

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE SHAHABUDDEEN

1. Je souscris à la décision de la Chambre d'appel selon laquelle les correspondants de guerre jouissent d'une dispense relative, dans la mesure où ils ne peuvent être contraints à témoigner que dans certaines circonstances. J'ai toutefois des doutes concernant l'application d'une partie du critère utilisé par la Chambre d'appel pour déterminer s'ils peuvent faire l'objet d'une injonction de comparaître. Je m'en explique ci-après.

A. Le régime juridique général

2. En posant la question de savoir si les correspondants de guerre jouissent d'une dispense relative leur permettant de déroger au « principe reconnu de longue date selon lequel “le public [...] a le droit d'entendre le témoignage de chacun” »¹, M. Randal soutient, dans le cadre de cette action, que la dérogation est acceptable même lorsque la comparution forcée n'entraîne pas la violation d'une obligation de confidentialité, la divulgation de l'identité de sources confidentielles ou la mise en danger du correspondant de guerre ou de ses sources.
3. Reconnaisant le caractère inédit de l'action introduite par son client, le conseil de M. Randal affirme que « c'est parce que la présente instance ne concerne pas directement les sources qu'elle revêt une telle importance, car il n'existe aucun précédent en droit international »². Pour leur part, les *amici curiae* « prient instamment ce Tribunal de poser des lignes directrices claires pour aider les juridictions à mener à bien le délicat exercice d'arbitrage entre les droits des journalistes, d'une part, et les besoins des affaires dont elles connaissent, d'autre part », ajoutant que « [q]uel que soit le critère appliqué par ce Tribunal, il constituera un précédent, non seulement dans les instances judiciaires mais également sur les champs de bataille »³.
4. L'absence de précédent en droit international ne joue pas nécessairement contre M. Randal. Bien évidemment, le Tribunal ne saurait légiférer en instaurant un code à l'usage de la profession, mais le fait que d'autres correspondants de guerre puissent s'inspirer de la décision de la Chambre d'appel coupe court à l'argument, soulevé en l'espèce, selon lequel la question serait d'ordre purement théorique. Il nous faut rechercher s'il existe une quelconque source de droit à laquelle le Tribunal pourrait puiser pour établir un « précédent » dans les circonstances de l'espèce.
5. Le droit que le Tribunal est autorisé à appliquer pourrait faire l'objet d'un débat nourri. Aux fins de la présente espèce, nous nous limiterons aux pouvoirs dont l'a implicitement investi le Conseil de sécurité. En définissant les attributions judiciaires du Tribunal, le Conseil de sécurité lui a notamment conféré le pouvoir (assorti d'un devoir correspondant) d'agir en toute équité, comme il se doit pour un organe judiciaire, vis-à-vis de tous ceux qui se présentent devant ses Chambres. Ainsi d'un correspondant de guerre faisant l'objet d'une injonction de comparaître. L'obligation de faire preuve d'équité vis-à-vis du correspondant de guerre permettrait à une Chambre de lui accorder ou non une dispense relative, en fonction des circonstances. À des fins de recherche, la Chambre peut se référer à l'expérience d'autres organes judiciaires et s'inspirer des réponses qu'ils ont données à des questions similaires, mais la responsabilité d'exercer ce pouvoir reste la sienne ; elle peut user de celui-ci comme bon lui semble, même si sa solution diffère de celle adoptée dans tel ou tel système juridique.
6. Les conséquences du devoir d'équité en matière de liberté d'expression sont exposées dans les instruments applicables. Il est admis que, sous réserve des modifications découlant de sa situation particulière, le Tribunal doit se conformer aux normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme. On considère que le principe pertinent est exposé à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte »). Aux termes de la première :

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

7. Aux fins de l'espèce, on peut considérer que cette disposition (sur laquelle s'est fondé le conseil de M. Randal) est incluse dans l'article 19 du Pacte, lequel énonce également les restrictions acceptables. Le paragraphe 2 de cet article du Pacte dispose que « Toute personne a droit à la liberté d'expression », et il est affirmé au paragraphe suivant que :

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :

a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui ;

b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

8. Le Pacte n'a pas été rédigé dans la perspective de la création du Tribunal international. Aucune disposition n'oblige ce dernier à respecter les restrictions prévues à l'article 19 3) du Pacte. Cependant, puisqu'il est admis que les principes inscrits dans le Pacte s'appliquent dans le contexte du Tribunal⁴, ils doivent être interprétés de manière à imposer à l'exercice du droit à la liberté d'expression des restrictions résultant des responsabilités et fonctions mêmes du Tribunal. La présente opinion part de l'idée que la protection des intérêts publics qui justifie ces restrictions comprend la protection des éléments essentiels de l'administration de la justice⁵ ; c'est ainsi qu'on l'entend généralement.

9. Si une restriction est jugée « nécessaire », il n'y a pas lieu de mettre en balance les différents intérêts. C'est la disposition qui tranche ; la tâche des tribunaux⁶ consiste à dire si la restriction envisagée à la liberté d'expression est « nécessaire » pour l'une des raisons admises. Si la restriction est nécessaire, elle l'emporte et la comparution est forcée⁷ ; si la restriction n'est pas nécessaire, c'est la liberté d'expression qui l'emporte et la comparution n'est pas forcée. Il me semble cependant que lorsqu'on doit déterminer si une restriction à la liberté d'expression est « nécessaire » pour la protection d'un intérêt public, il faut inévitablement en passer par une étape préliminaire d'arbitrage entre des intérêts contradictoires.

10. Les justiciables attendent des tribunaux qu'ils mettent en balance différents intérêts publics⁸. Partant, s'il arrive que l'intérêt public s'attachant à la libre circulation de l'information, fondement de la liberté d'expression⁹, se heurte à l'intérêt que présente pour le public l'obtention d'un témoignage indispensable à l'administration de la justice, les tribunaux doivent procéder à un arbitrage entre les deux.

11. Quel critère les tribunaux appliquent-ils en la matière ? À mon avis, le critère ressort de la question suivante : le préjudice que la rétention du témoignage causerait à l'intérêt public s'attachant à la bonne administration de la justice est-il supérieur au préjudice que le témoignage causerait à l'intérêt public s'attachant à la libre circulation de l'information, fondement de la liberté d'expression ? On pourrait objecter à cela que ce critère présente une trompeuse apparence de précision mathématique et qu'il implique, en outre, des jugements subjectifs ; les tribunaux ont toutefois la compétence requise pour manier des principes de ce type et, dans les circonstances de l'espèce qui nous intéresse, ils ont même la responsabilité de le faire.

12. Il faut cependant faire face à une conséquence particulière. Bien que les mots puissent servir à obscurcir le propos, l'exercice de la liberté d'expression peut s'avérer préjudiciable à l'administration de la justice et *vice versa* ; pourtant, le préjudice encouru pourrait être jugé

acceptable par la société si, dans les circonstances particulières, il paraissait secondaire par rapport à la liberté d'expression ou à l'administration de la justice, selon le cas¹⁰. Lorsque, comme en l'espèce, la législation ne précise pas à partir de quand le préjudice social est acceptable, il appartient aux tribunaux de le faire.

13. Nous l'avons vu, les tribunaux s'acquittent de cette tâche en recherchant quel degré de restriction à l'exercice du droit de s'exprimer librement est « nécessaire » pour la protection de l'un des intérêts publics spécifiés. Pour savoir quel sens il convient de donner à ce terme, il peut être utile de se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux dispositions de l'article 10 2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il appert de cette jurisprudence que le mot « nécessaire » dénote un « besoin social impérieux »¹¹. Il faut non seulement que toute restriction à l'exercice du droit de s'exprimer librement se fonde sur un besoin social impérieux mais aussi que les « exceptions soient interprétées strictement, et que la nécessité de restrictions quelconques [soit] établie de manière convaincante »¹².
14. Ce régime semble largement peser en faveur de M. Randal. Pourtant, on comprend que la Chambre de première instance en soit venue à considérer que la dispense relative qu'il revendiquait n'était pas justifiée. Les informations fournies par l'informateur (y compris son identité) ont été rendues publiques et il est raisonnable de supposer que l'informateur savait qu'il en serait ainsi. En substance, le témoignage était demandé pour établir l'exactitude des déclarations attribuées à l'informateur dans les informations publiées. On comprend que la Chambre de première instance ait eu du mal à apprécier comment, dans ces circonstances, l'obligation de témoigner pouvait porter un préjudice disproportionné à l'exercice du droit à la liberté d'expression.
15. De surcroît, et bien qu'il y ait des exceptions (particulièrement dans certains cas aux États-Unis d'Amérique), les jurisprudences nationales tendent généralement à ne pas reconnaître pareille dispense aux journalistes lorsque, comme en l'espèce, l'obligation de témoigner n'entraîne pas de violation de la confidentialité ou n'expose pas le journaliste ou ses sources à un danger personnel. Cela est conforme au principe fondamental selon lequel « en droit, l'octroi d'une dispense de témoigner n'est généralement pas privilégié »¹³ et que, de ce fait, les tribunaux « partent de l'idée que la dispense de témoigner revendiquée n'existe pas »¹⁴.
16. Il est vrai que la presse joue un rôle important en exposant au grand jour les violations graves du droit international humanitaire commises dans les zones de combat ; on pourrait en conclure que l'intérêt public s'attachant à la libre circulation de l'information plaide pour que les journalistes soient dispensés de l'obligation de témoigner. Il est cependant tout aussi vrai que les juridictions nationales bénéficient du soutien de tout l'appareil étatique de prévention et de répression. Le Tribunal ne bénéficie, en revanche, d'aucun soutien de ce type et, en conséquence, il se peut qu'il dépende plus que les juridictions nationales du témoignage des journalistes pour établir la vérité dans une affaire donnée. On pourrait en déduire que l'intérêt public s'attachant à la bonne administration de la justice plaide pour que les journalistes soient contraints à témoigner devant le Tribunal.
17. Cependant, à l'exception d'une seule affaire¹⁵, les juridictions nationales ne se sont pas penchées sur la situation particulière des correspondants de guerre. Les motifs exposés par la Chambre d'appel (sur lesquels je ne reviendrai pas en détail) me convainquent, tout bien considéré, que l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être limité dans pareils cas. Je le formule ainsi parce que si une comparution forcée ne restreint aucunement l'exercice du droit à la liberté d'expression, alors, par hypothèse, on ne se posera pas la question de savoir si un besoin social impérieux justifie une restriction ; cette question ne se pose en effet que lorsque la comparution forcée cause pareille restriction. Cependant, contraindre un correspondant de guerre à témoigner limite inmanquablement

l'exercice du droit à la liberté d'expression ; c'est pourquoi il ne doit être contraint à témoigner que si un besoin social impérieux commande sa comparution. J'en arrive donc à l'examen du critère permettant de déterminer s'il existe en l'espèce un besoin social impérieux.

B. Un besoin social impérieux commandait-il la comparution ?

18. Pour déterminer si une Chambre de première instance peut décerner une injonction de comparaître à un correspondant de guerre, la Chambre d'appel a adopté un critère comportant deux conditions. Toutes deux doivent être remplies pour qu'un correspondant de guerre puisse être privé de sa dispense relative de témoigner. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 50 de la décision, il faut premièrement que « la partie requérante démontre[...] que le témoignage demandé présente un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire donnée »¹⁶. La Chambre d'appel considère que la Chambre de première instance n'a pas rempli cette condition lorsqu'elle a qualifié l'éventuel témoignage de M. Randal de « pertinent » (*pertinent*). En outre, M. Randal a critiqué la décision de la Chambre de première instance en ce qu'elle qualifiait le témoignage d'« utile » (*useful*). Je ne suis pas tout à fait d'accord avec ces points de vue.
19. Il est admis que certaines limites s'imposent face à l'exigence d'un besoin social impérieux pour toute restriction à la liberté d'expression résultant d'une comparution forcée. La condition de pertinence ne saurait constituer pareille limite, dans la mesure où elle s'applique à tous les témoignages. Si c'est la pertinence (*relevance*) que la Chambre de première instance avait à l'esprit en recourant aux mots « pertinent » (*pertinent*) et « utile » (*useful*), elle avait tort ; mais je ne pense pas que telle était son intention. L'autre extrême implique des risques de préjugés. Je veux dire par là qu'une Chambre de première instance doit veiller à ce que l'on ne puisse pas lui reprocher de préjuger du poids à accorder au témoignage, tout particulièrement lorsqu'elle est juge des faits. C'est ce qu'illustre l'évolution de la pensée judiciaire dans un système juridique en particulier.
20. Dans l'affaire *Attorney-General v. Mulholland*¹⁷, des journalistes s'opposaient à la divulgation de leurs sources. Lord Denning, Président de la *Court of Appeal* d'Angleterre, a estimé qu'en cas de problèmes de confidentialité, le juge ne devait pas contraindre les témoins à répondre « à moins que question et réponse soient non seulement pertinentes mais également appropriées et même nécessaires à la bonne administration de la justice ». La condition de nécessité a ainsi été proposée. Cela étant, dans la même affaire, après avoir rappelé que « la question doit d'abord être pertinente pour être même admissible », le Juge Donovan a déclaré : « il doit s'agir d'une question dont la réponse servira un but utile en l'espèce — je préfère cette expression au terme “nécessaire” »¹⁸. Le Juge Scarman s'est rangé à cette opinion dans l'affaire *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News, Ltd*¹⁹ : « L'affaire *Mulholland* révèle jusqu'où les tribunaux peuvent aller — c'est -à-dire, à mon avis, pas au delà de l'interprétation que le Juge Donovan a donnée des propos de Lord Denning ».
21. Depuis que ces affaires ont été jugées, la juridiction qui en était saisie a adopté une attitude plus progressiste en matière de droits de l'homme, si bien qu'elles peuvent avoir quelque peu perdu de leur valeur en tant que précédents²⁰ ; leur signification juridique générale reste cependant intacte. Bien qu'il s'agisse d'une question d'appréciation — d'un point au demeurant subtil — cet élément doit nécessairement être pris en compte pour déterminer jusqu'où un juge peut aller sans se fourvoyer.
22. On a fait valoir au nom de M. Randal, que les termes applicables étaient « nécessaire », « essentiel », « absolument essentiel », « crucial », « capital » ou encore « vital ». Si ces termes ou d'autres, similaires, ont été utilisés dans certaines affaires, la Chambre d'appel a choisi, avec raison, de ne pas les reprendre à son compte. Ainsi qu'elle l'a affirmé au paragraphe 47 de sa décision, « le

critère proposé par l'Appelant [...] reviendrait à accorder une dispense quasi absolue ». Ces termes vont au-delà de la formulation choisie par la Chambre d'appel. Je crains qu'ils n'impliquent de préjuger quelque peu du poids à accorder au témoignage proposé. On comprend que la pertinence s'apprécie en présumant que le témoignage correspond à la vérité. Tout autre est la question du poids à accorder au témoignage ; celui-ci, et notamment sa fiabilité véritable, peuvent dépendre de tous les autres témoignages — déjà présentés ou à venir — en l'espèce. Rien donc d'étonnant à ce qu'il ait été dit dans une affaire que « [j]usqu'à ce que la source d'information [c'est-à-dire le témoignage proposé en l'espèce] soit divulguée, on ne peut pas savoir avec certitude jusqu'à quel point elle se révélera nécessaire. Bien *qu'a priori*, elle puisse sembler être de la plus haute importance, elle peut, dans les faits, se révéler sans intérêt aucun »²¹.

23. Par conséquent, le Président de la Chambre de première instance en l'espèce ne devrait pas être critiqué, comme on l'a fait au nom de M. Randal, pour avoir dit : « on va peut-être finir par avoir une situation où on aura entendu [M. Randal] mais où on conclurait que finalement sa déposition ne sera pas d'un grand intérêt pour nous »²². La fin d'un processus ne saurait en affecter le commencement. Le Président de la Chambre n'a pas non plus eu tort, comme on l'a affirmé, de dire : « je pense que cette déposition pourrait apporter des éclaircissements éventuellement sur la *mens rea*, sur l'intention délictueuse éventuelle de l'accusé en 1992, d'avril à décembre. Si ce n'est pas le cas, manifestement, je vais renvoyer ce témoin chez lui »²³. À ce stade préliminaire, le seul élément dont la Chambre pouvait dûment tenir compte pour déterminer si M. Randal avait le droit d'être exempté était la réponse à la question de savoir si son témoignage *pouvait* apporter des éclaircissements sur l'état d'esprit de l'accusé à l'époque des faits, et non pas celle de savoir s'il les *apporterait nécessairement*.
24. C'est pourquoi le Président de la Chambre a précisé qu'il pensait que le témoignage proposé « serait utile »²⁴, ajoutant : « je ne sais pas si son témoignage serait essentiel, c'est une autre question »²⁵. M. Randal rejette le mot « utile », lui préférant « nécessaire », « essentiel », ou tout autre terme plus fort. Au sujet du mot « nécessaire » figurant dans les dispositions relatives à la liberté d'expression inscrites à l'article 10 2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que :
- si l'adjectif « nécessaire » [...] n'est pas synonyme d'« indispensable », il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun » et implique l'existence d'un « besoin social impérieux »²⁶.
25. Cette opinion judiciaire ne saurait toutefois être érigée en forteresse imprenable. En anglais, le mot « utile » (*useful*) peut signifier « avantageux, profitable » (*advantageous, profitable*)²⁷ et, dans une acception plus familière, il peut aussi signifier « très méritoire ou efficace » (*highly creditable or efficient*)²⁸. C'est le contexte qui indique le sens approprié. Pour identifier ce sens, il faut tenir compte de l'opportunité judiciaire. Il n'était pas question ici de la nécessité, par exemple, d'instaurer, sous une forme ou une autre, un contrôle étatique sur une publication, ou de soumettre des journalistes à l'obtention préalable d'une licence professionnelle. En pareilles matières, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la recevabilité d'un témoignage proposé dans une affaire pénale et le risque de préjuger du poids à lui accorder est inexistant ; ces facteurs n'auraient en l'occurrence aucun effet limitatif. En revanche, l'espèce qui nous intéresse commandait aux juges de se prononcer sur la question et le risque était bien réel : le Président de la Chambre de première instance ne pouvait pas utiliser des termes donnant à penser qu'il préjugerait du poids à accorder au témoignage proposé.
26. Le mot « nécessaire » figure également à l'article 19 3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais, dans ce contexte, il s'agit de savoir si une restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression est « nécessaire » à la protection de l'un des intérêts publics spécifiés. La

question de la « nécessité » de la restriction ne revient pas à se demander si le témoignage est « nécessaire » du point de vue de l'administration de la preuve. On donne généralement comme exemple un élément de preuve dans une affaire ordinaire : le témoignage peut être très nécessaire — d'une nécessité vitale — au regard de l'intérêt public s'attachant à ce que justice soit rendue dans l'affaire considérée, mais cette nécessité pourrait conduire à imposer une restriction disproportionnée à l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression. Aussi, l'emploi du mot « nécessaire » dans ces dispositions du Pacte ne justifie-t-il pas sa transposition dans le contexte de la détermination de l'importance juridique d'un témoignage dans une affaire²⁹.

27. Venons-en maintenant au terme « pertinent » (*pertinent*). La Chambre de première instance n'a pas remis en question l'affirmation de l'Accusation selon laquelle les déclarations attribuées par Randal à Brdanin avaient trait « *au cœur de cette affaire* »³⁰ ; ces mots dénotent davantage qu'une simple pertinence³¹. La Chambre de première instance s'est montrée plus prudente en recourant à l'adjectif « pertinent ». Cependant, la Chambre d'appel affirme au paragraphe 47 de sa décision que le « mot “pertinent” est si général que ce critère ne semblerait pas conférer aux correspondants de guerre une protection plus étendue que celle dont bénéficient les autres témoins ».
28. En anglais, le mot « *pertinent* » peut aussi connoter le caractère accessoire (*appendage*) de ce qu'il qualifie mais clairement, il n'offrirait alors aucune protection. Mais comme le signalent les dictionnaires³², *pertinent* peut également signifier « en rapport avec la question posée » (*to the point*), et j'estime que c'est ici le cas. À mon avis, il n'y a aucune différence entre « en rapport avec la question posée », ce qui est l'un des sens de *pertinent*, et l'expression « présente un intérêt direct » utilisée dans le libellé du critère adopté par la Chambre d'appel. Ainsi envisagés, les propos que l'article attribue à l'accusé présentent « un intérêt direct » ; ils revêtent aussi une particulière importance pour une question fondamentale en l'espèce, car avérés, ils constitueraient un aveu de la part de l'accusé quant à son état d'esprit pour ce qui est de certains des actes graves qui lui sont reprochés — il s'agit là d'un point d'une importance capitale qui, nous l'avons vu, a été dûment relevé par la Chambre de première instance³³.
29. Le témoignage de M. Randal était censé aider à prouver la véracité des déclarations attribuées par l'article à l'accusé. Partant, vu l'intérêt du public à ce que les crimes ne restent pas impunis, toute restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression, telle qu'elle résulterait d'une obligation de témoigner, se justifiait par l'existence du besoin social impérieux que M. Randal témoigne dans le cadre d'une affaire pénale grave.
30. Il n'est, bien sûr, nul besoin d'invoquer une formule particulière, le critère décisif ayant trait au fond de la question. Si l'on envisage les termes « utile » et « pertinent » dans leur contexte, et notamment à la lumière de ce qu'a dit le Président de la Chambre concernant la capacité de l'article publié à prouver l'état d'esprit de l'accusé par rapport à certains des chefs d'accusation, il apparaît assez clairement que la Chambre de première instance a estimé que le témoignage proposé était « avantageux » (*advantageous*) et « en rapport avec la question posée » (*to the point*) s'agissant de trancher des questions fondamentales dans une affaire pénale grave, ce qui répond au critère de fond actuellement adopté par la Chambre d'appel.
31. Examinant l'emploi par la Chambre de première instance du mot « pertinent », la Chambre d'appel a affirmé au paragraphe 47 de sa décision que le « critère de la “pertinence” appliqué par ladite Chambre semble insuffisant pour protéger l'intérêt que présente le travail du correspondant de guerre pour le public ». C'est là le seul mot de la décision de la Chambre de première instance que la Chambre d'appel a spécifiquement étudié. En raison de ce qui précède, je considère que la Chambre de première instance n'a pas eu tort d'y recourir. Mais en raison de ce qui suit, le témoin en question aurait pu être contraint à comparaître.

C. Une autre source était cependant raisonnablement disponible

32. Selon la deuxième condition incluse dans le critère retenu, telle qu'exposée au paragraphe 50 de la décision de la Chambre d'appel, la partie requérant la délivrance d'une injonction de comparaître à un correspondant de guerre doit « prouver que ce témoignage ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source ». C'est en effet exact : si le témoignage pouvait raisonnablement être obtenu d'autres sources, on pourrait penser qu'aucun besoin social impérieux ne justifiait la restriction imposée à l'exercice de la liberté d'expression par l'obligation de comparaître³⁴. Il ressort de la jurisprudence que la disponibilité relative du témoignage dépend des circonstances de l'espèce considérée ; partant, la disponibilité du témoignage auprès d'autres sources n'empêche pas nécessairement la délivrance d'une injonction de comparaître³⁵. J'estime qu'en l'espèce toutefois, tel était bien le cas.
33. La question de savoir s'il était nécessaire d'épuiser toutes les autres sources possibles a été soulevée par le conseil de M. Randal devant la Chambre de première instance, lorsqu'il a affirmé que « le Tribunal doit être convaincu que la seule manière d'obtenir ces moyens de preuve, ces éléments de preuve, c'est d'obtenir le témoignage de ce témoin en particulier »³⁶. Ce qui était donc en question, c'était le témoignage particulier que l'on attendait de M. Randal. Il devait porter sur l'exactitude des déclarations qui auraient été faites par l'accusé dans le cadre d'une certaine interview. Telle était la question de fond soumise à la Chambre de première instance. Il ressort du dossier d'instance qu'outre l'accusé et M. Randal, un certain M. « X » était également présent en cette occasion. À la différence de M. Randal, M. « X » comprenait la langue dans laquelle se déroulait la conversation ; c'est lui qui fournissait l'interprétation nécessaire. Par conséquent, pour ce qui est d'obtenir le témoignage en question, M. « X » constitue une source de rechange raisonnablement disponible. Certes, M. « X » était lui-même correspondant de guerre et pouvait donc également prétendre à une dispense relative. Mais, s'agissant du témoignage à apporter, on peut dire au vu des faits établis qu'il n'y avait, à part lui, aucune autre source de rechange raisonnablement disponible.
34. Un correspondant de guerre ne perd le bénéfice de sa dispense relative de témoigner que si les deux conditions du critère retenu par la Chambre d'appel sont remplies par la partie requérant la délivrance de l'injonction de comparaître. En l'espèce, il était satisfait à la première condition mais non à la seconde. Je conviens donc que la dispense relative de M. Randal l'emporte.

D. Conclusion

35. En invoquant une dispense de témoigner, on présume que le témoignage est pertinent et donc, *a priori*, recevable ; en dépit de sa pertinence, le témoignage est exclu en raison de la dispense. Si l'on affirme, comme la Chambre d'appel le laisse entendre au paragraphe 54 de sa décision, que M. Randal ne peut témoigner sur l'exactitude des déclarations, on pose la question de la pertinence de son témoignage et non celle de savoir si le fait de l'obliger à comparaître transgresse la dispense relative dont il jouit. Un témoignage qui n'est pas pertinent est à exclure sur la seule base de son défaut de pertinence ; point n'est besoin d'invoquer une quelconque dispense.
36. Des doutes subsistent quant à la pertinence du témoignage de M. Randal. Il a peu à dire sur l'exactitude des déclarations et ne peut parler que de l'attitude de l'accusé pendant l'interview. On a prétendu que son témoignage était nécessaire à l'examen du contexte dans lequel l'accusé s'était exprimé. Cette allégation n'a été ni étayée ni maintenue ; comme il a été rappelé dans la décision de la Chambre d'appel (paragraphe 7, note 10), le conseil de la défense, qui était à l'origine de cette allégation, ne s'est pas présenté à l'audience tenue par la Chambre d'appel le 3 octobre 2002, bien qu'on lui en ait offert la possibilité. Si le témoignage de M. Randal n'était pas pertinent, l'injonction qui lui a été décernée pouvait être annulée sur la seule base du défaut de pertinence³⁷, sans qu'il soit même question d'invoquer une dispense.

37. Je suis toutefois disposé à présumer que le témoignage de M. Randal était pertinent. Partant, la question d'une dispense relative se posait. M. Randal ne pouvait être privé du bénéfice de cette dispense que si un besoin social impérieux commandait sa comparution ; je ne pense pas que ce fût le cas. S'agissant du contexte dans lequel les déclarations ont été faites, le témoignage proposé ne présentait pas un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire : la question de fond qui a été soulevée avait trait à l'exactitude des déclarations. S'agissant de l'exactitude des déclarations, le témoignage proposé, si tant est qu'il fût pertinent, présentait un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire, mais une autre source était raisonnablement disponible pour fournir un témoignage sur ce point. Pour ces raisons, je souscris respectueusement à la décision de la Chambre d'appel consistant à annuler l'injonction et à faire droit à l'appel.

Fait en anglais et en français, la version en anglais faisant foi.

Mohamed Shahabuddeen

Fait le 11 décembre 2002,
La Haye (Pays-Bas)

1 - *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S., p. 688 (1972) (traduction non officielle).

2 - Conclusions écrites de M. Randal, 3 juillet 2002, par. 42.

3 - Mémoire des *amici curiae*, daté du 16 août 2002, par. 20 et 23 respectivement.

4 - On peut lire ce qui suit au paragraphe 106 du Rapport du Secrétaire général (S/25704 du 3 mai 1993) : « Il va sans dire que le Tribunal international doit respecter pleinement les normes internationalement reconnues touchant les droits de l'accusé à toutes les phases de l'instance. De l'avis du Secrétaire général, les normes internationalement reconnues sont notamment énumérées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Compte tenu du contexte dans lequel le Secrétaire général s'exprimait, il est compréhensible qu'il ait fait référence aux droits de l'accusé ; cela ne limite pas pour autant l'applicabilité du Pacte à d'autres questions.

5 - La portée de la notion d'ordre public est controversée. Voir Manfred Novak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (Strasbourg, 1993), p. 355 et suivantes. Il semble y avoir quelque fondement à l'opinion selon laquelle cette expression recouvre la structure essentielle de l'administration de la justice en tant que composante de l'appareil de maintien de l'ordre public. Voir, en général, David Harris et Sarah Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law* (Oxford, 1995), p. 427 ; Dennis Lloyd, *Public Policy, A Comparative Study in English and French Law* (Londres, 1953), p. 24, où l'on peut lire que « la Cour de cassation a décidé en 1843 que la compétence des tribunaux judiciaires relevait de l'ordre public » (note de bas de page omise, traduction non officielle) et Philippe Pascanu, *La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil* (Paris, 1937), p. 198, où l'on peut lire : « La fonction et le rôle du juge sont d'ordre public, car ces deux points tiennent de l'organisation politique ».

6 - *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* [1988] A.C., Opinions du Juge Lloyd, p. 682, et de Lord Griffiths, p. 703. Voir aussi *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.* [1985] A.C., H.L., Lord Roskill, Opinion concordante, p. 369, et Lord Scarman, Opinion dissidente, p. 362.

7 - D'aucuns estiment que, même à ce stade, le tribunal conserve la latitude de refuser la divulgation dans des cas exceptionnels, lorsque « par exemple, le crime était anodin ou lorsque, à l'autre extrémité du spectre, la vie du journaliste pourrait être mise en danger s'il révélait l'identité de ses sources ». Voir Opinion de Lord Griffiths, *In Re an Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*, [1988] A.C., H.L., p. 703 (traduction non officielle). Mais je ne suis pas persuadé que cet élément ne soit pas admissible lorsque l'on doit déterminer si la divulgation serait nécessaire pour la protection de l'ordre public au sens de la formule examinée ci-dessus. Un lecteur étranger à la *common law* se contenterait de se référer au texte de l'instrument international, sans s'attendre à ce que les tribunaux en donnent une interprétation qui sorte de son cadre. Tout pouvoir discrétionnaire peut et devrait s'exercer dans le cadre de l'instrument.

8 - *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.* [1981] A.C., H.L., p. 1170, par Lord Wilberforce, rappelant la déclaration faite par Lord Denning dans l'affaire *Attorney-General v. Mulholland* (1963) 2 Q.B., p. 489 et 490.

9 - L'idée qu'il existe un « droit de savoir » a été critiquée par Lord Wilberforce dans l'affaire *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.* [1981] A.C., H.L., p. 1168. En page 1174, il a déclaré ce qui suit : « Il existe un intérêt public s'attachant à la libre circulation de l'information, intérêt dont l'intensité variera d'une affaire à l'autre » (traduction non officielle).

10 - Voir le paragraphe 35 de la décision de la Chambre d'appel renvoyant au jugement *Schoen v. Schoen*, 5 F. 3d, p. 1292 (1993), dans lequel la Cour d'appel fédérale du neuvième circuit des États-Unis avait affirmé que « l'intérêt de la société à protéger l'intégrité du travail du journaliste et à assurer la libre circulation des informations à destination du public suffit à justifier que

l'administration de la justice se trouve incidemment privée de la connaissance de la source de certains faits » (traduction non officielle).

11 - Voir Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (1979-80), Recueil CEDH, vol. 1, p. 748, par. 48 et Arrêt *The Sunday Times c/ Royaume-Uni* (1979-80), Recueil CEDH, vol. 2, p. 275, par. 59. La question a été examinée au paragraphe 8 de l'opinion dissidente présentée par Mme Evatt dans l'affaire *Faurisson c. France*, portée devant le Comité des droits de l'homme en 1996, Communication CCPR/C/58/D/550/1993 du 16 décembre 1996. D'après cette opinion, la condition de nécessité implique un élément de proportionnalité. L'ampleur de la restriction imposée à la liberté d'expression doit être proportionnelle à la valeur que la restriction cherche à protéger. Elle ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour assurer la protection de cette valeur. À mon sens, le terme « valeur » renvoie ici à une valeur sociale et n'est pas synonyme de la valeur probante d'un témoignage dans une affaire portée devant la justice.

12 - Voir *Association Ekin c. France*, CEDH, Arrêt du 17 juillet 2001, par. 56.

13 - *United States v. Smith*, 135 F. 3d, p. 971 (1998).

14 - *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S., p. 686 (1972).

15 - Un correspondant de guerre s'est vu refuser la dispense qu'il revendiquait dans l'affaire *United States v. Lindh*, 210 F. Supp. 2d, p. 783 (2002).

16 - Voir aussi le paragraphe 54 de la décision.

17 - [1963] 1 All ER, CA, p. 771C.

18 - *Ibid.*, p. 772.

19 - [1976] Q.B., C.A., p. 42.

20 - D'après le conseil de M. Randal, les affaires britanniques antérieures étaient désormais « lettre morte ». Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 10 mai 2002, p. 5434. Il a cependant ajouté : « l'arrêt *Senior v. Holdsworth* a survécu à cette ère, parce qu'il s'agissait d'une décision progressiste [...] ». *Ibid.*, p. 5436.

21 - *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* [1988] A.C., p. 684, par le Juge Lloyd (traduction non officielle).

22 - Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 1er mars 2002, p. 2532 et 2533.

23 - *Ibid.*, p. 2535.

24 - Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 26 février 2002, p. 2288.

25 - *Ibid.*, p. 2289.

26 - Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *The Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, par. 59. Voir aussi *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série A, Recueil des arrêts et opinions n°5, 13 novembre 1985, p. 109, par. 46, où il est opiné que la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu dans l'affaire du *Sunday Times* que pour qu'une restriction soit « nécessaire », il ne suffisait pas de démontrer qu'elle était « utile », « raisonnable » ou « opportune ».

27 - *Oxford English Dictionary*, 2e éd., Vol. 19 (Oxford, 1989), p. 356.

28 - *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8e éd. (Oxford, 1990), p. 1353.

29 - Au paragraphe 31 de sa décision, la Chambre d'appel a mentionné que l'article 54 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal investit la Chambre de première instance du pouvoir de « délivrer une injonction de comparaître si elle estime que c'est "nécessaire aux fins de l'enquête, de la préparation ou de la conduite du procès" ». Ce nonobstant, la Chambre d'appel a considéré à juste titre que le témoignage proposé ne pouvait faire l'objet d'une comparution forcée que s'il était « nécessaire ».

30 - Décision de la Chambre de première instance, par. 32, non souligné dans l'original. Voir aussi *ibid.*, par. 17.

31 - Voir *Garland v. Torre*, 259 F. 2d.545 (1958), où des termes similaires ont été utilisés pour distinguer l'espèce d'un précédent dans lequel il était question de pertinence, au sens ordinaire du terme.

32 - Voir, par exemple, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8e éd. (Oxford, 1990), p. 890.

33 - Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 1er mars 2002, p. 2535, lorsque le Président de la Chambre a affirmé : « je pense que cette déposition pourrait apporter des éclaircissements sur la *mens rea*, sur l'intention délictueuse éventuelle de l'accusé en 1992, d'avril à décembre ».

34 - Voir *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd* [1985] A.C., H.L., Opinion dissidente de Lord Scarman, p. 367.

35 - La disponibilité du témoignage auprès d'autres sources peut constituer une cause d'empêchement, comme dans les affaires *Baker v. F. & F. Investment*, 470 F. 2d, p. 783 (1972) et *John and others v. Express Newspapers plc and others* [2000] 3 All ER, C.A., p. 264, par. 27. Mais ce n'est pas nécessairement le cas. Voir *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd* [1985] A.C., H.L., Opinion concordante de Lord Roskill, p. 370, Opinion concordante de Lord Bridge of Harwich, p. 373, et Opinion dissidente de Lord Scarman, p. 367 ; et *In re an Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* [1988] A.C., Opinion du Juge Lloyd, p. 683.

36 - Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 10 mai 2002, p. 5378, M. Robertson. Et voir *ibid.*, p. 5399, M. Robertson ; p. 5408 et 5426, Mme Korner ; et p. 5433, M. Robertson.

37 - Une personne faisant l'objet d'une citation de comparaître a le droit d'en demander l'annulation pour défaut de pertinence. Voir *Senior v. Holdsworth*, Ex parte *Independent Television News Ltd.* [1976] Q.B., C.A., Opinion du Juge Orr, p. 35, et Opinion du Juge Scarman, p. 42 et 43.