

La pénalisation du droit international Demi-journée de Nanterre – 10 mars 2017

LA CRIMINALISATION¹ DE L'ÉTABLISSEMENT DES FAITS

Sarah JAMAL

ATER à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Le développement du droit international pénal et de la justice pénale internationale a entraîné un processus de criminalisation de l'établissement des faits. Une coopération s'est mise en place entre les acteurs chargés d'établir les faits notamment au sein des Nations Unies, qu'il s'agisse de rapporteurs spéciaux en charge d'une procédure spéciale ou de commissions d'enquête et la justice pénale internationale. Ceux-là, dans le cadre de leur mandat, cherchent à préparer et faciliter le travail de la justice pénale internationale. Les premiers exemples de cette coopération ont concerné la création du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie ainsi que celle du Tribunal pénal international pour le Rwanda. En effet, les rapporteurs spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ont, dans un premier temps, analysé les faits constitutifs de crimes internationaux et ont suggéré la création de tribunaux *ad hoc*². Ils ont, ensuite, coopéré avec les commissions d'enquête instituées par le Conseil de sécurité³. Ces dernières ont, par la suite, facilité le travail du bureau du Procureur en lui transférant toutes les informations, documents et témoignages qu'elles avaient recueillis⁴. L'établissement des faits a donc été, dans ces deux exemples, un processus continu s'achevant par la tenue de procès.

¹ Nous reprenons cette expression du Pr. Philip Alston, Ph. ALSTON, « The Criminalisation of International Human Rights Fact-Finding », Conference on Fact-finding on Gross Violations of Human Rights During and After Conflicts, Norwegian Centre for Human Rights, Oslo, 17-18 November 2011, disponible sur <http://www.jus.uio.no/smr/english/research/areas/conflict/events/conferences/fact-finding/alston.html> (consulté le 22 juillet 2014).

² L. S. SUNGA, « How can UN human rights special procedures sharpen ICC fact-finding? », *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, février 2011, p. 191, disponible sur <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2011.537466> (consulté le 19 mars 2014).

³ *Ibid.*, p. 193.

⁴ S. BARBIER, « Les commissions internationales d'enquête et d'établissement des faits » in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dirs), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 791.

Ces deux expériences ont été répétées par la suite. Par exemple, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a transmis au bureau du Procureur de la Cour pénale internationale toutes les archives de la commission d'enquête sur le Darfour⁵. S'agissant du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) et de la Commission internationale d'enquête indépendante pour le Liban, la coopération a été encore plus poussée. Afin d'assurer une continuité et de conserver l'expérience acquise, le président de la commission d'enquête a été nommé Procureur du TSL⁶. De plus, l'article 19 du Statut du TSL prévoit le transfert des preuves réunies par la Commission au Tribunal. Par conséquent, la commission d'enquête pour le Liban a véritablement été conçue par le Conseil de sécurité comme devant préparer « le travail d'un futur procureur international⁷ ». Il serait possible de continuer l'énumération d'exemples tant la pratique se développe. Les acteurs établissant les faits ont à l'esprit, pendant leur mandat, une future coopération avec la justice pénale internationale, ainsi que l'a indiqué le président de la Commission d'enquête pour la Syrie. Ce dernier a déclaré, lors d'une conférence, que si la commission ne peut pas coopérer avec le Procureur pendant ses travaux sans violer le principe d'indépendance, à l'issue de ses travaux, elle pourra communiquer l'ensemble de ces informations au bureau du Procureur⁸. Cette coopération est, d'ailleurs, favorisée par les transferts de personnels de la justice pénale internationale au domaine des droits de l'homme et vice versa⁹. Par exemple, Louise Arbour a occupé le poste de Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme après avoir été Procureur des TPIY et TPIR¹⁰. De même Carla Del Ponte, après avoir été Procureur des TPIY et TPIR, a été désignée en tant que membre de la Commission indépendante chargée d'enquêter en Syrie.

Ainsi, les acteurs ayant vocation à enquêter sur des violations de droits de l'homme ne s'intéressent plus uniquement à ces violations mais cherchent à établir l'existence de crimes internationaux afin de faciliter la saisine de la justice pénale internationale. Certaines le font parce que leur mandat le leur impose¹¹. Celui-ci peut leur demander d'enquêter sur des « crimes contre l'humanité », comme cela est le cas pour la Commission d'enquête sur la République populaire démocratique de Corée¹² ou

⁵ S. BARBIER, *loc. cit.*, p. 791

⁶ *Ibid.*, p. 792.

⁷ H. ASCENCIO, R. MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *Annuaire français de droit international*, volume 53, 2007, p. 433.

⁸ P. S. PINHEIRO, « La commission d'enquête sur la Syrie et les sources du droit international public », conférence organisée par l'école doctorale n° 9 de l'Université Panthéon-Assas le 13 décembre 2013.

⁹ M. BERGSMO and W. H. WILEY, « Human Rights Professionals and the Criminal Investigation and Prosecution of Core International Crimes », p. 4, in *Manual on Human Rights Monitoring An Introduction for Human Rights Field Officers*, disponible sur <http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/nordem/publications/manual/current/kap10.pdf> (consulté le 24 mars 2014).

¹⁰ D. KAYE, « Human Rights Prosecutors? The United Nations High Commissioner for Human Rights, International Justice, and the Example of Syria », *UC Irvine School of Law Research Paper No. 2013-83*, 4 janvier 2013, p. 14, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2196550> (consulté le 20 mars 2013).

¹¹ Voir à titre d'exemple la Résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité du 18 septembre 2004 établissant la Commission d'enquête pour le Darfour.

¹² Voir le Rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée, 7 février 2014, A/HRC/25/63, § 3 et s.

la Commission d'enquête sur la Syrie¹³. Il peut également exiger qu'elles enquêtent sur les « crimes perpétrés » comme dans le cas de la Commission d'enquête sur la Lybie¹⁴.

Malgré le silence de leur mandat, des commissions d'enquête ont estimé que le droit international pénal est tout de même applicable en raison des liens qu'il entretient avec les droits de l'homme et le droit humanitaire. Elles ont adopté une interprétation téléologique de leur mandat et ont considéré que l'objectif de l'enquête est de déterminer la responsabilité des violations constatées¹⁵. Tandis que d'autres ont affirmé que le recours au droit international pénal renforce les droits de l'homme¹⁶. Par conséquent, il s'agit dorénavant d'une pratique reconnue et prévue par les Statuts des juridictions pénales internationales¹⁷.

Nous allons donc nous interroger sur cette nouvelle pratique en nous concentrant sur les enquêtes menées au sein des Nations Unies. Nous allons examiner l'intérêt de ces enquêtes pour la justice pénale internationale et la manière dont les preuves récoltées sont utilisées (I). Puis nous nous intéresserons aux risques générés par cette pratique tant en termes de respect des droits de la défense qu'en termes de protection des témoins et des victimes (II).

I. UNE PRATIQUE PRÉSENTANT DES INTÉRÊTS POUR LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE MALGRÉ CERTAINES LIMITES

Le développement de la criminalisation de l'établissement des faits est utile à la justice pénale internationale. Celle-ci, saisie une fois que les faits se sont déroulés, peut profiter du fruit de ces enquêtes. Cette coopération est d'autant plus nécessaire que la justice pénale internationale souffre d'un manque de moyens. Pourtant, les éléments obtenus par ces enquêteurs ne respectent pas les principes d'une enquête pénale (A). Cela pose la question de leur utilisation par la justice pénale internationale (B).

¹³ CDH Résolution « Situation of human rights in the Syrian Arab Republic », S-17/1, 2011, § 13.

¹⁴ CDH Résolution « Situation des droits de l'homme en Jamahiriya arabe libyenne », A/HRC/RES/S-15/1, § 11.

¹⁵ C. HARWOOD, « The Competence of UN Human Rights Council Commissions of Inquiry to Make Findings of International Crimes », 25 Septembre 2013, pp. 11-13, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2330808 (consulté le 26 mars 2014) ; C. STAHN, D. JACOBS, « Human Rights Fact-Finding and International Criminal Proceedings: Towards a Polycentric Model of Interaction », *Grotius Center Working Papers*, 2014/017-ICL, p. 26, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2388596> (consulté le 17 mars 2014), p. 5.

¹⁶ Voir par exemple en ce sens le *Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, 25 septembre 2009, A/HRC/12/48, § 286.

¹⁷ Voir à titre d'exemple article 15 § 2, du Statut de la CPI « Le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus. À cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour ».

A. Une pratique bénéfique à la justice pénale internationale mais souffrant de limites

Cette pratique est essentielle comme le reconnaissent les membres de la justice pénale internationale¹⁸. En effet, les enquêtes pénales ont lieu bien après que les faits se sont déroulés et même parfois des années après¹⁹. Outre le fait qu'il est plus difficile de trouver des preuves une fois le temps passé, celles-ci s'égarant, les mémoires s'effaçant, il existe également le risque que les preuves soient détruites ou déplacées²⁰.

Cette coopération s'explique également par le manque de pouvoirs du Procureur international. Alex Whiting, membre du bureau du Procureur à la CPI, affirme que si en tant que procureur normalement, il ne veut personne sur sa scène de crime, il ne peut refuser l'aide de ces enquêteurs, car il ne dispose pas des mêmes pouvoirs²¹. Or, il est très difficile d'établir les faits dans un contexte de conflit alors que bien souvent l'accusé n'aura pas été présent sur la scène de crimes.

Enfin, en raison du manque de personnel, de temps et de ressource, le Procureur de la CPI ne peut pas lancer autant d'enquêtes qu'il le souhaiterait²². Dès lors, il doit se reposer sur les commissions d'enquête et les procédures spéciales qui lui transmettent des preuves *prima facie* et lui indiquent les situations méritant son attention²³.

Ainsi, l'aide des « *fact-finders* » est essentielle puisqu'ils sont les premiers arrivés sur le terrain et peuvent donc plus facilement récolter des preuves²⁴.

Pourtant, bien que les procédures spéciales et les commissions d'enquête aient amélioré leur procédure d'enquête, celle-ci reste très diverse en l'absence de modèle commun. Et surtout, elle se distingue de la méthodologie suivie par les acteurs dans le cadre de la justice pénale internationale²⁵.

¹⁸ D. KAYE, *loc. cit.*, p. 2.

¹⁸ Propos du Pr. Alex Whiting prononcés lors de la conférence *UN Fact-Finding and International Criminal Investigation: Do Either Bring Accountability?*, le 22 janvier 2014, organisée par *The Royal Institute of International Affairs* avec la participation de Sir Nigel Rodley et d'Alex Whiting.

¹⁹ Voir par exemple en ce sens CPI ch. de première instance II, *situation en république démocratique du Congo, affaire le Procureur c. Germain Katanga*, jugement du 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07 § 61 : « La Chambre relève tout d'abord que les premiers actes d'enquête en sa possession sont datés du milieu de l'année 2006 et qu'ils sont donc postérieurs de plus de trois ans aux faits qu'elle doit juger ».

²⁰ L. S. SUNGA, *loc. cit.*, p.188.

²¹ *UN Fact-Finding and International Criminal Investigation: Do Either Bring Accountability?*, Conférence du 22 janvier 2014, organisée par *The Royal Institute of International Affairs* avec la participation de Sir Nigel Rodley et d'Alex Whiting.

²² M. BERGSMO, W. H. WILEY, *op. cit.*, p. 1.

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. BERGSMO, W. H. WILEY, «Human Rights Professionals and the Criminal Investigation and Prosecution of Core International Crimes », in *Manual on Human Rights Monitoring An Introduction for Human Rights Field Officers*, p. 6, disponible sur

<http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/nordem/publications/manual/current/kap10.pdf> consulté le 24/03/2014.

²⁵ D. JACOBS and C. HARWOOD, «International Criminal Law Outside the Courtroom: The Impact of Focusing on International Crimes for the Quality of Fact-Finding by International Commissions of Inquiry », Grotius Centre Working Paper 2013/007-ICL, 20 May 2013, p. 8, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329752 (consulté le 04 avril 2014).

Etablir l'existence de la commission d'un crime et démontrer la responsabilité d'un individu nécessite de respecter certaines exigences. Par exemple, le degré de preuve est plus élevé en matière de justice pénale internationale. Ainsi, lors de la détermination de la culpabilité de l'individu, les faits doivent être établis « au-delà de tout doute raisonnable ». Or, les acteurs en matière d'établissement des faits utilisent différents degrés de preuve²⁶ n'atteignant pas celui exigé dans le cadre d'un procès pénal²⁷. Il correspond la plupart du temps aux « motifs raisonnables de croire²⁸ ». Ce degré de preuve n'est utilisé dans le cadre de la procédure devant la CPI que pour la décision de délivrer un mandat d'arrêt contre une personne, sur requête du Procureur²⁹, étape précédant la confirmation des charges où le Procureur doit alors démontrer qu'il existe des preuves suffisantes donnant des « motifs substantiels de croire » que la personne a commis chacun des crimes qui lui sont imputés³⁰. Par conséquent, dès l'étape de la confirmation des charges précédant le jugement, le degré de preuve exigé est déjà plus élevé que celui-ci utilisé par les commissions d'enquête.

La manière de récolter les preuves peut aussi en diminuer la force probante³¹. Par exemple, l'interrogatoire des témoins et des victimes par ces acteurs peut conduire à une altération du témoignage. Ces acteurs ne sont pas formés aux techniques d'interrogatoire. Ils peuvent alors par l'utilisation de questions directrices influencer les réponses des personnes interrogées. De même les interrogatoires successifs peuvent conduire à une fatigue du témoignage et à des modifications de son contenu. A force de répéter son témoignage, la personne mélange les informations qu'elle a reçues avec ce qu'elle a vécu³².

De même, ces acteurs ne respectent pas la chaîne des preuves rendant ainsi difficile leur utilisation par le bureau du Procureur. « Il n'existe pas de tradition d'enregistrement des preuves collectées par les missions d'enquête des Nations

²⁶ S. WILKINSON, « Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions », *Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève*, disponible sur <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Standards%20of%20Proof%20in%20Fact-Finding.pdf> (consulté le 17 octobre 2017), p. 25.

²⁷ D. JACOBS, C. HARWOOD, *loc. cit.*, p. 12.

²⁸ Voir par exemple, le rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme en Érythrée, 9 mai 2016, A/HRC/32/47 § 13 ou le rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, 2 février 2017, A/HRC/34/64, § 7 ; voir plus précisément le Rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée, 7 février 2014, A/HRC/25/63, § 22 qui définit ce degré de preuve : « [e]lle a ainsi conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire à un incident ou à une ligne de conduite systématique chaque fois qu'elle était convaincue d'avoir obtenu un ensemble fiable d'informations, corroborées par d'autres éléments, sur la base desquelles une personne raisonnable et normalement prudente serait fondée à estimer que l'incident ou le comportement systématique avait bien eu lieu ».

²⁹ Article 58 § 1 du Statut de Rome

³⁰ Article 61 § 7 du Statut de Rome

³¹ *UN Fact-Finding and International Criminal Investigation: Do Either Bring Accountability?*, Conférence du 22 janvier 2014, organisée par *The Royal Institute of International Affairs* avec la participation de Sir Nigel Rodley et d'Alex Whiting ; S. L. SUNGA, *loc. cit.*, p. 197.

³² Sur les difficultés de la mémoire lire D. ROTHENBERG, « The complex truth of testimony, a case study of human rights fact-finding in Iraq », in Ph. ALSTON, S. KNUCKEY, *The Transformation of Human Rights Fact-finding*, Oxford University Press, 2016, pp. 202 et s.

Unies »³³, ce qui a pour conséquence un accès difficile et surtout la perte de nombreuses preuves.

Cette différence de méthodologie va nécessairement jouer sur le rôle des éléments recueillis par ces enquêteurs dans le cadre d'une procédure pénale internationale.

B. Une utilisation des preuves récoltées dépendant de la méthodologie suivie et du stade de la procédure pénale

En plus de mener à la création d'un tribunal ou au renvoi de la situation par le Conseil de sécurité au Procureur de la CPI³⁴, les preuves récoltées par les missions d'enquête des Nations Unies sont très utiles pour inciter le Procureur à déclencher une enquête *proprio motu*³⁵. D'ailleurs l'article 15 du Statut de Rome encadrant le pouvoir du Procureur d'ouvrir une enquête mentionne expressément le rôle des organes des Nations Unies³⁶.

Ces preuves sont également utilisées pour déterminer le choix d'une situation et d'une affaire. En effet, elles dressent le contexte général à la fois politique, légal, social et historique dans l'Etat où les crimes internationaux ont eu lieu³⁷. En outre, elles préparent l'enquête du Procureur en lui fournissant des indications sur où chercher, qui interroger, où se rendre³⁸. L'apport du travail accompli par les commissions d'enquête et les rapporteurs spéciaux ne se limite pas à l'ouverture d'une enquête et à la stratégie d'enquête. Les éléments récupérés viennent soutenir l'accusation. Le Procureur peut même appeler les membres de ces missions pour qu'ils témoignent en tant que témoin ou expert³⁹. Cette coopération bénéficie également aux juges parce qu'étant loin des faits, ces rapports les aident à comprendre les éléments du contexte. Enfin, même si

³³ P. TURLAN, responsable de la coopération judiciaire, bureau du Procureur, Cour pénale internationale, « La coopération des Etats », intervention lors du colloque *les 3^{ème} journées de la Justice pénale internationale*, 16 février 2018, organisé par le centre Thucydide et le CRDH.

³⁴ Voir à titre d'exemple la saisine du Conseil de sécurité de la Cour pénale internationale. Celui-ci a déféré la situation au Darfour par la résolution 1593 (2005).

³⁵ S. L. SUNGA, *loc. cit.*, p. 190.

³⁶ Article 15 § 2 du Statut de Rome : « À cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour ».

³⁷ S. L. SUNGA, « Can International Criminal Investigators and Prosecutors Afford to Ignore Information from United Nations Human Rights Sources? », in M. BERGSMO (ed.), *Quality Control in Fact-Finding*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Florence, 2013, p. 363 et s.

³⁸ S. L. SUNGA, « How can UN human rights special procedures sharpen ICC fact-finding? », *loc. cit.*, p. 190.

³⁹ C. STAHN, D. JACOBS, « Human Rights Fact-Finding and International Criminal Proceedings: Towards a Polycentric Model of Interaction », *Grotius Center Working Papers*, 2014/017-ICL, p. 11, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2388596>, consulté le 17 mars 2014; Voir à titre d'exemple, CPI, Ch. De première instance II, situation en république démocratique du Congo affaire le Procureur c. Germain Katanga, jugement, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, § 553.

l'hypothèse est moins fréquente, les avocats de l'accusé peuvent aussi s'en servir pour soutenir leur argumentation⁴⁰.

Cependant, le rôle joué par ces preuves dépend à la fois de la qualité du travail accompli et de la méthodologie employée par la mission d'enquête ou le rapporteur spécial⁴¹ ainsi que du stade de la procédure pénale. En effet, la Chambre de première instance II de la CPI, appréciant la valeur probante de rapports produits par les Nations Unies pour les admettre en tant qu'élément de preuve, a, certes, considéré qu'ils « sont de prime abord fiables »⁴² parce qu'ils « émane[nt] d'observateurs indépendants qui ont été les témoins directs des faits rapportés ». Mais elle a ensuite tempéré cette analyse en considérant que l'appréciation de leur fiabilité dérive en partie de la méthodologie employée par ces missions puisque « lorsque ces rapports sont, pour la plus grande part basés sur des informations de seconde main, en particulier s'il s'agit d'informations non plus de seconde mais de troisième main ou plus, la fiabilité de leur contenu est gravement compromise »⁴³. Il faut donc que les rapports exposent avec suffisamment de précision les sources des informations qu'ils contiennent pour pouvoir être considérés comme suffisamment fiables et être admis en tant que preuve⁴⁴.

En plus d'être conditionnée par leur fiabilité pour se voir accorder une valeur probante, le rôle de ces éléments de preuve dépend également du stade de la procédure pénale. Celles-ci sont surtout utilisées dans la phase de l'examen préliminaire et dans celle de l'enquête⁴⁵ pour établir le contexte, la localisation des actes, et leur nature⁴⁶. Mais à mesure que le degré de preuve augmente, leur utilisation sera plus difficile même si elles ne seront pas exclues⁴⁷. Par exemple, lors de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Laurent Gbagbo*, la Chambre préliminaire I s'est référée au rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la Côte d'Ivoire pour considérer que « les éléments de preuve démontrent suffisamment » le fait allégué par l'accusation, certes en tenant compte d'autres éléments probatoires⁴⁸. Ces rapports peuvent aussi être utilisés dans la phase de jugement comme le montre l'affaire

⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁴¹ M. TABBAL, *Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*, thèse soutenue le 13 décembre 2013 à l'Université Paris 2 Panthéon Assas, p. 621.

⁴² CPI ch. de première instance II, Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative aux requêtes du Procureur aux fins d'admission de pièces qu'il entend verser directement aux débats, 17 décembre 2010, ICC- 01/04- 01/07, § 29

⁴³ *Ibid.*, voir en ce sens J.-P. FOFE Djofia Malewa, *L'administration de la preuve devant la Cour pénale internationale, Règles procédurales et méthodologiques*, L'Harmattan, Paris, 2015, p. 366-377

⁴⁴ PI ch. de première instance II, Situation en République démocratique du Congo, affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative aux requêtes du Procureur aux fins d'admission de pièces qu'il entend verser directement aux débats 17 décembre 2010, ICC- 01/04- 01/07, § 29

⁴⁵ Voir en ce sens, M. TABBAL, *op. cit.*, p. 617 et s.

⁴⁶ S. L. SUNGA, « Can International Criminal Investigators and Prosecutors Afford to Ignore Information from United Nations Human Rights Sources? », *loc. Cit.*, p. 365.

⁴⁷ C. STAHN, D. JACOBS, *loc. cit.*, p. 13.

⁴⁸ CPI, Ch. prélim. I, *situation en république de Côte d'Ivoire, Le Procureur contre Laurent Gbagbo*, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, ICC-02/11-01/11, § 75

Lubanga dans laquelle la chambre de première instance I a cité les rapports produits par les Nations Unies pour déterminer si les *UPC/FPLC* étaient parties à un conflit armé international⁴⁹.

Ainsi, les juges de la Cour pénale internationale n'excluent pas les éléments fournis par les Nations Unies dans la phase du jugement, même s'ils sont conscients des lacunes dans la méthodologie employée pour recueillir ces éléments de preuve. Toutefois, si ces éléments sont recevables, les juges apprécient librement leur valeur probante en tenant compte de la méthodologie suivie. En effet, dans l'affaire *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, les juges de la Chambre de première instance II, saisis de rapports préparés par les Nations Unies dont la recevabilité était contestée, ont expliqué : « The Chamber is perfectly aware that the methods utilised were not the same as the methods employed by police investigators or legal investigators, and it is quite precisely because they are not police investigations or legal investigations that the Chamber, when the time comes, shall accord them the appropriate weight of probative value. In other words, they will - the probative value will be given to the appropriate excerpts and paragraphs from these reports. This probative value will be given bearing in mind that these are reports established by UN services acting in an impartial manner with a concern to understand the events in question. The Chamber recalls yet again that these are neither police reports nor OTP investigations »⁵⁰.

Par conséquent, la criminalisation de l'établissement des faits est utile à la justice pénale internationale qui est saisie plus tardivement, même si le rôle joué par ces preuves dépend de la qualité du rapport produit ainsi que du stade de la procédure pénale et du degré de preuve y afférant, en raison d'une méthodologie plus souple employée par les missions d'enquête au sein des Nations Unies. Mais cette pratique comporte également certains risques tant au regard du respect des droits de la défense que de la protection des témoins.

⁴⁹ CPI Ch de première instance I, *situation in the democratic republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06, § 553 et s. ; voir également l'utilisation du rapport produit par la MONUC dans CPI, Ch. De première instance II, *situation en république démocratique du Congo affaire le Procureur c. Germain Katanga*, jugement, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07.

⁵⁰ CPI Ch. de première instance II, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, compte-rendu d'audience publique, mardi 7 décembre 2010, ICC-01/04-01/07-T-229-Red-ENG WT 07-12-2010 1/82 SZ T, p. 24

II. UN ENCADREMENT NÉCESSAIRE DE CETTE PRATIQUE POUR LIMITER SES RISQUES

Cette pratique qui se révèle utile génère de nombreux risques tant à l'égard du respect des droits de la défense que de la protection des témoins⁵¹ (A) ce qui conduit à s'interroger sur la nécessité de l'encadrer (B).

A. Les risques générés par la criminalisation de l'établissement des faits

Le premier risque est le respect des droits de la défense et du principe de la présomption d'innocence. Les acteurs menant des enquêtes au sein des Nations Unies le font selon une procédure non contradictoire. Ils recherchent les preuves de la commission d'un crime sans regarder s'il existe également des preuves à décharge⁵².

A l'issue de leurs enquêtes, ils peuvent même choisir de révéler le nom des individus identifiés comme responsables des crimes commis. La Commission d'enquête sur la Guinée a, ainsi, publié le nom des individus considérés comme responsables⁵³. Le Rapporteur spécial pour les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a décidé de désigner les fonctions des personnes responsables⁵⁴. Cette pratique suscite des questions au regard de la présomption d'innocence et ce, d'autant plus que les éléments que ces acteurs ont récupérés ne répondent pas aux exigences probatoires du procès pénal⁵⁵. De même, les acteurs extra-judiciaires n'appliquent pas toujours rigoureusement le droit international pénal. Par exemple, ils s'intéressent à la commission de crimes mais sans analyser les différents modes de responsabilité⁵⁶. Afin d'éviter ces critiques, certains acteurs préfèrent établir une liste secrète et la remettre au bureau du Procureur⁵⁷, comme ce fut le cas de la Commission d'enquête pour le Darfour. Le Procureur a choisi de prendre connaissance des noms et de remettre aussitôt

⁵¹ M. BERGSMO et W. H. WILEY, *op. cit.*, p. 3.

⁵² *Ibid.*, p. 1 ; Article 54 des Devoirs et pouvoirs du procureur en matière d'enquêtes : « 1. Le Procureur : a) Pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge ».

⁵³ *Rapport de la Commission d'enquête internationale chargée d'établir les faits et les circonstances des événements du 28 septembre 2009 en Guinée*, 18 décembre 2009, S/2009/693, § 215 et s. ; voir également en ce sens *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la Côte d'Ivoire*, 8 juin 2011, A/HRC/17/48 qui vise comme responsable le Président Laurent Gbagbo et son camp.

⁵⁴ *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, P. ALSTON, Mission au Kenya, A/HCR/11/2/Add.6, 26 mai 2009 ; voir également dans le même sens *Rapport de la commission d'enquête internationale sur le Timor oriental*, 31 janvier 2000, A/54/726, §§ 135 et s.

⁵⁵ D. JACOBS et C. HARWOOD, *loc. cit.*, p. 10 .

⁵⁶ L. VAN DEN HERIK, C. HARWOOD, « Sharing the law: The Appeal of International Criminal Law for International Commissions of Inquiry », *Grotius Centre Working Paper 2014/016-ICL*, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387554, consulté le 17 mars 2014, p. 6.

⁵⁷ P. S. PINHEIRO, « La commission d'enquête sur la Syrie et les sources du droit international public », conférence organisée par l'école doctorale n°9 de l'Université Panthéon-Assas le 13 décembre 2013.

sous scellé la liste de noms afin de conserver son indépendance. Il a considéré que « cette liste de noms ne lui imposait aucune obligation⁵⁸ ».

La criminalisation de l'établissement des faits entraîne également des risques à l'égard de la protection des témoins et des victimes. En effet, les acteurs ne sont pas en mesure de protéger efficacement les personnes interrogées même s'ils essayent de les rencontrer de manière discrète. Le caractère *ad hoc* de leur mission les empêche de réaliser un suivi nécessaire⁵⁹. Par exemple, suite à la visite du Rapporteur spécial pour les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires au Kenya, deux témoins ont été tués⁶⁰. Toujours concernant les témoins et les victimes, les interrogatoires menés par ces acteurs, en plus d'altérer leur témoignage, peut générer une « re-traumatisation » de la personne⁶¹.

Nous pouvons aussi relever un inconvénient généré par cette pratique pour les acteurs en matière de droits de l'homme. L'utilisation du droit international pénal par les mécanismes des Nations Unies soulève également des interrogations sur l'efficacité de leurs enquêtes en matière de droits de l'homme. La recherche de la Commission de crimes conduit à limiter les enquêtes à certains aspects⁶². En outre, ces mécanismes ont également une fonction de dialogue avec l'Etat concerné afin qu'ils respectent les droits de l'homme. Le risque de se voir accusé de la commission de crimes internationaux entraîne une méfiance non propice au dialogue.

Face à ces différents risques générés par cette pratique, il convient de s'interroger sur son encadrement.

B. Des tentatives d'élaboration de règles communes

Afin d'améliorer cette coopération, « les missions d'enquête ne peuvent s'affranchir d'un minimum de règles de procédure pour diriger leur activité »⁶³.

Il est, toutefois, difficile d'établir une procédure commune en raison de la variété des missions d'enquête⁶⁴. En outre, celles-ci préfèrent adapter leur procédure à l'objectif qu'elles poursuivent.

Malgré cela, des tentatives de codification de procédure se multiplient⁶⁵. Une des premières a été initiée lors de la conférence internationale de Téhéran de 1968 où le

⁵⁸ BUREAU DU PROCUREUR, *Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années (juin 2003-juin 2006)*, 12 septembre 2006, La Haye, p. 20.

⁵⁹ Ph. ALSTON, « Human rights fact-finding », cours délivré à l'Académie de droit européen lors de la *summer school* en juin 2015.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Voir en ce sens L. MARSCHNER, « Implications of trauma on testimonial evidence in international criminal trials », in P. ALSTON, S. KNUCKEY, *The Transformation of Human Rights Fact-finding*, Oxford university press, 2016, pp. 213-230.

⁶² I. LASSEE, *Les missions d'établissement des faits des Nations Unies sur les violations graves et massives du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire : entre uniformité et diversité*, thèse soutenue en 2016 à l'université Paris 2 Panthéon Assas, p. 127.

⁶³ S. VITE, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 231.

⁶⁴ S. VITE, *op. cit.*, p. 238.

Secrétaire général des Nations Unies a proposé un premier rapport sur les méthodes d'établissement des faits⁶⁶. Il a ensuite proposé un *Draft Model Rules of Procedures*⁶⁷. Avant d'être communiquée à l'ECOSOC, cette proposition a été largement modifiée par la Commission des Droits de l'Homme et plus particulièrement le groupe de travail qu'elle avait institué⁶⁸. Pour parvenir à un consensus face aux nombreux désaccords existants, le projet a dilué les règles de procédure contenues dans la proposition initiale en adoptant un « texte abrégé reprenant les questions qui faisaient l'objet des articles 18 à 23 »⁶⁹ du projet élaboré par le Secrétaire général. Ainsi, les questions relatives à la recherche des preuves ne sont plus abordées⁷⁰. Le projet retenu se contente d'affirmer dans son article 18 que « [l]es organes qui créent l'organisme spécial fixent, dans son mandat, les règles concernant les sources d'information, ainsi que les méthodes de travail de l'organisme spécial concernant le rassemblement d'autres preuves, y compris les questions concernant la forme, la teneur, la pertinence et la recevabilité de ces preuves, à moins que l'organisme spécial lui-même ne soit expressément autorisé à formuler des règles sur ces questions »⁷¹. Ce nouveau projet n'a, par la suite, pas été adopté par l'ECOSOC, mais celui-ci a tout de même décidé de porter « ces rapports à l'attention de tous les organes et organismes des Nations Unies qui ont à connaître de questions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales »⁷², lui donnant une forme de soutien. Toutefois, l'absence de règles sur la méthodologie explique que très peu d'organes se sont référés à ce texte⁷³, conduisant T. M. Franck et H. S. Fairley à le qualifier de « modest start toward establishing normative procedures »⁷⁴.

Depuis cette première initiative, les manuels se multiplient. Le Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a, par exemple, rédigé un manuel interne pour les missions d'enquête⁷⁵. Il faut, d'ailleurs, relever à ce propos le travail

⁶⁵ J. FITZPATRICK, « Human Rights Fact-Finding », in A. F. BAYEFISKY (dir.), *The UN Human Rights System in the 21st Century*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 82.

⁶⁶ Final act of the International Conference on Human Rights, Téhéran, 22 avril - 13 Mai 1968, A/CONF.32/41, Res X, p. 12

⁶⁷ *Draft Model Rules of Procedures Suggested by the Secretary General of the United Nations for Ad Hoc Bodies of the UN entrusted with studies of particular situation alleged to reveal a consistent pattern of violation of human rights*, UN Doc E/CN.4/1021/Rev.1, 1970.

⁶⁸ UN Doc E/CN.4/1134.

⁶⁹ *Ibid*, p. 5

⁷⁰ Voir en ce sens T. M. FRANCK, H. S. FAIRLEY, « Procedural Due Process in Human Rights Fact-finding by International Agencies », 74 *Am. J. Int'l L*, 1980, p. 318

⁷¹ UN Doc E/CN.4/1134, Annexe, p. 7.

⁷² E/RES/1870(LVI) 1974 ; voir en ce sens P. ALSTON, S. KNUCKEY, « The Transformation of Human Rights Fact-Finding, Challenges and Opportunities » in P. ALSTON, S. KNUCKEY, *The Transformation of Human Rights Fact-Finding*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 19

⁷³ S. VITE, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁴ T. M. FRANCK, H. S. FAIRLEY, *loc. cit.*, p. 321

⁷⁵ HCDH, « Commissions d'enquête et missions d'établissement des faits sur le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire international », 2015, New-York, Genève, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoI_Guidance_and_Practice_FR.pdf consulté le 2 octobre 2017 ; voir en ce sens R. GRACE, C. BRUDERLEIN, « Building Effective Monitoring, Reporting, and Fact-Finding Mechanisms », 12 avril 2012, p. 8, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2038854>, consulté le 31 mars 2014 ; voir également en ce sens l'initiative des titulaires de procédure spéciale rapportée dans l'article de P. ALSTON, S. KNUCKEY, « The Transformation of Human Rights Fact-Finding,

remarquable de la section méthodologie au sein du Haut-Commissariat aux droits de l'homme qui tend à unifier les pratiques des différentes missions d'enquête⁷⁶. Les ONG participent également au développement de manuels de procédure⁷⁷. Enfin, des Professeurs de droit et praticiens proposent aussi des guides tels que le *Siracusa Guideline*⁷⁸. Cependant, les missions d'enquête ne les considèrent pas comme ayant un caractère obligatoire⁷⁹.

Pourtant, il est possible de dégager un certain nombre de principes communs⁸⁰. Le premier principe que doit respecter les missions d'enquête est bien évidemment le principe d'impartialité⁸¹. En effet, ces dernières ne doivent pas, selon T. Hammerberg, être naïves en interrogeant l'opposition. Elles doivent conserver une certaine distance⁸². Il est donc essentiel que les membres des missions d'enquête respectent un principe d'impartialité, comme l'indique S. Pinheiro, président de la Commission d'enquête pour la Syrie. Même s'ils peuvent « avoir certaines sympathies pour des luttes ou l'implantation d'un régime démocratique⁸³ », ils ne peuvent pas favoriser un camp, s'ils veulent faire du travail sérieux⁸⁴. Les membres des missions d'enquête doivent également bénéficier du principe d'indépendance⁸⁵.

Les enquêteurs doivent respecter un principe de précision en ne récoltant que des faits précis, s'ils souhaitent qu'ils puissent être réutilisés par la suite⁸⁶. Ils doivent ensuite expliquer le degré de preuve qu'ils adoptent afin de permettre une évaluation de ces faits⁸⁷, et exposer leurs sources dans leurs rapports⁸⁸. Les faits seront plus crédibles, s'ils sont issus de sources variées et ont été corroborés par différentes sources⁸⁹.

Challenges and Opportunities » in P. ALSTON, S. KNUCKEY, *The Transformation of Human Rights Fact-Finding*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 19-20.

⁷⁶ Entretien avec Mara Steccazzini, officier juridique au sein de la section méthodologie, éducation et formation du Haut-Commissariat aux droits de l'homme le 14 septembre 2017.

⁷⁷ Voir à titre d'exemple INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION: HUMAN RIGHTS INSTITUTE, « Guidelines on International Human Rights Fact-Finding Visits and Reports ("Lund-London Guidelines") », 1^{er} juin 2009, disponible à <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a39f2fa2.html4>, consulté le 18 avril 2014.

⁷⁸ M. C. BASSIOUNI, C. ABRAHAM (dirs), *Siracusa Guidelines for International, Regional and National Fact-Finding Bodies*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013, p. 116.

⁷⁹ R. GRACE, C. BRUDERLEIN, *loc. cit.*, p. 8.

⁸⁰ B.G. RAMCHARAN (ed.), *International Law and Fact-Finding in the Field of Human Rights*, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. ix.

⁸¹ *International Human Rights Fact-Finding in the Twenty-First Century*, conférence organisée par le Center for Human Rights and Global Justice (New-York University), les 1^{er} et 2 novembre 2013, intervention de Thomas HAMMARBERG, disponible sur <http://www.law.nyu.edu/news/CHRGJ-Fact-Finding-Conference>, consulté le 13 février 2014.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ P. S. PINHEIRO, « La commission d'enquête sur la Syrie et les sources du droit international public », *loc. cit.*

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ K. HELLER, « The International Commission of Inquiry on Libya: A Critical Analysis », in J. MEIERHENRICH (dir.), *International Commissions: The Role of Commissions of Inquiry in the Investigation of International Crimes* (à paraître, 2014), p. 4, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123782, consulté le 27 mars 2014.

⁸⁶ *International Human Rights Fact-Finding in the Twenty-First Century*, conférence organisée par le Center for Human Rights and Global Justice (New-York University), les 1^{er} et 2 novembre 2013, intervention de Thomas HAMMARBERG, disponible sur <http://www.law.nyu.edu/news/CHRGJ-Fact-Finding-Conference>, consulté le 13 février 2014.

⁸⁷ S. WILKINSON, *loc. cit.*, p. 46.

Ce ne sont ici que des exemples de principes et règles communes qu'il serait possible de dégager et de codifier.

Certains auteurs préconisent également que le bureau du Procureur établisse des guides à l'attention des acteurs établissant les faits afin de mieux les renseigner sur leurs attentes.

CONCLUSION

Ce processus de criminalisation de l'établissement des faits se révèle très utile pour la justice pénale internationale qui bénéficie de l'aide d'enquêteurs arrivés en premier sur le terrain. Pourtant, cette pratique souffre encore d'insuffisances en raison de la méthodologie utilisée. Le rapprochement entre la preuve collectée par les procédures spéciales et les commissions d'enquête tend à se rapprocher d'une preuve pénale, mais pas suffisamment. Par conséquent, la question de l'encadrement de cette pratique par le biais de l'adoption d'un corpus de principes directeurs se pose. Il faut, toutefois, noter que le lien entre les droits de l'homme et la justice pénale internationale n'est pas automatique puisque cette coopération entre les différents organes n'aboutit pas toujours à la saisine de la justice pénale internationale. Tel a été le cas du travail réalisé par la Commission d'enquête sur la Corée du Nord⁹⁰.

⁸⁸ W. KÄLIN, ancien Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme pour le Koweït sous occupation irakienne cité par S. VITE, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁹ T. BOUTRUCHE, *loc. cit.*, p. 13.

⁹⁰ Rapport de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée A/HRC/25/63, 7 février 2014, § 87.