

**LA DEFENSE : « INTERVENIR EN DEFENSE DEVANT LES JURIDICTIONS
PENALES INTERNATIONALES, UN TEMOIGNAGE »**

M^e Vincent COURCELLE-LABROUSSE¹

Défendre un accusé devant une juridiction pénale internationale diffère peu en essence, pour un avocat, de ce qu'il fait et de ce qu'il est, lorsque face au juge de son pays, il assiste un accusé. C'est toujours avec le corps et le langage de la défense qu'il s'exprime, même si la langue peut changer. Même exigence d'opiniâtreté, voire de courage. Même impératif d'une conviction, et peut-être d'une sorte de foi, dans la nécessité de sa mission. Même souci absolu d'être au service des intérêts de la personne dont il a la charge. Et pourtant, là peut-être plus qu'ailleurs, l'avocat de la défense doit rester fidèle à l'éthique de sa profession car il entre dans une caverne où la justice n'est souvent projetée que par reflets. Ce n'est en effet qu'après bien des péripéties, qui se comptent souvent en années, qu'il connaîtra le sort réservé à son client. Mais avant cela, il aura dû s'initier aux méandres de juridictions hors sol où agissent et interagissent une myriade d'acteurs aux fonctions diverses qui se sont trouvés un rôle dans l'organisation. Avant d'être un tribunal, un tribunal pénal international est une machine bureaucratique où malheureusement l'activité judiciaire semble à certains accessoire.

Comme personnage central, on devrait commencer par le juge, mais en réalité, il faut d'abord évoquer le greffier. Mélange d'administrateur, de ministre des finances du tribunal et de directeur du personnel, cet organe est inconnu de nos juridictions nationales. Pour les avocats de la défense, c'est, hormis l'exception du bureau de la défense devant le Tribunal spécial pour le Liban (TSL), le greffier qui détermine la politique d'aide juridictionnelle. Autant dire que dans des affaires où la défense doit conduire des enquêtes dans de multiples pays, bénéficiaire de l'appui d'experts, le budget alloué par le greffier à la défense est déterminant quant à la capacité de celle-ci à faire face aux moyens considérables du bureau du procureur. C'est un fait, les procès internationaux sont longs et coûtent cher. Ils nécessitent que les avocats aient les moyens d'être là dans la durée.

Sur un terrain plus méconnu, le greffier jouit d'un pouvoir considérable. Dans les procédures d'outrage qui ont été conduites devant le TSL, c'est au greffier que la Chambre a demandé de choisir l'*amicus curiae* en charge de l'enquête, puis éventuellement des poursuites. Or, suivant

¹ Godin associés, ancien Secrétaire de la Conférence du Stage.

les circonstances, la désignation de tel ou tel comme *amicus curiae* peut avoir un impact considérable sur la possibilité que l'enquête aboutisse².

Le juge, quant à lui, est parfois assez loin des standards traditionnels connus. Les tribunaux internationaux ont vu passer de grands juges, mais l'avocat de la défense découvrira qu'ici plus qu'ailleurs la neutralité et la qualité sont sujettes à de grandes variations. D'abord parce les États soutiennent souvent des candidats qui n'ont jamais siégé dans une juridiction pénale, voire dans une juridiction tout court. De sorte que leur niveau n'est pas toujours à la hauteur de leur fonction. Ensuite, parce qu'il existe un aspect plus caché qui ne se révèle que discrètement : l'exposition constante des juridictions pénales internationales aux rayons politiques des États donateurs ou intéressés à l'issue de l'affaire.

Mais, s'il y a bien un domaine où le juge international dans les tribunaux *ad hoc* diffère profondément du juge national, c'est par cette souveraineté qu'il détient sur la création et la modification des règles de procédure. Dès 1945, l'un des juges du tribunal militaire international de Nuremberg, Henri Donnedieu de Vabres, notait au sujet du statut de Londres qu'il était « *l'œuvre de quelques personnes, dont le nombre n'était guère supérieur à celui des membres du tribunal, en partie, il s'identifiait même avec ces derniers*³ ». Au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), au Tribunal pénal international pour la Yougoslavie (TPIY), ou au Tribunal spécial pour le Liban, les juges ont également créé les règlements de preuve et de procédure qu'ils ont régulièrement modifiés au cours de leur existence, pour combler des lacunes ou sortir de certaines impasses. Outre le pouvoir d'interpréter la loi de procédure, le juge pénal international des tribunaux *ad hoc* a donc celui de la créer⁴.

Un autre trait qui permet de mesurer cette souveraineté du juge international est le contrôle procédural dont il dispose pour autoriser pendant le procès la contestation de ses décisions devant la chambre d'appel. La mise en cause d'une décision rendue par la chambre de première instance, au cours du procès, est donc subordonnée, sauf exception, à l'autorisation de cette

² Voir par exemple STL, *Prosecutor c. Ayyash et al.*, STL-11-01/PT/CJ/R60bis.1, Registrar's Decision under Rule 60bis(E)(ii) to Appoint Amicus Curiae to Investigate Contempt Allegations, confidentiel et ex parte, 25 juin 2013, rendue publique par décision du 25 mars 2015.

³ H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le Procès de Nuremberg », cours de Doctorat professé à la faculté de Droit de Paris, par M. Henri Donnedieu de Vabres, professeur à la faculté de droit de Paris, Juge au Tribunal Militaire International des grands criminels de guerre, Paris, Domat-Montchrestien, 1946, p. 90.

⁴ Voir par exemple la décision de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire IT-95-14/1-A, *Procureur c. Zlatko Alekovski*, Arrêt, 24 mars 2000, paras. 112-113 ou l'article 176 bis du règlement de procédure et de preuve du TSL et STL-11-01/I/AC/R176bis, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification*, 16 février 2011.

même chambre qui doit la « certifier » : il faut donc solliciter du juge même qu'il accepte le risque d'être déjugé⁵. La chambre de première instance a donc la capacité de retenir à son niveau des discussions parfois essentielles qui ne parviendront à l'examen du juge du second degré qu'en cas d'appel du jugement au fond, autant dire après des années.

Le droit à un procès public n'est pas tellement mieux considéré que celui de faire appel. Au motif de l'anonymat accordé à des témoins, les audiences à huit-clos ont, devant certains tribunaux internationaux, conquis des pans entiers du procès. Il en va ainsi également des soumissions écrites des parties où le dépôt de requêtes confidentielles permet de faire échapper à la connaissance des personnes extérieures l'évolution de la procédure. On finit par être frappé par le décalage qui existe entre les ambitions affichées par les juridictions pénales internationales, leur communication institutionnelle et une réalité beaucoup plus opaque dès qu'on commence à l'approcher⁶.

Les procureurs internationaux ont quant à eux réussi à incarner un personnage qui renvoie à une image assez nette alors que, comparativement, l'avocat international n'existe pas : il n'y a que des avocats de la défense. Il reste abrité dans les hauteurs stratégiques que lui confère sa qualité. À cet égard, il est intéressant de constater que, quelle que soit la juridiction pénale internationale, les avocats de la défense ne croiseront jamais le procureur en titre ou seulement exceptionnellement à l'audience.

Sur le terrain du procès, la procédure de la plupart des juridictions pénales internationales est *adversarial*. Dans le système accusatoire des tribunaux *ad hoc*, l'enquête est la chose du procureur et il n'en montrera au procès que les aspects qu'il souhaitera présenter. Il n'y a pas, dans les règlements de preuve et procédure des tribunaux internationaux, de règles sur la conduite de l'enquête au sens où nous les connaissons, c'est-à-dire de formalisation d'un récit de l'enquête où tout acte d'investigation est constaté par le biais d'un procès-verbal. C'est le cas aujourd'hui du TSL, c'était le cas hier du TPIR : il est absolument impossible de savoir *a priori* comment a été conduite l'enquête du procureur, les pistes qu'il a suivies, celles qu'il a abandonnées et pourquoi.

Ainsi, la défense n'arrive à la connaissance des preuves de l'accusation que par le mécanisme de la divulgation, mais les manquements du procureur à son obligation de communiquer à la

⁵ Voir l'article 126-C du règlement de procédure et de preuve du TSL, l'article 73-B du règlement de procédure et de preuve du TPIY et du TPIR et la jurisprudence s'y rapportant.

⁶ V. COURCELLE-LABROUSSE, « Témoigner pour la défense », *La Revue Nouvelle*, janvier 2015, numéro 1/2015, p. 26

défense les pièces qui pourraient servir sa cause sont très peu sanctionnés. Les cas où, comme dans les affaires *Bicamumpaka* et *Mugenzi*⁷, la juridiction acquitte deux accusés aux motifs notamment que : « *La conduite du procureur sur cette question n'est pas excusable. Il n'a pas informé les équipes de la défense d'éléments à décharge et ce, pendant plus d'un an dans certains cas. Ces éléments sont nettement pertinents, très probants et à première vue de nature à disculper les accusés des graves allégations sur lesquelles le Procureur se fonde pour demander leur condamnation. Les faits visés, s'ils étaient prouvés, seraient également très pertinents pour établir l'existence de l'élément moral des crimes chez certains accusés*⁸. » relèvent de l'absolue exception.

Cette latitude accordée au procureur se manifeste dans d'autres circonstances, dès lors qu'il peut devant les tribunaux *ad hoc*, par exemple, abandonner en cours de procès des pans entiers de son accusation sans avoir à en justifier. Le commencement du procès n'arrête pour ainsi dire jamais le compteur des éléments de preuve nouveaux que le procureur peut présenter, quand en même temps, l'acte d'accusation peut être modifié jusqu'au stade le plus tardif du procès⁹. Les avocats des bureaux du procureur n'appartiennent pas à un corps enchâssé dans la structure d'un État, ils n'ont à répondre d'aucun bilan à des électeurs. L'indépendance des bureaux du procureur confine à l'immunité de comportement qui n'a de limites que celles que devraient leur fixer les juges. Et ils leur en fixent peu.

On pourra, à cet égard, se référer au premier dossier où la Cour pénale internationale a pu rendre un jugement au fond, l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*. La Cour a rejeté l'intégralité des témoignages des enfants soldats venus déposer au procès. Malgré l'invitation claire et précise dans le jugement du 14 mars 2012 faite au procureur d'engager une enquête relative aux intermédiaires qui avaient recruté les témoins de l'accusation, aucune poursuite, à notre connaissance, n'a jamais été engagée¹⁰.

Face à cet avocat de l'accusation, armé de la force symbolique de la « lutte contre l'impunité », l'accusé et son conseil ressemblent un peu à des naufragés sur le canot de sauvetage de la

⁷ ICTR-99-50-T, *Procureur c. Bizimungu, Mugenzi, Bicampupaka, Mugiraneza*, jugement portant condamnation, 30 septembre 2011, voir paras. 119 à 177.

⁸ *Idem*, para. 175.

⁹ Voir par exemple STL-11-01/T/TC, *Procureur c. Ayyash et al.*, *Décision portant modification de l'acte d'accusation*, 7 septembre 2016 et notamment son paragraphe 58, aux termes desquels la Chambre ordonne au procureur, presque trois ans après le début du procès, au sujet du paragraphe 49 de l'acte d'accusation et du rôle du Hezbollah vis-à-vis des quatre accusés et de l'attentat du 14 février 2005, de « déposer une description sommaire de tout élément de preuve qu'elle souhaite présenter en lien avec ce fait matériel allégué. ».

¹⁰ Voir CPI, ICC-01/04-01/06, Situation en république démocratique du Congo, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, paras. 482-483.

défense, dont les chances d'atteindre le rivage de l'acquiescement sont très faibles. On mesurera pleinement le déséquilibre, ou l'inégalité des armes, qui existe entre le procureur et la défense sur le plan de l'enquête. Il faut voir, en effet, que le procès accusatoire propre aux tribunaux *ad hoc*, inspiré des pays de la *common law*, a été transposé dans un contexte où les crimes en procès ont souvent été commis dans des pays en guerre, et quand la guerre s'y est achevée, elle a laissé souvent la place au mieux à des démocraties très relatives. C'est dans des situations souvent tendues, où la force au pouvoir se satisfait parfois pleinement du jugement à La Haye des dirigeants qu'elle a renversés, que la défense doit rechercher la preuve à décharge. Autant dire qu'à chaque fois, il lui faut accomplir des miracles. Il y a, en effet, quelque chose de démesuré si l'on considère l'assise dont bénéficient les procureurs internationaux et la coopération que peuvent parfois leur apporter les États, qu'elle soit voulue ou forcée, face à la débilité des moyens d'une équipe de défense¹¹, qui fait face non pas seulement à un procureur, mais à un Bureau du Procureur, qui a quelque chose d'un très grand cabinet d'avocats qui aurait en outre des pouvoirs de police, un service diplomatique, une direction de l'entraide pénale, des moyens de police technique et scientifique... Le tout étant concentré sur un seul objectif : gagner le procès, obtenir la condamnation de l'accusé.

En outre, alors que dans le cadre national, l'avocat pourra dans certains cas jouer un jeu presque égal avec le procureur et conduire une contre-enquête, face à une structure procureur/police qui devra respecter les règles, le champ d'action international offre pour sa part rarement de telles situations. Devant le TPIR, les avocats de la défense sont intervenus pour les dirigeants et les cadres d'un régime vaincu par ceux qui contrôlaient désormais l'intégralité du pouvoir dans le pays où ils devaient enquêter. Au Tribunal spécial pour le Liban, il se serait agi d'enquêter *in absentia*, des années après les faits, là où dix ans d'investigations internationales n'ont accouché que d'un acte d'accusation fondé sur des listings d'appels téléphoniques...

Comparé au système français où l'enquête est du ressort d'un magistrat instructeur, il pèse devant les juridictions pénales internationales un fardeau sans commune mesure sur l'avocat de la défense. L'accusé n'a certes pas la charge de démontrer son innocence, mais il incombe à sa défense l'obligation de tester chaque élément de preuve de l'accusation. Dans le système français, ce test doit être très sérieusement effectué lors de l'information judiciaire, puisque le juge d'instruction doit instruire à charge et à décharge¹² et, en théorie, faire toutes les

¹¹ Voir par exemple à cet égard, le rappel de procédure sur l'absence de conséquences judiciaires, qu'il s'agisse de sanction ou de reconnaissance d'un préjudice pour la défense, en face du refus de la France de coopérer avec la défense *Procureur c. Nzabonimana*, Jugement portant condamnations, 31 mai 2012.

¹² Voir l'article 81 du code de procédure pénale.

vérifications nécessaires, prouver la preuve, avant que le dossier ne soit transmis au tribunal ou à la Cour d'assise. Dans ce cadre, l'avocat n'est pas un acteur direct de la recherche de la preuve. Il ne peut agir dans l'information judiciaire qu'au travers des actes qu'il demandera au juge d'effectuer, et que ce dernier déléguera, le cas échéant, à la police judiciaire. La procédure pénale française veut en effet croire avec obstination qu'il n'y a pas de meilleures garanties pour la défense que lorsqu'elle est déchargée du droit d'enquêter elle-même.

Pour les tribunaux pénaux internationaux, il n'a pas été jusqu'à présent, sauf exception, considéré que l'on pouvait recourir à un tiers qui agirait pour la défense au nom d'un but tout autant qu'un principe, la manifestation de la vérité. Il appartient à la défense non pas d'établir ou de rétablir la vérité, mais de démontrer, au moins, l'insuffisance des preuves présentées par l'accusation. Et cette obligation de ne rien laisser dire au procès qui aurait dû être contredit donne toute la mesure de la charge qui pèse sur la défense. On la trouve inscrite, par exemple, à l'article 150 J) du règlement de preuve et de procédure du STL qui commande très clairement aux conseils de confronter les témoins à leurs contradictions : « *Lorsqu'une partie procède au contre-interrogatoire d'un témoin qui est en mesure de déposer sur un point ayant trait à sa cause, le conseil attire l'attention du témoin sur les éléments de la cause de la partie qu'il représente qui contredisent sa déposition* ». Sans avoir mené d'enquête, sans avoir conduit une préparation active sur les témoins présentés par le Procureur, l'avocat de la défense ne sera pas à même de respecter l'impératif qui lui est posé.

Au total, la charge qui pèse sur les épaules du conseil défendant des personnes accusées des crimes les plus graves est donc extraordinaire. Malgré tout, les acquittements obtenus de haute lutte par des avocats de tous pays, notamment devant le TPIY – 19 acquittements sur 161 mises en accusation –, devant le TPIR – 14 acquittements sur 93 mises en accusation –, montrent que malgré l'environnement hostile, une défense allant jusqu'à son terme est parfois possible devant les juridictions pénales internationales. Une défense qui doit conserver intact, en toutes circonstances, son honneur de déplaire.