aux propos tenus par l'accusé sous la torture. Il existait dans cette affaire un lien inextricable entre la torture infligée et la nature des preuves qui ont été produites avec succès devant la justice<sup>201</sup>. La Cour a ainsi estimé qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la C.E.S.D.H sur la torture, mais que cette violation n'entraînait pas la remise en cause de l'équité du procès (article 6-1) pour les preuves en découlant. Six des dix-sept juges ont pourtant considéré que l'article 6-1 était violé. Dans plusieurs opinions dissidentes, il a été regretté que cette décision ne permette pas de garantir une véritable protection au noyau dur des droits fondamentaux<sup>202</sup>.

La doctrine américaine « *fruit of the poisonous tree*<sup>203</sup> » a été créée pour appréhender de manière homogène ces situations en imposant l'exclusion des preuves recueillies directement grâce à la preuve obtenue illégalement. Ainsi, la première preuve est exclue en vertu de la règle d'exclusion et, celle en découlant, en vertu de la doctrine du *fruit of the poisonous tree*. L'on retrouvait d'ailleurs cette doctrine dans la première règle d'exclusion consacrée à l'article 95 du RPP des T.P.I. qui prévoyait que : « *les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement par des moyens constituant une grave violation aux droits de l'homme ne sont pas recevables* ». Malheureusement, cette règle pourtant plus protectrice a été amendée quelques mois seulement après son entrée en vigueur et remplacée par l'actuel article 95.

On peut constater que si l'interdiction de recourir à des preuves obtenues par la torture ou par des traitements inhumains et dégradants est considérée comme absolue, des risques subsistent dans la pratique. Le « dérapage » des juges d'instruction vient-il de l'absence de

---

<sup>200</sup> Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez A/HRC/25/60, 10 April 2014 recommandation e) « *Ensure that the use of real or other evidence obtained as an indirect result of acts of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is prohibited and excluded from any proceedings* »

<sup>201</sup> C.E.D.H, *Gäfgen c. Allemagne*, 1<sup>er</sup> juin 2010 requête n° 22978/05.

<sup>202</sup> *Ibid.* opinion partiellement dissidente des juges Tulkens, Jebens, Rozakis, Ziemele, Bianku et Power §6 « *Dans ces sociétés, le recours à un traitement inhumain ou dégradant, quel qu'en soit l'objectif, ne peut jamais être toléré* ».

<sup>203</sup> Doctrine née au Etats-Unis dans l'arrêt *Silverthorne Lumber Co v. United States* 251 U.S. 385 (1920) « *that evidence gathered with the assistance of illegally obtained information must be excluded from trial. Thus, if an illegal interrogation leads to the discovery of physical evidence, both the interrogation and the physical evidence may be excluded, the interrogation because of the exclusionary rule, and the physical evidence because it is the "fruit" of the illegal interrogation* ». Cependant, la seconde preuve ne sera pas exclue si sa découverte par des moyens légaux était inévitable (doctrine of the inevitable discovery).

règle d'exclusion, spécifique aux C.E.T.C.<sup>204</sup>? Si la C.P.I et les T.P.I. ont adopté des règles d'exclusion qui laissent penser qu'elles mèneraient au rejet automatique et immédiat de ces preuves, leur caractère facultatif pourrait mener à des situations similaires à celles de l'affaire *Ieng Sary*. On peut ainsi se demander s'il ne serait pas opportun d'ajouter aux règles existantes des cas d'exclusions obligatoires comme cela existe devant d'autres juridictions pénales internationales. Le T.S.L prévoit ainsi de manière générale la même règle d'exclusion flexible que les deux autres juridictions, mais ajoute le cas spécifique de la torture : « *ne sont notamment pas recevables les éléments de preuve obtenus en violation des normes internationales en matière de droits de l'homme, dont l'interdiction de la torture* »<sup>205</sup>.

## **Section 2 - L'exclusion des preuves obtenues en violation du droit au conseil : une garantie quasi-inconditionnelle**

La défense effective d'un accusé repose en grande partie sur son accès à un conseil. Ce droit est reconnu comme essentiel dans de nombreux instruments juridiques internationaux. Les articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme et 14 du pacte international sur les droits civils et politiques en font l'une des conditions nécessaires à la garantie d'un procès équitable<sup>206</sup>. Les preuves ayant été obtenues en violation de ce droit ont jusqu'à présent été unanimement exclues par l'ensemble des juridictions pénales internationales. Ainsi, le respect de ce droit serait fondamental afin d'assurer un procès équitable et intègre. Dans plusieurs affaires, les T.P.I. ont souligné le fait qu'« *il paraît difficile qu'une déclaration recueillie en infraction au droit fondamental à l'assistance d'un avocat satisfasse les dispositions de l'article 95 et ne soit pas frappée d'exclusion du fait que son admission irait à l'encontre d'une bonne administration de la justice et y porterait gravement atteinte* »<sup>207</sup>.

<sup>204</sup> Il n'existe pas de règle d'exclusion à proprement parler devant les CETC. La règle 87 du règlement intérieur prône la liberté de la preuve. La règle 87) 3) d) précise que le juge peut refuser un moyen de preuve interdit par la loi, mais ce n'est qu'une simple faculté.

<sup>205</sup> Article 162 RPP du TSL.

<sup>206</sup> Article 6) 3) c) CESDH « avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (...) pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office » ; Article 14) 3) d) PIDCP « avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ».

<sup>207</sup> T.P.I.R, affaire n°ICTR-98-41-T Le Procureur c/ Bagosora, , 14 octobre 2004, §.21; T.P.I.Y, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Delalic, Mucic, Delic, Landzo*, Decision on Zdravko Mucic motion for the exclusion of evidence, 2 septembre 1997§.43 ; T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° IT-99-36, *Le procureur c/ Brđanin*, order on the standards governing the admission of evidence 15 février 2002,§.23.

La C.P.I a réaffirmé cette pratique en excluant un interrogatoire pour lequel Germain Katanga n'avait pas eu accès à un conseil et avait tenu des propos incriminants. Il faut cependant noter que dans un premier temps, la chambre préliminaire avait admis le procès-verbal de l'interrogatoire en question<sup>208</sup>. La Cour avait relevé qu'en R.D.C l'assistance d'un conseil n'est pas obligatoire au stade préalable aux procédures, ce qui ne lui semblait pas aller à l'encontre de l'équité du procès<sup>209</sup>. La C.E.D.H considère pourtant que, pour que le droit à un procès équitable soit concrètement et effectivement mis en place, il faut que l'accès à un avocat soit accordé dès le premier interrogatoire du suspect<sup>210</sup>. Les juges de la C.P.I semblent ainsi plus laxistes que ceux du T.P.I.Y qui dans la même situation (dans l'affaire *Mucić*), avaient considéré que le droit autrichien, en ne garantissant pas l'accès à un avocat dès le stade préliminaire, violait les standards internationaux minimaux – y compris ceux contenus dans son R.P.P - et imposait ainsi l'exclusion de l'interrogatoire. Toutefois, la Chambre de première instance a infirmé cette position en excluant le procès-verbal. Elle a considéré que l'admission de l'interrogatoire comme élément de preuve aurait sérieusement remis en cause le droit au silence de l'accusé et par conséquent celui de ne pas s'incriminer soi-même<sup>211</sup>. Ces deux droits indissociables sont accordés à toute personne dès lors que son statut passe à celui d'accusé et, constituent la clé de voute des droits de la défense<sup>212</sup>. Selon la CEDH, admettre de tels interrogatoires comme preuve et les prendre en compte dans le verdict porterait « irrévocablement » atteinte à ces droits<sup>213</sup>.

Alors que le T.P.I.R a réaffirmé – en s'appuyant sur des constatations antérieures du T.P.I.Y<sup>214</sup> - que « *le droit à l'assistance d'un défenseur, est l'un des éléments fondamentaux du droit à un jugement équitable reconnu à tout accusé dans un procès pénal*<sup>215</sup> », la Cour

<sup>208</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/07, *Le Procureur c/ Katanga*, Décision de confirmation des charges, 26 septembre 2008, §98 « *Because it has not been shown that this particular procedure amounted to a violation of internationally recognised human rights, Germain Katanga's lack of assistance by a defence counsel during the taking of the procès-verbal does not make the procès-verbal inadmissible as evidence* ».

<sup>209</sup> *Ibid* §.97.

<sup>210</sup> C.E.D.H, *Salduz v. Turkey*, 27 novembre 2008, requête no. 36391/02, §.55, l'accès au conseil est un droit fondamental « *il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, à moins de démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit* ».

<sup>211</sup> Le droit de ne pas s'incriminer soi-même est un droit plus large dont le droit au silence fait partie intégrante, CEDH, *Saunders c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, requête n° 19187/91, §.69.

<sup>212</sup> voir notamment CEDH, *Heaney and McGuinness v Ireland* 21 december 2000, requête n°34720/97, §.40

<sup>213</sup> C.E.D.H, , *Salduz v. Turkey*, 27 novembre 2008, requête no. 36391/02§.55 « *The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction* ».

<sup>214</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n° IT-02-54-AR73.7, *Le Procureur c/ Milošević*, 1<sup>er</sup> novembre 2004, §.11 et 13

<sup>215</sup> T.P.I.R, Chambre de première instance III, affaire no ICTR-98-44C-T, *Le Procureur c. Rwamakuba*, 31 janvier 2007 §.47.

a nuancé le recours à l'exclusion dans ces cas, laissant entendre qu'il ne serait pas systématique. Selon elle, pareille solution devrait être envisagée seulement si l'accusé n'a pas eu « accès », de manière générale, à un conseil. L'exclusion de l'interrogatoire subi par Germain Katanga - qui était le premier depuis sa mise en détention - ne découlait pas de l'absence de son avocat, ce, contre sa volonté, mais bien du fait qu'il n'avait pu s'entretenir avec celui-ci au préalable, ignorant ainsi ses droits<sup>216</sup>. L'absence physique du conseil lors de l'interrogatoire malgré la demande de l'accusé, ne serait donc pas nécessairement une violation suffisamment grave des droits de la défense pour justifier l'exclusion<sup>217</sup>, ce qui est contestable.

Tout d'abord, la C.E.D.H a consacré la règle selon laquelle, sauf raisons tout à fait exceptionnelles, tout accusé « *p(eut) obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil*<sup>218</sup> », ce qui comprend de toute évidence la présence physique du conseil chaque fois qu'elle est demandée. Ensuite, la C.P.I, dans cette affaire, privilégie une approche relativement permissive qui est contraire à la lettre de son propre statut. En effet, l'article 55 2) d) dispose expressément, que, durant la phase de l'enquête l'accusé a le droit d'« *être interrogé en présence de son conseil* », que l'interrogatoire soit mené par le procureur ou les autorités nationales en vertu du chapitre IX. Il faut noter que contrairement aux instruments internationaux susmentionnés, ce droit est spécifique puisqu'il se voit attribuer un paragraphe distinct de celui consacrant l'accès général au conseil<sup>219</sup>. Ce droit est affirmé avec encore plus de ferveur dans l'article 42 du R.P.P des T.P.I. qui précise que « *l'interrogatoire d'un suspect ne peut avoir lieu qu'en présence de son conseil*<sup>220</sup> ». Dans la sphère pénale internationale, la présence physique du conseil lors des interrogatoires apparaît sans équivoque comme un droit additionnel, distinct, quoique partie intégrante au droit plus général de l'accès au conseil. L'affirmation de cette présence comme étant un droit à part entière découle sans doute de la gravité des charges pesant contre l'accusé, justifiant ainsi que sa seule limitation devrait être la renonciation volontaire de l'intéressé.

<sup>216</sup> C.P.I, Chambre de première instance II, affaire n° ICC-01/04-01/07, *Le Procureur c/ Katanga*, Decision on the Prosecutor's Bar Table Motions, 17 décembre 2010§.63.

<sup>217</sup> *Ibid.* §.61 « *This does not necessarily mean that a lawyer must be physically present during every interrogation* ».

<sup>218</sup> C.E.D.H, *Dayanan c/ Turquie*, 13 octobre 2009, requête n° 7377/03, §.32.

<sup>219</sup> Article 55-2-c du Statut de Rome : « *être assisté par le défenseur de son choix* ».

<sup>220</sup> Ce droit est réaffirmé à l'article 63 du RPP TPIY dans la section des procédures préliminaires « *L'interrogatoire d'un accusé par le Procureur, y compris après la comparution initiale, ne peut avoir lieu qu'en présence de son conseil* ». Ceci démontre que ce droit est valable à tout moment des procédures.

## **Chapitre 2 - L'édification d'une présomption d'admissibilité envers les preuves issues de violations du droit à la vie privée**

Toutes les violations des droits de l'homme ne sont pas considérées comme étant équivalentes. Certains droits sont considérés comme de moindre importance, leur violation n'entraînant pas l'exclusion des preuves qui en découlent. Les juridictions, lorsqu'elles sont confrontées à des violations du droit à la vie privée, ont une approche très laxiste. En effet, les preuves résultant de ces violations sont unanimement admises (Section 1), la violation étant – notamment - atténuée par le rôle centrale qu'elles jouent dans la condamnation (Section 2).

### **Section 1 - La perpétuelle éviction du droit à la vie privée du champ de la règle d'exclusion**

Les violations portant atteinte à la vie privée, dans la collecte des preuves, sont les plus courantes devant les juridictions pénales internationales. Si le droit à la vie privée est absent des divers instruments juridiques pénaux internationaux, différents projets statutaires de la Cour y faisaient explicitement mention<sup>221</sup>. On peut se demander si le maintien de ces dispositions dans le corpus juridique aurait eu pour impact de garantir une meilleure protection du droit à la vie privée. Les violations du droit à la vie privée ont plusieurs visages et, résultent majoritairement de perquisitions et saisies illégales (A) ou encore d'interception de communication (B).

#### **A. L'admissibilité des preuves fruits de perquisitions et saisies illégales**

Les mesures telles que les perquisitions sont possibles et constituent des ingérences légales au droit à la vie privée, si elles sont menées en vertu d'un cadre législatif strict et

---

<sup>221</sup> Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998 Article 67§3 « *La Cour ne peut porter atteinte au droit de toute personne de vivre en sécurité chez elle et de préserver ses papiers et ses biens de toute incursion, perquisition ou saisie, si ce n'est en vertu d'un mandat délivré par la chambre préliminaire à la demande du Procureur, conformément aux dispositions de la neuvième partie du Règlement de la Cour, pour motif valable, et qui précise en particulier le lieu de la perquisition et les objets à saisir* ».

spécifique<sup>222</sup>. Cependant, lorsque ces garanties ont été bafouées<sup>223</sup>, les juridictions pénales internationales doivent analyser l'admissibilité de ces preuves à travers le prisme de la règle d'exclusion prévue dans leurs statuts. Pour ce qui est du critère de fiabilité, la C.P.I considère que des saisies illégales ne sauraient le remettre en cause. En effet, concernant une perquisition faite en violation du cadre procédural national, elle indique que « *la Chambre est toutefois d'avis qu'en l'espèce, la violation du principe de proportionnalité n'a pas affecté la crédibilité des éléments de preuve saisis au domicile de [EXPURGÉ] parce que si la perquisition et la saisie avaient été effectuées en plein respect du principe de proportionnalité, le contenu des pièces saisies ne s'en serait pas trouvé modifié* ». Pour la Cour, le caractère matériel et objectif des preuves saisies rendrait leur altération difficile et aisément identifiable. Dans ce cas, il semblerait que seul le critère d'intégrité puisse jouer et, pallier l'ineffectivité du critère de fiabilité. Pour autant en matière de violation du droit à la vie privée celui-ci est également neutralisé comme l'illustre une décision du T.P.I.Y qui a considéré que, des documents d'identité qui avaient été saisis au domicile des accusés, au mépris des procédures nationales, étaient admissibles, la violation ne touchant pas à un droit fondamental. Ainsi, celle-ci ne portant pas grandement atteinte à l'intégrité des procédures, l'intérêt de la justice légitimait leur utilisation<sup>224</sup>.

La C.P.I est allée plus loin encore, dans l'affaire *Lubanga*, en considérant que la règle d'exclusion n'avait même pas lieu à s'appliquer pour ce type de violation. Elle a déclaré que « *l'illégalité de la perquisition et de la saisie effectuées en l'absence de [EXPURGÉ] constitue une violation d'une règle de procédure mais ne peut être considérée comme si grave qu'elle puisse être assimilée à une violation des droits de l'homme internationalement reconnus* <sup>225</sup> ». L'article 17 du PIDCP reconnaît pourtant explicitement que toute immixtion arbitraire ou illégale au domicile d'une personne est une atteinte à sa vie privée. Cette atteinte est d'autant plus flagrante lorsque la perquisition est jugée comme étant disproportionnée au

<sup>222</sup> C.E.D.H, *Eon c/ France*, 14 mars 2013, requête n° 26118/10, §.220 le principe de la prééminence du droit » impose au « *droit interne [d'] offrir des garanties adéquates et suffisantes contre l'arbitraire [...] dans le contexte des saisies et perquisitions* ».

<sup>223</sup> Comité pour les droits de l'homme, commentaire général n°16 en rapport avec l'article 17 du PIDCP (A/43/40), 28 septembre 1988, p.187 « *L'adjectif "illégal" signifie qu'aucune immixtion ne peut avoir lieu sauf dans les cas envisagés par la loi. Les immixtions autorisées par les Etats ne peuvent avoir lieu qu'en vertu d'une loi qui, elle-même, doit être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte* ».

<sup>224</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-96-21, *Le Procureur c/ Delalic*, 19 janvier 1998 §.8 « *it cannot be seriously argued such mistakes constitute violations of fundamental human rights. The admission of these exhibits into evidence would not seriously damage the integrity of the present proceedings* », §.21 « *the interest of justice in this case demand that the passports, identity card and Pass, which are both relevant and of probative value, should be admitted into evidence* ».

<sup>225</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007 §.78



but qu'elle poursuit<sup>226</sup>, ce qui est le cas dans l'affaire *Lubanga* où des centaines de pièces ont été saisies et ce, de manière indifférenciée<sup>227</sup>. On peut donc raisonnablement dire qu'il y a eu dans cette affaire violation du droit à la vie privé, droit qui s'il n'est pas directement consacré par le Statut, fait partie intégrante des droits de l'homme internationalement reconnus visés par l'article 21-3<sup>228</sup>. La Cour ne pouvant raisonnablement pas considérer que le droit à la vie privé n'est pas un droit de l'homme internationalement reconnu, la seule conséquence que l'on puisse en tirer est, qu'une violation de ce droit ne peut être considérée comme répondant au seuil de gravité requis par les juges pour entraîner l'application des articles 69-7 ou 95.

### **B. La persistante admission des interceptions téléphoniques « sauvages »**

Les écoutes illégalement interceptées sont des preuves régulièrement utilisées devant le T.P.I.Y.

Le recours à ces méthodes d'enquête invasives s'est multiplié en droit national ; l'évolution de la criminalité organisée rend son appréhension plus complexe, ces procédés technologiques sont aujourd'hui le seul moyen de lutter efficacement contre celle-ci. A l'instar des perquisitions, les écoutes ne sont pas en soi illégales à conditions qu'elles respectent un cadre procédural strict. Les enregistrements transmis aux juridictions pénales internationales ont pour la plupart été obtenus au mépris des standards posés par le droit national. Il semblerait qu'encore une fois, la gravité des crimes reprochés aux accusés puisse balayer les considérations procédurales et légitimer le recours à ces méthodes. Malgré le fait que le Tribunal reconnaisse que les interceptions illégales violent le droit à la vie privée, la totalité de ces preuves a été admise. A nouveau, la violation du droit à la vie privée n'est pas

---

<sup>226</sup> C.E.D.H, *Saint Paul Luxembourg S.A c/ Luxembourg*, 10 avril 2013, requête n° 26419/10, a reconnu une violation de l'article 8 de la convention §.40 « *Pareille ingérence enfreint l'article 8, sauf si elle satisfait aux conditions du paragraphe 2, c'est-à-dire si elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit l'un des buts énoncés dans ce paragraphe et est nécessaire dans une société démocratique* » §.62 « *La Cour juge que la perquisition et saisie effectuée au siège de la requérante était, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnée par rapport au but visé* ».

<sup>227</sup> C.P.I, Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, *Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.81 ; Si le projet de Statut sus-mentionné en note 167 avait été adopté, une telle saisie n'aurait pu être menée car l'article 67§3 prévoyait une délimitation stricte en amont des documents à saisir afin d'éviter tout caractère disproportionné.

<sup>228</sup> G. EDWARDS, « International human rights law challenges to the new international criminal court : the search and seizure right to privacy » in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 26 :323 ; 2001 p.327 « *The search and seizure right to privacy is an internationally recognized human right under the Rome Statute's article 21§3* ».

considérée comme étant suffisamment grave pour remettre sérieusement en cause l'intégrité de la procédure<sup>229</sup>. Les juges se sont notamment appuyés, pour justifier l'éviction du critère d'intégrité<sup>230</sup>, sur le contexte dans lequel une partie des enregistrements a été faite, à savoir le conflit armé<sup>231</sup>, contexte de crise lors duquel le droit commun en vigueur peut être contourné. Il faut cependant nuancer la justification avancée ; si la majorité des enregistrements ont été fait en période de conflit, certains ne le sont pas ce qui démontre bien qu'encore une fois une violation du droit à la vie privée est considérée comme « mineure ». L'éviction du critère d'intégrité en raison du contexte de conflit n'affecte en rien celui de fiabilité qui garde toute sa pertinence et doit être évalué, les deux devant être remplis pour admettre la preuve. Il a cependant été évoqué précédemment que les juges se montraient très tolérants envers ce critère, celui-ci, n'ayant jamais suffi à justifier, à lui seul, l'exclusion d'une preuve.

Les interceptions téléphoniques ont eu une importance considérable dans les procès pénaux internationaux, surtout pour le T.P.I.Y. Cette méthode qui se banalise et, qui a prouvé son efficacité pour les condamnations des crimes commis en ex-Yougoslavie, pourrait être reprise par la Cour dans le cadre des enquêtes en cours. Jusqu'à présent, toutes les interceptions ont été menées par les Etats, pour la plupart antérieurement à l'ouverture même des enquêtes; le statut et le R.P.P étant silencieux sur ce point on peut se demander s'il serait envisageable pour le bureau du procureur d'effectuer lui-même des écoutes et selon quelles modalités. Il est notable que les C.E.T.C, qui pourtant ne prévoient aucune règle d'exclusion, sont la seule juridiction dans laquelle le recours à ce type de preuve de la part du procureur est expressément interdit. La règle 52 du règlement intérieur intitulée « interdiction des écoutes téléphoniques », dispose : « *Les co-procureurs n'ont pas autorité pour ordonner l'interception et l'enregistrement de correspondances émises par téléphone ou par des moyens de télécommunication, tels que les messages fax ou les messages internet* ».

---

229 T.P.I.Y, chambre de première instance dans l'affaire n°IT-95-5/18-T, Le Procureur c/ Karadžić, 30 septembre 2010, §.6 « The Chamber does not consider that admitting intercepts of conversations involving the Accused that may have been obtained in contravention of domestic law would violate the Accused's right to privacy to such an extent that the integrity of these proceedings would be damaged ».

230 T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT 95-14/2, Le Procureur c/ Kordić & Čerkez 2 february 2000, p. 13694 « evidence obtained by eavesdropping on an enemy's telephone calls during the course of a war is certainly not antithetical to and certainly would not seriously damage the integrity of the proceedings »

231 Ce n'est pas le cas de tous les enregistrements, certains ont été fait en temps de paix comme c'est par exemple le cas dans l'affaire T.P.I.Y, Chambre de première instance I, affaire n°IT-04-84.R77.4, Le Procureur c/ Haraqija et Morina, 27 novembre 2008.

Si la protection du droit à la vie privée n'apparaît pas expressément dans les statuts, le droit au respect des communications entre un avocat et son client, qui en est une composante, est textuellement consacré pour la C.P.I et les tribunaux ad hoc. La règle 73 du R.P.P de la Cour dispose que « *les communications entre une personne et son conseil sont couvertes par le secret professionnel ; en conséquence, la divulgation de leur contenu ne peut être ordonnée* <sup>232</sup> ». Ce droit de la défense est renforcé par les dispositions de l'article 67-1-b de Statut qui prévoit que l'accusé peut communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix.

Ce pan du droit à la vie privée semble davantage protégé. Etant donné son importance, la violation de ce droit devrait avoir un impact plus certain sur l'intégrité du procès. Un arrêt *Zagaria* rendu par la CEDH va en ce sens : « *l'écoute de la conversation téléphonique du requérant avec son conseil du 15 avril 1999 a porté atteinte au droit de l'intéressé d'exercer de manière effective les droits de la défense. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention, combiné avec l'article 6 § 1* <sup>233</sup> ».

Pour Anne-Marie La Rosa, « *rien n'empêche toutefois que la pratique juridictionnelle des TPI n'exclut ce privilège comme elle l'a fait en ce qui concerne un journaliste* <sup>234</sup> ».

La Cour pénale internationale est touchée par cette question de l'étendue du secret professionnel qui est très délicate à délimiter. Bien que lors du dernier projet de Statut pour la C.P.I, il ait été envisagé par certaines délégations d'inclure une disposition déclarant irrecevable tout élément de preuve obtenu en violation du secret des communications entre un avocat et son client, la proposition n'a pas été retenue privant les échanges intervenus dans ce cadre d'une inviolabilité absolue.

Une affaire adjacente à l'affaire *Bemba* a été ouverte et place la question de l'utilisation d'enregistrements de conversations couvertes par le secret professionnel au cœur des débats. Il est reproché aux conseils de Monsieur Bemba, d'avoir usé de leur influence pour suborner des témoins afin d'obtenir de faux documents et témoignages, ce qui constitue une infraction à la bonne administration de la justice.

<sup>232</sup> Les seules dérogations à cette règle sont le fait que l'accusé y consente par écrit, ou que celui-ci en divulgue volontairement le contenu à un tiers qui a son tour le révèle (Règle 73 1. a et b) ; L'article 97 du RPP du TPIY a un contenu identique.

<sup>233</sup> C.E.D.H, *Zagaria c/Italie* 27 novembre 2007, requête n° 58295/00 §.36.

<sup>234</sup> A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Publications de l'Institut de hautes études internationales, Genève, aux Presses Universitaires de France, (2003) p. 356; T.P.I.Y Chambre de première instance II, affaire n° IT-99-36, , *Le procureur c/ Brđanin*, decision on motion to set aside confidential subpoena to give evidence, 7 juin 2002 §.26 dans lequel les juges ont imposé à un journaliste de guerre de venir témoigner alors qu'un principe général veut qu'ils puissent refuser en vue de protéger l'indépendance et l'objectivité nécessaire à sa mission.

Malgré une consécration textuelle sans aucune limitation apparente, les juges ont rappelé à plusieurs reprises que l'inviolabilité dont bénéficie la relation entre le client et son avocat n'était pas inconditionnelle. Cette position n'est pas étonnante au vu de la majorité des droits nationaux qui vont également en ce sens<sup>235</sup>. La Chambre indique que le secret peut être levé si l'avocat et le client sont soupçonnés de commettre des fraudes ou des crimes sous son couvert<sup>236</sup>.

La difficulté qui se pose est évidente, tout usage de documents ou de conversation entre un avocat et son client comme élément de preuve est normalement vicié *per se*. A partir de quel moment la protection conférée peut-elle être levée et dans quelle(s) proportion(s) ?

Nous avons mentionné que les textes ne prévoient pas d'exception à l'inviolabilité du secret professionnel, ce qui signifie que la possibilité d'avoir accès à de tels éléments n'est encadrée par aucune procédure préétablie. Le Procureur, à l'initiative de la procédure à l'encontre des conseils de M. BEMBA, a précisé que les indices qui tendent à laisser penser que l'avocat sous le couvert du privilège dont il bénéficie commet un crime, doivent être sérieux<sup>237</sup>. Dans la requête publique il est précisé que le Procureur a été informé des activités en cause par le biais d'un « tuyau », sans que la ou les personnes qui en sont à l'origine ne soient identifiées. Les soupçons du Procureur sont fondés sur des relevés de la banque Western Union qui font état de transferts de sommes d'argent à des personnes identifiées comme étant des témoins dans le procès principal ainsi que des informations laissant apparaître que de longues conversations codées ont eu lieu, sur la ligne professionnelle du conseil, avec des personnes ayant témoigné pour la défense de M. Bemba. Toutefois, le Procureur reconnaît que les preuves qu'il possède sont circonstanciées et ne lui permettent pas d'avoir une vision complète de la situation<sup>238</sup>. Malgré tout, les juges ont levé l'immunité des conseils en considérant que ces preuves circonstanciées mises bout à bout laissent

<sup>235</sup> C.P.I, Chambre préliminaire II, affaire n°ICC-01/05-01/13, 29 juillet 2013, *Le Procureur c/ Bemba and al* §.4 « *Although not explicitly stated in the Statute or the Rules, the fact that communications effected in furtherance of crime or fraud provide an exception to the principle of professional privilege is broadly accepted both at the national and the international level* ».

<sup>236</sup> C.P.I, Chambre de première instance VII, affaire n°ICC-01/05-01/13 16 septembre 2015 *Le Procureur c/ Bemba and al* §.20 « *it would be patently unreasonable for someone to conclude that judges of this Court could never authorise the monitoring of lawyer-client communications falling under the crime/fraud privileged exception* ».

<sup>237</sup> C.P.I, Chambre préliminaire II, affaire n°ICC-01/05, 19 juillet 2013, *Le Procureur c/ Bemba and al*, §.26.

<sup>238</sup> C.P.I, Chambre préliminaire II, affaire n°ICC-01/05-01/13, 19 juillet 2013, *Le Procureur c/ Bemba and al*, §. 22.

« *Evidence is largely circumstantial and the prosecution has a fair but incomplete understanding of the scheme* ».

penser qu'il y a effectivement eu subornation de témoins<sup>239</sup>. Seule la retranscription des conversations entre le conseil et son client est à même de prouver que l'infraction en question est constituée ; à ce titre le juge unique a accordé au Procureur l'autorisation de demander aux autorités belges et néerlandaises de procéder à l'écoute des suspects. Cette autorisation obtenue a priori a été considérée par les juges de la Chambre de première instance comme une base suffisante pour procéder aux écoutes. A ce titre, la requête de la Défense visant à faire exclure les écoutes par le biais de l'article 69§7 a été rejetée, la violation du droit à la vie privée n'ayant pas été retenue.

Cependant, le fait que le conseil soit soupçonné de commettre une infraction ne justifie pas la neutralisation totale du secret professionnel qui demeure en tout cas pour les échanges traitant uniquement de la défense du client. Afin de ne pas risquer de compromettre la stratégie de défense de M. Bemba dans le procès initial, il a été décidé qu'avant que les enregistrements ne puissent être utilisés par le Procureur, ils seraient contrôlés par un conseil indépendant, ce qui est considéré comme un filtre suffisant<sup>240</sup>. Ce conseil après avoir pris connaissance du contenu de chaque conversation devait identifier celles qui sont en lien avec l'affaire de subornation seulement et qui ne sont plus légitimement protégées<sup>241</sup>. Etant donné que ce conseil a accès à tous les documents normalement couvert par le secret sans limitation aucune, se pose la question de son indépendance. Si le juge unique a précisé que le conseil ne pouvait être nommé par le Procureur<sup>242</sup>, on ne sait qui est en charge de la nomination, ni sur quels critères celle-ci s'effectue. Le juge unique précise simplement que le conseil indépendant agit sous sa supervision et qu'il peut intervenir en cas de difficulté.

S'il apparaît nécessaire de passer par l'intermédiaire d'un tiers, la défense a soulevé plusieurs questions importantes quant à l'absence de transparence du travail mené par celui-ci, qui sont restées sans réponses. Il s'agit entre autre de connaître la méthode de sélection retenue par l'expert notamment pour définir quelles informations étaient couvertes par le secret mais surtout de savoir ce qu'il adviendrait dans le cas où le conseil découvrirait des éléments à décharge dans des conversations qui ne pouvaient être transmises car couvertes par le secret. La valeur probatoire des rapports produits par le conseil a également été remise en cause par la défense, étant donné qu'ils reflètent son analyse, et contiennent seulement

---

<sup>239</sup> C.P.I, Chambre de première instance VII, affaire n°ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba and al*, 24 septembre 2015, §.22.

<sup>240</sup> *Ibid.* §.29

<sup>241</sup> *Ibid.* §.28

<sup>242</sup> C.P.I, Chambre préliminaire II, affaire n°ICC-01/05-01/13, 29 juillet 2013, *Le Procureur c/ Bemba and al*, §.7.

des résumés et des extraits des conversations et non pas une retranscription fidèle et objective et de celles-ci<sup>243</sup>.

Si la violation de ce droit a été considérée par la C.E.D.H comme portant nécessairement atteinte à l'intégrité de la procédure, il est en déclin dans certains pays comme la France où la protection conférée par le secret professionnel s'effrite progressivement<sup>244</sup>. L'affaire *BEMBA 2* illustre la difficulté d'appréhender les contours mouvants du secret professionnel. La procédure mise en œuvre par le conseil indépendant est encore tâtonnante et mal définie, le risque de laisser filtrer des documents ou des conversations couvertes par le secret existe. Il reste à espérer que dans ce cas, à l'instar de la C.E.D.H, la Cour exclura les preuves en question pour cause d'atteinte indéniable à l'intégrité de la procédure.

Face à des preuves obtenues en violation du droit à la vie privée, les juges ont développé un schéma récurrent d'admissibilité. D'autres juridictions, comme la C.E.D.H considèrent qu'il est rare qu'une violation du droit à la vie privée (même si elle est reconnue) remette en cause l'équité du procès<sup>245</sup>, toutefois cela est arrivé à plusieurs reprises. La juge Tulkens a plusieurs fois, laissé entendre, dans ses multiples opinions dissidentes, que si la violation de l'article 8 de la C.E.S.D.H est généralement considérée acceptable, alors ce droit perd sa substance et toute fonction dissuasive devient inopérante<sup>246</sup>. La pratique des juges

<sup>243</sup> C.P.I, Chambre de première instance VII, affaire n° ICC-01/05-01/13, *Le Procureur c/ Bemba and al* 8 octobre 2015, Document produit par la Défense de Narcisse Arido, §.72.

<sup>244</sup> La pratique récente de la France va dans ce sens. Dans l'affaire *Bettencourt*, des conversations téléphoniques entre un avocat et sa cliente ont été admises par la Cour de Cassation alors qu'elles avaient été enregistrées en toute illégalité. La Cour a justifié sa décision en se basant sur le principe de loyauté de la preuve. Il est de jurisprudence constante que celui-ci ne s'applique qu'aux autorités publiques et non aux personnes privées. L'enregistrement ayant été fait par le majordome de l'intéressée, les juges ont déclaré « *qu'après ouverture de l'information, ni le juge d'instruction ni la chambre de l'instruction ne saurait s'arroger le droit d'expurger et encore moins d'annuler un document versé en procédure, dès lors qu'il est produit par un particulier, constitue une pièce à conviction et ne procède, dans sa confection, aucunement de l'intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique* ». Cette approche semble contestable dans le sens où l'identité de l'auteur de la violation ne modifie pas l'impact sur les droits de la défense, qui dans tous les cas est identique. Si ces interceptions ne sont pas considérés comme des preuves par le droit Français, mais n'ont valeur que de simples renseignements, en figurant au dossier elles auront autant d'influence si ce n'est plus que toute autre preuve sur l'intime conviction des juges. Le rempart que constituait jusqu'à présent le secret professionnel s'effrite progressivement en France, notamment depuis l'adoption de la loi renseignement. Un groupement d'avocats a d'ailleurs récemment intenté un recours devant la C.E.D.H pour faire déclarer contraire à la convention les dispositions permettant des écoutes entre un avocat et son client jugées trop souples.

<sup>245</sup> C.E.D.H, *Khan c/ Royaume-Uni*, 12 mai 2000, requête n°35394/97, « *L'utilisation, au cours d'un procès pénal, d'éléments obtenus au mépris du droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8 ne signifie pas que le procès serait inéquitable* ».

<sup>246</sup> C.E.D.H, *PG and JH c/ RU*, requête n°44787/98 du 25 septembre 2001 opinion dissidente du juge Tulkens §.5 « *If violating Article 8 can be accepted as 'fair' then I cannot see how the police can be effectively deterred from repeating their impermissible conduct. Where and how should the line be drawn? According to which*

continue à entériner le culte d'une « hiérarchie » entre les droits de l'homme, creusant toujours plus l'écart entre le droit à la vie privée et les autres. La présomption mise en œuvre par les J.P.I est contestable dans le sens où les critères de la règle d'exclusion ont vocation à s'appliquer au cas par cas, en se basant sur la situation *in concreto*. La conviction des juges selon laquelle une violation du droit à la vie privée n'est pas considérée comme grave, ne devrait pas systématiquement en influencer le résultat. Pourtant, une partie de la doctrine va dans le sens des juridictions pénales internationales et considère que : « *criminals do not have a right to keep their crimes secret. Rightly so, the opposite is true, the public has a right to learn about these crimes*<sup>247</sup> ». A l'issue de cette étude il apparaît – et c'est encore plus flagrant lorsque l'on se retrouve confronté à des crimes si graves – que le respect de la vie privée perd son caractère de droit - commun et universel - pour ne devenir qu'un privilège.

## Section 2 - Un droit qui cède face au pouvoir incriminant de telles preuves

Le simple fait d'admettre des preuves illégalement obtenues porte en soi atteinte aux droits de la défense. Pour justifier cette pratique largement adoptée, les juges précisent que le fait d'admettre ces preuves, dans un premier temps, ne signifie pas que leur contenu sera considéré comme véridique et aura un poids plus tard, dans la condamnation<sup>248</sup>. Toutefois en examinant quelques jugements ou arrêts du T.P.I.Y, on constate que certaines condamnations se basent abondamment sur celles-ci. Ainsi, dans le jugement *Brđanin*, le Tribunal se base sur plus d'une soixantaine de conversations interceptées, non seulement pour établir l'existence de crimes, mais surtout pour établir la responsabilité de l'accusé. Les interceptions ont permis d'établir l'existence de la région autonome de Krajina et les activités criminelles dont elle était le berceau<sup>249</sup>. Elles ont également servi à démontrer que l'accusé

---

*hierarchy in the guaranteed rights? Ultimately, the very notion of fairness in a trial might have a tendency to decline or become subject to shifting goalposts ».*

<sup>247</sup> C. SAFFERLING, *Toward an international criminal procedure*, Oxford University Press, (2001) p.177

<sup>248</sup> T.P.I.Y, affaire n° n°IT-95-5/18-T, *Le Procureur c/ Karadžić*, 31 mars 2010, §.6 « *However, simply because a document is admitted into evidence does not suggest that the content of that document is accepted as true* ». C.P.I, *Chambre Préliminaire I, affaire n°ICC-01/04-01/06, Le Procureur c/ Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §.90 « *La chambre rappelle de plus la portée limitée de cette audience gardant à l'esprit que l'admission d'éléments de preuve à ce stade se fait sans préjudice de l'exercice par la Chambre de première instance de ses fonctions et pouvoirs d'évaluation finale de l'admissibilité et de la valeur probante des pièces saisies.*

<sup>249</sup> T.P.I.Y, *Chambre de première instance II, affaire n°IT-99-36-T, Le procureur c/ Brđanin*, 1er septembre 2004 §.186 « *le rôle de la RAK peut également être établi sur la base des interceptions de conversations téléphoniques entre de hauts responsables du SDS, de la ZOBK et de la RAK avec Radovan Karadžić* ».

participait à la mise en œuvre de ces activités, mais plus encore qu'il adhéraît au plan stratégique donc au but criminel commun<sup>250</sup>. En effet, le jugement précise qu' « *il est parfaitement clair que l'Accusé adhéraît au plan stratégique et acceptait l'usage de la force et de l'intimidation pour l'exécuter, si l'on considère un certain nombre de conversations téléphoniques interceptées entre Radovan Karadžić et l'Accusé ou d'autres dirigeants politiques* <sup>251</sup> ».

Ces conversations semblent avoir joué un rôle premier dans la démonstration de l'intention criminelle de l'accusé. La *mens rea* étant l'élément le plus difficile à démontrer, l'exclusion de ce type de preuves semble inconcevable pour le Procureur. Dans l'affaire *Kordić & Čerkez*, celui-ci soutenait que la valeur de ces preuves réside dans le fait que l'information est de première main. Entendre l'accusé donner des ordres directement a beaucoup plus de force qu'entendre un témoin déclarer avoir entendu l'accusé donner ces mêmes ordres<sup>252</sup>. Les juges semblent partager ce point de vue. Dans l'affaire *Brđanin*, ils déclaraient : « *En excluant ce qui, de prime abord, semble être des éléments de preuve pertinents et importants, elle ne ferait que se priver elle-même de preuves qu'il lui serait difficile, voire impossible d'obtenir autrement* <sup>253</sup> ».

Selon l'arrêt *Schenck* de la C.E.D.H (qui a été le premier à consacrer l'idée que des preuves obtenues illégalement n'étaient pas nécessairement inadmissibles), l'équité du procès ne serait pas remise en cause si les enregistrements illégaux ne sont pas les seules preuves à l'appui de la condamnation<sup>254</sup>. Toutefois, ceci ne semble plus être une condition essentielle. La même Cour, dans l'arrêt *Khan*, a considéré que le fait qu'un enregistrement litigieux soit la base des poursuites contre l'accusé mais aussi la seule preuve à charge justifiant sa condamnation ne portait pas atteinte au caractère équitable du procès <sup>255</sup>.

<sup>250</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n° IT-05-88-T, *Le Procureur c/ Popović*, jugement, 10 juin 2010, La chambre se base également sur des conversations téléphoniques pour établir l'intention criminelle de l'accusé p.280 « *Ne laissez pas un seul survivant* ».

<sup>251</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, 1er septembre 2004 §.306.

<sup>252</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT 95-14/2, *Le Procureur c/ Kordić & Čerkez*, 2 février 2000, p.13676-13677 « *This tape shows the sort of things that Kordic said, the sort of instructions he gave, the position he occupied, the authority he had, and it is therefore the best evidence of that. It's exactly the same as, if not rather better than, a person standing beside a defendant, coming to the Court and saying "I heard the defendant" take a different example, "give an instruction to attack Sarajevo" something like that. This is the best conceivable evidence of that sort, and its value – well its value may be many and various, but it's greatest value is in showing what Kordic said, and by so saying, did* ».

<sup>253</sup> T.P.I.Y affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, decision on the defence "objection to intercept evidence" 3 octobre 2003, §.63.9.

<sup>254</sup> C.E.D.H, *Schenk c/ Suisse* 12 juillet 1988, requête n° 10862/84, §.48.

<sup>255</sup> C.E.D.H, *Khan c/ Royaume-Uni*, 12 mai 2000, requête n°35394/97, §.37, Le juge Loucaides dans son opinion partiellement dissidente considère que le fait que l'élément obtenu illégalement soit la seule preuve fondant la condamnation rend le procès d'autant plus inéquitable.



Il convient de noter que malgré leur importance, la condamnation des accusés devant les juridictions pénales ne se base pas seulement sur ces preuves. De nombreux témoignages appuient ces enregistrements, notamment en identifiant les voix des interlocuteurs<sup>256</sup>. Cependant, il faut noter que les enregistrements illégaux restent des preuves centrales autour desquelles ces preuves additionnelles gravitent ; elles sont un point de départ. Ce n'est que suite à l'obtention de ces enregistrements que l'on est en mesure d'identifier des témoins qui viendront corroborer le contenu des conversations.

### Conclusion générale :

Bien que l'autonomie et la spécificité des règles d'exclusion aient été, à plusieurs reprises, mise en avant par les juges eux-mêmes, elles sont utilisées bien trop souvent de manière subalterne et, dérobées de leurs attributs. Leur intérêt même se trouve parfois remis en cause, lorsque certains juges affirment, comme cela a été le cas dans l'affaire *Delalic*: « *it would seem to be consistent with the Rules that where evidence is relevant and has probative value, it is immaterial how it has been obtained*<sup>257</sup> ». Leur caractère spécial occulté, elles se trouvent absorbées par les règles générales d'admissibilité des preuves voire évincées face à certaines violations – notamment par certains juges du T.P.I.Y qui considèrent qu'elles ne sont pas adaptées en cas de violation du Statut ou du R.P.P- .

Lorsque les règles d'exclusion ne sont pas considérées comme obsolètes et sont effectivement appliquées, on constate un grand écart entre la théorie et la pratique. Les critères d'évaluation posés par les règles sont larges, les notions de fiabilité et d'intégrité sont mouvantes et peu délimitées, leur application reposant essentiellement sur l'appréciation des juges. Anne-Marie La Rosa mettait en garde sur le fait que « *cette liberté d'appréciation des juges ne doit pas être pour autant synonyme d'imprévisibilité et une certaine cohérence jurisprudentielle entre les chambres doit être assurée*<sup>258</sup> ». Si la sphère pénale internationale est composée de juridictions distinctes, indépendantes les unes des autres, elles œuvrent toutes à la construction d'un même droit ; il est essentiel qu'une

<sup>256</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance II, affaire n°IT-99-36-T, *Le procureur c/ Brđanin*, 1er septembre 2004 §.34.

<sup>257</sup> T.P.I.Y, Chambre de première instance, affaire n°IT-96-21, *Le Procureur c/ Delalic*, 9 février 1998, §.19.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 1599.

certaine harmonie résulte des décisions rendues. Cette étude révèle pourtant des incohérences, voire des contradictions entre les chambres, dans une même affaire, ou encore concernant une même preuve, ce qui met à mal l'impératif de sécurité juridique. A l'issue de celle-ci, il semble difficile d'éclairer le contenu des critères d'évaluation des preuves illégalement obtenues tant les juges, quand ils y ont recours, étoffent peu leur raisonnement.

Une étape décisive dans l'interprétation des *lex specialis* peut toutefois être mise en lumière. Le recours à l'exclusion se construit autour d'une notion centrale, la gravité qui est pourtant absente de la lettre, mais aussi de l'esprit, de chacun des textes fondateurs des différentes juridictions. Le recours à ce critère comme référence s'est cristallisé ; il est mentionné lors de chaque évaluation de preuve illégalement obtenue, ce, par toutes les juridictions. Ne reposant sur aucun socle textuel, cette pratique repose sur une sorte d'« autolégitimation », les juges renvoyant aux décisions d'autres chambres et juridictions qui avant eux l'on retenu. La mise au premier plan de la gravité semble aller à l'encontre du but même des règles d'exclusion. On peut penser que par principe elles ont été codifiées dans le dessein de, potentiellement, sanctionner toute violation. Il s'agissait davantage d'une question de principe que de gravité, afin d'encourager le respect des règles procédurales. L'application qui en est faite revient à opérer une classification des violations en fonction de leur gravité, ce qui crée une rupture d'équilibre entre celles-ci ; ce qui aboutit à une politique d'exclusion des preuves non plus uniforme mais à géométrie variable, les violations de la vie privée étant considérée comme insuffisamment graves. Les immenses difficultés rencontrées par les J.P.I dans la collecte des preuves, notamment celles dues à l'absence de bras armés, bien qu'indéniables, ne doivent pas justifier une trop grande tolérance qui, à terme, aura des répercussions néfastes sur la construction du droit international des droits de l'homme et d'en fragiliser les acquis.

Face à certaines violations, les articles 69-7 et 95 ne sont plus des outils de protection mais plutôt des instruments de légalisation des atteintes portées aux droits de l'homme. L'article 69-7 est utilisé comme une dérogation à l'obligation de respecter les droits de l'homme prévue par l'article 21-3 et, lui enlève son caractère absolu. Or, toute dérogation, d'autant plus lorsqu'elle touche un point aussi essentiel que le respect des droits de l'homme doit être très strictement encadrée et son usage doit être prévisible. Les règles d'exclusion existantes ne permettent pas d'assurer aux droits de l'homme une garantie de respect immuable. S'il apparaît que certaines violations conduisent nécessairement à l'exclusion peu importe les circonstances, la présomption inverse ne devrait pas exister ; chaque cas doit être étudié à travers le prisme de la règle d'exclusion dans son ensemble et ne pas l'outrepasser

ou la circoncrire. Après tout, les juges internationaux eux-mêmes insistent sur le fait que « *l'avenir de la justice pénale internationale dépend à la fois de la précision et de l'interprétation stricte des textes, du respect des principes du procès équitable et de la présomption d'innocence* <sup>259</sup> ».

---

<sup>259</sup> T.P.I.R, Chambre d'appel, affaire n°ICTR-96-10-A et n°ICTR-96-17-A, *Le Procureur c/Ntarutimana et consorts*, Opinion séparée et dissidente du Juge OSTROVSKY, 13 décembre 2004, §.17 ; T.P.I.R, Chambre de première instance affaire n°ICTR-96-4-T. *Le Procureur c/ Akayesu*, 2 septembre, 1998, §.129.

## Sommaire

PREMIERE PARTIE - Le champ d'applicabilité de la règle d'exclusion : les interactions entre ordres juridiques national et international dans la collecte des preuves

- Chapitre 1 : Le refus d'un contrôle de conformité des preuves obtenues au niveau national

Section 1 : L'intérêt théorique du contrôle de conformité

Section 2 : Le rejet pratique du contrôle de conformité

- Chapitre 2 : La règle d'exclusion, filtre des preuves obtenues suite à des violations commises par les autorités nationales

Section 1 : L'influence de l'attribution de la violation sur l'applicabilité de la règle d'exclusion

Section 2 : L'extensibilité du champ de la règle d'exclusion par-delà la nature de la violation

DEUXIEME PARTIE - L'application de la règle d'exclusion par le juge: analyse des critères de sa mise en œuvre

- Chapitre 1 : La reconnaissance partielle d'une cause d'exclusion objective

- Chapitre 2 : Une interprétation restrictive de la règle d'exclusion

Section 1 : L'ajout d'un critère de déclenchement supplémentaire : la gravité de la violation

Section 2 : L'affaiblissement du double test de la règle d'exclusion

## TROISIEME PARTIE: L'incidence de l'usage de la règle sur la protection des droits de l'homme

### - Chapitre 1 : Les droits de l'homme dont la violation est frappée d'exclusion

Section 1 : L'exclusion des preuves découlant de torture ou de traitements inhumains et dégradants : une garantie inconditionnelle

Section 2 : L'exclusion des preuves obtenues en violation du droit au conseil : une garantie quasi-inconditionnelle

### Chapitre 2 : L'édification d'une présomption d'admissibilité des preuves issues de violations du droit à la vie privée

Section 1 : La perpétuelle éviction du droit à la vie privée du champ de la règle d'exclusion

Section 2 : Un droit qui cède face au pouvoir incriminant de telles preuves