

DROIT INTERNATIONAL PENAL ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, ILLUSTRATION D'UN DIALOGUE DES JUGES

*Anne-Laure Chaumette*¹

ABSTRACT

This article aims to examine the phenomenon of dialogue between judges through the prism of the relationship between international criminal law and the international law of human rights. International criminal law and the international law of human rights are two complementary bodies of international law ; and because of the functional link between them, the judges have gradually opened up their own system to the other. The article mirrors the case-law of the international criminal courts and the regional bodies of human rights and aims to specify to what extent they operate cross-references.

KEYWORDS : dialogue between judges – international criminal law – international human rights law – international humanitarian law – international criminal tribunals – ICC – Interamerican Court of Human Rights – pretrial detention – international crimes

Introduction

Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, deux branches du droit international

Un lien étroit et complexe existe entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme. Il s'agit d'abord d'un lien temporel puisque l'apparition du thème des droits de l'homme sur la scène internationale et celle du droit international pénal sont concomitantes². Il s'agit ensuite d'un lien matériel puisque ces deux corps de règles qui se sont développés parallèlement s'attachent à faire de l'individu un sujet du droit international. Grâce à l'évolution du droit des droits de l'homme et du droit international pénal depuis la seconde moitié du XXe siècle, la place de l'individu n'a cessé de croître dans l'ordre juridique international. Les individus ont désormais des droits, protégés par le droit des droits de l'homme, et des obligations, sanctionnées par le droit international pénal. Enfin, il existe un lien formel entre ces deux corpus normatifs puisque le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme reposent sur des sources formelles de droit international. Le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme relèvent donc du droit international, *i.e.* sont des branches du droit international.

Plus spécifiquement, le droit international pénal³ est l'ensemble des règles de droit international réglemant la responsabilité pénale des individus ayant enfreint des normes de droit international public qui ont pour but la protection de l'ordre public international. Le droit international pénal organise la sanction et la répression de ces comportements illicites qualifiés de crime d'agression, crime de guerre, crime contre l'humanité ou crime de génocide. Le droit international pénal, comme le droit pénal interne, est un droit sanctionnateur, un droit de la responsabilité qui s'adresse à des sujets responsables. De même que « le droit pénal ne crée pas par lui-même d'obligation nouvelle, [et] se contente d'apporter une sanction (...) aux règles déjà posées dans quelque autre branche du droit »⁴, de même, le droit international pénal « est là pour sauvegarder les intérêts supérieurs dont la protection appartient au droit international »⁵. Les règles posées par le

¹ Cet article est extrait du cours professé lors de l'Université d'Hiver de Belo Horizonte en juillet 2013 et intitulé « Le droit international pénal à la croisée des droits - International criminal law at the crossroads of legal systems ».

² En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention contre le génocide le 9 décembre et la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre. Voir la Résolution 260 (III), Prévention et répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 (A/RES/260(III)) ; et la Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948 (A/RES/217(III)).

³ En français, on a coutume de distinguer le droit international pénal et le droit pénal international. Le droit pénal international désigne le droit interne pénal s'appliquant à des situations présentant un élément d'extranéité, c'est à dire un élément par lequel le droit interne est en contact avec un ordre juridique étranger.

⁴ BOULOC B., **Droit pénal général**, 20^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007, 710 p., p. 25. Dans le même sens, R. MERLE R., VITU A., **Traité de droit criminel**, 7^{ème} éd., Paris, Ed. Cujas, 1997, t. 1, p. 216 : « le droit criminel se présente sous les traits plus singuliers d'un droit sanctionnateur qui prête son appui à toutes les disciplines du droit public et du droit privé ».

⁵ GLASER S., **Infraction internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques**, Paris, L.G.D.J., 1957, 225 p., p. 9.

droit international pénal « sont moins une espèce particulière de droit que la sanction de toutes les autres »⁶, ce sont des normes secondaires. Elles créent des incriminations et en fixent la sanction devant les juridictions internationales pénales que sont les Tribunaux pénaux *ad hoc* (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda) et la Cour pénale internationale⁷. Ces normes secondaires sont contenues dans des sources formelles du droit international : traités (Statut de la Cour pénale internationale⁸), actes unilatéraux d'organisations internationales (résolutions du Conseil de sécurité créant les Tribunaux pénaux internationaux⁹). Quant aux normes primaires dont le droit international pénal sanctionnent la violation, elles relèvent également de sources formelles du droit international : les traités (pour le crime d'agression, la Charte des Nations Unies ; pour les crimes de guerre, les Conventions de Genève de 1949 et leur Protocoles additionnels ; pour le crime de génocide, la Convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948) ou la coutume comme pour les crimes contre l'humanité¹⁰.

De même, le droit international est le « siège de la garantie des droits [de l'homme] »¹¹ puisque leur protection est consacrée par des conventions internationales¹² et par la coutume. On peut ainsi définir le droit international des droits de l'homme comme « l'ensemble des règles juridiques internationales qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »¹³. Le droit international des droits de l'homme est composé de normes primaires et de normes secondaires régissant la responsabilité des Etats en cas d'atteinte aux droits des individus.

Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, deux branches complémentaires du droit international

Bien que distincts, le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme ont des champs d'action proches : les droits humains dont la violation grave et massive est sanctionnée par le premier, sont généralement garantis par le second. Ainsi, à titre d'exemple, l'interdiction de la torture réprimée par le droit international pénal lorsqu'elle est constitutive d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, figure dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Certaines violations du droit international constitutives de crime de droit international peuvent être sanctionnées soit par une juridiction internationale pénale soit par une juridiction des droits de l'homme. De plus, le droit international pénal permet la sanction des violations graves du droit international humanitaire (ces violations sont constitutives de crimes de guerre) ; or, il est admis que le droit international humanitaire est une *lex specialis* du droit international des droits de l'homme¹⁴, renforçant d'autant la complémentarité entre le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit international pénal, en ce qu'il est composé de normes secondaires, est un droit qui s'exprime avant tout lors d'un procès. Et dans ce cadre, les droits de l'homme sont également susceptibles d'entrer en contact avec le droit international pénal, non plus au niveau des normes primaires mais pour encadrer le procès et garantir aux accusés et aux victimes le droit à un procès équitable.

Les interactions possibles entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme sont donc multiples. Pour autant, ces interactions ont-elles lieu ?

⁶ PORTALIS, « Discours préliminaire au projet de Code civil », in *Naissance du Code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 49.

⁷ Pour les besoins de cette article, nous nous limiterons à ces trois juridictions. Nous n'étudierons pas les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg ou de Tokyo dont l'existence précède l'apparition du droit international des droits de l'homme.

⁸ Statut de Rome du 17 juillet 1998, entré en vigueur en 2002.

⁹ Résolution 827 (1993) portant création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ; résolution 955 (1994) portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

¹⁰ CASSESE A., « Crimes Against Humanity », in *The Rome Statute for the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002, p. 365 (à propos des statuts des TPI). Dans le même sens, CONDORELLI L. considère que l'article 7 du Statut de Rome a, de manière incontestable, « la vocation à représenter la codification du droit coutumier », in « La Cour pénale internationale : Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *Revue générale de droit international public*, 1999, p. 10.

¹¹ WACHSMANN P., « Protection internationale des droits de l'homme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 542.

¹² Qu'il s'agisse de conventions à portée universelle (comme le Pacte international des droits civils et politiques ou le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels) ou à portée régionale (comme la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples)

¹³ SUDRE F. *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011, § 2, p. 14.

¹⁴ Voir les avis consultatifs de la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, § 25 et sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 106. Et également l'arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n°55721/07, Cour EDH, 7 juillet 2011, §§ 90-94. Cet aspect sera développé dans le II *infra*.

La problématique du dialogue des juges

Puisque le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme sont deux branches du droit international, un raisonnement en terme de rapport entre ordres juridiques est inopérant pour analyser les interactions entre ces deux droits.

L'ordre juridique international étant décentralisé, il « n'offre pas un système judiciaire intégré » de telle sorte que « chaque tribunal est un système autonome »¹⁵. Pour autant, si les juridictions internationales pénales sont chacune un système indépendant et distinct des instances de protection des droits de l'homme, « les relations entre ces juridictions ainsi qu'entre les droits de l'homme et d'autres branches du droit international sont bien plus nuancées que ce que la séparation de [ces] structures pourrait faire croire »¹⁶. Au-delà du cloisonnement systémique, on observe en effet une forme d'interpénétration rendue possible par le dialogue des juges. Le dialogue des juges se définit comme « l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats »¹⁷. Il suppose une discussion qui ne conduit pas nécessairement à un accord mais peut aussi induire la contradiction voire la discorde¹⁸. Ce dialogue s'est développé progressivement et à l'initiative propre des juges internationaux qu'ils siègent dans les juridictions internationales pénales ou dans les instances de protection des droits de l'homme.

Il a conduit à une prise en compte croissante du droit international des droits de l'homme dans le droit international pénal quant au droit matériel et quant au droit procédural. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après TPIR) a ainsi reconnu que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) possède une « persuasive authority which may be of assistance in applying and interpreting the Tribunal's applicable law »¹⁹. De même, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY) a renvoyé à l'affaire *Ruiz Torija* de la Cour EDH pour rappeler que le droit de l'accusé à une décision motivée est une composante du droit à un procès équitable²⁰. La Cour pénale internationale (ci-après CPI) cite aussi la jurisprudence des instances régionales des droits de l'homme, notamment à l'appui de ses raisonnements en matière de procès équitable²¹. Pour autant, cette interaction entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme n'est pas encore totalement aboutie du point de vue des juges pénaux. Il demeure quelques îlots de résistance dans lesquels les droits de l'homme ne peuvent pas pénétrer et qui démontrent que, malgré les interactions possibles, le procès international pénal cherche à rester un système autonome (I).

De leur côté, les juges des droits de l'homme acceptent plus volontiers de se référer à la jurisprudence des juridictions internationales pénales. Ce faisant, ils illustrent que le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme sont des branches complémentaires. La prise en compte du droit international pénal par les juridictions de protection des droits de l'homme est un subtil dosage entre réception et interprétation, soulignant que les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, bien que réceptifs, demeurent distincts au système du droit international pénal. (II).

Un dialogue inachevé : la résistance du juge international pénal face au droit international des droits de l'homme en matière de liberté provisoire

La tendance actuelle des rapports entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme va dans le sens d'un dialogue inter-système et d'une interaction harmonieuse. Mais il reste des

¹⁵ *Tadic*, IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, TPIY, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, § 11.

¹⁶ MERON T., « Les principes des droits de l'homme dans la jurisprudence des juridictions pénales internationales », in **Dialogue entre juges**, Actes du séminaire du 25 janvier 2013, Strasbourg, CEDH, p. 38.

¹⁷ ALLARD J., « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in **Le dialogue des juges**, Actes du colloque du 28 avril 2006 à l'ULB, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 77.

¹⁸ BURGORGUE-LARSEN L., « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in **Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois**, Paris, Dalloz, 2009, p. 97.

¹⁹ *Procureur/Barayagwiza*, ICTR-97-19-AR72, Décision, Chambre d'appel du TPIR, 3 novembre 1999, § 40.

²⁰ *Furundzija*, IT-95-17/1, arrêt, Chambre d'appel, TPIY, 21 juillet 2000, § 69.

²¹ Voir notamment, *Procureur/Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement, Chambre d'appel, 8 décembre 2009, §§ 84-85.

domaines dans la procédure internationale pénale pour lesquelles la pénétration des droits de l'homme est encore limitée. L'étude du régime de mise en liberté provisoire devant les Tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale est, à cet égard, révélatrice.

La mise en liberté provisoire est la contrepartie de la détention provisoire. Avant son procès, soit on accorde à l'accusé la liberté provisoire soit on le place en détention provisoire. Pour la Cour EDH, la détention provisoire doit être exceptionnelle. Puisqu'un accusé est présumé innocent, la détention ne devrait pas commencer avant sa condamnation. Toutefois, la détention provisoire peut être décidée dans certaines circonstances lorsqu'elle se révèle raisonnable et nécessaire²². Selon la Cour, *la détention provisoire est légale si deux conditions sont remplies*. Tout d'abord, conformément à l'article 5, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), la détention provisoire doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'elle « ne doit pas (...) être prolongée au-delà d'un délai raisonnable »²³. L'appréciation du délai raisonnable est faite au cas par cas. Ensuite, conformément à l'article 5, § 1, (c), de la CEDH, la détention provisoire est une mesure exceptionnelle qui ne peut être utilisée que si elle est strictement nécessaire. Ce critère de la nécessité exige que les autorités compétentes vérifient qu'il n'y ait pas d'autres solutions que la détention. La détention provisoire doit être envisagée en dernier ressort lorsque toutes les autres options disponibles sont insuffisantes. Dans l'affaire *Khodorkovskiy*, les juges indiquent que « [t]he domestic courts ought to have considered whether other, less intrusive, preventive measures could have been applied, and whether they were capable of reducing or removing completely the risks of fleeing, re-offending or obstructing justice »²⁴. En outre, la Cour « recherche (...) si les autorités nationales compétentes ont apporté une "diligence particulière" à la poursuite de la procédure »²⁵. En effet, « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention »²⁶.

Alors que la Cour européenne a affirmé qu'un système de détention obligatoire est contraire à l'article 5, § 3, de la CEDH²⁷, au sein de la procédure internationale pénale, la détention provisoire reste le principe, la libération provisoire l'exception. L'article 65 (A) du Règlement de procédure et de preuve (ci-après RPP) des Tribunaux *ad hoc*²⁸ prévoit que « [u]ne fois détenu, l'accusé ne peut être mis en liberté que sur ordonnance d'une Chambre ». De même, devant la Cour pénale internationale, les juges doivent envisager toutes les options qui s'offrent à eux avant d'octroyer la libération de l'accusé. En d'autres termes, s'il existe une autre solution que la libération, celle-là doit être préférée au détriment de celle-ci.

Dans la procédure internationale pénale, la détention provisoire correspond à l'emprisonnement de l'accusé dans la prison de Scheveningen à La Haye avant et pendant son procès. En 1997, la question est posée de savoir si la détention provisoire pouvait inclure la détention dans un Etat avant le transfert de l'accusé vers le Tribunal international. Cette question a été examinée dans l'affaire *Barayagwiza* devant le TPIR : en l'espèce, l'accusé avait été arrêté au Cameroun en 1996 à la demande des autorités rwandaises²⁹. Le 21 février 1997, un tribunal camerounais rejette la demande d'extradition formulée par le Rwanda et, le même jour, le procureur du TPIR demande son placement en détention provisoire. Le 3 mars 1997, le Procureur demande le transfert de Barayagwiza vers le Tribunal international, qui a lieu le 19 novembre, 1997. Devant le TPIR, l'accusé conteste la légalité de sa détention – en particulier la période entre le 21 février et le 3 mars – et la légalité de son transfert³⁰. La Chambre de première instance rejette la prétention de Barayagwiza considérant que « la durée de la détention provisoire du suspect, (...) court à compter du *lendemain de son transfert* »³¹. Ainsi, toute violation potentielle des droits de l'accusé lors de son incarcération au Cameroun est neutralisée. Il s'agit, à première vue, une approche dualiste classique entre le droit international et le droit interne : la violation des droits de l'accusé n'est pas pertinente du point de vue du droit international tant qu'aucune obligation internationale n'a été violée.

²² E.g., *Tinner c. Switzerland*, n°59301/08 & 8439/09, Arrêt, Cour EDH, 26 avril 2011, § 48.

²³ *Wemhoff c. Allemagne*, n°2122/64, Arrêt, Cour EDH, 27 juin 1968.

²⁴ *Khodorkovskiy c. Russie*, n°5829/04, Arrêt, Cour EDH, 31 mai 2011, § 197.

²⁵ *Bykov c. Russie*, n°4378/02, Arrêt, Cour EDH, 19 mars 2009, § 64.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ilijkov c. Bulgarie*, n°33977/96, Arrêt, Cour EDH, 26 juillet 2001, § 84 : "Any system of mandatory detention on remand is per se incompatible with Article 5 § 3 of the Convention". See also, *Letellier c. France*, Series A n°207, Arrêt, Cour EDH, 26 juin 1991, §§ 35-53.

²⁸ Cet article est commun aux RPP des deux TPI.

²⁹ À l'époque, le procureur du TPIR n'avait pas requis de charges contre Barayagwiza.

³⁰ *Procureur/Barayagwiza*, n°ICTR-97-19-I, Décision sur la requête en extrême urgence de la défense aux fins de ordonnances prescrivant le réexamen et/ou l'annulation de l'arrestation et de la détention provisoire du suspect, Chambre de première instance I, ICTR, 17 novembre 1998.

³¹ *Ibid.*, p. 5.

Mais, le raisonnement du TPIR va un peu plus loin : l'obligation de l'Etat de coopérer avec le Tribunal (de transférer l'accusé) semble l'emporter sur l'obligation de respecter les droits de l'homme (relative à la détention provisoire de l'accusé). En d'autres termes, l'influence des droits de l'homme dans la procédure internationale pénale y trouve sa limite. L'étude du régime de la détention provisoire devant les TPI et la CPI le confirme : la procédure internationale pénale s'éloigne des exigences des droits de l'homme en matière de détention provisoire.

Comment expliquer ou justifier cette divergence ? Pourquoi ces deux branches du droit international, toutes deux concernées par l'individu, ont-elle une approche si différente de la détention provisoire ? Plusieurs raisons sont envisageables.

La première est relative à la nature de l'infraction : la détention provisoire de l'accusé serait nécessaire en droit international pénal car cette branche du droit international sanctionne des crimes qui constituent des violations des valeurs fondamentales de la communauté internationale. C'est, il semble, la position des juridictions internationales pénales : en 2002, la Chambre d'appel du TPIY a énuméré les différents facteurs pouvant être pris en considération avant d'accorder une libération provisoire et le premier facteur est « la gravité des crimes reprochés au Requérant »³². Ce critère a été repris par la CPI³³. Toutefois, selon la Cour EDH, « the gravity of the charges cannot by itself justify long periods of detention on remand »³⁴.

La deuxième raison est relative aux spécificités de la procédure internationale pénale elle-même : en droit international pénal, il n'y a pas de remise de peine ou d'amende selon que l'accusé était présent à son procès ou non. Il n'est donc pas encouragé à respecter les conditions d'une mise en liberté provisoire, ce qui pourrait justifier le principe de la détention provisoire pour s'assurer de sa présence.

La troisième raison renvoie à de simples considérations pratiques. En droit international pénal, l'Etat de siège de la juridiction n'étant pas l'Etat de nationalité du ressortissant³⁵, se pose la question du lieu de résidence de l'individu libéré dans l'attente de son procès : si l'accusé devait être libéré, devrait-il l'être dans son Etat national ou dans l'Etat de siège du Tribunal ? Une telle question ne se pose pas en droit interne puisque les fonctions judiciaires et exécutives s'exercent sur le même territoire. De plus, en droit international pénal, le tribunal doit s'assurer que l'Etat concerné pourra surveiller l'accusé afin de s'assurer qu'il reviendra pour le procès. Cela pourrait expliquer en partie que les juges internationaux pénaux sont réticents à accorder sa libération provisoire à l'accusé.

Au-delà de ces raisons qui tentent d'expliquer la différence d'appréhension de la détention provisoire entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme, il convient surtout d'évaluer cette divergence : jusqu'où la procédure internationale pénale s'écarte-t-elle des exigences du droit international des droits de l'homme en ce qui concerne la détention provisoire ? L'examen révèle que si le régime de la détention provisoire prévu par les instruments de droit international pénal paraît éloigné du système des droits de l'homme (A), la mise en œuvre de ce régime par les juges témoigne d'un effort de prise en compte des droits de l'homme (B).

A. Le régime de la liberté provisoire dans la procédure internationale pénale, un régime en marge des droits de l'homme

Quand une demande de mise en liberté provisoire est présentée par un accusé, deux questions se posent : quelles sont les conditions d'octroi de la libération provisoire ? Quels sont les devoirs et les droits de l'accusé au cours de sa liberté provisoire ? L'analyse de ces deux questions montre que le régime de mise en liberté provisoire devant le TPIY³⁶ et la CPI semble en contradiction avec les exigences du droit international des droits de l'homme.

³² *Procureur/Sainovic, Ojdanic*, IT-99-37-AR65, Décision relative à la mise en liberté provisoire, Chambre d'appel, TPIY, 30 octobre 2002, § 6.

³³ *Procureur/Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-283, Judgment on the appeal of Mr Callixte Mbarushimana against the decision of Pre-Trial Chamber I of 19 May 2011 entitled "Decision on the 'Defence Request for Interim Release'", Chambre d'appel, CPI, 14 décembre 2011, § 21; *Procureur/Gbagbo*, ICC-02/11-01/11 OA, Judgment on the appeal of Mr. Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 13 July 2012 entitled "Decision on the 'Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du président Gbagbo'", Chambre d'appel, CPI, 26 octobre 2012, § 54.

³⁴ *Piechowicz c. Poland*, n°20071/07, Arrêt, Cour EDH, 17 avril 2012, § 195 (seulement disponible en anglais). Dans cette affaire, les crimes en question relevaient du trafic de drogue.

³⁵ Du moins jusqu'à ce jour, il n'y a jamais eu d'accusé néerlandais ni tanzanien devant les juridictions internationales pénales.

³⁶ Le TPIR n'a jamais octroyé de libération provisoire depuis sa création.

1. Les conditions d'octroi de la liberté provisoire

Les conditions d'octroi provisoire varient selon le tribunal ou la cour. Conformément à l'article 65 (B) du RPP du TPIY,

[I]a Chambre de première instance peut ordonner la mise en liberté provisoire (...) seulement après avoir donné au pays hôte et au pays où l'accusé demande à être libéré la possibilité d'être entendu, et pour autant qu'elle ait la certitude que l'accusé comparaitra et, s'il est libéré, ne mettra pas en danger une victime, un témoin ou toute autre personne. Pour accorder la mise en liberté provisoire, la Chambre peut tenir compte de l'existence de raisons humanitaires suffisamment impérieuses³⁷

Ainsi, devant le TPIY, *la libération ne peut être accordée que si trois conditions sont réunies*: i) les garanties offertes par l'Etat d'accueil (cet Etat est-il disposé à coopérer avec le Tribunal ?) ; ii) les garanties offertes par l'accusé (existe-t-il un risque que l'accusé prenne la fuite et n'assiste pas à son procès ou qu'il mette en danger les victimes ou les témoins ?) ; iii) les considérations humanitaires. Ces trois conditions sont cumulatives.

Si les deux premières n'ont pas posées de difficultés au Tribunal, en revanche, la troisième condition mérite quelques développements. Celle-ci a été ajoutée par les juges en octobre 2011 lors d'une révision de leur RPP³⁸. Cette modification trouve son origine dans une série de décisions de 2008. Cette année-là, lors de l'affaire *Prlic*, le TPIY doit se prononcer sur une demande *98bis*³⁹. L'article *98bis* du RPP fait référence à une situation où, aux yeux de la Chambre de première instance, les éléments à charge, à supposer qu'ils soient jugés dignes de foi, sont insuffisants pour qu'un juge du fait en infère que la culpabilité a été établie au-delà de tout doute raisonnable. La question n'est donc pas de savoir si le juge prononcerait effectivement une condamnation au vu des moyens à charge mais s'il le pourrait. Pour la Chambre,

the *98bis* Ruling constituted a significant change in circumstances, which warranted a renewed and thorough evaluation of the risk of flight if each of the co-Accused in this case. The Trial Chamber expressly considered that, in order to satisfy itself that the Accused still met the requirements of Rule 65 (...) it was required to consider whether the Accused had offered sufficient guarantees to offset that risk of flight. In such circumstances, even if the Trial Chamber was satisfied that sufficient guarantees were offered, it should not exercise its discretion in favour of a grant of provisional release unless compelling *humanitarian grounds* were present which caused to tip the balance in favour of allowing provisional release⁴⁰.

Dans la même décision, la Chambre d'appel insiste sur le fait que c'est la Défense elle-même qui a soulevé ces motifs humanitaires à l'appui de la demande de mise en liberté provisoire⁴¹. Puis, progressivement, les juges ont exigé que la Défense démontre l'existence de motifs humanitaires pour toute demande de libération provisoire (et pas seulement celle dans le cadre de la procédure de l'article *98bis*) : dans l'affaire *Simatovic*, la Chambre de première instance utilise la même formulation que la Chambre d'appel dans l'affaire *Prlic* alors qu'il ne s'agit pas d'une procédure de l'article *98bis*. Elle explique que « the Chamber, even when satisfied that

³⁷ Italiques aj.

³⁸ Selon l'article 15 du Statut du TPIY, les juges sont en mesure de réviser et d'amender leur propre RPP.

³⁹ L'article *98bis* se lit comme suit : « A la fin de la présentation des moyens à charge, la Chambre de première instance doit, par décision orale et après avoir entendu les arguments oraux des parties, prononcer l'acquittement de tout chef d'accusation pour lequel il n'y a pas d'éléments de preuve susceptible de justifier une condamnation. »

⁴⁰ *Procureur/Prlic et al.*, IT-04-74-AR65.7, Decision on "Prosecution's appeal from Décision relative à la demande de remise en liberté provisoire de l'accusé Petkovic dated 31 March 2008", Chambre d'appel, TPIY, 21 avril 2008, § 15 (italiques aj.)

⁴¹ *Ibid.* § 18. L'un des accusés dans l'affaire *Prlic* bénéficiera d'une libération provisoire, Petkovic: *Procureur/Prlic et al.*, IT-04-74-T, Décision complémentaire relative à la décision de mise en liberté provisoire de l'accusé Petkovic, Chambre de première instance III, TPIY, 22 avril 2008.

the conditions of Rule 65 (b) are met, should exercise its discretion in favour of granting provisional release only if compelling humanitarian grounds tip the balance in favour of allowing provisional release »⁴².

Pour finir, le 23 mai 2011, la Chambre d'appel valide cette approche en statuant que « the "compelling humanitarian grounds" requirement for granting provisional release at a late stage of trial proceedings is well established in the Tribunal's jurisprudence »⁴³. Cette courte justification fut l'objet d'une critique formulée par l'un des juges dans une opinion dissidente : selon le juge Güney, « the application of Rule 65 (B) of the Rules does not impose an additional requirement on the accused to demonstrate the existence of "compelling humanitarian reasons" even at a late stage of the proceedings »⁴⁴. D'ailleurs, il faut rappeler qu'en 1999, l'article 65 du RPP avait été modifiée afin de supprimer la condition des "circonstances exceptionnelles", très proche des "raisons humanitaires impérieuses". En d'autres termes, en mai 2011, les juges ont réintroduit, par leur jurisprudence, l'ancienne version de l'article 65 du RPP. Puis, en octobre, ils ont décidé de modifier de nouveau leur RPP et de codifier la troisième condition. Cette évolution de l'article 65 est assez surprenante et on pourrait se demander si l'initiative des juges (et même leur pouvoir de modifier le RPP) est compatible avec le principe de légalité.

Devant la CPI, le régime de la libération provisoire relève des articles 58-1-b et 60 du Statut de la CPI. Les juges doivent vérifier que la détention préventive de l'accusé est nécessaire pour s'assurer que i) l'accusé comparaitra ou ii) qu'il ne fera pas obstacle à l'enquête ou de la procédure devant la Cour, ni mettre en péril les témoins, ou iii) qu'il ne poursuivra pas l'exécution de crimes relevant de la compétence de la Cour. Devant la CPI, la détention provisoire est licite si l'une de ces trois conditions est remplie⁴⁵. La logique du Statut de la CPI diffère donc de celle du RPP du TPIY : devant la CPI, la Défense doit démontrer que la détention provisoire n'est pas nécessaire⁴⁶ alors que devant le TPIY, la Défense doit démontrer que la mise en liberté provisoire est possible. L'approche de la CPI ressemble plus au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme : la libération provisoire est présumée à moins que la détention provisoire ne soit nécessaire. Cependant, il y a une différence majeure entre la Cour EDH et la Cour pénale internationale (et le TPIY) qui concerne la charge de la preuve. Devant la CPI, puisque la détention est la règle, le Procureur n'a pas à se justifier⁴⁷. La charge de la preuve repose sur la Défense qui demande une libération provisoire.

Effectuée au sein de la Chambre préliminaire de la CPI, « the examination of conditions of release is discretionary »⁴⁸. Cette formule laisse entendre que la Chambre a un pouvoir discrétionnaire pour décider de la libération provisoire d'un accusé, lui permettant d'avoir une interprétation large du Statut. Elle pourrait donc maintenir l'accusé en détention provisoire lorsqu'au moins l'une des conditions de l'article 58 du Statut n'est pas satisfaite. Elle pourrait aussi accorder la mise en liberté provisoire même si les trois conditions ne sont pas remplies, sous réserve qu'elle l'estime opportun pour l'accusé et que les risques (la fuite, la commission d'un autre crime) puissent être atténués par l'imposition de conditions strictes. La mise en liberté provisoire deviendrait alors une libération conditionnelle⁴⁹. Une telle libération conditionnelle de l'accusé a déjà été accordée notamment lorsque l'Etat « has indicated its willingness and ability to accept a detained person into its territory »⁵⁰, ou lorsque l'accusé est malade – sa libération conditionnelle pouvant être accordée pour des raisons

⁴² *Procureur/Simatovic*, IT-03-69-T, Decision on urgent Simatovic motion for provisional release, Chambre de première instance I, TPIY, 11 mars 2011.

⁴³ *Procureur/Simatovic*, IT-03-69-AR65.7, Decision on Franko Simatovic's appeal against the decision denying his urgent request for provisional release, Chambre d'appel, TPIY, 23 mai 2011, p. 1.

⁴⁴ *Procureur/Simatovic*, IT-03-69-AR65.7, Decision on Franko Simatovic's appeal against the decision denying his urgent request for provisional release, Dissenting Opinion of Judge Güney, TPIY, 23 mai 2011, § 2.

⁴⁵ *Procureur/Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la Demande de mise en liberté provisoire, Chambre préliminaire I, CPI, 19 mai 2011, § 38 : "the reasons for detention pursuant to article 58(1)(b) (i) to (iii) of the Statute are in the alternative".

⁴⁶ *Ibid.*, § 14.

⁴⁷ Au contraire, selon le droit international des droits de l'homme, ce serait au Procureur de démontrer que la détention provisoire est nécessaire et raisonnable.

⁴⁸ *Procureur/Bemba*, ICC-01/05-01/08 OA 7, Appeal Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber H I of 27 June 2011 entitled "Decision on Applications for Provisional Release", Chambre d'appel, CPI, 19 août 2011, § 55.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Procureur/Bemba*, ICC-01/05-01/08 OA 9, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 26 September 2011 entitled "Decision on the accused's application for provisional release in light of the Appeals Chamber's judgment of 19 August 2011", Chambre d'appel, CPI, 15 décembre 2011 (original 23 novembre 2011), § 35.

médicales⁵¹ – ou pour des "circonstances humanitaires" comme pour assister aux obsèques de membres de sa famille⁵².

La juge Anita Usacka a critiqué ce pouvoir discrétionnaire de la CPI. Dans une opinion dissidente, elle rappelle que « reasoning for a decision on detention must conform to a high standard »⁵³. A l'appui de son point de vue, elle cite l'arrêt *Belchev* de la Cour EDH⁵⁴ et poursuit :

Human rights jurisprudence provides that "(...) It is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice". As mentioned above, reasoning is specifically important in a case where the liberty of a person is at stake⁵⁵.

Cette opinion dissidente traduit clairement la préoccupation actuelle des juges pénaux internationaux qui cherchent à appliquer les standards des droits de l'homme dans la procédure internationale pénale (cf. *infra* B).

2. Les conditions de déroulement de la liberté provisoire

Lorsque la mise en liberté provisoire est accordée, elle s'accompagne toujours de conditions très strictes qui limitent les droits fondamentaux⁵⁶.

Parmi les mesures qui peuvent être décidées par les juges, certaines d'entre elles restreignent la liberté d'expression : l'accusé peut avoir l'interdiction de discuter de son cas avec quiconque, y compris les journalistes (sauf avec son avocat) ; il peut aussi se voir interdire de faire des déclarations publiques sur son procès.

D'autres conditions de mise en liberté provisoire restreignent la libre circulation de l'accusé : les juges ordonnent généralement à l'accusé de se signaler aux autorités de contrôle judiciaire toutes les semaines voire chaque jour⁵⁷, d'informer les autorités au moins 24 heures à l'avance de ses mouvements et de la durée d'un déplacement, de donner son passeport aux autorités ; enfin, l'accusé a souvent l'obligation de rester sur des zones géographiques très précises.

La libération provisoire ne signifie donc pas liberté. Au contraire, l'accusé est toujours sous le contrôle des autorités nationales de son pays d'accueil.

B. La prise en compte timide des droits de l'homme dans l'interprétation de la mise en liberté provisoire

La mise en liberté provisoire peut être ordonnée à tous les stades de la procédure internationale pénale⁵⁸ : les juges du TPIY peuvent accorder cette libération juste après la présentation de la preuve par le procureur (article 98*bis* du RPP)⁵⁹, après la phase orale⁶⁰, pendant le procès⁶¹, entre le procès et l'appel⁶² ou en

⁵¹ *Procureur/Gbagbo*, ICC-02/11-01/11 OA, Judgment on the appeal of Mr. Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 13 July 2012 entitled "Decision on the 'Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du président Gbagbo'", Chambre d'appel, CPI, 26 octobre 2012, § 87.

⁵² *Procureur/Bemba*, ICC-01/05-01/08-1099-Conf, Décision relative à la requête de la Défense aux fins d'autorisation de Jean-Pierre Bemba à prendre part aux cérémonies de funérailles de sa belle-mère, Chambre de première instance III, CPI, 12 janvier 2011, § 13: « la Chambre considère que le décès de la belle-mère de Jean-Pierre Bemba constitue une circonstance exceptionnelle qui justifie l'exercice par elle de son pouvoir inhérent pour raisons humanitaires, en application de l'article 64 du Statut ». En revanche, selon la CPI, le désir de s'enregistrer sur les listes électorales et d'exercer son droit de vote ne constituent pas des raisons humanitaires et ne justifient pas une libération provisoire, *Procureur/Bemba*, ICC-01/05-01/08, Version publique expurgée de la « Décision relative aux requêtes aux fins de mise en liberté provisoire » du 27 juin 2011, Chambre de première instance III, CPI, 16 août 2011, § 69. M. Bemba bénéficia une seconde fois d'une libération provisoire en juin 2009 pour assister aux funérailles de son père.

La libération provisoire pour le décès de proches est également accordée par le TPI, voy. e.a. *Limaj*, IT-03-66-A, Decision granting provisional release to Haradin Bala to attend his brother's memorial service and to observe the traditional period of mourning, Chambre d'appel, TPIY, 1er septembre 2006.

En revanche, le TPIR n'a jamais accordé ce type de libération provisoire. Il considère qu'il existe toujours un risque pour les témoins et les victimes, *Procureur/Ndindiliyimana*, ICTR-2000-56-I, Decision on Augustin Ndindiliyimana's emergency motion for temporary provisional release, Trial Chamber II, ICTR, 11 November 2003.

⁵³ *Procureur/Gbagbo*, ICC-02/11-01/11 OA, Dissenting Opinion Of Judge Anita Usacka, Chambre d'appel, CPI, 26 octobre 2012, § 12.

⁵⁴ *Belchev c. Bulgarie*, n°39270/98, Arrêt, Cour EDH, 8 avril 2004, § 82.

⁵⁵ *Procureur/Gbagbo*, ICC-02/11-01/11 OA, Dissenting Opinion Of Judge Anita Usacka, Chambre d'appel, CPI, 26 octobre 2012, § 35.

⁵⁶ Par exemple, *Procureur/Hadzihazanovic et al.*, IT-01-47-PT, Décision autorisant la mise en liberté provisoire d'Enver Hadzihazanovic, Chambre de première instance II, TPIY, 19 décembre 2001.

⁵⁷ *Procureur/Stanisic and Zupljanin*, IT-08-91, Decision granting Mico Stanisic's request for provisional release, Trial Chamber II, ICTY, 6 June 2012

⁵⁸ Article 65 (B) du RPP du TPIY.

⁵⁹ *Procureur/Prljic et al.*, IT-04-74-T, Décision complémentaire relative à la décision de mise en liberté provisoire de l'accusé Petkovic, Chambre de première instance III, TPIY, 22 avril 2008. See *supra*.

cas de suspension des poursuites⁶³. L'étude des décisions de libération provisoire révèle que les juges semblent être de plus en plus réceptifs aux exigences du droit international des droits de l'homme. Ils interprètent le régime de la détention provisoire au prisme de la jurisprudence de la Cour EDH et entament ainsi une forme de dialogue avec les juges des droits de l'homme.

L'affaire *Talic* est la première où les juges ont non seulement cité la jurisprudence de la Cour EDH en matière de liberté provisoire, mais l'ont aussi appliquée. En l'espèce, l'état de santé de l'accusé était incurable et inopérable et ne pouvait que se détériorer avec ou sans traitement. Les juges ont comparé les deux intérêts en présence : les préoccupations des victimes et des témoins, d'une part, et l'intérêt de l'accusé, d'autre part. La Chambre de première instance s'est aussi référé à la décision de la Cour EDH dans *Mouisel c. France*⁶⁴ et a déclaré que

[t]here can be no doubt that when the medical condition of the accused is such as to become incompatible with a state of continued detention, it is the duty of this Tribunal and any court or tribunal to intervene and on the basis of humanitarian law provide the necessary remedies⁶⁵.

Poursuivant sur cet élan humaniste, la Chambre de première instance a ajouté que la détention provisoire « is not meant to serve as a punishment but only as a means to ensure the presence of the accused for the trial »⁶⁶. Les juges ont finalement décidé de libérer Talic, alors que le procès se poursuivait pour ses coaccusés. Talic est finalement décédé en mai 2003. C'est le seul exemple où le dialogue des juges a conduit le TPIY à appliquer la jurisprudence de la Cour EDH relative à la libération provisoire.

En 2011, bien que le TPIY cite de nouveau la jurisprudence de la Cour EDH dans une décision de libération provisoire⁶⁷, elle ne l'applique pas. La Chambre de première instance commence par rappeler que

les principes des droits de l'homme issus de la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) font, selon la Chambre d'appel, partie du droit international et que les dispositions de l'article 65 B) du Règlement doivent être lues à la lumière de ces principes⁶⁸.

Elle cite la jurisprudence de la Cour EDH⁶⁹ et plusieurs documents du Comité des droits de l'homme de l'ONU⁷⁰. Les juges semblent alors *a priori* favorables à la mise en liberté provisoire de l'accusé :

⁶⁰ *Procureur/Prljic et al.*, IT-04-74-T, Décision portant sur la Demande de mise en liberté provisoire de Jadranko Prljic, Chambre de première instance III, TPIY, 21 avril 2011.

⁶¹ *Procureur/Brdjanin*, IT-99-36-T, Decision on the motion for provisional release of the accused Momir Talic, Chambre de première instance II, TPIY, 20 septembre 2002.

⁶² Dans l'affaire *Brahimaj*, la chambre de première instance du TPIY condamne l'accusé à 6 ans de prison en avril 2008. Comme Brahimaj avait déjà effectué les 2/3 de sa peine en détention provisoire, le 25 mai 2009, la Chambre d'appel lui octroie une libération provisoire à condition qu'il soit présent à son procès en appel. Le 5 octobre 2009, les juges d'appel demande à Brahimaj de revenir pour l'ouverture de son procès qui débuta le 28 octobre 2009. La condamnation de Brahimaj fut confirmée en appel dans l'arrêt de juillet 2010. Toutefois un nouveau jugement partiel fut ordonné et Brahimaj fut finalement acquitté le 29 novembre 2012.

⁶³ Voir *infra* l'affaire Lubanga Dyilo.

⁶⁴ *Mouisel c. France*, no 67263/01, Arrêt, Cour EDH, 14 novembre 2002. Dans cette affaire, les juges ont affirmé qu'on ne saurait maintenir en détention une personne souffrant d'un cancer.

⁶⁵ *Procureur/Brdjanin*, IT-99-36-T, Decision on the motion for provisional release of the accused Momir Talic, Chambre de première instance II, TPIY, 20 septembre 2002, § 32.

⁶⁶ *Ibid.*, § 32 *in fine*.

⁶⁷ *Procureur/Prljic et al.*, IT-04-74-T, Décision portant sur la Demande de mise en liberté provisoire de Jadranko Prljic, Chambre de première instance III, TPIY, 21 avril 2011.

⁶⁸ *Ibid.*, § 30.

⁶⁹ *Prencipe c. Monaco*, n°43376/06, Arrêt, Cour EDH, 16 juillet 2009 ; *Letellier c. France*, No.12369/86, Arrêt, Cour EDH, 26 juin 1991 ; *Bouchet c. France*, N°33591/96, Arrêt, Cour EDH, 20 mars 2001 ; *Zannouti c. France*, N°42211/98, Arrêt, Cour EDH, 31 juillet 2001.

⁷⁰ Voy. l'Observation Générale n°8 relative à l'article 9 du Pacte international des droits civils et politiques (16ème session, 1982), §§ 2-4 et la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme, notamment, CCPRIC0179/LV A (Latvia) (HRC, 2003), § 10 et CCPRIC/ESP/CO/5 (HRC, 2009), § 15.

la Chambre estime que le fait qu'un accusé ne présente pas de motifs humanitaires au soutien de sa demande de mise en liberté provisoire ne peut justifier un refus de mise en liberté provisoire. (...) [M]aintenir l'Accusé Prlié en détention en l'absence de toute activité judiciaire, alors même que les conditions de l'article 65 B) sont remplies, pourrait donc être perçu comme une pré-condamnation difficilement conciliable avec le principe de la présomption d'innocence⁷¹.

Mais, dans le paragraphe suivant, ils déclarent que la Chambre

s'estime liée dans son analyse par le cadre juridique du Tribunal, à savoir le Statut du Tribunal et le Règlement tels qu'interprétés par la Chambre d'appel, et donc de l'obligation d'établir des raisons humanitaires suffisamment impérieuses pour justifier une mise en liberté provisoire à un stade avancé du procès⁷².

Cette décision privilégie donc les règles du Statut et du RPP, telles qu'interprétées par la Chambre d'appel, sur les standards internationaux des droits de l'homme. Même si le TPIY a conscience des exigences du droit international des droits de l'homme, il doit tenir compte de sa propre jurisprudence. Le dialogue des juges a eu lieu mais n'est pas parvenu à concilier les deux points de vue.

La CPI s'est également référé au droit international des droits de l'homme dans une décision sur la libération provisoire de Thomas Lubanga Dyilo. Le 13 juin 2008, une suspension du procès est imposée par la Chambre de première instance qui a conclu que l'Accusation avait fait un usage abusif de l'article 54, § 3, (e), du Statut de Rome⁷³ ayant abouti à empêcher l'accusé de préparer sa défense (certains documents avaient été obtenus par l'ONU et certaines ONG à la condition de ne pas être divulgués). La Défense a alors argué de la suspension pour demander la libération de l'accusé⁷⁴, et non sa simple mise en liberté provisoire.

Le 21 octobre 2008, la Chambre d'appel se prononce sur la question de la libération. Elle indique qu'il s'agit d'une suspension conditionnelle :

La suspension conditionnelle n'est ni un acquittement ni l'aboutissement de la procédure (...). Par conséquent, la Cour n'est pas automatiquement et définitivement empêchée d'exercer sa compétence à l'égard de la personne concernée (...). C'est pourquoi, lorsqu'une chambre ordonne la suspension conditionnelle de la procédure, la remise en liberté sans conditions de la personne concernée n'en est pas la conséquence inévitable. Au contraire, la Chambre devra examiner toutes les circonstances pertinentes et prendre la décision de remettre le suspect en liberté ou de le maintenir en détention sur la base des critères établis aux articles 60 et 58-1 du Statut⁷⁵.

Dans le même temps, la Chambre cite divers instruments relatifs aux droits de l'homme⁷⁶ et fait sien le raisonnement de la Cour EDH : « la Chambre doit veiller à ce que la détention ne se prolonge pas de manière

⁷¹ *Procureur/Prlic et al.*, IT-04-74-T, Décision portant sur la Demande de mise en liberté provisoire de Jadranko Prlic, Chambre de première instance III, TPIY, 21 avril 2011, §§ 37-38.

⁷² *Ibid.*, § 39.

⁷³ L'article 54, § 3, (e), du Statut de Rome autorise le Procureur à recevoir, de façon exceptionnelle, des informations ou des documents sous le sceau de la confidentialité, ceux-ci n'étant pas utilisables au procès mais seulement dans le but de générer d'autres éléments de preuve.

⁷⁴ *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Observations de la Défense relatives à la libération de Monsieur Thomas Lubanga, Chambre de première instance I, CPI, 31 septembre 2008.

⁷⁵ *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06 OA 12, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée "Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo", Chambre d'appel, CPI, 21 octobre 2008, § 37.

⁷⁶ Le Pacte international des droits civils et politiques, la CEDH, la Convention interaméricaine des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

excessive en violation des droits de l'homme internationalement reconnus »⁷⁷. Malgré tout, elle décide de ne pas libérer Thomas Lubanga⁷⁸.

Cette décision fut critiquée par le juge Georghios M. Pikis : selon lui, « [l]a suspension de l'instance en raison de l'impossibilité de tenir un procès équitable met fin à la procédure »⁷⁹, de telle sorte que l'accusé aurait dû être libéré. Et il ajoute que

[m]ême en supposant, ce qui n'est pas mon cas, qu'il serait possible dans un avenir indéterminé de lever la suspension de la procédure ordonnée du fait de l'impossibilité de tenir un procès équitable, la remise en liberté de l'accusé serait là encore inévitable. Le Statut ne permet pas, directement ou indirectement, de mettre une personne en détention pour toute autre raison que sa comparution au procès. C'est aux juges qu'il appartient de décider de maintenir une personne en détention pour garantir qu'elle comparaitra à son procès. En l'espèce, aucun procès n'était en vue. Au mieux existait-il une possibilité de procès dans un avenir indéterminé. Ordonner la détention de l'accusé dans de telles circonstances équivaudrait à restreindre sa liberté pour des raisons dont on ne peut prévoir si – et le cas échéant, quand – elles se confirmeront. La détention de l'accusé ne tiendrait qu'à la simple possibilité qu'un procès se tienne à l'avenir, pour lointain qu'il puisse être⁸⁰.

Deux ans plus tard, la Chambre de première instance reprend cet argumentaire à son compte. Le 8 juillet 2010, la Chambre décide d'une nouvelle suspension de la procédure parce que le Procureur a refusé de divulguer les noms de certains témoins⁸¹. Le 15 juillet 2010, la Chambre de première instance, dans une décision orale, accorde la libération immédiate et inconditionnelle de l'accusé :

la Chambre a imposé une suspension sans conditions des procédures, et étant donné le caractère tout à fait incertain de la question de savoir si l'affaire va redémarrer à l'avenir, ainsi qu'étant donnée la durée de la détention de l'accusé jusqu'à maintenant, toute autre décision qu'une libération sans restriction serait inéquitable⁸².

D'après les juges, la suspension inconditionnelle de la procédure, l'incertitude sur la date du procès à venir, et la durée de la détention déjà effectuée justifient la libération de l'accusé. Dans cette décision, les juges de la CPI tiennent donc compte des exigences du droit international des droits de l'homme⁸³.

*

En matière de détention provisoire, les relations qu'entretiennent les juges internationaux pénaux avec le droit international des droits de l'homme ont évolué. Tout en tenant compte des spécificités du système du droit international pénal, les juges sont parvenus à distiller certaines préoccupations des droits de l'homme dans

⁷⁷ *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06 OA 12, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée "Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo", Chambre d'appel, CPI, 21 octobre 2008, § 37.

⁷⁸ La Chambre d'appel avait, en l'espèce, vu juste car le 18 novembre 2008, les juges vont lever la suspension et annoncer le début du procès au 26 janvier 2009. Entre temps, le Procureur avait accepté de divulguer toutes les informations en sa possession sous réserve de certaines mesures de protection concernant les témoins.

⁷⁹ *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06 OA 12, Opinion dissidente de M. le juge Georghios M. Pikis, CPI 21 octobre 2008, § 10.

⁸⁰ *Ibid.*, § 13.

⁸¹ *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Version expurgée de la décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies, Chambre de première instance I, CPI, 8 juillet 2010.

⁸² *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06-T-314-FRA, Décision orale, Chambre de première instance I, CPI, 15 juillet 2010, p. 19, lignes 22-25.

⁸³ Toutefois, le Procureur ayant interjeté appel de cette décision, le 8 octobre 2010, la Chambre d'appel a invalidé la suspension de la procédure et donc invalidé la mise en liberté de Thomas Lubanga : *Procureur/Lubanga*, ICC-01/04-01/06 OA 17, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de remettre Thomas Lubanga Dyilo en liberté, rendue oralement par la Chambre de première instance I le 15 juillet 2010, Chambre d'appel, CPI, 8 octobre 2010.

leur jurisprudence et à aménager, autant que faire se peut, le régime de la détention provisoire de l'accusé. La réception du droit international des droits de l'homme dans la procédure internationale pénale progresse. Qu'en est-il de la réception du droit international pénal par les juges de la protection des droits de l'homme ?

II. Un dialogue fécond : la pénétration indirecte du droit international pénal dans la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme

Alors que les juridictions internationales pénales intègrent prudemment les apports du droit international des droits de l'homme, les juridictions régionales des droits de l'homme ont entamé un franc rapprochement de leur jurisprudence avec la jurisprudence internationale pénale. Ce rapprochement est lié au lien qui s'est établi entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme.

Ces deux branches du droit international partagent un même objectif : la protection de la personne humaine. Mais chacune l'appréhende dans un contexte particulier : le droit international humanitaire s'applique en cas de conflit armé tandis que le droit international des droits de l'homme s'applique en temps de paix. La protection de l'être humain par le droit international humanitaire, bien que circonstancielle, présente un lien fonctionnel avec la protection internationale des droits de l'homme. Le droit international humanitaire relaie, en quelque sorte, la protection générale conférée par le droit international des droits de l'homme en temps de paix⁸⁴. Néanmoins, la doctrine n'est pas unanime quant aux relations que pourraient entretenir ces deux corps de règles. Rosemary Abi-Saab identifie ainsi trois tendances doctrinales : les séparatistes qui, compte tenu des différences entre les deux branches de droit⁸⁵, les considèrent comme deux branches totalement distinctes ; les complémentaristes – majoritaires à ce jour – qui reconnaissent que le droit international humanitaire est une *lex specialis* du droit international des droits de l'homme⁸⁶ ; les intégrationnistes pour lesquels les deux corps de règles font partie d'un seul système au service de la personne humaine.

Ce lien fonctionnel entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme a conduit les juges régionaux des droits de l'homme à tenir compte du premier pour qualifier des faits relevant du second (A) voire à appliquer directement le droit de Genève (B). Le glissement vers le droit international pénal a progressivement eu lieu et, désormais, il n'est pas rare que les juges régionaux de protection des droits de l'homme se réfèrent explicitement au droit international pénal (C).

A. Le rapprochement matériel du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire

Ce rapprochement a été opéré par la Cour EDH à l'occasion d'affaires relatives au conflit en Tchétchénie. Les juges semblent considérer que tant la Convention européenne des droits de l'homme que les règles du droit international humanitaire sont applicables ; mais que les secondes sont mieux adaptées pour décrire les faits. Aussi, bien qu'ils ne fassent aucune référence explicite au droit de Genève, ils en utilisent le vocabulaire et interprètent la Convention, notamment les droits indérogeables des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction de la torture), à la lumière du droit humanitaire. Ce faisant, la Cour fait une application implicite du droit international humanitaire.

Deux jurisprudences de 2005 illustrent cette attitude de la Cour EDH : *Khachiev et Akayeva c. Russie*⁸⁷ et *Issaieva c. Russie*⁸⁸. Dans ces affaires, les requérants considèrent que leurs proches ont été tués par les troupes russes lors d'affrontements avec les rebelles tchétchènes. Dans le premier arrêt de la Cour EDH, les juges font

⁸⁴ Marco Divac Oberg, « Le suivi par le Conseil de l'Europe du conflit en Tchétchénie », *AFDI*, 2004, pp. 757 ; *Avis de la CIJ sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 106.

⁸⁵ Historiquement, le droit humanitaire s'est développé de manière autonome – et préalable – par rapport au droit international des droits de l'homme. Théoriquement, il trouve sa raison d'être dans le besoin d'humaniser l'une des plus anciennes prérogatives de l'Etat souverain dans ses relations avec les autres Etats : le droit de faire la guerre ; alors que les droits de l'homme « traditionnels » (civils, politiques, sociaux, économiques, culturels...) opèrent dans la sphère interne de l'Etat. Pratiquement, puisque qu'aucune procédure juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle ne vient contrôler efficacement sa mise en œuvre – contrairement aux mécanismes spécifiques de protection des droits de l'homme - le droit des conflits armés ne se structure pas autour des mêmes modes de protection.

⁸⁶ Sur le DIDH comme *lex specialis* par rapport au droit régional des droits de l'homme, voy. notamment, Fanny Martin, « Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *RICR*, Décembre 2001, Vol. 83, n°844, pp. 1037 et ss.

⁸⁷ *Khachiev et Akayeva c. Russie*, n°57942/00 et 57945/00, Arrêt, Cour EDH, 24 février 2004.

⁸⁸ *Issaieva c. Russie*, n°57950/00, Arrêt, Cour EDH, 24 février 2005.

référence au « massacre de civils »⁸⁹ pour démontrer l'illicéité des meurtres des victimes. Bien que ces faits puissent être appréhendés par le droit international humanitaire, les juges se contentent de cerner les violations à travers le droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention. Dans la seconde affaire, on retrouve, tout au long du raisonnement de la Cour, des principes du droit humanitaire⁹⁰ – comme le principe de proportionnalité selon lequel les moyens (les bombardements) doivent être proportionnels au but (la répression des rebelles) – et le vocabulaire humanitaire – comme le terme « civils ». La Cour constate ainsi que

les concepteurs de l'opération [consistant en une attaque aérienne à bombes lourdes sur un village dont les civils n'avaient pas été évacués] auraient dû se fixer comme objectif essentiel de protéger la vie des civils contre toute violence illégale. L'utilisation massive d'armes frappant sans discrimination est aux antipodes de cet objectif⁹¹.

Cependant, les juges ne visent pas expressément les instruments du droit de Genève. Ces deux arrêts montrent que la Cour EDH possède les moyens d'un rapprochement matériel entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Elle accepte d'appliquer les exigences de la CEDH dans des situations de conflit armé. En interprétant les dispositions de la CEDH à la lumière du vocabulaire humanitaire, la Cour EDH semble appliquer implicitement le droit international humanitaire.

Cette attitude de la Cour EDH n'est pas sans rappeler une jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après Cour IADH) de 2010. Dans l'affaire *Manuel Cepeda Vargas c. Colombie*⁹², la Cour explique que ce qu'elle fait,

conformément au droit conventionnel et au droit coutumier, c'est utiliser la terminologie qu'emploient d'autres branches du droit international afin d'évaluer les conséquences juridiques des violations alléguées vis-à-vis des obligations de l'État⁹³.

B. Une application expresse du droit international humanitaire

Progressivement les instances régionales de protection des droits de l'homme sont allées au-delà d'une simple référence implicite au droit international humanitaire puisqu'elles ont accepté d'appliquer le droit international humanitaire.

1. Une application encore incertaine par la Cour européenne des droits de l'homme

En 2008, saisie de faits survenus lors de l'insurrection de Budapest de 1956, la Cour doit dire si la victime relevait de « la catégorie des membres des forces armées insurgées ayant déposé les armes »⁹⁴ et donc pouvait bénéficier de la protection de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Pour ce faire, la Cour EDH renvoie expressément au droit de Genève et aux commentaires du CICR⁹⁵. Cette première tentative d'application du droit international humanitaire par la Cour européenne sera confirmée un an plus tard à l'occasion de l'affaire *Varnava c. Turquie*⁹⁶. La juridiction de Strasbourg devait se prononcer sur des cas de disparitions forcées à Chypre. Dans son arrêt, la Cour commence par qualifier les faits et, ce faisant, renvoie expressément au droit international humanitaire :

Qu'ils aient été tués au combat, qu'ils aient succombé à leurs blessures, ou qu'ils aient été faits prisonniers, l'obligation de rendre des comptes à leur sujet

⁸⁹ *Khachiev et Akayeva c. Russie*, n°57942/00 et 57945/00, Arrêt, Cour EDH, 19 décembre 2002, § 141-142

⁹⁰ Pour une analyse complète, voy. Divac Oberg Marco, « Le suivi par le Conseil de l'Europe du conflit en Tchétchénie », *AFDI*, 2004, pp. 755-777.

⁹¹ *Issaïeva c. Russie*, n°57950/00, Arrêt, Cour EDH, 24 février 2005, § 191.

⁹² *Manuel Cepeda Vargas c. Colombie*, Exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Cour IADH, 26 mai 2010

⁹³ *Idem* § 42.

⁹⁴ *Korbely c. Hongrie*, n°9174/02, Arrêt, Cour EDH, 19 septembre 2008, § 90.

⁹⁵ *Ibid.*, §§ 59-51 et 87-90.

⁹⁶ *Varnava c. Turquie*, n°16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, Arrêt, Cour EDH, 18 septembre 2009.

subsiste. L'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés (Loizidou, précité, § 43). La Grande Chambre souscrit donc au raisonnement de la chambre selon lequel dans une zone de conflit international les Etats contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert notamment de fournir une assistance médicale aux blessés⁹⁷

Et la Cour de renvoyer aux quatre Conventions de Genève ainsi qu'aux trois Protocoles additionnels. Ces deux arrêts pouvait laisser penser que la Cour EDH était prête à appliquer le droit international humanitaire voire à en sanctionner les violations, pour autant qu'elles soient également couvertes par la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais ces essais ne furent pas transformés puisqu'un an plus tard, la Cour EDH renoue avec son ancienne approche. Dans une nouvelle affaire relative au conflit tchéchène⁹⁸, la Cour utilise le vocabulaire du droit international humanitaire : elle relève que « [n]o effort was made by the military to respect the "safe" exit announced to the civilians »⁹⁹ de telle sorte qu'il y a eu des « failures of the "humanitarian corridor" »¹⁰⁰ ; elle note que « the use of artillery and aviation bombs in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of civilians, »¹⁰¹ constitue une « massive use of indiscriminate weapons »¹⁰². Pour autant, la Cour ne vise pas expressément les instruments du droit international humanitaire. Ce revirement, par rapport à l'affaire *Varnava*, a fait l'objet de reproches de la part de certains juges :

I therefore regret the fact that in the present case the Court made no mention whatsoever of the principal rules governing the conduct of combatants in situations such as that dealt with in this case, namely the rules of international humanitarian law. In addition to Article 3 of the Fourth Geneva Convention of 12 August 1949, the conduct of combatants in a non-international armed conflict such as the one in question here is governed first and foremost by the Protocol Additional to the Geneva Conventions (Protocol II) of 8 June 1977, which was ratified by Russia on 29 September 1989¹⁰³.

Mais, la Cour a maintenu quelques temps cette jurisprudence : en 2011, dans une autre affaire tchéchène, elle conclut que « the Convention had been breached on account of the indiscriminate use of heavy weapons by the military, (...) their failure to secure the safety of the "humanitarian corridor", etc »¹⁰⁴. Qualifiant les faits *via* le vocabulaire humanitaire, elle ne fait aucune référence explicite au droit international humanitaire. Elle considère que le droit international des droits de l'homme suffit pour appréhender l'ensemble des faits sans qu'il soit nécessaire de recourir aux instruments du droit international humanitaire.

Finalement, en 2013, la Cour EDH fait encore volte-face et cite expressément le droit international humanitaire pour qualifier les faits de l'affaire qui concerne le conflit kurde en Turquie¹⁰⁵. Elle considère que

an indiscriminate aerial bombardment of civilians and their villages cannot be acceptable in a democratic society, and cannot be reconcilable with any of the grounds regulating the use of force which are set out in Article 2 § 2 of the

⁹⁷ *Varnava c. Turquie*, n°16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, Arrêt, Cour EDH, 18 septembre 2009, § 185.

⁹⁸ *Abuyeva et autres c. Russie*, n°27065/05, Arrêt, Cour EDH, 2 décembre 2010.

⁹⁹ *Ibid.*, § 199.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 202.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 200.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Concurring Opinion of Judge Malinverni, Joined by Judges Rozakis and Spielmann, § 3.

¹⁰⁴ *Finogenov and others v. Russia*, n°18299/03 and 27311/03, Arrêt, Cour EDH, 20 décembre 2011, § 215.

¹⁰⁵ *Benzer and others v. Turkey*, n°23502/06, Arrêt, Cour EDH, 12 novembre 2013, § 89.

Convention or, indeed, with the customary rules of international humanitarian law or any of the international treaties regulating the use of force in armed conflicts¹⁰⁶.

Cet ultime revirement sème le trouble quant à l'attitude de la Cour vis-à-vis du droit international humanitaire et il convient d'attendre une prochaine décision pour connaître la future position de la Cour européenne.

2. Une application plus audacieuse par les instances américaines des droits de l'homme

L'attitude des instances américaines des droits de l'homme est moins ambiguë même si elle a également fait l'objet d'un revirement.

a) Une application directe du droit international humanitaire par la Commission interaméricaine des droits de l'homme

C'est la Commission iADH qui a initié la réception directe du droit international humanitaire à la fin des années 90¹⁰⁷. Sa jurisprudence audacieuse commence discrètement à l'occasion de l'affaire *Arturo Ribón Avilan c. Colombie*¹⁰⁸ en septembre 1997. Les faits concernent l'affrontement ayant opposé les forces militaires et policières colombiennes aux membres de la guérilla M19 en 1985. Le raisonnement de la Commission est quelque peu sommaire : rappelant que l'article 29 de la CADH « establishes that no provision of the Convention may be interpreted as "excluding or limiting the effect" of other international acts of the same nature, or of another convention, to which a State is party », elle en conclut que « [c]onsequently, the Commission is competent to directly apply norms of international humanitarian law »¹⁰⁹. Le droit international humanitaire fait dès lors partie du droit applicable par la Commission au même titre que la CADH¹¹⁰ de telle sorte que la Commission peut constater la violation de la CADH et la violation des Conventions de Genève¹¹¹.

Un mois plus tard, la Commission récidive : elle considère qu'en période de conflit armé interne, « the non-derogable norms of the American Convention continue to apply simultaneously with the provisions of common Article 3 [of the 1949 Geneva Conventions] »¹¹². Aussi, selon elle, le meurtre par les forces péruviennes d'un journaliste qui couvrait le conflit opposant l'Etat au Sentier lumineux, constitue une violation non seulement l'article 4 de la CADH mais aussi l'article 3 commun aux Conventions de Genève¹¹³.

En novembre 1997, dans le rapport *Juan Carlos Abella contre Argentine*¹¹⁴, plus communément connu comme l'affaire de *La Tablada*, la Commission confirme qu'elle peut appliquer directement le droit international humanitaire¹¹⁵. Et cette fois, elle va prendre le temps de le justifier. Cette affaire concernait l'assaut de plusieurs casernes militaires argentines, par un groupe de quarante-deux civils armés appartenant au mouvement '*Todos para la patria*' et qui entraîna la mort de plusieurs personnes parmi les assaillants et parmi les forces armées. Dans son rapport, la Commission commence par qualifier les événements qui se sont produits dans la base militaire de *La Tablada*. Après avoir rappelé les éléments de définition du conflit armé non international, au sens

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 184.

¹⁰⁷ Cette solution avait été déjà retenue en 1987 dans l'affaire *Disabled People's International c. Etats-Unis* qui consistait en une pétition présentée par une organisation non-gouvernementale à la suite de l'intervention nord-américaine à la Grenade, fondée sur la violation de la IV^{ème} Convention de Genève. La Commission avait choisi de retenir la requête mais le règlement à l'amiable du litige l'a privée de la possibilité de justifier sa solution, voy. *Disabled People's International et a. c. Etats-Unis*, rapport n°92/13, Commission IADH, 17 avril 1987.

¹⁰⁸ *Arturo Ribón Avilan c. Colombie*, cas n° 11.142, rapport n°26/97, Commission iADH, 30 septembre 1997.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 132.

¹¹⁰ *Idem*, §172 : « the Commission should apply both bodies of law ». La singularité de ce rapport de la Commission réside également dans le point de contact que la Cour effectue entre les deux branches par le biais de la notion de personne protégée, APONTE CARDONA A., « El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario : una relación problemática », in ELSNER G. (dir.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlin, Fundacion Konrad Adenauer, 2010, p. 137.

¹¹¹ *Idem*, § 134 : « a clear violation of Common Article 3 of the Geneva Conventions as well as the American Convention ».

¹¹² *Hugo Bustíos Saavedra c. Pérou*, cas n°10.548, rapport n°38/97, Commission iADH, 16 Octobre 1997, § 59.

¹¹³ *Idem*, §§ 63 et 88.

¹¹⁴ *Juan Carlos Abella c. Argentine (La Tablada)*, cas n°11.137, rapport n°55/97, Commission iADH, 18 novembre 1997.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 157 : « the Commission thinks it useful to clarify the reasons why it has deemed it necessary at times to apply directly rules of international humanitarian law or to inform its interpretations of relevant provisions of the American Convention by reference to these rules ».

de l'article 3 commun aux conventions de Genève et les interprétations qui en sont données¹¹⁶, elle conclut qu'étant donné la planification et la coordination de l'opération militaire et ce, malgré sa brièveté, celle-ci ne peut être considérée comme un simple trouble d'ordre interne et est donc soumise au droit des conflits armés internes¹¹⁷, notamment à l'article 3 commun aux conventions de Genève. La Commission poursuit en démontrant qu'il lui est nécessaire de faire appel aux règles de droit international humanitaire lorsqu'un conflit armé se présente à elle, du fait du caractère inadéquat de la seule Convention américaine des droits de l'homme (ci-après CADH) pour appréhender la situation¹¹⁸. Elle souligne également la similitude existant entre l'article 3 commun aux Conventions de Genève et l'article 4 de CADH qui tous deux « protect the right to life and, thus, prohibit, inter alia, summary executions in all circumstances »¹¹⁹. Ces arguments la conduisent à affirmer que le droit international humanitaire relève de son droit applicable¹²⁰.

Cette jurisprudence audacieuse n'a cependant pas duré. La Commission est progressivement revenue à une approche plus classique des rapports entre droit international humanitaire et protection internationale des droits de l'homme. Dans certaines affaires, elle a considéré que ce n'était pas tant l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui était violé mais les principes qu'il contient et codifie¹²¹. Dans d'autres affaires, la Commission s'est contenté d'évoquer l'article 3 commun aux Conventions de Genève pour expliquer que l'article 4 de la CADH combiné avec l'article 3 commun pose des règles exigibles « in all circumstances in light of the basic considerations of humanity »¹²²; et de conclure que seul l'article 4 a été violé, sans référence aucune à une éventuelle atteinte de l'article 3 commun. Enfin, dans quelques affaires, la Commission a renvoyé au droit international humanitaire comme outil pour interpréter la CADH : dans le rapport *Coard c. Etats-Unis*, tout en admettant que le droit international humanitaire est une *lex specialis* par rapport à la CADH applicable au conflit armé dont elle est saisie¹²³, la Commission se contente d'indiquer que « the standards of humanitarian law help to define whether the detention of the petitioners was "arbitrary" or not under the terms of Articles I and XXV of the American Declaration »¹²⁴. Elle utilise le droit international humanitaire pour interpréter et appliquer le droit interaméricain de protection des droits de l'homme¹²⁵. La Commission se réfère au droit international humanitaire pour qualifier la situation de conflit armé mais ne sanctionne le comportement américain qu'au regard de la CADH.

Ce revirement de la Commission iADH permet aux deux instances américaine de protection des droits de l'homme de proposer désormais une approche commune de la place du droit international humanitaire dans le système interaméricain puisque la Cour iADH a toujours considéré que le droit international humanitaire ne pouvait être utilisé que comme instrument d'interprétation de la CADH.

b) Retour à une interprétation de la CADH à la lumière du droit international humanitaire

En 2000, la Cour iADH entreprend de préciser les rapports entre le droit international humanitaire et le système interaméricain de protection des droits de l'homme. Elle commence dans l'affaire *Las Palmeras* : en

¹¹⁶ *Ibid.*, § 152. Elle renvoie au à un rapport d'une Commission d'experts du Comité International de la Croix Rouge, **Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflicts : Report Submitted to the XXIst Conference of the Red Cross**, Istanbul, 1969, p. 99.

¹¹⁷ *La Tablada*, rapport n°55/97, Commission iADH, 18 novembre 1997, § 156.

¹¹⁸ *Idem*, § 161 : « the Commission's ability to resolve claimed violations of this non-derogable right arising out of an armed conflict may not be possible in many cases by reference to Article 4 of the American Convention alone ».

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Idem*, § 161 : « she must necessarily look to and apply defitional standards and relevant rules of humanitarian law as sources of authoritative guidance ».

¹²¹ *Ignacio Ellacuría et a. c. Salvador*, cas n°10.488, rapport n°136/99, Commission iADH, 22 décembre 1999, § 237 : « The Salvadoran State, through agents of the Armed Forces who perpetrated the extra-judicial executions described herein, has violated the right to life enshrined in Article 4 of the American Convention, together with the principles recognized in common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 ». Dans le même sens, voir *Monsignor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez c. Salvador*, cas n°11.481, rapport n°37/00, Commission iADH, 13 avril 2000, § 72 ; *Carlos Manuel Prada Gonzalez and Evelio Antonio Bolaño Castro c. Colombia*, cas n°11.710., rapport n°63/01, Commission iADH, 6 avril 2001, § 32.

¹²² *Riofrio Massacre c. Colombia*, cas n°11.654, rapport n°62/01, Commission iADH, 6 avril 2001, § 54.

¹²³ *Coard et al. c. Etats-Unis*, cas n° 10.951, rapport n°109/99, Commission iADH, 29 septembre 1999, § 42 : « the standard to be applied must be deduced by reference to the applicable *lex specialis*. The American Declaration is drawn in general terms, and does not include specific provisions relating to its applicability in conflict situations ».

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*. Dans le même sens, *Franklin Guillermo Aisalla Molina c. Ecuador – Colombia*, cas Ip-02, rapport n°112/10, Commission iADH, 21 octobre 2010, § 119 ; *Marino Lopez et al. (Operation Genesis) c. Colombia*, cas n°12.573, rapport n°64/111, Commission iADH, 31 mars 2011, § 214.

l'espèce, la Colombie reproche à la Commission d'avoir appliqué le droit international humanitaire¹²⁶ puisqu'elle avait conclu que « the State of Colombia has violated the right to life, embodied in Article 4 of the Convention, and Article 3, common to all the 1949 Geneva Conventions »¹²⁷. La Cour va accueillir l'argument colombien en rappelant que la CADH « only given the Court competence to determine whether the acts or the norms of the States are compatible with the Convention itself, and not with the 1949 Geneva Conventions »¹²⁸.

Quelques mois plus tard, la Cour iADH réitère et précise sa position à l'occasion de l'affaire *Bámaca Velásquez*. Elle reconnaît tout d'abord que le droit international humanitaire et la CADH présentent des similarités. Mais elle rappelle également qu'elle n'est pas compétente pour sanctionner les violations des Conventions de Genève de telle sorte qu'elle ne peut utiliser ces instruments que « as elements for the interpretation of the American Convention »¹²⁹. L'unité matérielle du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme ne justifie pas une extension de la compétence de la Cour mais lui permet de s'appuyer sur les Conventions de Genève pour interpréter les dispositions de la CADH.

Par la suite, sa jurisprudence sera constante. En 2004, la Cour utilise le droit de Genève pour interpréter la portée de la protection de l'acte médical en cas de conflit armé¹³⁰. Dans l'affaire du *Massacre de Ituango*¹³¹, elle analyse les articles 21 et 22 de la CADH à la lumière du Protocole II¹³², ce qui lui permet de constater une privation grave de l'usage et de la jouissance des biens des villageois de la localité de El Aro et un déplacement forcé de nombreuses personnes dans le cadre de la lutte contre la guérilla en Colombie. Plus récemment, la Cour a encore confirmé son approche en expliquant que

puesto que los hechos del presente caso ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional, el Tribunal considera útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del Derecho Internacional Humanitario¹³³.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH et des instances interaméricaines des droits de l'homme montre que les juges tiennent compte du droit international humanitaire dans leurs décisions, soit comme outil de qualification juridique des faits soit comme outil d'interprétation des textes de protection des droits de l'homme. En revanche, les juges refusent de se prononcer sur une éventuelle violation du droit de Genève puisqu'il ne relève pas de leur compétence *ratione materiae*.

C. Vers une interprétation du droit international pénal par les instances régionales de droits de l'homme

Au-delà de la prise en compte du droit international humanitaire, un véritable dialogue des juges va s'instaurer relativement au droit international pénal. Dans ce cadre, les juges de protection des droits de l'homme vont non seulement se référer aux instruments du droit international pénal mais également à la jurisprudence des juridictions internationales pénales.

La Cour iADH et la Cour EDH n'hésitent pas à renvoyer expressément à des textes propres au droit international pénal que constituent les statuts des juridictions internationales pénales pour qualifier les faits dont elles sont saisies. Dans l'arrêt *Goiburú*¹³⁴, la Cour iADH interprète les articles 4, 5 et 7 de la CADH et le phénomène des disparitions forcées à la lumière de l'article 7 (1) (i) du Statut de la Cour pénale internationale. Dans l'affaire *Prison Miguel Castro-Castro*¹³⁵, la Cour iADH s'est appuyé sur le droit international pénal pour

¹²⁶ *Las Palmeras c. Colombia*, exceptions préliminaires, Jugement, Cour iADH, 4 février 2000, Série C n°67, §§ 28 et 34.

¹²⁷ *Ibid.* § 12.

¹²⁸ *Ibid.*, § 33.

¹²⁹ *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, fond, Jugement, Cour iADH, 25 novembre 2000, Série C n°70, § 209.

¹³⁰ *De la Cruz Flores c. Pérou*, réparations, Jugement, Cour iADH, 18 novembre 2004, Série C n°115, §95.

¹³¹ *Massacre de Ituango c. Colombie*, exceptions préliminaires, fond et réparations, Jugement, Cour iADH, 1^{er} Juillet 2006, série C, n°148.

¹³² *Ibid.*, §§ 179 et 209.

¹³³ *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) v. Colombia*, exceptions préliminaires, fond et réparations, Jugement, Cour iADH, 20 novembre 2013, Série C n°270, § 221.

¹³⁴ *Goiburú et a. c. Paraguay*, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 22 septembre 2006, série C n°153, § 82. La Cour iADH a plusieurs fois cité le Statut de la CPI pour qualifier les disparitions forcées : voir notamment, *Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") c. Guatemala*, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 20 novembre 2012, Série C n°253, § 193 ; *Río Negro Massacres c. Guatemala*, exceptions préliminaires, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 4 septembre 2012, Série C n°250, § 115.

¹³⁵ *Prison Miguel Castro-Castro c. Pérou*, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 25 novembre 2006, série C n°160, § 402.

conclure « that there is evidence to state that the deaths and tortures committed against the victims of this case by state agents, for the reasons mentioned in the previous paragraphs constitute crimes against humanity »¹³⁶. Ce constat lui permet d'affirmer que le Pérou n'a pas rempli son obligation de « adopt all measures necessary, of both a judicial and diplomatic nature, in order to prosecute and punish all those responsible for the violations committed »¹³⁷ posée par l'article 1 (1) de la CADH. De même, lorsque la Cour doit examiner si l'adoption et l'application d'une loi d'amnistie sont contraires aux articles 28 et 25 de la CADH, elle utilise les Statuts des juridictions internationales pénales¹³⁸.

La Cour européenne renvoie également aux instruments du droit international pénal, notamment pour qualifier un contexte international pénal. Ainsi, pour définir le crime contre l'humanité, elle

observe que les quatre principales définitions d'un crime contre l'humanité ont été énoncées respectivement à l'article 6 c) du Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de 1993, à l'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda de 1994 et à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998¹³⁹.

La Cour EDH a même utilisé les dispositions du Statut de Rome, en dehors de tout contexte international, pour établir si une peine à la réclusion à perpétuité incompressible était licite : dans l'affaire *Vinter et autres*, la Cour EDH était saisie par des meurtriers de droit commun condamnés à la peine de prison à vie. Dans le cadre de son analyse, elle prend

note des dispositions pertinentes du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, auquel sont parties 121 Etats, dont la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, et qui prévoit en son article 110 § 3 le réexamen des peines perpétuelles après vingt-cinq ans d'emprisonnement, puis périodiquement¹⁴⁰.

Puis, elle en déduit « qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles, l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen »¹⁴¹. Ainsi, la Cour EDH interprète une disposition de la CEDH à la lumière du droit international pénal.

Les instances régionales des droits de l'homme opèrent également des renvois à la jurisprudence des juridictions internationales pénales. Cet aspect du dialogue des juges tend à démontrer que les deux branches du droit international sont complémentaires et que l'utilisation de l'une au service de l'autre peut permettre une meilleure efficacité des normes internationales.

A plusieurs reprises, la Cour iADH a cité la jurisprudence des TPI pour démontrer l'inopposabilité des lois d'amnistie en cas de violations graves des droits fondamentaux. En 2010, par exemple, elle rappelle que

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in a case related to torture, considered that it would not make sense to sustain on the one hand the proscription of the serious human rights violations, and on the other hand to authorize state measures that authorize or condone, or amnesty laws that absolve its perpetrators¹⁴².

Dans une opinion individuelle jointe à ce jugement, le Juge *ad hoc* Roberto de Figueiredo déclare

¹³⁶ *Ibid.*, § 404.

¹³⁷ *Ibid.*, § 407.

¹³⁸ *Almonacid Arellano c. Chili*, exceptions préliminaires, fond, réparation, Jugement, Cour iADH, 26 Septembre 2006, série C n°158, §§ 107-111.

¹³⁹ *Korbely c. Hongrie*, n°9174/02, Arrêt, Cour EDH, 19 septembre 2008, § 81.

¹⁴⁰ *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, n°66069/09, 130/10 et 3896/10, Arrêt, Cour EDH, 9 juillet 2013, § 118.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") c. Brésil*, exceptions préliminaires, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 24 novembre 2010, Série C n°219, § 159. Dans le même sens, voir, *Massacres of El Mozote and neighboring locations c. El Salvador*, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 25 octobre 2012, Série C n°252, § 283 (la Cour cite le jugement Furundzija de 1998).

cependant que ce renvoi au droit international pénal ne doit en aucun cas laisser à penser que la Cour iADH serait compétente pour appliquer ce droit. L'utilisation du droit international pénal ne peut servir que pour interpréter la CADH :

It is good to emphasize that although this Court has jurisdiction to safeguard and interpret the American Convention on Human Rights, in some cases it is led to take cognizance of crimes. The Court will lack, for obvious reasons, of criminal jurisdiction to try individuals for crimes, but it does have the authority to review the facts and to apply the consequences within its sphere of action, condemning the State that allowed or acted for the commission of crimes¹⁴³.

La convergence du droit international pénal et du droit international des droits de l'homme permet seulement à la Cour iADH d'utiliser le droit international pénal pour qualifier des faits relevant de sa compétence et en déduire une violation de la CADH.

Plus récemment, la Cour iADH a, dans une même affaire, renvoyé par deux fois à la jurisprudence des juridictions internationales pénales¹⁴⁴. Elle était saisie de l'attaque par l'armée de l'air colombienne du village de Santo Domingo en 1998. Les militaires avaient utilisé des armes à sous-munitions qui avaient entraîné la mort de dix-sept civils, blessé vingt-sept autres et forcé les habitants à quitter leur village. La Cour iADH devait d'abord établir s'il existait un lien entre ce massacre et le contexte général de conflit armé en Colombie. Pour ce faire, elle utilise une décision *Lubanga* de la Cour pénale internationale de 2007¹⁴⁵. Puis, la Cour fut amenée à rappeler la distinction entre civils et combattants et elle s'appuya alors sur la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Galic*¹⁴⁶.

La Cour EDH a également, à plusieurs reprises, opéré des renvois à la jurisprudence des juridictions internationales pénales pour qualifier des faits relevant du droit international pénal. En 2001, dans l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*¹⁴⁷, la Cour utilise l'arrêt *Furundzija* du TPIY pour reconnaître le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture et ainsi justifier son revirement par rapport à l'arrêt *Selmouni*. Dans l'affaire *MC c. Bulgarie*¹⁴⁸, la Cour EDH s'appuie sur l'arrêt *Kunarac* du TPIY pour définir le viol. Très récemment, en 2013, la Cour a utilisé la jurisprudence du TPIR pour définir le génocide. Elle indique que

Selon la jurisprudence de la CIJ et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (paragraphe 21-23 ci-dessus), pour que soit constituée l'infraction de génocide, les membres d'un groupe visé ne doivent pas seulement être pris pour cible à cause de leur appartenance à ce groupe, mais il faut en même temps que les actes commis soient accomplis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel (*dolus specialis*). Il s'agit donc d'une notion de droit très étroite¹⁴⁹

Dans ces différentes affaires, la Cour était saisie de faits qui pouvaient constituer des violations de la CEDH mais dont la définition relevait du droit international pénal. Elle a donc utilisé le droit international pénal comme un outil de qualification.

Parmi ces arrêts qui amenèrent le juge européen à entamer un dialogue avec ses homologues des juridictions internationales pénales, l'arrêt *Kononov* se distingue par son audace¹⁵⁰. La Cour EDH devait se prononcer sur la légalité de la répression d'un crime de guerre commis au cours de la seconde guerre mondiale. Selon le requérant, sa condamnation par les autorités lettonnes viole l'article 7 de la CEDH car, au moment des

¹⁴³ *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") c. Brésil*, opinion individuelle du Juge *ad hoc* Roberto de Figueiredo, § 28.

¹⁴⁴ *Santo Domingo Massacre c. Colombie*, exceptions préliminaires, fond, réparations, Jugement, Cour iADH, 30 novembre 2012, Série n°259.

¹⁴⁵ *Ibid.*, § 187, citant en note « ICC, Pre-Trial Chamber, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, decision confirming charges, of January 29, 2007, para. 287 ».

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 212.

¹⁴⁷ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n°35763/97, Arrêt, Cour EDH, 21 novembre 2001, § 60.

¹⁴⁸ *M.C. c. Bulgarie*, n°39272/92, Arrêt, Cour EDH, 4 décembre 2003, § 166.

¹⁴⁹ *Perinçek c. Suisse*, n°27510/08, Arrêt, Cour EDH, 17 décembre 2013, § 116.

¹⁵⁰ *Kononov c. Lettonie*, n°36376/04, Arrêt, Cour EDH, 17 mai 2010.

faits, il ne pouvait pas savoir que ses actes étaient constitutifs de crime de guerre. La Cour rappelle que l'article 7 « n'exige pas qu'elle se prononce sur la responsabilité pénale individuelle du requérant »¹⁵¹. Elle refuse donc d'usurper la fonction des juridictions internes et des juridictions internationales pénales. La Cour indique que son rôle consiste à « rechercher si, compte tenu de l'état du droit international en 1944, la condamnation du requérant reposait sur une base suffisamment claire »¹⁵². La Cour va alors examiner, interpréter l'ensemble des textes de droit international humanitaire et de droit international pénal pertinents et s'appuyer sur le Jugement de Nuremberg¹⁵³. Elle en conclut que, « à l'époque où ils ont été commis, les actes du requérant étaient constitutifs d'infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par les lois et coutumes de la guerre »¹⁵⁴. Dans cet arrêt, la Cour EDH va donc au-delà de la simple utilisation du droit international pénal aux fins de qualification. Elle effectue un travail d'analyse et d'interprétation des instruments de cette branche du droit, à l'issue duquel elle juge que l'article 7 de la CEDH n'a pas été violé par la Lettonie. Le droit international pénal n'est plus un instrument de travail mais l'objet de l'analyse.

*

A l'issue de l'étude de l'ensemble de ces jurisprudences, il apparaît clairement que les juridictions internationales pénales et les instances régionales de protection des droits de l'homme entretiennent des relations étroites. En raison du lien fonctionnel qui unit le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme, les juges ont progressivement décloisonné leur système respectif. Leur dialogue, leurs emprunts réciproques et leurs renvois mutuels tend « à l'établissement d'une cohérence des valeurs humanistes »¹⁵⁵. Malgré des discordances et des résistances toujours présentes, il existe une forme d'interpénétration du droit international pénal et du droit international des droits de l'homme. Pour autant, chaque système reste autonome, les juges refusant d'étendre leur compétence à l'autre corps de règles. Le dialogue des juges ne supprime donc pas les spécificités propres à chaque système.

Suresnes, le 3 mars 2014

¹⁵¹ *Ibid.*, § 187.

¹⁵² *Ibid.*, § 199.

¹⁵³ *Ibid.*, §§ 52, 118-119.

¹⁵⁴ *Ibid.*, § 244.

¹⁵⁵ BURGORGUE-LARSEN L., « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 124.