

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE GEOFFREY HENDERSON

TABLE DES MATIÈRES

I.	Violations de droits de l’homme internationalement reconnus au stade de l’enquête	2
A.	Le droit pertinent	2
B.	Violations du droit à la vie privée	3
1.	Violation 1 : les documents Western Union ont été obtenus au moyen d’une violation du droit à la vie privée par l’Accusation	3
2.	Violation 2 : l’obtention des documents Western Union résulte d’une violation du droit à la vie privée par l’Autriche	11
C.	Examen visé à l’article 69-7-b du Statut	13
II.	L’approche retenue par la Chambre de première instance en matière d’admissibilité des éléments de preuve	17

I. Violations de droits de l'homme internationalement reconnus au stade de l'enquête

1. Tout en étant d'accord avec l'issue du processus, je ne partage pas l'approche retenue par mes collègues pour ce qui est de l'admissibilité des documents Western Union, en particulier s'agissant de l'application des articles 69-7 et 69-8 du Statut. Le point principal sur lequel je m'oppose découle de l'analyse que mes collègues ont faite de la question de savoir si les documents avaient été obtenus par un moyen violant un droit internationalement reconnu, à savoir le droit à la vie privée, au sens de l'article 69-7. J'estime en outre que mes collègues ont fait une application erronée de l'article 69-8.

A. Le droit pertinent

2. La règle d'exclusion énoncée à l'article 69-7 prévoit que les éléments de preuve obtenus par un moyen violant un droit de l'homme internationalement reconnu ne sont pas admissibles si cette violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ou est de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité¹. Cette règle prévoit une analyse en deux temps ; la première étape consiste à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus en enfreignant un droit de l'homme.

3. En droit international, le droit à la vie privée protège les personnes contre des ingérences arbitraires dans leur vie privée. Toutefois, il ne s'agit pas d'un droit absolu et l'on peut y déroger pour autant que cette ingérence soit : i) prévue par la loi ; ii) nécessaire pour la poursuite d'un but légitime (comme prévenir la commission d'un crime) ; et iii) proportionnée au but poursuivi². Il importe de souligner d'emblée que la violation ou le respect du droit national n'est pas automatiquement synonyme de violation ou de respect de droits de l'homme internationalement reconnus. Afin de déterminer si pareille violation a eu lieu, le comportement en cause doit être examiné à l'aune du droit international des droits de l'homme.

4. Je suis d'accord avec mes collègues lorsqu'ils disent que, pour déterminer si l'ingérence dans l'exercice du droit d'un individu au respect de sa vie privée était « prévue par la loi », la

¹ Articles 69-7-a et 69-7-b du Statut.

² Les informations relatives aux comptes bancaires sont protégées par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, telle qu'amendée par les protocoles 11 et 14, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 213, n° 2889. (CEDH). Voir affaire [G.S.B. c. Suisse](#), par. 51.

portée de l'examen du droit national est limitée par l'article 69-8³. Cette disposition interdit à la Cour de se prononcer sur l'application de la législation nationale lorsqu'elle se prononce sur l'admissibilité d'éléments de preuve recueillis par l'État. Toutefois, pour les raisons que je développerai ci-après, l'article 69-8 ne s'applique pas, selon moi, aux circonstances spécifiques de l'espèce.

B. Violations du droit à la vie privée

1. Violation 1 : les documents Western Union ont été obtenus au moyen d'une violation du droit à la vie privée par l'Accusation

5. Il n'est pas contesté que l'Accusation a eu accès aux documents Western Union avant d'avoir reçu officiellement ces informations de la part des autorités autrichiennes. La première demande d'assistance, présentée le 2 novembre 2012, a été approuvée par un juge autrichien le 15 novembre 2012⁴.

6. Le 14 juin 2012, l'Accusation a été informée par une source anonyme de l'existence d'un plan consistant à soudoyer des témoins de la Défense dans l'affaire concernant Jean-Pierre Bemba Gombo⁵. Le 28 septembre et le 4 octobre 2012, des enquêteurs de l'Accusation ont joint leur interlocuteur chez Western Union pour solliciter des informations concernant des transactions, lesquelles informations ont été transmises à l'Accusation (le 11 octobre 2012) sous la forme d'un tableau Excel⁶. Les transactions concernaient trois personnes, dont Narcisse Arido, et remontaient à décembre 2005. Deux déplacements dans les bureaux de Western Union à Vienne ont ensuite été organisés par l'Accusation (les 19 et 20 octobre 2012, et les 4 et 5 novembre 2012), durant lesquels d'autres documents ont été inspectés⁷. Le 7 novembre 2012, l'interlocuteur de l'Accusation chez Western Union a envoyé cinq autres tableaux Excel détaillant des transactions impliquant un certain nombre de

³ [Arrêt](#), par. 286 et suiv.

⁴ [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58 ; trois demandes d'assistance au total : première demande (2 novembre 2012), CAR-OTP-0091-0351 (« la Première Demande d'assistance ») ; deuxième demande (18 octobre 2012), CAR-OTP-0091-0371 (« la Deuxième Demande d'assistance ») ; troisième demande (10 octobre 2014), CAR-OTP-0091-0360 (« la Troisième Demande d'assistance »).

⁵ [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 2.

⁶ Voir [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58. Relevons que ces documents concernaient trois personnes, dont Narcisse Arido, et remontaient à décembre 2005 : transactions Western Union, CAR-OTP-0092-0024. Ces informations ont été jointes à un courriel envoyé par un responsable de Western Union à un enquêteur du Bureau du Procureur le 11 octobre 2012, CAR-OTP-0092-0022-R01, p. 0023.

⁷ [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58.

personnes, dont un portant exclusivement sur Jean-Jacques Mangenda Kabongo, et remontant également à 2005⁸.

i. L'Accusation n'a pas agi de manière conforme à la loi

7. Afin de déterminer si l'Accusation a agi de manière conforme à la loi, il faut établir si le droit autrichien permet à l'Accusation d'avoir accès à des informations relatives à des transactions sans obtenir d'ordonnance judiciaire à cet effet. Avant de procéder à cette analyse, il convient toutefois d'examiner l'applicabilité de l'article 69-8.

8. L'article 69-8 porte sur les preuves recueillies « par un État ». Compte tenu de la formulation expresse de cette disposition, et comme le fait valoir Jean-Jacques Mangenda, « [TRADUCTION] le respect de la souveraineté des États que l'article 69-8 entend préserver ne s'applique pas lorsque les éléments de preuve sont obtenus directement par l'Accusation⁹ ». Il importe de relever que l'article 21-3 du Statut exige de la Cour qu'elle applique et interprète le droit d'une manière compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Toute autre interprétation de l'article 69-8 reviendrait à soustraire l'Accusation à tout contrôle véritable en la matière.

9. En l'espèce, l'Accusation avait initialement obtenu les informations directement d'un interlocuteur privé au bureau de Western Union, sans intervention de l'État. La Cour a la possibilité, et même l'obligation dans ce cas, de s'assurer que lorsqu'elle a eu accès aux documents, l'Accusation a agi conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme. Contrairement à ce qu'en disent mes collègues, cela requiert inévitablement de se pencher sur le droit autrichien pertinent¹⁰. La question de l'ingérence induite dans la souveraineté de l'Autriche ne se pose pas car c'est le comportement de l'Accusation qui est ici à l'examen.

10. L'Accusation avance deux arguments principaux pour prouver que son comportement était conforme au droit autrichien. Premièrement, elle s'appuie dans une large mesure sur un

⁸ [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58 et 73 ; transactions Western Union, CAR-OTP-0092-0029, CAR-OTP-0092-0030, CAR-OTP-0092-0031, CAR-OTP-0092-0032 et CAR-OTP-0092-0034 (concernant le seul Jean-Jacques Mangenda).

⁹ [Mémoire d'appel de Jean-Jacques Mangenda](#), par. 49. Relevons que Jean-Jacques Mangenda fait aussi valoir que l'article 69-8 ne s'applique pas lorsque les éléments de preuve sont recueillis par l'État à la demande de l'Accusation, ce qui est erroné pour les raisons exposées par la Majorité : [Arrêt](#), par. 290.

¹⁰ [Arrêt](#), par. 291, 292 et 327.

rapport d'enquête détaillant une rencontre entre ses enquêteurs et un procureur autrichien le 16 mars 2011, lors de laquelle ce dernier a considéré que « [TRADUCTION] le Bureau du Procureur était autorisé à inspecter des documents de Western Union » sans obtenir d'ordonnance judiciaire¹¹. Deuxièmement, l'Accusation affirme que les autorités autrichiennes étaient informées des rencontres avec les responsables de Western Union aux fins de « [TRADUCTION] l'inspection » des informations en question et qu'il n'y a jamais eu de réprimande pour ce comportement¹².

11. Le rapport d'enquête en question (CAR-OTP-0092-0018) a été jugé inadmissible par mes collègues car ne relevant pas de la règle 68-2-b ou de la règle 68-3 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement ») — ce à quoi j'adhère¹³. Il convient de relever que ce document est le seul élément de preuve qui nous éclaire sur la diligence déployée par l'Accusation pour garantir le respect du droit autrichien. Il est surprenant que l'Accusation ait choisi de s'appuyer en premier lieu sur une rencontre menée en mars 2011, soit plus d'un an avant la réception des informations de la source anonyme, dans le cadre d'une tout autre enquête. Même si le rapport d'enquête n'a pas été utilisé, l'Accusation a, de son propre aveu (comme nous le verrons ci-après), compris le droit autrichien applicable comme n'autorisant que la consultation ou « [TRADUCTION] l'inspection » des informations, sans en faire de copies. Le comportement de l'Accusation est allé bien au-delà de cela, et ce, délibérément.

12. L'Accusation soutient qu'avant qu'elle ne leur présente une demande d'assistance officielle, les autorités autrichiennes avaient été informées des rencontres organisées avec les responsables de Western Union¹⁴ afin « [TRADUCTION] d'inspecter des informations pertinentes » en deux occasions¹⁵. Il importe de souligner que le fait que l'État ne réagisse pas au comportement de l'Accusation n'exonère pas celle-ci de son obligation de diligence en matière de respect du droit. En outre, un examen plus attentif des notifications montre que les autorités n'ont jamais été pleinement informées de l'étendue des contacts de l'Accusation avec Western Union, ni du fait que l'Accusation détenait des documents Western Union.

¹¹ Rapport d'enquête, CAR-OTP-0092-0018.

¹² Première notification du Bureau du Procureur (15 octobre 2012), CAR-OTP-0092-0892-R01 (« la Première Notification ») ; deuxième notification du Bureau du Procureur (1^{er} novembre 2012), CAR-OTP-0092-0890-R01 (« la Deuxième Notification ») ; voir aussi [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 65.

¹³ [Arrêt](#), par. 300 à 308.

¹⁴ Les rencontres ont eu lieu les 19 et 20 octobre 2012 et les 4 et 5 novembre 2012 : voir [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58.

¹⁵ Première Notification, CAR-OTP-0092-0892-R01 ; Deuxième Notification, CAR-OTP-0092-0890-R01.

13. La Première Notification (datée du 15 octobre 2012) présente l'expéditeur comme étant le conseiller en coopération internationale chargé de la situation en Côte d'Ivoire et indique ce qui suit : « [TRADUCTION] en *cette* qualité, je souhaiterais ici vous informer que *dans le contexte de nos activités d'enquête*, une rencontre a été prévue avec des représentants de Western Union les 18 et 19 octobre 2012¹⁶ ». Aucune mention de la situation en République centrafricaine n'y est faite. Si cette erreur a été rectifiée dans la Deuxième Notification (datée du 1^{er} novembre 2012), les deux notifications contiennent la promesse que « [TRADUCTION] les représentants du Bureau du Procureur n'emporteront aucun document ou copie de document » au cours des rencontres¹⁷. Cette promesse constitue un engagement exprès de l'Accusation de ne pas chercher à entrer en possession des documents Western Union. Ni les deux notifications, ni la Première Demande d'assistance¹⁸, ne font mention du contact précédent de l'Accusation avec Western Union¹⁹, ou des documents déjà reçus le 11 octobre 2012²⁰. À la demande de l'Accusation, d'autres documents, plus nombreux, ont été envoyés par Western Union le 7 novembre 2012²¹. L'Accusation a encore une fois omis de le signaler dans ses deuxième et troisième demandes d'assistance²².

14. L'explication de l'Accusation selon laquelle elle n'avait pas spécifiquement sollicité de copies des transactions et avait simplement demandé à son interlocuteur chez Western Union de procéder à des « [TRADUCTION] vérifications » n'est pas convaincante²³. Après avoir reçu une liste de transactions en pièce jointe dans la réponse à son courriel initial sollicitant des « [TRADUCTION] vérifications »²⁴, l'Accusation recherchait clairement un résultat similaire lorsqu'elle a sollicité davantage d'informations par courrier électronique le

¹⁶ Première Notification, CAR-OTP-0092-0892-R01 [non souligné dans l'original].

¹⁷ Première Notification, CAR-OTP-0092-0892-R01, p. 0892. Deuxième Notification, CAR-OTP-0092-0890-R01, p. 0891.

¹⁸ Première Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0351.

¹⁹ Courriels adressés par un enquêteur du Bureau du Procureur à un responsable de Western Union le 28 septembre 2012, CAR-OTP-0092-0022-R01, et le 4 octobre 2012, CAR-OTP-0092-0022-R01.

²⁰ CAR-OTP-0092-0024.

²¹ Courriel adressé par un enquêteur du Bureau du Procureur à un responsable de Western Union le 7 novembre 2012, CAR-OTP-0092-0033-R02 ; le courriel était accompagné des transactions Western Union suivantes : CAR-OTP-0092-0034, CAR-OTP-0092-0029, CAR-OTP-0092-0030, CAR-OTP-0092-0031, CAR-OTP-0092-0032 ; voir aussi [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 73.

²² Deuxième Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0371 ; Troisième Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0360.

²³ [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 73.

²⁴ Courriel du Bureau du Procureur (28 septembre 2012), CAR-OTP-0092-0021-R01 ayant donné lieu à la réception des transactions Western Union suivantes le 11 octobre 2012 : CAR-OTP-0092-0024.

7 novembre 2012, ce qui, sans surprise, a abouti au même résultat²⁵. Les autorités autrichiennes n'ont jamais été informées de toute la situation, et le fait qu'elles n'ont pas réagi ni adressé de réprimande ne prouve donc pas que l'Accusation a respecté le droit autrichien. En tout état de cause, on ne peut pas déterminer objectivement si l'Accusation a respecté le droit autrichien en se basant uniquement sur l'absence de désapprobation de la part des autorités nationales.

15. Le droit autrichien prévoit expressément des exceptions permettant l'ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée, en particulier s'agissant de l'accès à des transactions financières. C'est ce que fait l'article 38-2 de la loi bancaire autrichienne en permettant aux organismes de crédit tels que Western Union de divulguer des informations confidentielles²⁶. Dans le cas qui nous intéresse, à l'article 38-2-1 de ladite loi bancaire, il est précisé que l'obligation de maintenir le secret bancaire ne s'applique pas « [TRADUCTION] à l'égard des procureurs et des instances pénales intervenant dans des poursuites pénales, et ce, sur *approbation des juges* (article 116 du code de procédure pénale)²⁷ ». Certes de telles ordonnances ont finalement été rendues par une juridiction autrichienne — la première autorisation ayant été donnée le 15 novembre 2012 —, mais l'Accusation avait déjà sollicité et reçu les informations en question avant cette date, ce qui constitue une violation du droit à la vie privée²⁸. L'Accusation n'a pas utilisé d'emblée le droit applicable, et elle a encore moins agi en conformité avec celui-ci.

16. Il importe aussi d'examiner les conséquences potentiellement imprévues et indésirables qui pourraient découler de l'approche retenue par mes collègues eu égard à l'article 69-8. En l'espèce, la Cour pouvait s'appuyer sur l'Autriche pour procéder aux vérifications et mises en balance nécessaires (c'est-à-dire veiller à ce que les demandes d'assistance soient autorisées conformément au droit international des droits de l'homme). En fait, c'est précisément ce qui s'est passé, comme nous l'expliquerons dans la section suivante. Toutefois, qui est censé veiller au respect des normes en matière de droits de l'homme lorsque l'Accusation agit de

²⁵ Courriel du Bureau du Procureur (7 novembre 2012), CAR-OTP-0092-0033-R02 ayant donné lieu à la réception des transactions Western Union suivantes le 7 novembre 2012 : CAR-OTP-0092-0034, CAR-OTP-0092-0029, CAR-OTP-0092-0030, CAR-OTP-0092-0031, CAR-OTP-0092-0032.

²⁶ [Première Décision relative aux documents Western Union](#), par. 49.

²⁷ Loi bancaire autrichienne [non souligné dans l'original].

²⁸ Autorisation accordée par une juridiction autrichienne en réponse à la Première Demande d'assistance, CAR-OTP-0092-0834 (en allemand) ; voir traduction non officielle fournie par la Défense et n'engageant pas la Cour, CAR-D24-0002-1363.

manière indépendante ou que les autorités nationales soit ne sont pas disponibles, soit ne peuvent permettre de garantir véritablement les droits en question ? Si on devait suivre l'approche non interventionniste retenue par mes collègues, il n'y aurait pas dans les faits de véritable contrôle judiciaire sur la manière dont l'Accusation recueille les éléments de preuve dans de tels cas. Cela va à l'encontre de l'esprit même de la Cour, qui repose sur le principe consistant à veiller à tout moment au respect des droits de l'homme internationalement reconnus. La Cour ne peut simplement pas fermer les yeux et se réfugier derrière une interprétation formaliste de l'article 69-8 du Statut.

17. En outre, si l'Accusation agit dans un environnement dans lequel les autorités locales ne sont pas impliquées ou dans lequel on ne peut raisonnablement pas compter sur celles-ci pour procéder à un véritable contrôle judiciaire, il lui incombe de demander à la Chambre préliminaire son autorisation pour toutes les mesures d'enquête qui seraient susceptibles d'enfreindre des droits de l'homme internationalement reconnus. Cette approche est clairement fondée en droit : l'article 54-1-c du Statut exige de l'Accusation qu'à tout moment elle « [r]especte pleinement les droits des personnes énoncés dans le [...] Statut », qui comprennent les droits de l'homme internationalement reconnus à toutes les personnes pouvant être concernées par ses enquêtes ; et l'article 57-3-a du Statut dispose que la Chambre préliminaire peut « rendre les ordonnances [...] qui peuvent être nécessaires aux fins d'une enquête », ce qui fait d'elle l'instance adéquate pour examiner les demandes du type susvisé.

ii. Le comportement de l'Accusation a constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée

18. Les normes internationales relatives aux droits de l'homme exigent que toute ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée soit proportionnée aux besoins légitimes de l'enquête. Je suis d'accord avec l'exposé du droit que font mes collègues sur ce point lorsqu'ils considèrent « l'exigence de proportionnalité comme faisant partie intégrante de la condition selon laquelle toute ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée ne doit [pas] être [...] "arbitraire" au sens de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁹ ».

²⁹ [Arrêt](#), par. 331.

19. Il incombe à l'Accusation de procéder à une analyse de proportionnalité afin de garantir le respect du droit relatif aux droits de l'homme. L'Accusation devrait pouvoir à tout le moins apporter la preuve qu'elle a effectué une telle analyse. Il est insuffisant et inacceptable de prétendre que des informations remontant à 2005 n'ont jamais été spécifiquement demandées³⁰ et que l'obtention des documents Western Union ne constituait donc pas une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée. De fait, avec un contrôle adéquat, il est peu probable que des documents si anciens auraient été fournis.

20. Il est admis que dans le premier courriel qu'il a envoyé à son interlocuteur chez Western Union le 28 septembre 2012, l'enquêteur de l'Accusation a sollicité des informations sur des personnes « [TRADUCTION] impliquées dans des transactions suspectes [...] au cours des 12 derniers mois³¹ ». Toutefois, les documents reçus remontaient à 2005³², soit bien avant la délivrance du mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo dans l'affaire principale³³. Rien dans les preuves n'indique que l'Accusation a manifesté sa préoccupation concernant la réception d'informations remontant à 2005 ou tenté de circonscrire l'afflux des informations qui seraient reçues par la suite à une période plus proportionnée. Dans un autre courriel envoyé par l'Accusation le 7 novembre 2012 pour demander des informations relatives aux transactions de Jean-Jacques Mangenda, aucune période n'a été précisée³⁴. Les documents ainsi transmis à l'Accusation contenaient des informations qui portaient sur un certain nombre de personnes (dans cinq tableaux Excel), dont Jean-Jacques Mangenda, et remontaient, une fois encore, à 2005³⁵.

21. Les événements ont poursuivi leur cours regrettable quand l'Accusation a officiellement présenté la Première Demande d'assistance, le 2 novembre 2012³⁶. Contrairement à ce qui s'est ensuite passé avec les deuxième et troisième demandes d'assistance, l'Accusation n'a pas limité la première demande aux transactions effectuées via Western Union lors d'une

³⁰ Cela ressort implicitement de la [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 73.

³¹ Courriel du Bureau du Procureur (28 septembre 2012), CAR-OTP-0092-0021-R01 et courriel de suivi daté du 4 octobre 2012, CAR-OTP-0092-0022-R01 ; voir aussi [Réponse du Procureur aux mémoires d'appel](#), par. 58.

³² CAR-OTP-0092-0022-R01.

³³ Le mandat d'arrêt a été émis le 23 mai 2008.

³⁴ Courriel du Bureau du Procureur (7 novembre 2012), CAR-OTP-0092-0033-R02.

³⁵ CAR-OTP-0092-0034, CAR-OTP-0092-0029, CAR-OTP-0092-0030, CAR-OTP-0092-0031, CAR-OTP-0092-0032.

³⁶ Première Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0351.

période proportionnée³⁷ ; au contraire, la Première Demande d'assistance ne fait mention d'aucun cadre temporel. Les documents Western Union reçus en exécution de cette demande contiennent des entrées datant de juin 2005³⁸. Mes collègues admettent que

[s]i la transmission d'informations concernant des transactions financières réalisées après le début de l'affaire principale semble justifiée [...], il est plus difficile pour la Chambre d'appel de comprendre les raisons pour lesquelles le Procureur a reçu, de la part de Western Union et par l'intermédiaire des autorités autrichiennes, des informations concernant des transferts d'argent réalisés avant la délivrance du mandat d'arrêt contre Jean-Pierre Bemba dans l'affaire principale³⁹.

Toutefois, je suis en désaccord avec la conclusion finale tirée par mes collègues sur ce point. Les transactions financières s'accompagnent d'attentes fortes en matière de respect de la vie privée même si les informations elles-mêmes ne sont pas de nature particulièrement intime or sensible⁴⁰.

22. Il semblerait que l'Accusation n'ait fait aucun effort pour formuler sa demande, à Western Union ou aux autorités autrichiennes, dans le respect du cadre de l'enquête. Dès qu'elle s'est rendue compte qu'elle avait obtenu des informations privées ou protégées, sans rapport avec les infractions faisant l'objet d'enquêtes, elle aurait dû prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que ces informations ne soient pas diffusées plus avant au sein du Bureau du Procureur, et surtout à l'extérieur. Il s'agissait là d'une erreur. Le Bureau du Procureur devrait à tout moment observer les normes les plus élevées en matière de légalité et de professionnalisme. Par conséquent, le comportement de l'Accusation dans le cadre de l'obtention et de la réception ultérieure de documents Western Union remontant à 2005 constitue une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée.

³⁷ Deuxième Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0371, par. 9 (1^{er} février 2013-31 octobre 2013) ; Troisième Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0360, par. 13 (1^{er}-23 novembre 2013).

³⁸ Transactions Western Union (reçues du Gouvernement autrichien) : CAR-OTP-0070-0004, CAR-OTP-0070-0005, CAR-OTP-0070-0006, CAR-OTP-0070-0007, CAR-OTP-0073-0273, CAR-OTP-0073-0274, CAR-OTP-0073-0275.

³⁹ [Arrêt](#), par. 337.

⁴⁰ [Arrêt](#), par. 338.

2. *Violation 2 : l'obtention des documents Western Union résulte d'une violation du droit à la vie privée par l'Autriche*

i. *Les autorisations accordées initialement en réponse aux demandes d'assistance n'étaient pas conformes au droit autrichien*

23. Le 22 avril et le 24 mai 2016, le tribunal régional supérieur de Vienne (*Oberlandesgericht Wien*) a infirmé deux des trois autorisations accordées précédemment par des tribunaux inférieurs aux fins de l'exécution de la demande d'assistance présentée par l'Accusation⁴¹. Je conviens avec mes collègues que si la Cour n'est pas liée par ces décisions, la Chambre de première instance est libre de tenir compte, comme *éléments de fait*, de décisions rendues par des juridictions nationales⁴². Examinant l'applicabilité de l'article 69-8 du Statut, la Chambre de première instance a déclaré à juste titre que « [TRADUCTION] le fait que la Chambre n'ait pas le droit de se prononcer sur la question de savoir si le droit national a été appliqué correctement ne signifie qu'il lui est interdit de tenir compte de décisions rendues par des juridictions nationales concernant le respect ou non du droit national⁴³ ». Je suis entièrement d'accord avec la Chambre de première instance sur ce point. Loin de s'ingérer indûment dans l'exercice par l'Autriche de sa souveraineté, en tenant compte de ces décisions, la Cour démontre le respect qui s'impose pour des décisions prises par des juridictions nationales.

24. Mes collègues ont accordé un poids indu au fait que les autorités autrichiennes n'avaient pas porté les deux décisions à l'attention de la Cour conformément aux articles 93-3 et 97 du Statut⁴⁴. À mon avis, aucun des deux articles ne s'applique à ce cas car tous deux renvoient aux obstacles empêchant l'exécution d'une demande d'assistance⁴⁵. Ces articles n'ont pas pour vocation de couvrir des cas comme celui-ci, où toutes les demandes d'assistance avaient déjà été exécutées au moment où la première décision du tribunal régional supérieur a été

⁴¹ Première Décision de la cour d'appel autrichienne (22 avril 2016), CAR-D23-0011-0006 (« la Première Décision autrichienne ») ; Deuxième Décision de la cour d'appel autrichienne (24 mai 2016), CAR-D23-0011-0016 (« la Deuxième Décision autrichienne »). Ces deux décisions ont aussi été enregistrées dans leur version originale (en allemand) : CAR-D24-0005-0001, CAR-D24-0005-0013. Les traductions françaises ont été enregistrées sous les cotes suivantes : CAR-D24-0005-0045, CAR-D24-0005-0033.

⁴² [Arrêt](#), par. 342.

⁴³ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 27.

⁴⁴ [Arrêt](#), par. 343 et 344.

⁴⁵ L'article 93-3 du Statut dispose : « [s]i l'exécution d'une mesure particulière [...] est interdite ». L'article 97 dit : « [l]orsqu'un État Partie est saisi d'une demande [...] et constate qu'elle soulève des difficultés qui pourraient en gêner ou en empêcher l'exécution ».

rendue⁴⁶. L'interprétation de mes collègues est déraisonnable en ce qu'ils s'attendent à ce que les autorités nationales signalent a posteriori tous les recours ayant abouti contre des demandes d'assistance déjà autorisées et exécutées. On ne saurait s'attendre à ce qu'une chambre de première instance ignore un recours qui a abouti devant une juridiction nationale (réaffirmant les droits de l'accusé) jusqu'à ce que l'État requis porte la décision de la juridiction nationale à son attention.

25. Le tribunal régional supérieur a déclaré que les ingérences dans l'exercice du droit à la vie privée n'étaient pas conformes au droit autrichien car l'Accusation n'avait pas présenté « [TRADUCTION] des soupçons suffisants ». C'est ce qu'a jugé le tribunal autrichien tout en sachant que l'Accusation avait appris l'existence des transferts d'argent pendant la procédure menée contre Jean-Pierre Bemba Gombo et qu'une rencontre avait eu lieu avec un interlocuteur au sein de Western Union pour examiner des documents, ce qui a finalement révélé de nombreuses transactions pertinentes⁴⁷. Les informations fournies ont tout de même été jugées « [TRADUCTION] insuffisantes pour justifier la nécessité de la mesure⁴⁸ ».

26. Dans ce cas particulier, les deux décisions rendues en appel par le tribunal régional supérieur peuvent être considérées comme des faits déterminants en vue d'établir si, en autorisant l'exécution des demandes de l'Accusation sur la base d'informations insuffisantes, les autorités autrichiennes ont agi en violation de leurs propres lois. La Chambre de première instance a donc eu raison de conclure que « [TRADUCTION] le droit internationalement reconnu à la vie privée a[vait] été enfreint⁴⁹ »

ii. *Le fait de donner accès à des documents remontant à 2005 constitue une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée*

27. Je suis d'accord avec mes collègues en ce que « l'exigence de proportionnalité est pertinente en l'espèce en raison de la norme applicable en droit international [...],

⁴⁶ Les autorités autrichiennes ont envoyé des informations en exécution des trois demandes d'assistance le 6 février 2015 : [Arrêt](#), par. 232. La première décision rendue en appel par le tribunal autrichien date du 22 avril 2016.

⁴⁷ Première Décision autrichienne, CAR-D23-0011-0006, p. 0013 et 0014.

⁴⁸ Deuxième Décision autrichienne, CAR-D23-0011-0016, p. 0025.

⁴⁹ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 28.

indépendamment de la question de savoir si elle est envisagée dans le droit de l'État concerné ou si elle a déjà été examinée par des juridictions nationales⁵⁰ ».

28. Le comportement ayant fait l'objet de l'enquête concerne des transferts d'argent effectués «[TRADUCTION] dans le cadre de la procédure en cours contre Jean-Pierre Bemba Gombo⁵¹ ». Toutefois, le procès n'a commencé qu'en novembre 2010. Des transactions réalisées après l'arrestation de Jean-Pierre Bemba en mai 2008 auraient sans doute pu être utiles à l'enquête. Mes collègues ont eu tort de s'appuyer sur le fait que les informations liées à des transactions effectuées entre 2005 et 2008 ont été produites comme éléments de preuve uniquement parce qu'elles figuraient dans le même document que celui présentant des transferts d'argent réalisés à une date ultérieure⁵². Il importe également peu que ni l'Accusation ni la Chambre de première instance ne se soient appuyées sur ces transactions⁵³. Le fait est que la remise par les autorités autrichiennes de documents Western Union remontant à 2005 constitue une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée.

29. Comme on l'a souligné plus haut, la violation est aggravée par le fait que l'Accusation n'a pas pris les mesures appropriées s'agissant des transactions effectuées entre 2005 et 2008. Elle aurait pu éviter une plus grande diffusion des informations, et après en avoir informé les autorités autrichiennes, aurait pu supprimer ces informations de leurs documents. Au contraire, l'Accusation a même omis de reconnaître une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit à la vie privée.

C. Examen visé à l'article 69-7-b du Statut

30. Le second volet du critère énoncé à l'article 69-7 du Statut exige de déterminer « si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve⁵⁴ » ou si l'admission des documents Western Union serait « de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité⁵⁵ ». La crédibilité des éléments de preuve n'est pas en

⁵⁰ [Arrêt](#), par. 332.

⁵¹ Première Demande d'assistance, CAR-OTP-0091-0351, p. 0354.

⁵² [Arrêt](#), par. 338.

⁵³ [Arrêt](#), par. 338.

⁵⁴ Article 69-7-a du Statut.

⁵⁵ Article 69-7-b du Statut.

cause car il n'y a aucune raison de croire que la violation en question sape la fiabilité des documents Western Union.

31. Dans la Deuxième Décision relative aux documents Western Union, la Chambre de première instance a brièvement évoqué les facteurs à prendre en considération au moment d'évaluer les répercussions de la violation concernée sur l'intégrité de la procédure⁵⁶. Tenant compte de l'utilisation de termes identiques par le TPIY⁵⁷, la Chambre de première instance a déclaré que la nature de la violation et la faute, ou l'absence de faute, de l'Accusation constituent des facteurs pertinents⁵⁸. Sous réserve d'une analyse détaillée des conditions posées à l'article 69-7-b du Statut, il est intéressant de se pencher sur la manière dont la chambre de première instance saisie de l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (mentionnée dans la Deuxième Décision relative aux documents Western Union)⁵⁹ a appréhendé la question⁶⁰. Selon moi, le cadre posé par la chambre dans l'affaire *Lubanga* pour permettre cette analyse est utile.

32. Dans l'affaire *Lubanga*, la chambre de première instance a reconnu que l'article 69-7 du Statut « [TRADUCTION] représente une exception claire à l'approche générale » en matière d'admissibilité des éléments de preuve (comportant l'évaluation de la pertinence, de la valeur probante et de tout effet préjudiciable qu'auraient ces éléments)⁶¹. Compte tenu de la nature de *lex specialis* de l'article 69-7 par rapport aux considérations générales en matière d'admissibilité, s'il est établi qu'un élément de preuve a été obtenu en violation d'un droit de l'homme internationalement reconnu, « [TRADUCTION] sa valeur probante ne peut pas entrer en ligne de compte dans la décision des juges concernant son admissibilité⁶² ». En outre, vu le libellé de l'article 69-7, même une violation qui n'est pas grave pourrait conduire à juger un élément de preuve inadmissible, pour autant que des conditions posées sous le second volet du critère (articles 69-7-a ou 69-7-b) soient réalisées. Comme indiqué dans l'affaire *Lubanga*, « [TRADUCTION] [c]'est seulement dans le second volet du critère que la

⁵⁶ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 33.

⁵⁷ Voir article 95 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY.

⁵⁸ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 33.

⁵⁹ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 33.

⁶⁰ Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *Decision on the admission of material from the "bar table"*, 24 juin 2009, [ICC-01/04-01/06-1981](#), (« la Décision *Lubanga* relative à l'admission directe de pièces »).

⁶¹ [Décision *Lubanga* relative à l'admission directe de pièces](#), par. 34.

⁶² [Décision *Lubanga* relative à l'admission directe de pièces](#), par. 43.

nécessité d'un certain degré de gravité est introduite [...], indépendamment de la gravité de la violation elle-même⁶³ ».

33. Néanmoins, la gravité de la violation est un facteur que la Cour peut prendre en considération lorsqu'elle détermine la gravité de l'atteinte portée à l'intégrité de la procédure⁶⁴. Il appartient à la Cour de décider quels autres facteurs pourraient faire partie de la matrice factuelle lorsqu'elle procède à une telle analyse. La chambre de première instance saisie de l'affaire *Lubanga* indique que l'objet de la règle d'exclusion est, entre autres, de sanctionner ou de prévenir les comportements illégaux de l'Accusation. Par conséquent, une évaluation du contrôle exercé par l'Accusation sur le processus de recueil des éléments de preuve ou de son pouvoir d'empêcher les comportements répréhensibles est particulièrement utile⁶⁵.

34. Pour résumer, parmi les facteurs pertinents que la Cour pourrait prendre en considération figurent : i) la gravité de la violation ; ii) la question de savoir si l'Accusation avait un contrôle sur le processus ou le pouvoir de prévenir le comportement en cause ; iii) la question de savoir si les droits enfreints concernaient une personne autre que les appelants⁶⁶ ; et iv) le degré de diligence déployé afin de minimiser le risque de violation et les mesures prises en cas de violation afin d'en minimiser les répercussions.

35. Violation 1 : L'Accusation a fait montre d'un mépris imprudent pour le droit autrichien en obtenant l'accès aux documents Western Union avant que sa première demande d'assistance n'ait été autorisée. Si l'on tient compte ici de l'importance de respecter le droit à la vie privée, on ne saurait néanmoins dire que l'Accusation a agi dans l'intention de contourner les procédures nationales. L'Accusation, contrôlant entièrement le processus, aurait dû faire montre d'une plus grande diligence en déterminant l'état du droit autrichien afin d'obtenir les documents. De même, l'afflux disproportionné d'informations reçues de la part de l'interlocuteur au sein de Western Union, à deux occasions distinctes, aurait pu et dû être réduit. Le fait que le droit à la vie privée des appelants, et d'autres personnes, ait été enfreint importe également. Le fait pour l'Accusation d'invoquer l'absence de réprimande de

⁶³ [Décision Lubanga relative à l'admission directe de pièces](#), par. 35.

⁶⁴ [Décision Lubanga relative à l'admission directe de pièces](#), par. 47.

⁶⁵ [Décision Lubanga relative à l'admission directe de pièces](#), par. 46.

⁶⁶ [Décision Lubanga relative à l'admission directe de pièces](#), par. 47. Voir aussi [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 33.

la part des autorités autrichiennes n'est pas un argument convaincant car, d'emblée, des informations incomplètes avaient été communiquées à celles-ci. Tous ces facteurs doivent être pris en considération par la Chambre de première instance, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, pour déterminer si une violation était telle qu'elle justifierait d'exclure les éléments de preuve en application de l'article 69-7-b du Statut.

36. Toutefois, ayant examiné ces facteurs, je suis d'accord avec la Chambre de première instance en ce que « [TRADUCTION] les atteintes au droit à la vie privée n'[étaient] pas graves au point d'entacher l'équité de la procédure⁶⁷ ». La Chambre de première instance n'a pas eu tort de décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exclure les documents Western Union en application de l'article 69-7-b du Statut. Ce qui est répréhensible ici découle de la négligence de l'Accusation qui n'a pas suivi les procédures nationales admises, ni procédé à une analyse de proportionnalité. Si un degré plus élevé de professionnalisme et de diligence (dans la conduite des enquêtes) est attendu de l'Accusation, les erreurs commises en l'espèce ne permettent toutefois pas de conclure que la non-exclusion des documents Western Union serait de nature à compromettre la procédure ou à porter gravement atteinte à son intégrité.

37. Violation 2 : Si la justice autrichienne a autorisé à tort les demandes d'assistance en première instance et fourni ensuite à l'Accusation une quantité disproportionnée d'informations, l'admission des éléments de preuve reçus du fait de cette violation ne porte toutefois pas gravement atteinte à l'intégrité de la procédure. Le tribunal régional supérieur de Vienne a reconnu que, dans des circonstances normales, la procédure nationale autorise l'Accusation à rectifier sa demande d'assistance en apportant davantage d'informations. Hélas, au moment où la première décision d'appel a été rendue par le tribunal autrichien, la procédure contre les appelants touchait à sa fin (en avril 2016). La présentation d'informations supplémentaires par l'Accusation, si celle-ci avait eu la possibilité de le faire, aurait sans doute eu le même résultat, à savoir l'approbation des demandes d'assistance. Dans ces circonstances, on ne saurait dire que la violation était à ce point grave que seule l'exclusion des documents aurait pu empêcher une atteinte grave à l'intégrité de la procédure.

⁶⁷ [Deuxième Décision relative aux documents Western Union](#), par. 39.

II. L'approche retenue par la Chambre de première instance en matière d'admissibilité des éléments de preuve

38. Mes collègues ont fait leur l'approche retenue par la Chambre de première instance en matière de présentation et d'admission des éléments de preuve. Fidèle Babala, Jean-Pierre Bemba et Narcisse Arido se plaignent que cette approche procédurale vis-à-vis des éléments de preuve, qui n'exige pas de la Chambre de première instance qu'elle se prononce sur la pertinence et/ou l'admissibilité de chacun des éléments en question, est erronée en droit et ils affirment qu'elle leur a causé un préjudice. Je suis d'accord avec eux. Je ne partage pas l'avis de mes collègues selon lequel l'approche suivie par la Chambre de première instance reflète correctement le compromis trouvé à Rome qui a abouti à un système hybride⁶⁸. Au contraire, j'estime que l'approche sanctionnée par mes collègues a affecté réellement le compromis entre *common law* et droit romano-germanique qu'avaient trouvé les États parties⁶⁹.

39. Le compromis trouvé à Rome autorisait les chambres de première instance à évaluer l'admissibilité de tous les éléments de preuve mais ne comportait pas de règles d'exclusion formelles, en matière, par exemple, de ouï-dire ou de mauvaise réputation. Le Statut contient plutôt un critère plus générique d'admissibilité qui donne aux chambres de première instance une très grande flexibilité dans l'évaluation de l'opportunité d'admettre des éléments de preuve au dossier. Les rédacteurs du Statut de Rome ont également veillé à ce que les chambres de première instance puissent se prononcer d'office sur l'admissibilité de pièces

⁶⁸ [Arrêt](#), par. 590.

⁶⁹ Bien qu'il ressorte clairement du Statut et du Règlement de procédure et de preuve, ainsi que des travaux préparatoires pertinents, que les États parties souhaitent trouver un compromis entre les différents systèmes de procédure nationaux, les sources montrent bien moins clairement quels étaient les contours précis de ce compromis ou même s'il y avait une compréhension commune évidente de la manière dont le système devait fonctionner dans la pratique. Voir D. Piragoff et P. Clarke, « Evidence » in O. Triffterer et K. Ambos (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (Beck et autres, 3^e éd., 2016), p. 1322 où il est expliqué ce qui suit : « [TRADUCTION] Comme pour l'intégralité de l'article 69, le paragraphe 4 mélange des concepts tant de *common law* que de droit romano-germanique et ne suit pas strictement les procédures de l'un ou l'autre des systèmes. Si cet article adopte en principe la procédure suivie en droit romano-germanique en matière d'admissibilité générale et de libre appréciation des éléments de preuve, certaines notions de *common law* y sont incorporées, donnant ainsi naissance à un système hybride. Le principe de base tant en *common law* qu'en droit romano-germanique est "que les éléments de preuve ayant valeur probante sont recevables, à moins qu'ils ne soient entachés d'un vice qui en justifierait l'exclusion" [note de bas de page non reproduite]. L'article 69-4 permet à la Cour de "se prononcer sur la pertinence ou l'admissibilité de tout élément de preuve" avant d'en apprécier le poids ». Voir aussi A. Orie, « Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings before the ICC » in A. Cassese et autres (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. II (Oxford University Press, 2002), p. 1485, où l'article 69-7 est considéré comme un compromis : « [TRADUCTION] Comme nous l'indiquons, le règlement de procédure et de preuve fonctionne dans un contexte procédural très spécifique. Même si les aspects de *common law* continuent de prédominer, l'influence du droit romano-germanique ne peut être écartée ».

sans que les parties aient à soulever des objections à cet égard⁷⁰. Le régime d'admissibilité prévu par le Statut est donc considérablement moins formel que celui de la plupart des juridictions de *common law* et offre plus de flexibilité et de latitude aux juges. Toutefois, et c'est là un point crucial car autrement le compromis ne fonctionnerait pas, cela, dans l'ensemble, ne rend pas superflu l'examen de la question de l'admissibilité des éléments de preuve.

40. Il est important, à mes yeux, de respecter l'équilibre délicat trouvé à Rome. Hélas, bien que mes collègues reconnaissent la nature idéale du système hybride, ils ont dans les faits entériné l'approche ayant cours en droit romano-germanique en matière de présentation des preuves sans toutefois adopter les garanties nécessaires qui existent dans ce système. J'y vois une mauvaise compréhension de l'objectif sous-tendant la vérification des preuves produites avant leur admission dans le contexte de procédures contradictoires.

41. Premièrement, mes collègues répètent l'argument éculé selon lequel les systèmes de *common law* envisagent les preuves de façon « morcelée » alors que les systèmes de tradition romano-germanique adoptent une approche « globale ». Avec tout le respect que je dois à mes collègues et aux spécialistes sur lesquels ils semblent se fonder, il s'agit là d'une caricature qui déforme fondamentalement la manière dont le système contradictoire inspiré de la *common law* fonctionne en réalité. En effet, le fait que les juges de *common law* tiennent compte de l'authenticité, de la valeur probante et du préjudice potentiel de chaque élément de preuve pris individuellement ne signifie pas qu'ils envisagent ces facteurs isolément. En outre, une fois qu'un élément de preuve est admis, le poids qu'il convient de lui attacher est apprécié de façon tout aussi « globale » que dans n'importe quel autre système juridique.

42. Deuxièmement, contrairement à ce que semblent penser mes collègues de la Chambre de première instance et de la Chambre d'appel, une décision sur l'admissibilité dans les systèmes contradictoires inspirés de la *common law* n'a pas pour seul objectif de protéger les jurys de preuves potentiellement dénuées de fiabilité. Au contraire, les décisions sur l'admissibilité ont deux fonctions importantes : d'abord, informer les parties de la raison pour laquelle une preuve a été versée au dossier, c'est-à-dire ce que la partie produisant la preuve cherche à prouver grâce à celle-ci (en conjonction avec d'autres preuves peut-être) et ensuite,

⁷⁰ Article 64-9-a du Statut.

veiller à ce que la chambre reçoive toutes les informations nécessaires afin d'apprécier en toute connaissance de cause le poids à accorder à la preuve en question.

43. Ce dernier point m'amène à évoquer une autre idée fausse concernant le rôle des décisions sur l'admissibilité. Celles-ci n'ont pas pour vocation d'être des décisions préliminaires statuant sur ce qu'une pièce peut ou ne peut pas prouver. Elles visent plutôt à distinguer les pièces qui sont *susceptibles* de prouver un point pertinent pour l'affaire de celles qui ne le sont pas. Il est inutile d'encombrer le dossier de l'affaire avec des pièces dont la pertinence pour les charges ne peut pas être démontrée ou dont la valeur probante suscite tant de doutes qu'aucune chambre de première instance sensée ne pourrait raisonnablement les utiliser pour fonder ses conclusions.

44. Dans les procès contradictoires, surtout ceux d'une grande complexité ou de grande ampleur, il est essentiel que les juges veillent à ce que les procédures ne soient pas submergées par de grandes quantités d'éléments de preuve dénués de pertinence, d'authenticité ou de valeur probante (preuves par ouï-dire issues de sources anonymes par exemple) ou par des preuves autrement préjudiciables. C'est dans ce but qu'a été conçue la règle d'admissibilité générale prévue à l'article 69-4 du Statut. Il ne s'agit pas d'une règle d'exclusion formelle reposant sur la protection de valeurs qui sont sans rapport avec la qualité inhérente des preuves. Cette règle est en fait le reflet pratique d'un principe élémentaire d'équité procédurale ainsi qu'un outil de procédure permettant de gérer et de simplifier la présentation et l'appréciation des éléments de preuve.

45. Il se pourrait fort bien qu'il n'y ait pas besoin d'avoir un tel filtre dans les procès menés sur la base d'un dossier central et où la présentation des preuves est dirigée par le juge président. Toutefois, il faut garder à l'esprit que ce procès particulier a été conduit selon un mode contradictoire. Chaque partie a mené ses propres enquêtes, il y a eu un processus formel de communication⁷¹, et les preuves ont été présentées en faveur de l'une ou l'autre des parties⁷². Le modèle contradictoire, surtout dans les affaires pénales, peut créer un déséquilibre entre les parties. Sans le contrôle de la chambre de première instance, de tels

⁷¹ Chambre de première instance VII, *Le Procureur c. Bemba et autres*, *Decision on modalities of disclosure*, 22 mai 2015, [ICC-01/05-01/13-959](#), avec une annexe publique.

⁷² Chambre de première instance VII, *Le Procureur c. Bemba et autres*, *Directions on the conduct of the proceedings*, 2 septembre 2015, [ICC-01/05-01/13-1209](#).

déséquilibres peuvent causer l'iniquité de la procédure. L'une des fonctions centrales des juges dans les procès contradictoires est de veiller à ce que les parties procèdent à la présentation de leurs causes respectives avec la rigueur voulue, c'est-à-dire en n'inondant pas le dossier de l'affaire de nombreuses preuves à la pertinence, à l'authenticité ou à la valeur probante contestables. Cela exige nécessairement de la chambre qu'elle intervienne au moment de la présentation des preuves. La raison en est que, dans un modèle contradictoire, l'introduction d'un élément de preuve crée une responsabilité professionnelle pour la partie adverse, qui doit le contester. Si celle-ci ne le fait pas, la chambre de première instance serait fondée à en déduire que la partie adverse accepte la thèse à l'appui de laquelle l'élément de preuve est présenté.

46. J'estime que c'est une erreur profonde que de dire qu'il n'est pas possible de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'admissibilité avant de disposer de l'ensemble des éléments de preuve. Cela revient à dire que des milliers de juges de *common law* à travers le monde ont rendu depuis des siècles des décisions en étant mal informés. C'est tout simplement faux. En effet, comme tout juge de *common law* expérimenté le sait, les décisions relatives à la pertinence, à la valeur probante et à l'effet préjudiciable sont prises sur la base des éléments avancés par les parties. Si la partie produisant des éléments de preuve est d'avis que la chambre doit évaluer ces facteurs à la lumière d'autres éléments de preuve qui restent à présenter, elle a la responsabilité de l'indiquer à la chambre qui peut alors admettre ces preuves *de bene esse*. La chambre accepte habituellement ces éléments sur la base de la bonne foi et à première vue.

47. La méconnaissance par mes collègues de ce qui se passe dans les procès contradictoires peut peut-être s'expliquer par une conception différente de ce que cela signifie pour une partie de présenter des éléments de preuve. À la lecture de la décision de la Majorité, on a l'impression que celle-ci considère la présentation de preuves comme un simple ajout à un ensemble général d'informations et que c'est la responsabilité des juges d'en faire sens. Si je suis pleinement d'accord pour dire que les juges ne sont pas tenus par l'objectif avancé par les parties pour justifier la présentation d'éléments de preuve, cela ne signifie néanmoins pas que l'intention des parties est totalement dénuée d'intérêt. Au contraire, pour garantir un minimum d'ordre et de précision dans la présentation et l'examen des éléments de preuve, il est essentiel que les parties et les juges connaissent tous et à tout moment l'objet et le but des débats. À l'issue de ces débats, les parties doivent pouvoir s'en remettre à la chambre pour

que les éléments de preuve ne soient utilisés que dans le but effectivement discuté. Si la chambre se rend compte ultérieurement qu'un élément de preuve peut en fait présenter un intérêt pour une question différente, il lui est loisible d'en discuter avec les parties, et s'il le faut, de les inviter à présenter les observations supplémentaires requises. Mes collègues semblent accepter ce principe mais n'expliquent pas comment cela fonctionnerait en pratique si la chambre de première instance n'« apprécie » la pertinence et l'admissibilité des preuves pour la première fois que lors de ses délibérations finales⁷³.

48. Mes collègues affirment que pour qu'une chambre puisse s'appuyer sur des éléments de preuve, il n'est pas nécessaire que ceux-ci aient été formellement admis, du moment qu'ils n'ont pas été jugés inadmissibles. Mes collègues disent en outre que le devoir de motiver « [l]es décisions prises [...] en matière d'administration de la preuve » prévu à la règle 64-2 du Règlement ne s'applique que lorsque la Chambre de première instance se prononce effectivement sur l'admissibilité⁷⁴. Ce raisonnement est difficile à suivre car on ne voit pas clairement la différence qui existe entre juger un élément de preuve « non inadmissible » et le juger « admissible ». La seule manière d'y voir du sens serait de présumer que le premier cas présuppose l'absence d'une décision négative, alors que le deuxième cas requiert une décision positive. Si c'est cela que mes collègues ont à l'esprit, ils doivent aussi penser qu'il existe une présomption d'admissibilité. Hélas, aucune base légale n'est avancée à cet égard, ni aucune justification raisonnable.

49. Néanmoins, la présomption d'admissibilité est une option lourde de conséquences. Cela signifie qu'une chambre de première instance ne doit motiver que ses décisions d'exclure des éléments de preuve du dossier et qu'il n'est pas nécessaire d'en justifier l'inclusion. Cela signifie également que la partie produisant un élément de preuve est dispensée d'en montrer la pertinence et la valeur probante. En revanche, si la partie adverse souhaite que la chambre de première instance se prononce sur la question de savoir s'il est possible ou non de s'appuyer sur certaines preuves et dans quel but, elle doit démontrer que ces preuves sont dénuées de pertinence ou de valeur probante. Il s'agit là d'un fardeau inacceptable, en particulier pour l'accusé lorsque c'est l'Accusation qui produit les éléments de preuve.

⁷³ [Arrêt](#), par. 623.

⁷⁴ [Arrêt](#), par. 596.

50. En outre, suivant l'approche de mes collègues, il y aurait deux catégories d'éléments de preuve au dossier : a) les éléments explicitement jugés admissibles (après contestation par la partie adverse) et b) les éléments qui sont simplement « reconnus comme présentés ». Toutefois, ainsi que je comprends mes collègues, il n'y aurait pas de différence significative entre les deux. Mes collègues affirment que les décisions sur l'admissibilité prises durant le procès ne réduisent pas le besoin pour les parties de présenter des observations sur les critères d'admissibilité standard à la fin du procès, car la chambre de première instance pourrait tout de même ne pas tenir compte finalement d'éléments de preuve qu'elle a précédemment admis⁷⁵. Il s'agit ici d'une très grande erreur. Une fois qu'une chambre de première instance a jugé un élément de preuve admissible, elle n'a plus la liberté de l'ignorer simplement dans le jugement rendu en vertu de l'article 74, surtout s'il contient des informations qui contredisent peut-être les conclusions de la Cour. L'approche de la Chambre de première instance, approuvée par mes collègues, consiste essentiellement à laisser les parties dans le noir total jusqu'à la fin du procès puis à ne pas leur expliquer pourquoi certaines pièces ont été utilisées et d'autres n'ont été pas mentionnées.

51. Mes collègues justifient leur position en donnant des exemples tirés de systèmes nationaux (après avoir d'abord dit que « les pratiques suivies par les juridictions pénales nationales, internationales et internationalisées [...] sont d'une assistance limitée, voire inexistante⁷⁶ ») qui fonctionneraient de manière semblable au système adopté ici. À ma connaissance, aucun des systèmes mentionnés par le Procureur auxquels mes collègues se réfèrent (français, allemand, belge, portugais et finlandais) ne conduit les enquêtes et les procès pénaux de la même manière contradictoire que nous le faisons à la Cour. Celle-ci n'a pas non plus la garantie d'un magistrat d'instruction indépendant et neutre et d'un dossier central. À mon avis, l'analogie est fondamentalement erronée. Plus important, du point de vue du droit, je rejette l'idée que la Cour est autorisée à adopter un certain modèle procédural en se basant purement sur le fait qu'une sélection arbitraire de juridictions nationales appartenant à une tradition juridique particulière fonctionnent de manière similaire. Il n'existe tout simplement aucun fondement légal pour cette approche, que ce soit dans les sources du droit (article 21 du Statut) ou dans les principes pertinents d'interprétation des traités.

⁷⁵ [Arrêt](#), par. 609.

⁷⁶ [Arrêt](#), par. 574.

52. Mes collègues s'appuient aussi dans une large mesure sur les vues exprimées dans des « commentaires ». Toutefois, à y regarder de plus près, il s'avère que toutes les références proviennent d'un même auteur, qui était membre de l'une des délégations présentes à la conférence de Rome. Si ce type de publication peut parfois permettre de comprendre les préoccupations d'au moins quelques États au cours des négociations et être convaincant, il n'a pas d'autorité indépendante. En tout état de cause, la question principale que je retiens des publications de M. Piragoff est que les rédacteurs ont véritablement essayé de trouver un compromis entre la *common law* et le droit romano-germanique en matière d'éléments de preuve. J'estime que la décision de mes collègues a eu pour effet de nuire à ce compromis.

53. Enfin, je souhaiterais dire mon malaise vis-à-vis de l'approche retenue par mes collègues sur la base des dispositions du Statut et du Règlement. En particulier, je m'oppose à l'accent que mes collègues ont mis sur l'utilisation du modal anglais « *may* » (« *peut se prononcer* ») à l'article 69-4 du Statut — par opposition au modal « *shall* » utilisé à l'article 69-7 (« *ne sont pas admissibles* ») et dans d'autres dispositions similaires. Cette différence signifie simplement que dans le deuxième cas, la Chambre de première instance n'a d'autre choix que d'exclure les éléments de preuve alors que l'article 69-4 est rédigé de manière à conférer aux chambres de première instance une grande latitude dans l'admission ou non de certains éléments de preuve, *même s'il* peut y avoir des interrogations quant à leur pertinence ou leur valeur probante. Par exemple, lorsqu'une partie présente une preuve par ouï-dire, cela soulève fréquemment des questions sur sa valeur probante. Si l'article 69-4 constituait une règle d'exclusion obligatoire, les chambres de première instance seraient toujours tenues d'exclure de tels éléments de preuve. Or il a été conçu précisément pour éviter ce manque de flexibilité et conférer aux chambres une grande latitude à cet égard. Cela est confirmé par la règle 63-2 du Règlement qui dispose que les chambres « sont habilitées, *en vertu du pouvoir discrétionnaire visé au paragraphe 9 de l'article 64*, à évaluer librement tous les moyens de preuve présentés *en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité comme le prévoit l'article 69* ».

54. En d'autres termes, la distinction entre les articles 69-4 et 69-7 du Statut ne réside pas dans le fait que, pour le premier, la chambre peut *se prononcer* sur l'admissibilité et, pour le second, elle doit *se prononcer* sur l'admissibilité. La différence réside plutôt dans le fait que, pour le premier cas, la chambre peut *exclure* des preuves si elles suscitent des interrogations alors que, pour le second, elle doit *exclure* les preuves si les conditions sont remplies.

55. Je relève sur ce point que mes collègues ont expliqué l'arrêt *Bemba* OA5 OA6 rendu par la Chambre d'appel⁷⁷. Ils l'ont fait en opérant une distinction entre le fait d'« examiner » les critères visés à l'article 69-4 du Statut et le fait de « se prononcer » sur ces critères. La question dont la Chambre d'appel a eu à connaître dans cette affaire était la décision de la Chambre de première instance de permettre la présentation de l'ensemble des éléments de preuve et le fait qu'elle n'ait rendu aucune décision sur l'admissibilité. La décision de mes collègues a pour effet de permettre un processus décisionnel opaque dans lequel les parties et les participants peuvent avoir uniquement la satisfaction de savoir que leurs objections ont été examinées, sans jamais connaître l'incidence qu'elles ont eue, le cas échéant, sur le raisonnement de la chambre.

/signé/
M. le juge Geoffrey Henderson

Fait le 8 mars 2018

À La Haye (Pays-Bas)

⁷⁷ [Arrêt](#), par. 594.