

NATIONS
UNIES

IT-02-54-AR73.2
A 36-1/199 385
31 OCTOBRE 2002

36/199 385
SF



Tribunal international chargé de poursuivre
les personnes présumées responsables de
violations graves du droit international
humanitaire commises sur le territoire de
l'ex-Yougoslavie depuis 1991

Affaire n° : IT-02-54-AR73.2

Date : 30 septembre 2002
FRANÇAIS

Original : Anglais

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le Juge Mohamed Shahabuddeen, Président
M. le Juge David Hunt
M. le Juge Mehmet Güney
M. le Juge Fausto Pocar
M. le Juge Theodor Meron

Assistée de : M. Hans Holthuis, Greffier

Arrêt rendu le : 30 septembre 2002

LE PROCUREUR

c/

SLOBODAN MILOŠEVIĆ

**ARRÊT RELATIF À L'ADMISSIBILITÉ D'ÉLÉMENTS DE PREUVE PRODUITS
PAR UN ENQUÊTEUR DE L'ACCUSATION**

Le Bureau du Procureur :

Mme Carla Del Ponte, Procureur
M. Geoffrey Nice
Mme Hildegard Uertz-Retzlaff
M. Dirk Reyneveld

L'Accusé :

M. Slobodan Milošević (non représenté)

Les Amici Curiae :

M. Steven Kay
M. Branislav Tapušković
M. Mischa Wladimiroff

Contexte de l'appel

1. En vertu de la certification accordée par la Chambre de première instance conformément à l'article 73 B) du Règlement de procédure et de preuve (le « Règlement »)¹, l'Accusation a fait appel de la décision de la Chambre de première instance excluant des éléments de preuve présentés par M. Barney Kelly, enquêteur du Bureau du Procureur. Les éléments de preuve en question se composaient du rapport de l'enquêteur (intitulé « Évaluation du site de Račak visé dans l'Acte d'accusation par Barney Kelly »), établi à l'aide de toute une série de documents comprenant un résumé par ce dernier d'un grand nombre de déclarations écrites faites à plusieurs enquêteurs du Bureau du Procureur par des témoins potentiels et relatives à ce que la Chambre de première instance a qualifié d'événements importants survenus à Račak, au Kosovo, résumé dans lequel il énonçait aussi les conclusions qu'il tirait de ces déclarations². L'Accusation n'a pas présenté les déclarations de témoins que M. Kelly avait résumées et sur lesquelles se fondaient ses conclusions.

2. Les motifs invoqués par la Chambre de première instance au soutien de sa décision étaient les suivants :

i) L'enquêteur témoignerait indirectement de choses qui, selon les conclusions qu'il a tirées, auraient été vues ou entendues par les témoins potentiels³.

ii) De telles conclusions ne revêtaient qu'une valeur probante limitée ou n'en avaient aucune⁴, vu qu'elles empiétaient sur les fonctions de la Chambre de première instance elle-même, à qui il appartient de décider quels éléments de preuve sont à admettre ou à rejeter et quelles conclusions sont à tirer des éléments de preuve présentés⁵. Des éléments de preuve tels que ceux mentionnés plus haut sont normalement exclus⁶.

¹ Décision relative à la demande de certification concernant des éléments de preuve produits par un enquêteur, présentée par l'Accusation en vertu de l'article 73 B) du Règlement, 20 juin 2002, p. 4, dans laquelle la Chambre de première instance a estimé qu'un règlement de la question avant le jugement définitif ferait concrètement progresser la procédure.

² La Chambre de première instance a rendu précédemment au cours de l'instance une décision orale excluant des éléments de preuve similaires devant être apportés par un autre enquêteur du Bureau du Procureur, M. Kevin Curtis, Compte rendu d'audience (« CR »), 20 février 2002, p. 672 et 673. Le débat sur ce point s'est poursuivi au sujet du témoignage de M. Kelly ; la Chambre de première instance a alors rendu une autre décision orale confirmant et suivant sa décision antérieure : CR, 30 mai 2002, p. 5940 à 5944. Appel a été interjeté de la deuxième de ces décisions (qui a repris la première). La Chambre de première instance a reconnu l'importance des événements de Račak, CR, p. 5943.

³ CR, p. 672.

⁴ *Ibid.*, p. 672 et 673.

⁵ *Ibid.*, p. 5941.

⁶ *Ibid.*, p. 5941 et 5942.

iii) Le résumé de l'enquêteur n'était en fait rien de plus qu'une répétition des moyens présentés par l'Accusation et, en tant que tel, n'était d'aucune aide pour la Chambre de première instance⁷.

iv) Il existait une différence entre le rapport de M. Barney Kelly et une autre pièce à conviction qui, elle, avait été admise dans la présente affaire, un rapport de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (« OSCE ») intitulé « Le Kosovo : Ce qui a été vu, ce qui a été raconté » : celui-ci n'avait pas été établi pour les besoins du procès et émanait d'un organe indépendant des parties, ce qui lui conférait par conséquent une qualité d'indépendance⁸.

vi) On ne pouvait se fonder sur l'utilisation de rapports par les policiers et les enquêteurs dans la procédure pénale en vigueur en Espagne et aux Pays-Bas, car ladite procédure pénale diffère de celle, essentiellement contradictoire, qui a cours au Tribunal⁹.

vii) L'admission à titre de preuve, en dépit d'une objection, d'un dossier d'enquête et du rapport d'une « Commission sur les disparitions forcées » (« CONADEP ») dans le cadre d'un procès en Argentine¹⁰, constituait également un cas à part car, contrairement à la présente affaire, les renseignements fournis par les personnes interrogées étaient inclus dans le rapport de la CONADEP¹¹.

3. Ces raisons ont été données oralement, après une courte interruption suivant la fin de la présentation des conclusions. L'exposé de ces raisons est succinct, celles-ci n'étant pas développées comme ce serait habituellement le cas dans une décision rendue après délibéré. Dès lors, il convient également d'examiner les observations formulées par la Chambre de première instance lors de la présentation des conclusions, qui seraient révélatrices de ce qu'elle voulait exprimer par ces raisons succinctes. La Chambre de première instance a clairement indiqué ce qui suit :

- a) il n'y avait aucune intention de mettre en doute le professionnalisme de l'enquêteur du Bureau du Procureur¹²,

⁷ *Ibid.*, p. 673.

⁸ *Ibid.*, p. 5943.

⁹ *Ibid.*, p. 5942 et 5943.

¹⁰ *Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal*, Cour d'appel fédérale en matières pénale et correctionnelle, Tribunal du district fédéral de Buenos Aires, Déclaration de culpabilité d'anciens officiers militaires, 9 décembre 1985, *Human Rights Law Journal*, volume 8, p. 368, à la p. 382.

¹¹ CR, p. 5943. (Ceci est confirmé au paragraphe 28519 du *Human Rights Law Journal*, résumé de l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire).

¹² *Ibid.*, p. 5929 et 5932.

- b) ce qui la préoccupait à propos du rapport de l'enquêteur du Bureau du Procureur, résumant les déclarations des témoins et exprimant ses conclusions basées sur lesdites déclarations, c'était que ledit rapport n'apparaîtrait pas aux yeux du public comme une évaluation indépendante du témoignage que les auteurs de ces déclarations pouvaient rendre¹³,
- c) aucune valeur probante n'est attachée à un résumé qui ne fait guère plus que reprendre dans ses grandes lignes la thèse de l'Accusation, et auquel ont été ajoutées les conclusions personnelles de l'enquêteur¹⁴,
- d) la situation pourrait être différente si le Bureau du Procureur présentait les déclarations elles-mêmes¹⁵, et
- e) si les déclarations étaient présentées, le résumé qu'en a fait l'enquêteur du Bureau du Procureur serait superflu, et un conseil du Bureau du Procureur pourrait exposer les conclusions de l'enquêteur comme les siennes propres, fondées sur les déclarations versées au dossier¹⁶.

4. Le conseil de l'Accusation avait précédemment refusé de présenter les déclarations des témoins potentiels en application de l'article 92 *bis* du Règlement¹⁷, au motif que si les témoins étaient contre-interrogés, l'Accusation éprouverait des difficultés à respecter les délais fixés par la Chambre de première instance pour la présentation principale de ses moyens de preuve¹⁸. La Chambre de première instance a de nouveau clairement fait comprendre qu'il appartenait à l'Accusation de limiter ses moyens afin de respecter le temps qui lui avait été accordé pour les présenter¹⁹.

¹³ *Ibid.*, p. 5931 à 5933 et 5936.

¹⁴ *Ibid.*, p. 5932 et 5933.

¹⁵ *Ibid.*, p. 5933, 5936 et 5937.

¹⁶ *Ibid.*, p. 666 à 668, 5730, 5929 et 5932.

¹⁷ L'article 92 *bis* est examiné au paragraphe 18 3), ci-dessous.

¹⁸ CR, p. 668.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5935 à 5937. Cette question est abordée aux paragraphes 25 à 27, ci-dessous.

Les moyens d'appel de l'Accusation

5. Les moyens d'appel sont formulés dans les termes suivants²⁰ :

« 1) La Chambre de première instance a conclu à tort que la valeur probante des éléments de preuve contenus dans le résumé du témoin était limitée, voire inexistante, et a donc commis une erreur en excluant ce résumé,

2) La Chambre de première instance a exercé à mauvais escient son pouvoir discrétionnaire en refusant d'admettre le résumé d'éléments de preuve du témoin tout en raccourcissant le délai imparti à l'Accusation pour la présentation principale de ses moyens de preuve. »

Les conclusions

6. L'Accusation affirme que le premier moyen d'appel soulève une question de droit et que le deuxième reproche à la Chambre de première instance d'avoir commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire²¹.

7. Quant aux éléments de preuve considérés comme n'ayant qu'une valeur probante limitée, voire inexistante, l'Accusation soutient qu'ils étaient recevables comme éléments de preuve indirects en vertu de l'article 89 C) du Règlement²², et qu'ils sont pertinents au regard des allégations contenues dans l'Acte d'accusation²³. Bien qu'il s'agisse d'éléments de preuve indirects, pour l'Accusation, la Chambre de première instance avait « toute latitude pour admettre une preuve indirecte pertinente, si [elle est convaincue] qu'elle est « probante », c'est-à-dire que sa crédibilité est de nature à prouver la véracité de sa teneur », et qu'à cette fin, la Chambre de première instance « [peut] prendre en compte à la fois le contenu de la preuve indirecte et les circonstances dans lesquelles elle a été apportée²⁴ ». L'enquêteur du Bureau du Procureur avait interrogé certains témoins en personne, et entrepris d'évaluer toutes les déclarations à la fois pour vérifier leur concordance et relever toute contradiction, et pour

²⁰ « Appel interlocutoire de l'Accusation formé contre la décision relative à l'admission du résumé d'éléments de preuve produits par un témoin », 27 juin 2002 (« Appel interlocutoire »), par. 4. Un « Corrigendum à l'Appel interlocutoire de l'Accusation formé contre la décision relative à l'admission du résumé d'éléments de preuve produits par un témoin » a été déposé le 28 juin 2002.

²¹ Appel interlocutoire, par. 5.

²² *Ibid.*, par. 6 et 12. L'article 89 C) est ainsi rédigé : « La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante. » L'article 89 est intégralement cité au paragraphe 13, ci-dessous.

²³ Appel interlocutoire, par. 11.

²⁴ *Ibid.*, par. 12, citant *Le Procureur c/ Aleksovski*, IT-95-14/1-AR73, Arrêt relatif à l'appel du Procureur concernant l'admissibilité d'éléments de preuve, 16 février 1999 (« Arrêt *Aleksovski* »), par. 15.

établir si elles se trouvaient confirmées ou corroborées par des conclusions médico-légales indépendantes déjà versées au dossier à titre d'éléments de preuve²⁵. L'Accusation conclut ainsi :

Cet indice de fiabilité, qui ressort des pièces sur lesquelles se fonde le résumé de Barney Kelly, confère une valeur probante à son témoignage indirect. La Chambre de première instance semble n'avoir pas tenu compte de cet indice lorsqu'elle a décidé d'exclure ces éléments de preuve²⁶.

L'Accusation assure qu'il est manifestement erroné de dire que le résumé des éléments de preuve n'est pas fiable en soi²⁷, et elle fournit un certain nombre d'exemples où de tels éléments de preuve ont déjà été admis dans la présente affaire ainsi que dans d'autres affaires. L'Accusation marque son désaccord avec ce que donnerait à entendre la décision de la Chambre de première instance, à savoir que le résumé d'éléments de preuve présenté par Barney Kelly n'est pas assez fiable parce qu'il a été préparé dans l'optique de ce litige²⁸.

8. S'agissant du moyen d'appel relatif à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, l'Accusation soutient que la décision d'exclure les éléments de preuve de l'enquêteur du Bureau du Procureur, « tout en imposant des délais stricts pour la présentation des moyens à charge », aura pour effet de placer les Chambres de première instance « dans la position intenable de devoir rendre des jugements sans disposer de tous les éléments de preuve auxquels elles auraient pu avoir accès »²⁹, alors que « [l']utilisation de résumés d'éléments de preuve permettra de façon relativement rapide à la Chambre de première instance, ainsi qu'à d'autres Chambres, de déterminer quel est l'ensemble le plus large possible d'éléments de preuve à charge et à décharge auxquels elle a accès »³⁰.

9. L'accusé a contesté les éléments de preuve au cours de l'instance³¹, mais n'a déposé aucune conclusion dans le cadre de l'appel.

²⁵ *Ibid.*, par. 13.

²⁶ *Ibid.*, par. 13. L'exemple donné par l'Accusation plus loin dans le même document permet de mieux comprendre cette affirmation assez obscure (au paragraphe 30) : « Le résumé d'éléments a en soi un certain poids, à savoir, s'il y a 1 000 déclarations signées affirmant que des Serbes chassaient des gens de chez eux, ce fait a une certaine force probante ». La Chambre d'appel interprète cette assertion comme signifiant que pour prouver que les gens avaient été chassés de chez eux par les forces serbes, l'existence de 1 000 déclarations affirmant ce fait peut revêtir une certaine valeur probante, même si la crédibilité des auteurs de ces déclarations n'a pas été mise à l'épreuve.

²⁷ Appel interlocutoire, par. 15.

²⁸ *Ibid.*, par. 22.

²⁹ *Ibid.*, par. 28.

³⁰ *Ibid.*, par. 31.

³¹ CR, p. 673 : « [...] c'est d'une manière illégitime que le Procureur essaie de prolonger le temps qui lui est imparti pour proférer des contre-vérités et cacher la vérité ».

10. Les *Amici Curiae* se sont opposés au cours de l'instance à ce que le résumé de ces éléments de preuve soit versé au dossier³², et ont déposé des conclusions s'opposant à l'appel interjeté par l'Accusation³³. Ils reconnaissent, tout comme l'Accusation, que l'article 89 donne à une Chambre de première instance le pouvoir discrétionnaire d'admettre des éléments de preuve indirects, mais ils font remarquer que l'exercice d'un tel pouvoir est subordonné au jugement que la Chambre de première instance porte sur la valeur probante et la pertinence desdits éléments³⁴. Selon eux, il faut laisser essentiellement à la Chambre de première instance le soin d'apprécier et de soupeser les éléments de preuve, et sa décision ne peut être infirmée que dans le cas indiqué dans l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en l'affaire *Le Procureur c/ Tadić*³⁵. Selon l'interprétation qu'ils font de cet arrêt, la décision rendue par la Chambre de première instance sur ce point ne peut être attaquée que s'il est démontré qu'elle est déraisonnable³⁶. Quelle que soit la fiabilité du résumé préparé par l'enquêteur du Bureau du Procureur, pour eux, la fiabilité des déclarations elles-mêmes ne peut être vérifiée que par le contre-interrogatoire³⁷. Ils ajoutent que même si les déclarations des témoins présentent un certain indice de fiabilité, les conclusions formulées par l'enquêteur du Bureau du Procureur sur le contenu des déclarations relèvent de la compétence de la Chambre de première instance elle-même³⁸. Quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en général, les *Amici Curiae* réitèrent que, en qualité de témoin des faits, l'enquêteur du Bureau du Procureur n'a pas le droit de témoigner sur la question ultime qu'il appartient à la Chambre de première instance de trancher³⁹.

11. L'Accusation, dans sa Réplique, reprend en grande partie les arguments avancés dans son Appel interlocutoire⁴⁰. Cependant, elle conteste le fait que le document produit par l'enquêteur du Bureau du Procureur contienne des « conclusions » ; ce sont, affirme-t-elle, « simplement des résumés concis des informations que M. Kelly a rassemblées sur les événements de Račak lors de son enquête⁴¹ ». Elle soutient aussi que le témoignage que

³² *Ibid.*, p. 669 et 670.

³³ Réponse/Observations des *Amici Curiae* concernant l'appel interlocutoire formé par l'Accusation contre la décision relative à l'admission du résumé d'éléments de preuve produits par un témoin, 8 juillet 2002, (« Réponse »).

³⁴ Réponse, par. 11.

³⁵ *Ibid.*, par. 12. La référence à l'arrêt *Tadić* est la suivante : IT-94-1-A. Arrêt, 15 juillet 1999, par. 64.

³⁶ Réponse, par. 13.

³⁷ *Ibid.*, par. 31.

³⁸ *Ibid.*, par. 29.

³⁹ *Ibid.*, par. 25.

⁴⁰ Réplique de l'Accusation à la Réponse/Observations des *Amici Curiae* concernant l'appel interlocutoire formé par l'Accusation contre la décision relative à l'admission du résumé d'éléments de preuve produits par un témoin, *Prosecution's Reply to Amici Curiae Response/Observations on the Interlocutory Appeal of the Prosecution Against Decision on Admission of Evidence of Summarizing Witness*, 12 juillet 2002 (« Réplique »).

⁴¹ Réplique, par. 5.

l'enquêteur pourrait rendre ne se rapportent pas à une question ultime en l'espèce parce qu'il « n'aborde pas la question de la culpabilité ou celle de la responsabilité pénale individuelle de l'accusé Milošević, ou n'importe quelle autre question de droit⁴² ». L'Accusation présente son enquêteur comme expert, le témoignage qu'il offre étant « une description générale du site complexe de Račak, et des événements qui s'y sont produits⁴³ ». À titre subsidiaire, l'Accusation reconnaît que, si les conclusions empiètent effectivement sur les fonctions de la Chambre de première instance, celle-ci pourrait admettre seulement le résumé et exclure les conclusions⁴⁴. Il est affirmé qu'aucun préjudice ne découle de l'absence du contre-interrogatoire des auteurs des déclarations résumées par l'enquêteur du Bureau du Procureur, car il peut être contre-interrogé pour ce qui est de la concordance des récits résumés et de la méthode qu'il a employée⁴⁵. Faute pour le Tribunal de disposer de l'éventail le plus complet possible d'éléments de preuve, affirme l'Accusation, ses jugements, ou ceux de tout autre tribunal comparable, « ne résisteront à l'épreuve de l'étude historique⁴⁶ ».

Demande d'audience contradictoire

12. Dans sa Réplique, l'Accusation a demandé la tenue d'une audience contradictoire consacrée au recours⁴⁷. Elle n'a pas indiqué les questions particulières qu'elle souhaitait débattre ni expliqué pourquoi elle ne pouvait pas présenter efficacement son argumentation à ce sujet par écrit. Compte tenu des abondantes conclusions écrites déjà reçues de l'Accusation (et des répétitions excessives qu'elles contiennent), ainsi que des difficultés matérielles pour organiser l'audition de conclusions orales, la Chambre d'appel ne voit aucune raison de déroger à sa pratique habituelle de trancher les appels interlocutoires d'après les conclusions écrites déposées par les parties⁴⁸.

⁴² *Ibid.*, par. 6 et 14.

⁴³ *Ibid.*, par. 7.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 6. (L'Accusation n'avait pas fait une telle concession lorsque la question était pendante devant la Chambre de première instance).

⁴⁵ *Ibid.*, par. 11.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 15.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 21.

⁴⁸ *Le Procureur c/ Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Ordonnance relative à la requête d'Esad Landžo aux fins d'un débat devant la Chambre, 26 mars 1999, p. 2.

Discussion

13. L'Accusation se fonde sur les termes de l'article 89 C) du Règlement pour soutenir que le résumé d'éléments de preuve de l'enquêteur était recevable. Il est important d'examiner l'article 89 C) dans le contexte qui est le sien :

Section 3 : De la preuve

Article 89

Dispositions générales

- A) En matière de preuve, la Chambre applique les règles énoncées dans la présente section et n'est pas liée par les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve.
- B) Dans les cas où le Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause.
- C) La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante.
- D) La Chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable.
- E) La Chambre peut demander à vérifier l'authenticité de tout élément de preuve obtenu hors audience.
- F) La Chambre peut recevoir la déposition d'un témoin oralement, ou par écrit si l'intérêt de la justice le commande.

14. D'emblée, une distinction doit être établie entre les deux questions qui se posent relativement au témoignage de l'enquêteur du Bureau du Procureur (M. Kelly) - l'une concernant le contenu du témoignage et l'autre son mode de présentation.

15. Son témoignage se composait, en premier lieu, de son résumé du contenu des déclarations écrites faites aux différents enquêteurs du Bureau du Procureur par des témoins potentiels pour les besoins de la procédure. L'Accusation a présenté ce résumé pour faire verser au dossier le contenu de ces déclarations écrites afin d'établir la véracité des déclarations qui avaient été résumées. L'Accusation n'a pas souhaité présenter les déclarations elles-mêmes en vertu de l'article 92 *bis* du Règlement⁴⁹. Hormis les déclarations recueillies par M. Kelly lui-même, il ne s'agissait pas d'éléments de preuve indirects de ce que ces

⁴⁹ L'Accusation a affirmé qu'en l'espèce, l'exigence d'un contre-interrogatoire pour de tels témoins (voir par. 27, ci-dessous) l'aurait empêchée de respecter le calendrier imposé par la Chambre de première instance : CR, p. 668 et 5939. L'article 92 *bis* est examiné au paragraphe 18 3), ci-dessous.

témoins potentiels lui avaient dit, mais plutôt d'éléments de preuve indirects du contenu de ces déclarations écrites (elles-mêmes indirectes).

16. Le témoignage de l'enquêteur du Bureau du Procureur se composait ensuite des conclusions tirées par lui-même des déclarations écrites qu'il avait résumées. Commençons par examiner immédiatement la décision de la Chambre de première instance de rejeter ces éléments de preuve. Un passage de l'« Évaluation de M. Barney Kelly », cité par les *Amici Curiae*, dit ce qui suit :

« Mes enquêtes, mon expérience professionnelle, ma formation et mes connaissances, ainsi que les documents et pièces que j'ai lus et évalués, ainsi que les déclarations de témoins, m'ont amené à la conclusion que :

- 1) Les forces serbes ont à plusieurs reprises pillé, saccagé et incendié des biens dans le village de Račak à partir de juin 1998.
- 2) Bien qu'aucune victime n'ait été signalée, les forces serbes ont harcelé et blessé de nombreux villageois albanais du Kosovo durant cette période.
- 3) Les forces serbes ont encerclé Račak aux premières heures du 15 janvier 1999 et attaqué le village en le prenant en tenaille. Plus de quarante civils non armés d'origine albanaise ont été tués, la plupart alors qu'ils tentaient d'échapper à l'attaque. Les homicides ont eu lieu en six endroits en treize occasions.
- 4) L'attaque aurait été lancée en représailles à des meurtres de policiers serbes commis récemment par l'ALK à Dulije et Slivovo.
- 5) L'ALK était présente à Račak, où neuf de ses soldats ont été tués ce jour-là et beaucoup d'autres blessés. »

17. L'argument de l'Accusation selon lequel il ne s'agit pas de conclusions mais « simplement [de] résumés concis des informations que M. Kelly a rassemblées sur les événements de Račak lors de son enquête » est rejeté. Non seulement sont-elles qualifiées de conclusions, mais elles en *sont* vraiment, basées dans une large mesure sur des choses qui, pour M. Kelly, avaient été vues ou entendues par les témoins potentiels. Il est vrai, comme le soutient l'Accusation, que ces conclusions ne se rapportent pas directement à la participation de l'accusé à ces événements, mais il s'agit néanmoins de faits que la Chambre de première instance est obligée de considérer et à partir desquels elle doit tirer ses propres conclusions avant d'aborder la question de la culpabilité de l'accusé. Cette tâche ne requiert pas une compétence qui dépasse celle que possède n'importe quel tribunal du fait, qui est d'analyser les données concrètes présentées par les témoins. Quelle que soit la compétence que l'enquêteur du Bureau du Procureur revendique en ce sens, la Chambre de première instance était fondée à refuser son aide pour s'acquitter de la tâche même qui lui incombait.

18. La question fondamentale que soulève l'appel est celle de l'admissibilité du résumé préparé par l'enquêteur du Bureau du Procureur comme preuve indirecte du contenu des déclarations faites aux enquêteurs du Bureau du Procureur par des témoins potentiels. La Chambre d'appel a examiné la question des éléments de preuve indirects de façon approfondie en trois occasions. Les deux premières décisions ont été rendues avant l'adoption de l'article 92 *bis* du Règlement.

- 1) Dans l'affaire *Aleksovski*⁵⁰, la Chambre d'appel a dit
 - a) que l'article 89 C) du Règlement donne à la Chambre de première instance toute latitude pour admettre une preuve indirecte pertinente⁵¹,
 - b) que cette preuve est admise pour prouver la véracité de ce qui y est dit,
 - c) qu'elle devrait être admise si sa crédibilité a été démontrée,
 - d) qu'à cette fin la Chambre de première instance peut prendre en compte à la fois le contenu de la déclaration et les circonstances dans lesquelles elle a été faite, et
 - e) que la valeur probante d'une telle déclaration dépend du contexte et du caractère du moyen de preuve en question.

La Chambre d'appel a également déclaré que l'impossibilité de contre-interroger la personne qui a fait les déclarations et la question de savoir s'il s'agit ou non d'un témoignage « de première main » sont à prendre en compte dans l'appréciation de la force probante de l'élément de preuve⁵². Elle a également estimé que, même si cela dépend des circonstances extrêmement variables de l'espèce, la force probante accordée à une preuve indirecte est habituellement moindre que celle accordée à la déposition sous serment d'un témoin qui a été contre-interrogé⁵³.

- 2) Dans *le Procureur c/ Kordić et Čerkez*⁵⁴, la Chambre d'appel a déclaré que le large pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 89 C) du Règlement est toutefois limité par l'article 89 B) qui exige que la Chambre applique les règles d'administration de la preuve

⁵⁰ Décision *Aleksovski*, par. 15.

⁵¹ L'article 89 C) du Règlement dispose : « La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante ».

⁵² *Ibid.*, par. 15.

⁵³ *Ibid.*, par. 15.

⁵⁴ IT-95-14/2-AR73.5, « Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé », 21 juillet 2000 (« Décision *Kordić et Čerkez* »).

propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause. L'exercice par une Chambre de première instance de son pouvoir d'appréciation prévu à l'article 89 C) devrait donc autant que possible respecter le Statut et les autres articles du Règlement⁵⁵. La Chambre d'appel a également déclaré qu'il convient d'interpréter l'article 89 C) de manière à garantir que la Chambre est convaincue de la fiabilité des éléments de preuve. Si ceux-ci ne satisfont à aucune des exigences des autres articles du Règlement qui autorisent que l'on s'écarte du principe du témoignage en personne, d'autres éléments prouvant leur fiabilité doivent être présentés⁵⁶. La fiabilité d'une preuve indirecte est donc pertinente dans le cadre de son admissibilité, et pas seulement de sa valeur probante⁵⁷. Dans une certaine mesure, la Décision *Kordić et Čerkez* a été dictée par la préférence du Règlement, à cette époque, pour les témoignages « directs en audience⁵⁸ ».

3) La décision de la Chambre d'appel dans l'affaire *Galić*⁵⁹, postérieure à celle que la Chambre de première instance a rendue en l'espèce, présente également un certain intérêt pour le présent appel. En décembre 2001, la préférence pour les témoignages « directs en audience » a été nuancée et l'article 89 F) du Règlement permet maintenant de présenter des éléments de preuve sous forme écrite « si l'intérêt de la justice le commande⁶⁰ ». Cette mise au point s'est accompagnée de l'introduction de l'article 92 *bis*, qui autorise l'admission d'éléments de preuve sous la forme d'une déclaration écrite au lieu et place d'un témoignage oral s'ils permettent de démontrer un point autre que les actes et le comportement de l'accusé tels qu'allégués dans l'acte d'accusation, sous réserve du respect de certaines conditions formelles ; mais, après avoir entendu les parties, la Chambre de première instance peut toutefois ordonner que le témoin compareaisse pour être soumis à un contre-interrogatoire.

⁵⁵ Décision *Kordić et Čerkez*, par. 20.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 22.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 24. Dans l'Arrêt *Aleksovski* (par. 15), la Chambre d'appel avait précédemment déclaré que, avant de pouvoir admettre une preuve indirecte, la Chambre de première instance doit être convaincue « que, envisagée dans la perspective [de prouver la véracité de ce qui y est dit], elle est crédible en ce sens qu'elle est volontaire, véridique et digne de foi ». Dans le Procureur *cf Delalić et consorts*, IT-96-21-AR73.2, « Arrêt relatif à la requête de l'accusé Zejnil Delalić aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Chambre de première instance en date du 19 janvier 1998 concernant la recevabilité d'éléments de preuve », 4 mars 1998, par. 19 à 21, trois juges de la Chambre d'Appel, refusant l'autorisation d'interjeter appel, ont cité en l'approuvant apparemment cette remarque de la Chambre de première instance : « [I] est implicitement prévu dans le Règlement que la Chambre de première instance accorde une attention particulière aux indices de fiabilité des éléments de preuve lorsqu'elle en évalue la pertinence et la valeur probante avant de se prononcer sur leur admissibilité ».

⁵⁸ Décision *Kordić et Čerkez*, par. 19. L'article 90 A) prévoyait alors que, sous réserve d'un témoignage par déposition ou par vidéoconférence, « les Chambres entendent en principe les témoins en personne ».

⁵⁹ IT-98-29-AR73.2, « Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté en vertu de l'article 92 bis C) du Règlement », 7 juin 2002 (« Décision *Galić* »).

⁶⁰ Le paragraphe A) de l'article 90 a été supprimé et un nouveau paragraphe F) a été ajouté à l'article 89 : « La Chambre peut recevoir la déposition d'un témoin oralement, ou par écrit si l'intérêt de la justice le commande ».

L'article 92 *bis* a été introduit à la suite de la Décision *Kordić et Čerkez*⁶¹. Il s'applique à une situation particulière où, sous réserve des conditions qu'il énonce et dans la mesure où les éléments de preuve ont valeur probante au sens de l'article 89 C), il est en principe dans l'intérêt de la justice au sens de l'article 89 F) d'admettre les preuves par écrit⁶². L'article 92 *bis* dans son ensemble porte sur un genre très particulier de preuves indirectes auparavant admissibles en vertu de l'article 89 C), les déclarations écrites produites par des témoins potentiels aux fins de poursuites judiciaires⁶³.

Puisque la fiabilité de telles déclarations soulève de très graves questions (discutées en détail dans la Décision *Galić*)⁶⁴, la Chambre d'appel a jugé qu'une partie ne peut être autorisée à en présenter en invoquant l'article 89 C) pour se soustraire à la rigueur de l'article 92 *bis*, et que l'objet de l'article 92 *bis* était de restreindre l'admissibilité de ce type très particulier de preuves indirectes à celles qui entrent dans son champ d'application⁶⁵. Si les preuves indirectes que l'on entend faire admettre consistent en déclarations écrites produites par des témoins potentiels aux fins de poursuites judiciaires, elles ne sont recevables que si elles se conforment à l'article 92 *bis*, y compris en ce qui concerne la possibilité de soumettre les témoins à un contre-interrogatoire si la Chambre de première instance l'ordonne. Par analogie, a déclaré la Chambre d'appel, l'article 92 *bis* est la *lex specialis* qui soustrait au champ d'application de la *lex generalis* de l'article 89 C)⁶⁶ l'admissibilité de telles déclarations écrites de témoins potentiels et comptes rendus de témoignages, même si les principes généraux qui découlent implicitement de l'article 89 C) – que l'élément de preuve est recevable uniquement s'il est pertinent, et qu'il est pertinent uniquement s'il a une valeur probante – demeurent applicables pour l'article 92 *bis*⁶⁷.

Toutefois, afin d'éviter tout malentendu, il est peut-être nécessaire d'ajouter que rien dans la Décision *Galić* ne fait obstacle à ce qu'une déclaration écrite faite par des témoins potentiels à des enquêteurs de l'Accusation ou à d'autres personnes aux fins de poursuites judiciaires soit admise comme élément de preuve même si elle ne satisfait pas aux conditions de l'article 92 *bis* – i) si aucune objection n'a été soulevée à son encontre, ou ii) si elle est

⁶¹ Décision *Galić*, par. 28.

⁶² *Ibid.*, par. 12.

⁶³ *Ibid.*, par. 28.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 28.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 31.

⁶⁶ Il est peut-être plus exact de dire que la *lex generalis* est contenue dans la totalité de l'article 89, et en particulier dans ses paragraphes C) et F).

⁶⁷ Décision *Galić*, par. 31.

devenue recevable pour d'autres raisons – lorsque quelqu'un affirme, par exemple, que cette déclaration écrite contient une déclaration antérieure qui contredit la déposition du témoin⁶⁸.

19. Au vu des principes énoncés à la fois dans la Décision *Kordić et Čerkez* et dans la Décision *Galić* concernant le résumé par un enquêteur du Bureau du Procureur du contenu des déclarations écrites faites par des témoins potentiels aux enquêteurs du Bureau du Procureur, il apparaît que l'Accusation cherchait effectivement à se soustraire à la rigueur des exigences de l'article 92 *bis* qui veut que les témoins soient soumis à un contre-interrogatoire si la Chambre de première instance l'ordonne⁶⁹. Partant, si la Chambre d'appel devait réexaminer la recevabilité des preuves proposées par l'enquêteur du Bureau du Procureur, elle jugerait que le contenu des déclarations écrites qui avaient été résumées par cet enquêteur et qui n'avaient pas été versées au dossier en vertu de l'article 92 *bis*, n'était pas admissible en application de l'article 89 C)⁷⁰.

20. Cela étant, la Chambre d'appel n'a pas à rechercher si l'Accusation a démontré que la Chambre de première instance a commis une erreur en décidant d'exclure les éléments de preuve offerts par l'enquêteur du Bureau du Procureur. Toutefois, puisque ces questions ont été débattues de façon approfondie, la Chambre d'appel juge opportun de déclarer qu'elle n'est pas convaincue que la Chambre de première instance ait pris à tort cette décision. Les motifs de cette conclusion sont exposés ci-après.

21. Cet appel ne met pas en doute la recevabilité, en principe, de ce que l'on a appelé le résumé d'éléments de preuve, c'est-à-dire le résumé de pièces pertinentes au regard des questions en l'espèce, qui a été admis en de nombreuses occasions lorsqu'il y avait lieu de le faire. L'opportunité d'admettre une telle preuve dépend des circonstances particulières à l'espèce. Lorsque les pièces résumées ne prêtent pas à controverse, on peut évidemment gagner beaucoup de temps si elles sont résumées dans un seul document ou par un seul témoin plutôt que présentées par de nombreux témoins. Dans tous les cas, la question fondamentale

⁶⁸ Afin d'éviter le dépôt d'un trop grand nombre de pièces à conviction, il est devenu de pratique courante pour l'Accusation d'admettre oralement que la déclaration du témoin comprend le passage que la Défense prétend être contradictoire. La mention de cette concession dans le compte rendu vaut mention suffisante de cette déclaration, et la question de savoir dans quelle mesure il y a effectivement contradiction est laissée à l'appréciation de la Chambre de première instance.

⁶⁹ La Chambre de première instance avait déjà, à ce stade, ordonné que les dépositions concernant les faits qui constituent le fondement de l'incrimination pour les événements survenus au Kosovo concernaient un élément critique des moyens de l'accusation, et que l'équité du procès exigeait que leurs auteurs fussent soumis au contre-interrogatoire si leurs déclarations étaient présentées en application de l'article 92 *bis* : voir par. 27 ci-dessous.

⁷⁰ *Le Procureur c/ Aleksovski*, IT-95-14/2-A, Arrêt, 24 mars 2000, par. 107.

est de savoir si les pièces ainsi résumées seraient elles-mêmes recevables. Le résumé fait par une personne de pièces fournies par une autre personne est nécessairement une preuve indirecte par nature. La recevabilité de preuves indirectes en application de l'article 89 C) ne devrait pas permettre le versement au dossier de pièces qui ne seraient pas admissibles en elles-mêmes. Comme l'article 92 *bis* exige que les déclarations de témoins soient versées au dossier et que les témoins se soumettent à un contre-interrogatoire si la Chambre de première instance l'ordonne, les pièces résumées, en l'espèce, n'étaient pas admissibles comme preuves indirectes.

22. Si les pièces résumées consistent en déclarations faites par d'autres personnes (autres que les déclarations écrites de témoins potentiels recueillies aux fins de poursuites judiciaires), de sorte qu'elles seraient admissibles en vertu de l'article 89 C), le résumé reste une preuve indirecte de ces déclarations faites par d'autres personnes, et la fiabilité de ces déclarations (elles-mêmes preuves indirectes) est à prendre en compte pour décider de l'admissibilité de leur résumé. Comme le dit l'Arrêt *Aleksovski* (dans un passage que l'Accusation n'invoque pas)⁷¹, la Chambre de première instance doit considérer si le résumé est un témoignage « de première main » (c'est-à-dire si les auteurs des déclarations résumées ont personnellement vu ou entendu les événements consignés dans leurs déclarations), et si l'impossibilité de contre-interroger ces personnes affecte la fiabilité de leurs déclarations. Contrairement à ce qu'affirme l'Accusation, la possibilité de contre-interroger l'auteur du résumé ne compense pas l'impossibilité de contre-interroger les auteurs des déclarations. Dans d'autres cas, bien sûr, les déclarations peuvent contenir leurs propres indices de fiabilité qui compensent cette impossibilité.

23. La Chambre de première instance doit également être convaincue de la fiabilité de la méthode utilisée pour résumer ces déclarations. Cette question *peut* être traitée en contre-interrogeant l'auteur du résumé. Le fait que le résumé ait été rédigé dans l'optique du litige peut être pertinent quant à son admission mais, comme le fait valoir l'Accusation, il serait totalement erroné de suggérer qu'un tel résumé est *ipso facto* dénué de fiabilité. La Chambre de première instance, toutefois, n'a rien dit de tel. Ce qu'elle a dit effectivement, c'est que lorsque le résumé de pièces est rédigé par une personne au service de la partie qui entend invoquer ce résumé (en particulier lorsque l'accusé n'est pas représenté par un conseil),

⁷¹ Arrêt *Aleksovski*, par. 15.

- i) le résumé de ces pièces ne doit être considéré comme fiable que si les pièces elles-mêmes ont été admises au dossier, de sorte que la Chambre de première instance puisse les évaluer elle-même ;
- ii) si la Chambre de première instance se fondait sur ce résumé sans pouvoir en évaluer elle-même la fiabilité, l'opinion publique percevrait son verdict comme sujet à caution ;
- iii) si ces déclarations étaient admises, le résumé deviendrait superflu.

24. La Chambre d'appel n'est pas convaincue que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la Chambre de première instance ait eu tort d'adopter cette approche quant au résumé rédigé par l'enquêteur du Bureau du Procureur⁷². Contrairement, une fois de plus, à ce que soutient l'Accusation⁷³, dans les circonstances de l'espèce, le fait que les déclarations de témoins résumées étaient accessibles à l'accusé et à la Chambre de première instance pour vérifier la fiabilité du résumé ne constitue pas une réponse aux préoccupations exprimées par cette dernière. La Chambre avait le droit d'estimer qu'elle ne pouvait pas compter sur la Défense pour assurer le suivi de ces questions, étant donné que l'accusé n'est pas représenté par un conseil et que les *Amici Curiae* ne reçoivent aucune instruction de sa part, même si tous ont participé au contre-interrogatoire des témoins. La Chambre de première instance aurait évidemment tort, pour se prononcer sur les questions qui se posent en l'instance, de se reporter à des pièces qui lui sont certes accessibles mais n'ont pas été versées au dossier, et elle avait le droit d'estimer que, dans les circonstances de l'espèce, il était inopportun qu'elle procède elle-même à un contre-interrogatoire au sujet de telles pièces alors que celles-ci ne faisaient pas partie du dossier⁷⁴. C'est en partie en se référant à ces lacunes que la Chambre de première instance a rejeté ce résumé comme n'ayant qu'une valeur probante limitée, voire inexistante. Le premier moyen d'appel est rejeté.

25. Les arguments avancés par l'Accusation à l'appui de son deuxième moyen d'appel – selon lequel la Chambre de première instance a commis une erreur d'appréciation en rejetant le résumé rédigé par l'enquêteur du Bureau du Procureur tout en limitant la durée de la présentation de ses moyens de preuve – constituent une nouvelle tentative, quoique indirecte,

⁷² Devant l'impossibilité de contre-interroger les auteurs des déclarations écrites, une telle approche aurait peut-être également été justifiée dans les circonstances de l'espèce en vertu de l'article 89 D) (« La Chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable »), mais il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point dans le présent appel.

⁷³ Compte rendu p. 5926 et 5933.

⁷⁴ Ce point a été précisé à l'Accusation lors de l'exposé ses conclusions devant la Chambre de première instance : compte rendu p. 5932.

de prétendre que la Chambre de première instance avait commis une erreur d'appréciation en décidant d'imposer une limite de temps pour la présentation principale de ses moyens de preuve. Il apparaît clairement, au vu des nombreuses références que l'Accusation a faites dans ses conclusions à la nécessité d'admettre les preuves « les plus nombreuses et les plus diverses possibles », qu'elle conteste à nouveau le droit de la Chambre de première instance de l'obliger à réduire le volume de ses moyens de preuve à charge comme elle l'a fait dans la décision frappée d'appel.

26. La question du volume des moyens à charge et de la limite de la durée de leur présentation a déjà été débattue au cours du procès. Le délai de quatorze mois imposé le 7 avril dernier a fait l'objet d'une demande infructueuse d'autorisation d'interjeter appel⁷⁵. L'opinion exprimée par la Chambre de première instance était – sous réserve de son pouvoir de reconsidérer sa décision –

- a) qu'il était nécessaire de réduire la durée prévue de la présentation des moyens à charge afin de conserver la maîtrise du procès ;
- b) qu'il ne convenait pas en l'espèce d'administrer la preuve de chaque violation grave pour laquelle on disposait d'éléments de preuve ;
- c) que l'Accusation aurait quatorze mois pour présenter sa cause ; et
- d) que, en conséquence, l'Accusation devait réduire le nombre de faits qu'elle pouvait prouver au nombre de faits qu'elle pouvait prouver pendant cette période⁷⁶.

En refusant l'autorisation d'interjeter appel de cette décision, le Collège de la Chambre d'appel a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, qui étaient exceptionnelles, la Chambre de première instance était fondée à procéder de la sorte, et qu'il n'avait pas été établi qu'elle avait commis une erreur d'appréciation⁷⁷. Il a été souligné qu'une Chambre de

⁷⁵ « Décision relative à la Requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel interlocutoire », 25 avril 2002, p. 3. Les motifs de cette décision ont été donnés ultérieurement : « Motifs du refus d'autoriser l'Accusation à interjeter appel de la décision d'imposer un délai », 16 mai 2002 (« Motifs du refus »).

⁷⁶ Motifs du refus, par. 16.

⁷⁷ *Ibid*, par. 16.

première instance a toujours la latitude de revenir sur l'une de ses décisions, et pas seulement en cas de circonstances imprévues⁷⁸, mais que l'exercice ou non de ce pouvoir est lui-même laissé à son appréciation⁷⁹.

27. Lorsque la Chambre de première instance a décidé d'imposer une limite à la durée de la présentation des moyens à charge, elle avait déjà établi que –parce que l'accusé contestait vivement les moyens à charges liés à l'acte d'accusation relatif aux événements survenus au Kosovo, selon lesquels les déportations et les meurtres qui s'y sont produits étaient le résultat d'attaques des forces serbes et non (comme il l'affirmait) d'attaques terroristes de l'armée de libération du Kosovo et des bombardements des forces de l'OTAN – les déclarations des témoins « des faits incriminés » dans la présente affaire étaient liées à un élément critique des moyens à charge et donc que l'équité du procès exigeait que ces témoins se soumettent à un contre-interrogatoire si leurs déclarations en vertu de l'article 92 *bis* étaient versées au dossier⁸⁰. À l'époque, la Chambre de première instance avait bien à l'esprit l'effet que la nécessité de contre-interroger les témoins déposant en vertu de l'article 92 *bis* aurait sur la durée de la présentation des moyens à charge⁸¹. On ne saurait laisser entendre que la Chambre de première instance a négligé le lien entre les deux questions sur lesquelles elle avait déjà attiré l'attention. En effet, elle a déclaré expressément, en rejetant les éléments de preuve de l'enquêteur du Bureau du Procureur, qu'elle était consciente des contraintes que supposait pour l'Accusation le délai imposé⁸².

28. Dans ces circonstances, l'Accusation n'a pas démontré que la Chambre de première instance s'était fourvoyée quant au principe à appliquer ni quant au droit à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ni qu'elle avait accordé de l'importance à des considérations étrangères ou dépourvues de pertinence, ni qu'elle n'avait

⁷⁸ *Ibid.*, par. 17, citant *le Procureur c/ Galić*, IT-98-29-AR73, 14 décembre 2001, par. 13 et, entre autres, *Semanza c/ le Procureur*, affaire n° ICTR-97-20-A, « Décision (Appel contre la décision orale du 7 février 2002 rejetant la requête en révision de la décision du 29 janvier 2002 relative à la comparution du témoin expert français Dominique Lecomte et à l'acceptation de son rapport) », 16 avril 2002, p.2.

⁷⁹ Motifs du refus, par. 17, citant *Bagosora c/ le Procureur*, affaire n° ICTR-98-41-A, « Décision – Appel interlocutoire de la Décision de refus de réexaminer des décisions relatives aux mesures de protection de témoins à décharge et demande aux fins de déclaration d'incompétence », 2 mai 2002, par. 10.

⁸⁰ « Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'admettre des déclarations écrites en vertu de l'article 92 *bis* du règlement », 21 mars 2002 (« Décision article 92 *bis* »), par. 23 à 27.

⁸¹ Décision article 92 *bis*, par. 26 et 29.

⁸² Compte rendu p. 5943. La décision de soumettre au contre-interrogatoire les témoins « des faits incriminés » concernait les déclarations en vertu de l'article 92 *bis* des témoins des faits constituant le fondement des incriminations relatives aux événements survenus au Kosovo. Il n'a pas été suggéré que la décision s'appliquait également à celles liées aux incriminations relatives aux événements survenus en Bosnie et en Croatie.

pas accordé d'importance ou suffisamment d'importance à des considérations pertinentes, ni qu'elle avait commis une erreur de fait dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁸³. Aucune erreur dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'a été démontrée. Le second moyen d'appel est également rejeté.

⁸³ *Le Procureur cf. Milosević*, « Motifs de la décision relative à l'appel interlocutoire de l'accusation contre le rejet de la demande de jonction », 18 avril 2002, par. 5.

Dispositif

29. L'appel est rejeté, le Juge Shahabuddeen présentant une opinion partiellement dissidente.

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

Le 30 septembre 2002
La Haye (Pays-Bas)

/signé/
Le Juge Mohamed Shahabuddeen
Président

/signé/
Le Juge David Hunt

/signé/
Le Juge Mehmet Güney

/signé/
Le Juge Fausto Pocar

/signé/
Le Juge Theodor Meron

Le Juge Shahabuddeen joint à la Décision l'exposé de son opinion partiellement dissidente.

[Sceau du Tribunal]

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE SHAHABUDEEN

A. Introduction

1. Au paragraphe 20 de l'Arrêt, la Chambre d'appel affirme que «[c]et appel ne met pas en doute la recevabilité, en principe, de ce que l'on a appelé le résumé d'éléments de preuve, c'est-à-dire le résumé de pièces pertinentes au regard des questions en l'espèce, qui a été admis en de nombreuses occasions lorsqu'il y avait lieu de le faire». Elle ajoute : «L'opportunité d'admettre une telle preuve dépend des circonstances particulières à l'espèce». Ainsi, l'admission de résumés d'éléments de preuve est en principe acceptée, nombre d'entre eux ont d'ailleurs été admis à maintes reprises. La question qui se pose plus précisément est celle de savoir s'il convient d'admettre pareils éléments de preuve en la présente espèce.

2. Pour répondre à cette question, il est utile de préciser les conditions dans lesquelles œuvre le Tribunal. Celui-ci doit conduire des procès qui s'étalent dans le temps et dans l'espace et qui voient défiler des centaines de témoins. Les tribunaux internationaux sont depuis longtemps confrontés à ce problème. C'était déjà le cas à Nuremberg. D'aucuns estiment que, bien qu'en pratique à l'abri de ce problème, la Cour internationale de justice a récemment été confrontée à cette perspective embarrassante. Il va sans dire que le Tribunal international connaît bien ce problème : si l'on permet qu'elles se déroulent de manière ordinaire, certaines procédures en première instance pourraient durer cinq ans, voire plus.

3. Dans ces conditions, le Tribunal a dû se doter du pouvoir de déterminer la durée de la présentation des moyens d'une partie¹, étant entendu que ce pouvoir doit s'exercer dans le respect de l'exigence primordiale d'assurer l'équité du procès envers les deux parties², toute

¹ Voir Articles 73 *bis* E) et 73 *ter* E) du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international (le «Règlement»). La première disposition est ainsi rédigée : «La Chambre de première instance détermine après avoir entendu le Procureur la durée de présentation de ses moyens de preuve». La deuxième s'applique, en des termes équivalents, à la Défense.

² Nombre de considérations entrent en ligne de compte, notamment l'appréciation discrétionnaire des questions principales et secondaires de l'espèce, des faits cumulatifs et non contestés, du droit d'exprimer une opinion, de l'ampleur des exclusions en rapport avec l'importance de la question soulevée, et d'autres facteurs généralement destinés à écarter toute décision arbitraire. Voir un certain nombre d'exemples aux États-Unis rassemblés dans B.H. Glenn, *Limiting Number of Noncharacter Witnesses in Criminal Case*, 5 A.L.R. 3d 238.

décision prise en vertu de ce pouvoir étant modifiée si besoin est³. Les parties reconnaissent généralement, et c'est tout à leur honneur, la nécessité de pareilles restrictions. Selon moi, la question qui se pose en l'espèce n'est pas de savoir si le pouvoir d'imposer des limites est légitime, ni s'il convient de reculer celles-ci. Cela étant, les limites imposées peuvent toujours engendrer des difficultés, du genre de celles que soulève la question qui nous occupe.

4. Concrètement, la question qui se pose est de savoir si un témoin travaillant au service de l'Accusation et déposant en personne à l'audience peut résumer les déclarations écrites de témoins non cités, sachant que son résumé contient ses observations et conclusions personnelles sur ces déclarations. Je souscris partiellement à la réponse formulée par la Chambre d'appel, mais je crains fort de m'en séparer sur certains points, que je souhaite expliquer ci-après.

B. Contexte

5. L'accusé est inculpé de crimes commis en Croatie, en Bosnie et au Kosovo, et s'étalant sur une longue période. Sous réserve de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de modifier les délais, la Chambre de première instance a dû imposer un délai de 14 mois à l'Accusation pour présenter ses moyens de preuve concernant ces trois territoires. S'agissant du volet Kosovo, l'acte d'accusation porte sur 24 sites, dont celui de Račak. Pour respecter le délai imparti par la Chambre de première instance, l'Accusation a dû à son tour limiter le nombre de témoins qu'elle citerait pour chacun de ces sites. De manière générale, elle se contenterait de cinq témoins par site, elle en citerait un ou deux à l'audience et, s'agissant des trois ou quatre autres, elle déposerait leur déclaration selon les modalités prescrites par l'article 92 *bis* du Règlement⁴. Il lui est loisible de citer plus de témoins, mais elle doit garder à l'esprit les conséquences de ce choix sur son obligation de respecter le délai global imparti par la Chambre de première instance.

³ Voir Article 73 *bis* F) du Règlement qui dispose : «En cours de procès, la Chambre de première instance peut, dans l'intérêt de la justice, faire droit à la requête du Procureur aux fins que lui soit accordé du temps supplémentaire pour présenter ses moyens de preuve.» L'article 73 *ter* F est la disposition équivalente pour la Défense.

⁴ Compte rendu d'audience en anglais, Chambre de première instance, 20 février 2002, p. 661 et 665, propos de M^e Nice (Accusation).

6. La Chambre de première instance reconnaît que Račak «était un événement important». L'Accusation affirme que plus de 40 personnes non armées y ont été tuées, sans compter celles qui ont été blessées. Ces homicides auraient été commis en 6 endroits et sur 13 sites différents. L'Accusation avance que l'audition d'un nombre limité de témoins ne saurait donner une vue d'ensemble de ces événements. Elle dispose de nombreux témoins. Elle ne les citera pas tous ; toutefois, il lui serait plus facile de respecter le délai imparti par la Chambre de première instance si l'un d'entre eux était autorisé à résumer les éléments de preuve contenus dans les déclarations écrites de soixante⁵ des autres témoins, et à faire part de ses observations et conclusions dans un rapport qu'il présenterait. M. Kelly, le témoin en question, était un enquêteur travaillant pour le Bureau du Procureur. S'agissant des déclarations écrites en cause, dans certains cas, c'est lui qui a personnellement procédé à l'audition de leurs auteurs, dans d'autres, ce sont ses collègues qui s'en sont chargés, mais il les a toutes lues. Bien qu'elles ne soient pas jointes à son rapport, toutes ces déclarations sont référencées dans les notes en bas de pages. Elles n'ont pas été versées au dossier mais étaient accessibles à l'accusé et à la Chambre de première instance.

C. La décision de la Chambre de première instance

7. Voilà les circonstances dans lesquelles l'Accusation a offert le témoignage de M. Kelly. La Chambre de première instance a refusé cette offre. Elle n'a pas estimé que l'Accusation aurait dû se prévaloir de l'article 92 *bis* du Règlement et non de l'article 89 C), comme celle-ci l'a fait. Elle a invoqué à l'appui de sa décision que «[l]e fait qu'un témoin tire ses propres conclusions au sujet d'un élément de preuve consiste pour lui à empiéter sur les fonctions qui sont celles de la Chambre de première instance» et que M. Kelly travaillait pour le Bureau du Procureur. Elle a conclu que son témoignage n'était pas fiable, que sa «valeur probante [était] limitée voire inexistante», et qu'il n'était donc pas recevable. Tout en refusant d'admettre le témoignage de M. Kelly, la Chambre de première instance a affirmé que «[s]i des questions importantes surgissaient au cours de la présentation des éléments de preuve de la Défense, le Procureur aura[it] toujours loisir d'appeler à la barre de nouveaux témoins pour réfuter les arguments de la Défense. Nous soulignons néanmoins que nous n'encourageons pas

⁵ Compte rendu d'audience en anglais, Chambre de première instance, 28 mai 2002, p. 5717, 5735 et 5934, propos de M^e Nice.

cette initiative.» L'Accusation n'a pas été encouragée à le faire, parce que, selon moi, les éléments de preuve qui peuvent être présentés en réfutation sont plus limités que les éléments de preuve principaux : sous réserve de détails qui ne sont pas pertinents, la décision de la Chambre est fondée sur le principe voulant que l'Accusation ne peut présenter une contre-preuve que si elle a été surprise par la preuve produite par la Défense (principe *ex improviso*). Le fait qu'une question soit importante pourrait donner à penser que l'Accusation l'avait prévue, et qu'elle ne pourrait produire des preuves en réfutation. La production de preuve en réfutation réduirait également le temps dont dispose l'Accusation pour la présentation de ses moyens de preuve.

D. Position de base adoptée dans la présente opinion

8. Tout comme la Chambre d'appel, je pense que les conclusions formulées par M. Kelly concernant son résumé des déclarations écrites des témoins absents sont irrecevables. Comme le rappelle la Chambre d'appel au paragraphe 10 de son Arrêt, l'Accusation reconnaît que si les conclusions empiètent sur les fonctions de la Chambre de première instance, cette dernière pouvait se borner à admettre le résumé et exclure les conclusions. Mais la Chambre d'appel estime que le résumé est lui aussi irrecevable, conclusion qui n'emporte pas mon adhésion.

E. Droit applicable

9. L'article 89 C) du Règlement a été adopté en février 1994. Il dispose : «La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante». Il est constant que les éléments de preuve indirects sont recevables en vertu de cette disposition. L'article 89 F) du Règlement a été adopté en décembre 2001. Il dispose : «La Chambre peut recevoir la déposition d'un témoin oralement, ou par écrit si l'intérêt de la justice le commande». L'article 92 *bis*, également adopté en décembre 2001, dispose :

Article 92 *bis*

Faits prouvés autrement que par l'audition d'un témoin

- A) La Chambre de première instance peut admettre, en tout ou en partie, les éléments de preuve présentés par un témoin sous la forme d'une déclaration écrite, au lieu et place d'un témoignage oral, et permettant de démontrer un point autre que les actes et le comportement de l'accusé tels qu'allégués dans l'acte d'accusation.
 - i) Parmi les facteurs justifiant le versement au dossier d'une déclaration écrite, on compte notamment les cas où lesdits éléments de preuve :

- a) sont cumulatifs, au sens où d'autres témoins déposeront ou ont déjà déposé oralement sur des faits similaires ;
 - b) se rapportent au contexte historique, politique ou militaire pertinent;
 - c) consistent en une analyse générale ou statistique de la composition ethnique de la population dans les lieux mentionnés dans l'acte d'accusation ;
 - d) se rapportent à l'effet des crimes sur les victimes ;
 - e) portent sur la moralité de l'accusé ; ou
 - f) se rapportent à des éléments à prendre en compte pour la détermination de la peine.
- ii) Parmi les facteurs s'opposant au versement au dossier d'une déclaration écrite, on compte les cas où :
- a) l'intérêt général commande que les éléments de preuve concernés soient présentés oralement ;
 - b) une partie qui s'oppose au versement des éléments de preuve peut démontrer qu'ils ne sont pas fiables du fait de leur nature et de leur source, ou que leur valeur probante est largement inférieure à leur effet préjudiciable ou
 - c) il existe tout autre facteur qui justifie la comparution du témoin pour contre-interrogatoire.
- B) Une déclaration écrite soumise au titre du présent article est recevable si le déclarant a joint une attestation écrite selon laquelle le contenu de la déclaration est, pour autant qu'il le sache et s'en souvienne, véridique et exact et
- i) la déclaration est recueillie en présence :
 - a) d'une personne habilitée à certifier une telle déclaration en conformité avec le droit et la procédure d'un État ou
 - b) un officier instrumentaire désigné à cet effet par le Greffier du Tribunal international et
 - ii) la personne certifiant la déclaration atteste par écrit :
 - a) que le déclarant est effectivement la personne identifiée dans ladite déclaration ;
 - b) que le déclarant a affirmé que le contenu de la déclaration est, pour autant qu'il le sache et s'en souvienne, véridique et exact ;
 - c) que le déclarant a été informé qu'il pouvait être poursuivi pour faux témoignage si le contenu de la déclaration n'était pas véridique et
 - d) la date et le lieu de la déclaration.

L'attestation est jointe à la déclaration écrite soumise à la Chambre de première instance.

- C) Une déclaration écrite ne se présentant pas sous la forme prévue au paragraphe B) peut néanmoins être recevable si elle provient d'une personne décédée par la suite, d'une personne qui ne peut plus être retrouvée malgré des efforts raisonnables ou d'une personne qui n'est pas en mesure de témoigner oralement en raison de son état de santé physique ou mentale, sous réserve que la Chambre de première instance :
- i) en décide ainsi sur la base des preuves les plus concluantes et
 - ii) estime que les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et enregistrée présentent des indices suffisants de sa fiabilité.

- D) La Chambre peut verser au dossier le compte rendu d'un témoignage entendu dans le cadre de procédures menées devant le Tribunal et qui tend à prouver un point autre que les actes et le comportement de l'accusé.
- E) Sous réserve de l'article 127 ou de toute ordonnance contraire, une partie qui entend soumettre une déclaration écrite ou le compte rendu d'un témoignage le notifie quatorze jours à l'avance à la partie adverse, qui peut s'y opposer dans un délai de sept jours. La Chambre de première instance décide, après audition des parties, s'il convient de verser la déclaration ou le compte rendu au dossier, en tout ou en partie, ou s'il convient d'ordonner que le témoin comparaisse pour être soumis à un contre-interrogatoire.

F. L'Arrêt de la Chambre d'appel

10. Dans son Arrêt, la Chambre d'appel estime que le résumé de M. Kelly ne peut être admis pour les motifs suivants :

- a) il ne permet pas de procéder au contre-interrogatoire des auteurs des déclarations résumées et a été rédigé par une personne travaillant au service de l'Accusation. Pour ces raisons ainsi que d'autres, il n'est pas fiable, et, partant, est dénué de valeur probante et irrecevable. Il n'était donc pas recevable en tant qu'élément de preuve indirect, même en vertu de l'article 89 C) du Règlement sur lequel s'appuyait l'Accusation. Ce motif suffisait à vider le recours,
- b) indépendamment du point a), les déclarations écrites résumées par M. Kelly ont été préparées aux fins de poursuites judiciaires ; or les déclarations écrites de cette catégorie bien particulière ne sont plus recevables qu'en vertu de l'article 92 *bis* du Règlement ; et l'Accusation n'a pas invoqué cette disposition,
- c) l'Accusation tente indirectement d'affirmer que la Chambre de première instance a commis une erreur d'appréciation en imposant un délai, mais cette question a déjà été tranchée.

G. L'argument selon lequel le résumé d'éléments de preuve produit par M. Kelly ne constitue pas une preuve indirecte recevable

11. S'agissant du point a), selon moi, sont infondés les arguments autres que ceux portant sur le contre-interrogatoire et le fait que le témoin travaillait au service de l'Accusation. Je tiens quand même à faire une petite remarque quant à l'apparente absence de tout lien entre M. Kelly et les déclarations écrites recueillies par ses collègues. Ce vide aurait pu être comblé par son témoignage à l'audience. Il était à la barre et, s'il avait été autorisé à aborder la question, il aurait pu démontrer que ses collègues lui avaient transmis les déclarations écrites

en lui donnant des explications. Sous réserve de leur valeur probante, des preuves indirectes de preuves indirectes peuvent être admises et l'ont déjà été. Il aurait donc été possible d'établir un lien. Mis à part cela, mes considérations se limiteront aux deux arguments mentionnés.

12. Premièrement, l'argument relatif au contre-interrogatoire. Il convient tout d'abord de rappeler que, dans son Arrêt, la Chambre d'appel reconnaît que des résumés d'éléments de preuve «[ont] été admis en de nombreuses occasions lorsqu'il y avait lieu de le faire». Il me semble que le moyen tiré de l'impossibilité de contre-interroger l'auteur d'une déclaration initiale dans le cas d'un résumé de preuve produit par un témoin aurait, s'il était fondé, fait obstacle à l'admissibilité dans ces cas.

13. Affirmer que l'admission du témoignage de M. Kelly priverait l'accusé du droit à interroger les témoins que lui confère l'article 21 4) e) du Statut du Tribunal international (le «Statut») ne donne pas plus de force à l'argument. Lorsque l'on autorise un témoin à présenter des éléments de preuve indirects, la jurisprudence établie au Tribunal veut que si la partie adverse souhaite contester un point de son témoignage, elle doit le faire en contre-interrogeant le témoin ayant produit les éléments de preuve indirects et/ou en citant à son tour des témoins. Pour le reste, c'est à la Chambre de première instance qu'il revient d'apprécier le poids qu'il convient d'accorder aux éléments de preuve produits, en tenant tout particulièrement compte du fait que les sources originales n'ont pas été soumises à contre-interrogatoire. La Chambre de première instance peut bien entendu exiger la présence des auteurs des déclarations initiales mais, si elle le fait, il ne s'agit plus alors vraiment d'éléments de preuve indirects. L'approche qu'il convient d'adopter s'agissant des témoignages indirects est celle qui est exposée ci-dessus. Cette approche est compatible avec la pratique adoptée par les juges dans de nombreux systèmes juridiques, lesquels apprécient les éléments de preuve, y compris les éléments de preuve indirects, sur la base de leur «intime conviction». Pour les raisons exposées ci-après, cette pratique ne saurait être méconnue.

14. Dans le premier paragraphe de l'Arrêt, ainsi que très souvent dans le reste de celui-ci, la Chambre d'appel relève à juste titre que l'Accusation n'a pas versé au dossier les déclarations des témoins résumées dans le rapport de M. Kelly. La Défense est en droit de vérifier l'exactitude d'un résumé en se reportant au texte intégral des déclarations à partir desquelles ledit résumé a été établi. Partant, le principe qui est en jeu en l'espèce est celui de la valeur probante, mais, si je peux me permettre, il est invoqué à tort. L'Accusation a fait

remarquer que les déclarations des témoins étaient référencées dans les notes en bas de page du résumé de M. Kelly. Elles ne faisaient pas officiellement partie du dossier, mais elles étaient à la disposition de la Chambre de première instance et de l'accusé. L'Accusation a d'ailleurs demandé par deux fois à la Chambre de première instance d'en donner lecture⁶. Ainsi, le rapport de M. Kelly renvoyait la Chambre de première instance et l'accusé aux moyens disponibles leur permettant de vérifier l'exactitude du résumé.

15. Ce qui importe, c'est la possibilité de vérifier l'exactitude du résumé. Cependant, pour ce faire, il n'est pas nécessaire de contre-interroger l'auteur de la déclaration écrite initiale : partant, il n'était pas nécessaire que la déclaration soit versée au dossier. Pour vérifier l'exactitude du résumé, il suffisait de contre-interroger M. Kelly lui-même, puisqu'il en était l'auteur. Pour le contre-interroger, il fallait que les déclarations initiales soient à la disposition de la partie procédant au contre-interrogatoire, non qu'elles figurent au dossier. Une partie peut avoir le droit de se voir remettre des documents par la partie adverse, mais le versement de ces documents au dossier est une autre question. Ainsi, même si les déclarations de témoins ne figuraient pas au dossier, le fait qu'elles étaient à la disposition de la Défense – et de la Chambre de première instance, d'ailleurs – n'était pas sans valeur juridique. Le droit d'avoir les documents à disposition était respecté.

16. À mon sens, si je puis me permettre, le fait que l'accusé n'était pas représenté par conseil est sans incidence sur le point de droit relatif à la recevabilité. Si les éléments de preuve soumis par l'Accusation sont recevables dans le cas d'un accusé représenté par conseil, je peine à comprendre comment ceux-ci pourraient ne pas l'être dans le cas d'un accusé non représenté. Il convient de respecter le droit de l'accusé d'assurer sa propre défense. Je ne comprends pas en quoi l'exercice de ce droit influe sur la recevabilité. La force probante de ces éléments de preuve est une autre question. Autrement, on se trouverait devant une situation paradoxale dans le cas de deux coaccusés qui auraient décidé l'un d'assurer sa propre défense, l'autre de se faire représenter par un conseil. Des documents recevables dans le deuxième cas ne le seraient plus dans le premier, et ce du seul fait que l'un a choisi de se faire représenter.

17. Deuxièmement : l'argument tiré de l'absence de crédibilité du témoin du fait qu'il est au service de l'Accusation. Ici encore, une observation préliminaire s'impose : s'il était valable, cet argument aurait dû également s'opposer à la recevabilité dans d'autres affaires où

⁶ Compte rendu d'audience en anglais, Chambre de première instance, 30 mai 2002, p. 5927 et 5933.

des résumés d'éléments de preuve ont été admis lorsque ces derniers étaient produits par l'intermédiaire de personnes au service de l'Accusation.

18. Pour ce qui est du bien-fondé de cet argument, la jurisprudence de certaines juridictions nationales considère à juste titre que le fait qu'un témoin soit membre du personnel de l'Accusation ou collabore avec elle soulève une question de force probante et non, comme l'a estimé la Chambre de première instance, de recevabilité. Le Procureur est une partie, certes, mais il est reconnu qu'il représente l'intérêt général de la communauté internationale et doit agir avec une objectivité et une équité adaptée à cet état de choses⁵⁰. Il est un ministre de la justice dans toute l'acception du terme. Sa mission ne consiste pas à obtenir une condamnation à tout prix ; les dispositions du Règlement relatives à la communication des éléments de nature à disculper l'accusé en sont la preuve. En substance, ce qui précède s'applique aux systèmes de *common law*⁵¹. Mais cela est tout aussi manifeste dans les systèmes de droit romano-germanique. Il s'agit d'un élément dont un tribunal pénal agissant sur le plan international doit tenir compte, surtout en raison de la déclaration solennelle faite par le témoin.

19. Il est souvent possible de souligner les spécificités des précédents applicables et il faut naturellement en tenir compte ; ce nonobstant, on estime que la pratique antérieure⁵² du Tribunal considère, dans une large mesure, que les résumés d'éléments de preuve produits par des personnes au service de l'Accusation sont recevables. Cela vaut également pour les tribunaux aux Pays-Bas et en Espagne ; s'efforcer, comme l'a fait la Chambre de première instance, de singulariser leur pratique au motif qu'il s'agit de juridictions non-accusatoires revient à exagérer le caractère de *common law* du Tribunal et à bannir les usages respectables d'autres systèmes juridiques. En effet, quand on dit que le Statut a institué le Tribunal sur le modèle accusatoire, il faut également rappeler qu'il l'a institué à titre de tribunal international.

20. À cet égard, le Statut a institué le Tribunal en partant du principe qu'il devait se composer de juges issus de tous les systèmes juridiques, lesquels juges devaient être capables d'exercer leurs fonctions dès le premier jour. Or ils en seraient bien incapables s'ils étaient

⁵⁰ Le Procureur l'a reconnu dans son Règlement interne n° 2 de 1999, dans lequel il indique que les procureurs représentent « la communauté internationale » et devraient « promouvoir des principes d'équité et de professionnalisme ». §Traduction non officielle

⁵¹ *R. v. Banks* §1916C, 2 KB, p. 621, à la p. 623 (le juge Avory).

⁵² Récapitulée à la note 40 de l'« Appel interlocutoire de l'accusation formé contre la décision relative à l'admission du résumé d'éléments de preuve produits par un témoin » en date du 27 juin 2002.

7/17/04

aussi tenus de renoncer immédiatement à leurs traditions fondamentales et d'en adopter aussitôt une nouvelle. En outre, il convient de garder à l'esprit que le Tribunal a été constitué pour traiter de problèmes survenant dans des régions où la *common law* n'a pas cours. Il s'ensuit que le Statut lui-même doit être interprété selon le principe que, bien qu'élaboré sur la base du modèle accusatoire, il n'envisage pas que ce modèle soit exclusif de toutes autres influences. Rien n'impose une telle solution, comme l'indique dans une large mesure la jurisprudence du Tribunal.

H. L'argument selon lequel le résumé d'éléments de preuve produit par M. Kelly n'était recevable que dans le cadre de l'article 92 bis

21. En ce qui concerne le point b), je déduis du paragraphe 17 3) de l'arrêt de la Chambre d'appel que l'Accusation était obligée de procéder dans le cadre de l'article 92 bis. Il est soutenu que les déclarations écrites des témoins ont été établies aux fins de poursuites judiciaires, qu'il s'agit là d'une fin particulière et que (sauf exceptions qui ne paraissent pas applicables) les déclarations écrites de témoins établies à cette fin particulière ne peuvent être produites que dans le cadre de l'article 92 bis où, comme c'était apparemment le cas en l'espèce, de tels éléments de preuve « permettent de démontrer un point autre que les actes et le comportement de l'accusé tels qu'allégués dans l'acte d'accusation ». Avec tout le respect que je dois à mes confrères, je ne suis pas convaincu de l'existence d'une telle restriction.

22. Des déclarations écrites de témoins établies aux fins de poursuites judiciaires peuvent certes être versées au dossier en application de l'article 92 bis, mais il est malaisé de trouver un fondement à l'autre thèse selon laquelle pareilles déclarations ne peuvent être versées au dossier qu'en application dudit article. Cet article ne dit pas, ni ne laisse raisonnablement entendre, que les déclarations écrites de témoins établies aux fins de poursuites judiciaires ne peuvent être versées au dossier qu'en application de ses dispositions ; si tel était son objet, celui-ci aurait probablement été indiqué expressément au lieu d'être laissé à l'appréciation, quelque peu malaisée à mon sens, d'exégètes du monde entier issus de systèmes juridiques différents.

23. L'article 92 bis n'impose à la partie intéressée aucune obligation d'user de la procédure qu'il met en place. Il n'y aurait obligation que si l'article *imposait*, et non *permettait*, à une partie d'user de la procédure ainsi mise en place. Comme l'indique le texte reproduit plus haut,

l'article confère aux Chambres de première instance la faculté d'admettre des éléments de preuve dans certains cas ; il ne fait pas *obligation* à une partie d'user du dispositif qu'il prévoit.

24. Partant, si l'article 92 *bis* n'impose à la partie qui souhaite verser au dossier la teneur d'une déclaration écrite de témoin (dans les cas envisagés par cet article) aucune obligation de le faire uniquement dans le cadre de la procédure ainsi mise en place, la bonne interprétation de cet article est qu'il ne lui interdit pas de recourir à une autre procédure en application d'un autre article. Certes, la partie qui souhaite bénéficier des avantages qu'offre l'article 92 *bis* est obligée de se conformer à la procédure particulière que celui-ci édicte. Mais cette obligation ne joue pas lorsque la partie envisage de procéder en vertu d'une autre disposition. Cela étant, il est vain de faire une analogie avec le principe de la *lex specialis*.

25. Le Règlement donne en fait le choix, comme il en avait la possibilité : il propose différentes solutions à un problème fondamental. Même en tenant compte des exceptions prévues au paragraphe C) de l'article 92 *bis*, il se peut que la partie intéressée ne soit pas en mesure de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe B) de l'article pour être autorisée à produire directement la déclaration écrite d'un témoin : sans revenir sur la teneur de sa déclaration écrite, il se peut que le témoin initial hésite simplement à fournir une déclaration selon les exigences du paragraphe B), ou bien qu'il y ait quelque autre obstacle, non prévu au paragraphe C), à l'accomplissement des procédures. Pour des raisons de cet ordre, la partie intéressée peut ne pas être en mesure d'invoquer cet article. On voit mal pourquoi elle ne serait pas autorisée à présenter des preuves indirectes, par le truchement d'un autre témoin, de la teneur de la déclaration de témoin en application de l'article 89 C). La seule restriction est l'exigence d'un procès équitable, comme l'indiquent les paragraphes B) et D) de l'article 89. Toutefois, cette exigence n'interdisait pas le recours à l'article 89 C) avant l'adoption de l'article 92 *bis*, la question étant alors de savoir quel est le poids à accorder aux éléments de preuve en question, et je ne vois pas pourquoi elle devrait l'interdire à présent.

26. Pour ce qui est du pouvoir discrétionnaire, il convient de rappeler que la Chambre de première instance elle-même n'a pas contesté les conclusions de l'Accusation, visées au paragraphe 10 de l'arrêt de la Chambre d'appel, selon lesquelles le résumé d'éléments de preuve produits par M. Kelly ne se « rapportait pas à une question ultime en l'espèce parce qu'il "n'abordait pas la culpabilité ni la responsabilité pénale individuelle de l'accusé..." ».

27. Il est indiscutable que, préalablement à l'adoption de l'article 92 *bis*, l'article 89 C) n'autorisait pas un témoin (tel que M. Kelly) à produire des preuves indirectes de la teneur d'une déclaration écrite d'un témoin absent, que celle-ci ait été ou non établie aux fins de poursuites judiciaires. L'article 92 *bis* ne traite pas d'un tel cas, en l'espèce celui d'un témoin déposant sur la teneur de la déclaration écrite d'un témoin absent ; il prévoit la production directe de la déclaration écrite du témoin. S'il influe sur l'article 89 C) – une disposition très générale – ce n'est que dans la mesure où celui-ci concerne la production directe d'une déclaration écrite de témoin, question qui est aussi traitée maintenant à l'article 89 F).

28. Il convient par ailleurs de noter que, si la procédure de l'article 92 *bis* excluait le recours à l'article 89 C), cette dernière disposition se trouverait abrogée *pro tanto*. Y a-t-il eu pareille abrogation ?

29. On rappellera que l'« abrogation tacite n'est pas la solution privilégiée... En conséquence, si des lois antérieures et postérieures peuvent raisonnablement être interprétées de manière à ce qu'elles puissent être appliquées les unes et les autres, il convient de le faire »⁵³. Avant l'adoption de l'article 92 *bis*, les dispositions de l'article 89 C) autorisaient effectivement un témoin à produire des preuves indirectes de la teneur de déclarations écrites de témoins potentiels établies aux fins de poursuites judiciaires. Soutenir qu'il n'est plus possible de prendre ce parti malgré le fait que l'article 89 C) continue à s'appliquer dans sa forme antérieure fait nécessairement supposer que cet article a été tacitement abrogé *pro tanto*. Il est certain que les seize juges permanents du Tribunal peuvent tacitement abroger un article de leur Règlement quant à un aspect de son application antérieure tout en conservant le libellé qui était le sien auparavant ; de même, une formation restreinte de ces juges agissant à titre judiciaire peuvent dire que telle était l'intention de l'ensemble des juges agissant à titre législatif. Mais je ne suis pas convaincu que ce soit ce que l'ensemble des juges avaient à l'esprit.

30. Il convient d'ajouter que ne semble pas fondée la thèse selon laquelle l'Accusation serait hostile à la perspective de contre-interrogatoires que comporte l'article 92 *bis* E), comme pourrait le laisser entendre le paragraphe 19 de l'arrêt de la Chambre d'appel. Ainsi qu'il a été dit, la Chambre de première instance a imposé à l'Accusation un délai de 14 mois pour la

⁵³ *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12^e édition (Londres, 1969), p. 191. [Traduction non officielle]

présentation de ses moyens. Pour respecter ce délai, l'Accusation s'est limitée, en règle générale, à présenter cinq témoins pour chaque site. Elle en appelle un ou deux à la barre avant de soumettre des déclarations écrites pour les trois ou quatre autres en application de l'article 92 *bis*⁵⁴. S'agissant de tous ces témoins, qu'ils comparaissent ou non, l'Accusation est régulièrement confrontée à la possibilité d'un contre-interrogatoire. Par ailleurs, si aucun délai n'était fixé, il y a lieu de supposer que l'Accusation serait disposée à soumettre tous ses autres témoins au contre-interrogatoire de la manière habituelle. Il serait donc erroné d'attribuer à l'Accusation une quelconque réticence à affronter un contre-interrogatoire en vertu de l'article 92 *bis* E).

31. Mais la perspective de contre-interrogatoires en vertu de l'article 92 *bis* E) aurait pu avoir un autre effet, par exemple celui de prolonger la procédure, comme l'indique la position de l'Accusation rappelée au paragraphe 3 de l'arrêt de la Chambre d'appel. Le traitement de 60 déclarations de témoins aux termes de l'article 92 *bis*, avec les contre-interrogatoires y afférents, pourrait exiger du temps, surtout si de nouveaux interrogatoires s'avéraient nécessaires. Il s'agissait en l'espèce du site de Račak. Outre celui-ci, il y avait 23 sites à examiner au Kosovo. Une interprétation raisonnable est que l'Accusation estimait qu'elle ne pouvait avoir recours à la procédure de l'article 92 *bis* pour les 60 déclarations de témoins tout en respectant le délai global de 14 mois fixé par la Chambre de première instance. Son intention était non pas d'éviter le contre-interrogatoire, mais de trouver un moyen de présenter les documents nécessaires dans les délais impartis.

32. Enfin, la Chambre de première instance n'a pas dit que l'article 92 *bis* constituait un obstacle. La Chambre n'a pas estimé, semble-t-il, que l'Accusation avait la faculté de procéder dans le cadre de cet article et que, ne l'ayant pas fait, il lui était interdit de procéder dans le cadre de l'article 89 C). Si je me permets de ne pas être d'accord avec la Chambre sur certains points, je pense cependant comme elle que l'article 92 *bis* n'interdisait pas le recours à l'article 89 C). Autrement, il suffit d'imaginer les innombrables objections susceptibles d'être soulevées chaque fois que des preuves indirectes sont produites au cours de la déposition d'un

⁵⁴ Compte rendu d'audience en anglais, Chambre de première instance, 20 février 2002, p. 661 et 665, M. Nice pour l'Accusation.

témoin abordant plusieurs questions : à chaque occasion, s'il s'avère que le recours à l'article 92 *bis* aurait été possible, on pourrait arguer que lesdites preuves indirectes ne sont pas recevables parce qu'elles auraient pu être produites dans le cadre de cet article.

I. L'argument selon lequel l'Accusation affirmait indirectement que la Chambre de première instance s'était fourvoyée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'imposer un délai

33. En ce qui concerne le point c), l'Accusation s'est effectivement plainte par le passé que la Chambre de première instance ait exercé son pouvoir d'imposer un délai : le Tribunal a statué sur ce grief et l'Accusation serait malvenue de chercher à revenir sur ce point indirectement. Mais je ne pense pas que ce soit le cas. Bien que la Chambre de première instance ait la faculté de proroger le délai, celui-ci conserve à tout moment son caractère de délai. À ce titre, il impose une contrainte. Ce que dit l'Accusation, c'est qu'il lui serait plus facile de respecter le délai imparti si elle était autorisée à verser au dossier le résumé, produit par M. Kelly, des déclarations écrites des 60 autres témoins ; s'il fallait recourir à la procédure de l'article 92 *bis*, le délai actuellement imparti serait dépassé. À mon sens, cela n'équivaut pas à une tentative indirecte d'arguer que la Chambre de première instance s'est fourvoyée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de fixer le délai actuel.

J. Conclusion

34. Au paragraphe 20 de son arrêt, la Chambre d'appel reconnaît que les résumés d'éléments de preuve sont en principe recevables devant le Tribunal et qu'ils « ont été admis en de nombreuses occasions lorsqu'il y avait lieu de le faire ». Je ne comprends pas pourquoi il n'y a pas lieu de le faire en la présente affaire. Celle-ci vise de vastes territoires, s'étale dans le temps et comporte des listes interminables de témoins : de toute évidence, elle nécessite un dispositif particulier en matière d'administration de la preuve. Certains systèmes nationaux et les procès de Nuremberg proposent des modèles dont on peut s'inspirer. Il est possible de les modifier, mais l'idée générale est d'éviter les conclusions contestables fondées sur des éléments de preuve incomplets. Cette idée trouve sa traduction concrète dans une méthode qui permette au tribunal d'apprécier l'intégralité des éléments de preuve pertinents dans un laps de temps raisonnable, et qui soit néanmoins compatible avec les principes essentiels de justice.

Les deux parties ont droit à un procès rapide, mais ce n'est pas une raison de ne pas procéder à un examen exhaustif des éléments de preuve. La solution souhaitable est celle qui permet de concilier rapidité et exhaustivité.

35. À ce titre, la méthode mise en œuvre à Nuremberg permettrait à un tribunal pénal international d'admettre la déposition de témoins, même si celle-ci est présentée au tribunal par une personne au service de l'Accusation sous la forme d'un résumé d'éléments de preuve, sous réserve que l'accusé puisse avoir accès aux déclarations initiales. À bien des égards, cette méthode permettrait au tribunal de se faire une idée générale de la situation sans recourir à la solution laborieuse de la prorogation des délais.

36. L'argument selon lequel la démarche schématique adoptée à Nuremberg a été dépassée par l'importance de plus en plus grande accordée depuis lors aux droits de l'homme est fondé. Cependant, le problème de Nuremberg subsiste, de même que la nécessité d'y apporter une solution. À l'évidence, une solution qui violerait les principes fondamentaux ne serait pas satisfaisante. Mais on peut éviter les contradictions si l'on s'en tient aux principes fondamentaux, selon lesquels l'obligation d'être équitable n'est pas une obligation d'être infaillible⁵⁵. L'équité d'une instance procède de l'équité du système judiciaire appliqué. Ce dernier est fonction de l'équilibre à ménager entre deux intérêts généraux opposés : d'une part, l'intérêt général, médiatisé à juste titre, de respecter les droits de l'accusé et, d'autre part, l'intérêt égal, mais moins médiatisé, à ce que les crimes visés fassent l'objet d'une instruction appropriée et d'un procès en bonne et due forme.

37. Je ne vois pas comment on peut concilier ces deux intérêts essentiels si l'on adopte une position qui implique, en substance, que l'appréciation des faits par la Chambre de première instance se fera sur la base de documents incomplets ; même en tenant compte d'éventuelles modifications, il n'est pas plausible de prétendre que tel ne sera pas le résultat concret en l'espèce. Dans cette éventualité, la Chambre de première instance aura une connaissance incomplète des événements et ne sera pas en mesure de rendre un jugement susceptible de résister à un examen objectif approfondi. L'exclusion du résumé d'éléments de preuve produit

⁵⁵ Voir les observations du juge Hackworth, opinion dissidente, dans *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif, Recueil CIJ 1954*, p. 47, à la p. 86 ; de Lord Diplock dans *Maharaj v. Attorney-General of Trinidad and Tobago (n° 2)*, [1979] C. A.C., p. 385 (Conseil privé), à la p. 399, selon lequel « le droit fondamental de l'homme ne réside pas dans un système juridique infaillible, mais dans un système juridique équitable » (traduction non officielle) ; et de Lord Templeman dans *Bell v. Director of Public Prosecutions (Jamaica)* [1985] 1 A.C., p. 937 (Conseil privé).

par M. Kelly aura cet effet artificiel. Fait plus important, elle jettera un doute sur la viabilité du Tribunal.

38. Cette dernière observation m'amène au point suivant. D'après mon interprétation – si ce n'est l'interprétation générale – un arrêt de la Chambre d'appel n'est pas, en droit strict, un précédent qui engage cette Chambre même s'il constitue manifestement un élément de poids pour celle-ci et, à ce titre, il convient de ne s'en écarter qu'avec parcimonie⁵⁶. Je considère que la viabilité de ce Tribunal et d'autres juridictions pénales internationales actuelles et futures est une raison impérieuse pour exercer le pouvoir discrétionnaire de s'écarter du précédent suivi par la Chambre d'appel en l'espèce, s'il en résulte que le résumé d'éléments de preuve produits par M. Kelly était irrecevable.

39. En conclusion, j'appuie la décision de la Chambre d'appel de rejeter l'appel, mais seulement en ce qui concerne les conclusions de M. Kelly. Quant au résumé de M. Kelly, je considère qu'il était recevable en vertu de l'article 89 C) et je ferais droit à l'appel dans cette mesure.

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

/signé/

M. le juge MohamedShahabuddeen

Le 30 septembre 2002
La Haye (Pays-Bas)

⁵⁶ « La question est en réalité de savoir si... il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents », comme l'énonce la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *Exceptions préliminaires*, *Recueil CIJ 1998*, p. 275, à la p. 292, par. 28. Selon la Chambre d'appel du TPIY, « dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, la Chambre d'appel doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice ». Voir *Le Procureur c/ Aleksovski*, IT-95-14/1-A, 24 mars 2000, par. 107.