

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'INDÉPENDANCE DU PROCUREUR DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE
DANS L'EXERCICE DE L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES

MÉMOIRE PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR

FANFAN GUÉRILUS

OCTOBRE 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en tout premier lieu à mon auguste directeur, le professeur Pierre Robert qui a accepté volontiers de me faire le grand honneur de diriger ce mémoire. Je lui dois donc un lourd tribut de respect et de reconnaissance. À cet égard, si ce travail recèle certains mérites, je les dois entièrement à sa rigueur et à sa grande expertise. Quant aux éventuelles lacunes regrettables qui pourraient entacher sa qualité, lesquelles ne résulteraient que de mes mauvaises assimilations des enseignements reçus, elles incomberaient, en conséquence, à ma seule responsabilité.

Par ailleurs, je tiens à exprimer ma gratitude à l'ensemble du corps enseignant de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM. D'une façon spéciale, je tiens à remercier publiquement un petit nombre d'entre eux dont l'enseignement aura été pour moi un véritable phare non seulement dans la conduite de ce travail, mais aussi dans la poursuite de tout autre objectif académique à venir. Ce sont respectivement le chargé de cours et les professeurs M. Strapatsas Nicolaos, Mme Renée Joyal et M. Rémi Bachand.

Au personnel tant admirable de la bibliothèque du Département des sciences juridiques de l'UQAM, qui était toujours prêt à m'aider à repérer tel ou tel document, et qui, bien souvent, m'accompagnait même à ces fins jusqu'aux rayons, j'exprime dans ces lignes mes profondes reconnaissances.

À mes chères collègues Dallal Boukhari, Nathalie Vo Lang Phuong et Karine Bolduc qui m'ont été d'un réel soutien tout au long de ce parcours, je dis mille fois merci. À Dallal, en particulier, qui m'a surtout aidé dans la saisie et la mise en forme finales du texte, je sais infiniment gré.

Aux très chaleureux membres de ma famille, mon épouse Marie T. Nocy Polynice, mes enfants Béata, Beshdidha et Beshnauder qui m'ont apporté tout leur soutien et toute leur affection durant ces études, je renouvèle ici mes plus profonds attachements.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	iv
RÉSUMÉ	vii
INTRODUCTION GÉNÉRALE : POSITION DU PROBLÈME	1
CHAPITRE I	
LES PRINCIPES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ.....	5
Résumé	7
1.1 Introduction.....	8
Section 1	
Place des principes d'indépendance et d'impartialité dans les conceptions juridiques modernes	10
1.1 La notion de tribunal indépendant et impartial	12
1.1.1 Le tribunal indépendant	13
1.1.1.1 L'indépendance individuelle	14
1.1.1.1.1 La nomination et l'inamovibilité	15
1.1.1.1.2 La sécurité financière.....	16
1.1.1.1.3 L'impartialité	18
1.1.1.1.4 L'immunité judiciaire	19
1.1.1.1.5 L'indépendance intra-judiciaire	22
1.1.2 L'indépendance institutionnelle	24
1.1.2.1 L'indépendance administrative	25
1.1.2.2 Le principe de la séparation des pouvoirs	26
1.1.2.3 La révocation	28
1.1.2.4 La non-pertinence du statut du Tribunal	30
1.2.1 Le tribunal impartial	31
1.2 Statut particulier et rôle de l'accusation publique.....	34
1.2.1 Le Ministère Public dans les systèmes de droit continental	35
1.2.2 Le Ministère Public dans les systèmes de Common law	36
1.2.3 Les systèmes d'opportunité et de légalité des poursuites	41
1.2.4 Regard sur quelques principes régissant la fonction du Ministère Public	45

Section 2	
Application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite	48
2.1 Conclusion	55
CHAPITRE II	
APPLICATION DES PRINCIPES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ AU BUREAU DU PROCUREUR DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE	57
Résumé	60
2.1 Introduction.....	62
SECTION 1	
Portée de l'indépendance du procureur.....	64
1.1 l'indépendance individuelle du procureur	64
1.1.1 Mode d'élection et durée du mandat du Procureur	64
1.1.2 La sécurité financière	66
1.1.3 Les exigences d'impartialité du Procureur.....	69
1.1.4 L'immunité fonctionnelle du Procureur.....	71
1.1.5 L'indépendance du Procureur vis-à-vis des Juges de la Cour.....	73
1.2 L'indépendance institutionnelle du Bureau du Procureur	75
1.2.1 L'indépendance administrative du Bureau du Procureur	75
1.2.2 Mode de congédiement applicable au Procureur et aux Procureurs adjoints	77
1.3 L'indépendance fonctionnelle du Procureur	80
1.3.1 Les conditions préalables à l'exercice de l'opportunité des poursuites.....	81
1.3.1.1 La compétence ratione materiae	81
1.3.1.2 La compétence ratione personae.....	81
1.3.1.3 La compétence ratione temporis.....	82
1.3.1.4 La compétence ratione loci.....	82
1.3.2 Les conditions d'exercice de l'opportunité des poursuites.....	84
1.3.2.1 La décision du Procureur d'ouvrir une enquête	84
1.3.2.2 Le Procureur convient de ne pas ouvrir une enquête	86

SECTION 2

Les limites structurelles ou juridiques de l'indépendance du procureur	97
2.1 Le principe de la complémentarité	97
2.2 Le contexte politique et le Conseil de sécurité : les exigences de la paix et de la sécurité internationales	99
2.3 Le contrôle judiciaire exercé par la Chambre préliminaire.....	102
2.4 La dépendance du Procureur vis-à-vis des États dans le cadre de leur coopération aux enquêtes ou aux poursuites	103
2.5 Conclusion	106
CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES.....	107
BIBLIOGRAPHIE.....	111

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AEP :	Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale
AG :	Assemblée générale
AHJUCAF :	Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français
AJIL:	American Journal of International Law
Al.:	Alinéa
APCE :	Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe
APIC :	Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale
Art. :	Article
BdP :	Bureau du Procureur
BOE :	Bolín Oficial del Estado (Espagne)
C. :	Chapitre
C.C.C:	Canadian Criminal Cases
CE :	Conseil de l'Europe
C.E.D.H. :	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Coll. :	Collection
CPI :	Cour pénale internationale
CS :	Conseil de sécurité
C.S.M. :	Conseil Supérieur de la Magistrature
C.U.F. :	Collection des Universités de France (Collection Budé)

Doc. :	Document
Doc. off. :	Document officiel
Dir. :	Directeur
Éd. :	Édition
F.I.D.H. :	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
J.O.R.F. :	Journal Officiel de la République Française
L.G.D.J. :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N ^o :	Numéro
OEA :	Organisation des États américains
ONG :	Organisation non gouvernementale
ONU :	Organisation des Nations Unies
P.	Page
Para. :	Paragraphe
Q.B. :	Québec Official Reports
R.A.J.F. :	Revue de l'Actualité Juridique Française
R.C.S :	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R D C :	République Démocratique du Congo
Rés. :	Résolution
Rés.AG NU :	Résolution de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies
R.G.D.I.P. :	Revue générale de droit international public
R.I.D.C. :	Revue International de Droit Comparé
R.I.D.P. :	Revue Internationale de Droit Pénal
R.J.Q. :	Rapports judiciaires de Québec

R.P.P. :	Règlement de procédure et de preuve
R.T.Can. :	Recueil des Traités du Canada
R.T.N.U. :	Recueil des Traités des Nations Unies
R. U :	Royaume Uni
Sess. :	Session
Supp.:	Supplément
T.I.A.S:	Treaties and Other International Acts Series
T.M.I. :	Tribunal militaire international
T.M.I. :	Tribunal militaire international de Nuremberg
T.M.I.E.O. :	Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient
T.P.I. :	Tribunal pénal international
TPIR :	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY :	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNBLJ:	University of New Brunswick Law Journal
UN DOC:	Document des Nations Unies
UN GAOR:	General Assembly Official Records (United Nations)
U.S:	United States Supreme Courts Reports
U.S.S.C:	United States Supreme Court
Vol.:	Volume

RÉSUMÉ

La démarche entreprise dans le cadre de ce mémoire vise essentiellement à rendre compte du degré réel de l'indépendance reconnue par le Statut de Rome au procureur de la Cour pénale internationale dans l'exercice de ses fonctions de poursuite. Pour les fins de cette évaluation, nous avons élaboré une grille d'analyse à partir de l'étude théorique de la nature et du contenu du principe d'indépendance. Ce faisant, nous avons pris cependant la précaution de ne pas transposer les exigences d'indépendance requises naturellement de l'organe de juridiction à celui d'investigation et de poursuite, les fonctions n'étant pas les mêmes.

Il en résulte que les critères d'indépendance, envisagés dans leur application au Bureau du procureur de la CPI, paraissent bien remplis. En effet, le procureur bénéficie de l'indépendance individuelle, de l'indépendance institutionnelle — tant pour lui que pour son Bureau — et de l'indépendance fonctionnelle.

Néanmoins, l'indépendance ainsi garantie au procureur a ses limites tandis que l'étendue de ses pouvoirs se trouve tempérée par des mécanismes de contrôle. En d'autres termes, l'indépendance du procureur se limite au principe de la complémentarité, au pouvoir de sursis conféré au Conseil de sécurité, au pouvoir de contrôle judiciaire de la Chambre préliminaire et à la coopération des États en matière d'enquêtes ou de poursuites.

Tout compte fait, l'analyse comparée de la portée et des limites de l'indépendance garantie au procureur démontre que ce dernier dispose de grandes marges de manœuvre pour s'acquitter de ses fonctions de poursuite. Car, n'étant ni un système absolu, ni une fin en soi, l'indépendance d'une autorité ou d'une institution quelle qu'elle soit, ne consiste en rien de plus sinon qu'en des garanties *suffisantes* pour pouvoir accomplir sans entrave la mission qui lui est assignée.

Mots clés : Indépendance, Impartialité, Opportunité des poursuites, Procureur, Juge, Cour pénale internationale, Conseil de sécurité, Poursuite judiciaire, Politique, Paix, Justice.

INTRODUCTION GÉNÉRALE : POSITION DU PROBLÈME

De l'avis général, l'administration saine et équitable de la justice ne sied pas avec la politique qui se fait la réputation de générer toujours des conflits d'intérêts personnels ou de groupes. Leur cohabitation n'apparaît guère souhaitable pour la simple et bonne raison que le seul soupçon de la présence de la politique dans le sillage de la justice est susceptible de porter gravement atteinte aux valeurs, à l'intégrité et à la dignité de celle-ci. C'est vraisemblablement pourquoi l'on se plaît si souvent à répéter : « [q]uand la politique entre dans le prétoire, la justice en sort par la fenêtre¹ ».

Ce dicton peut être interprété comme une mise en garde contre les influences indues de la politique sur la justice. À bien en juger, il indique l'impérieuse nécessité de séparer ces deux entités l'une de l'autre, afin d'éviter toute entrave aux garanties de la liberté individuelle et de la sûreté des personnes. Autrement dit, il ne peut y avoir de liberté assurée si la justice elle-même n'est pas séparée de la politique. D'où l'intérêt du principe fondamental de la séparation des pouvoirs dégagé par John Locke qui, dans son *Second Traité du Gouvernement*² et sous l'inspiration d'une distinction classique des pouvoirs, en recommande la séparation entre plusieurs entités différentes.

En effet, la tentation inhérente à la nature humaine de porter la main sur le pouvoir serait sans doute trop forte si les mêmes autorités qui sont investies du pouvoir d'élaborer les lois détenaient parallèlement celui de les faire exécuter. Ce principe qui a été repris et développé

¹ Cité par Adama Ouédraogo, « Regard sur l'actualité : Procès Arche de Zoé » L'Observateur, n° 7040 du 28 au 30 décembre 2007. En ligne à http://www.lobservateur.bf/spip.php?page=article_archive&id_article=7350, page consultée le 13 mars 2010.

² John Locke, *Le Second Traité du Gouvernement : Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, traduction de Jean-Fabien Spitz et de Christian Lazzeri, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

au XVIII^e siècle par Montesquieu dans son fameux ouvrage intitulé *De l'esprit des lois*³ devenu sitôt publié un classique, peut bien se résumer par cet extrait :

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur⁴.

C'est, de toute évidence, de ce principe que découlent l'indépendance et l'impartialité de la justice considérées à juste titre comme panneau indicateur de l'État de droit, en tant qu'elles visent à garantir le droit au procès équitable. Ces deux principales valeurs cardinales de la justice qui semblent avoir été conçues à l'origine comme étant à la fois des garanties et des exigences destinées seulement aux juges tendent de plus en plus à s'étendre également à l'Accusation publique. Ainsi, dans divers pays tels que l'Angleterre (le Crown Prosecution Service), l'Italie (la Procure), les Pays-Bas, le Portugal, l'Écosse, la Suède, les autorités de poursuite semblent pouvoir se targuer d'opérer dans leurs sphères d'action « avec un haut degré d'indépendance⁵ ». Dans cet ordre d'idées, on peut citer également le système canadien dans lequel l'autorité de poursuite ne relève plus comme auparavant de l'exécutif⁶.

Par contre, dans la grande majorité des autres pays dont la France, la Grèce, l'Allemagne, le Danemark, l'Islande et le Japon notamment, les autorités de poursuite dépendent du pouvoir exécutif⁷. Aussi a-t-on pu voir ces deux visions de la poursuite entrer en ligne de compte au

³ Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Tome I, introduction et présentation de Gonzague Truc, Paris, Garnier Frères, 1956.

⁴ *Ibid.* à la p. 164.

⁵ Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2002 aux pp. 376 et 377.

⁶ Voir le passage au Canada du Service fédéral des poursuites (SFP) qui relevait du ministère de la justice, donc de l'exécutif au service des poursuites pénales du Canada (SPPC), créé le 12 décembre 2006, lui-même organisme indépendant qui rend compte au parlement par l'intermédiaire du procureur général. En ligne à <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/bas/suj-abt.html> page consultée le 15 mars 2010.

⁷ Pradel, *ibid.*

moment de la négociation et de l'adoption du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale.

À l'opposé de certaines délégations engagées dans les négociations, qui privilégiaient un procureur totalement indépendant, d'autres jugeaient plutôt nécessaire de le soumettre à un régime de contrôle⁸. C'est ainsi que dans le cadre du Statut de Rome, le procureur apparaît comme le fruit d'un compromis politique qui cherchait à satisfaire aux exigences des deux positions antagonistes. Ce qui conduit à la fois à la consécration *in expressis verbis* de l'indépendance du procureur⁹ et à la création des mécanismes appelés non seulement à interférer dans son travail mais aussi chargés de contrôler la légalité de ses enquêtes ou de ses poursuites. Serait-on autorisé, dans ce cas, à parler de contradictions? Sinon, les structures prévues par le Statut de Rome, permettent-elles au Bureau du procureur d'agir en toute indépendance dans l'exercice de ses fonctions de poursuite?

Pour tenter de répondre valablement à ces interrogations, nous nous proposons d'élaborer une grille d'analyse qui nous servira d'instrument destiné à mesurer le degré d'indépendance du procureur dans l'exercice de l'opportunité des poursuites. Cette grille d'analyse mettra en lumière l'indépendance judiciaire considérée dans sa valeur intrinsèque et celle qui est garantie au procureur dans le cadre du Statut de Rome.

⁸ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p. 354. «The concept of a genuinely independent prosecutor, with freedom to select cases and suspects for prosecution, was radical and unprecedented. Although strongly defended by non-governmental organizations and the 'like-minded' States, it was also bitterly contested by the United States and some others ». Dans ce même ordre d'idées, voir aussi Silvia A. Fernández de Gurmendi, « The Role of the International Prosecutor » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 175 à la p. 177. « [...] an increasing number of delegations supported a proprio motu role for the Prosecutor for the purpose of triggering the Court's jurisdiction. Non-governmental organizations led a strong campaign in favor of conferring such power as an essential feature of independent, credible Court [...]. However, certain differences existed among the members of this group as to the exact meaning of such independent role. By the time of the Rome Conference, large support had developed for the idea, contradicting earlier negative assessments of the viability and realism of this proposal ».

⁹ Art. 42 (1), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, R.T.N.U., 2187.

Ce travail de recherche, pour ainsi dire, se fera suivant la méthode traditionnelle de l'analyse juridique grâce à laquelle nous espérons pouvoir saisir, d'une part, le contenu des principes d'indépendance et d'impartialité et de les mettre, d'autre part, en application au Bureau du procureur de la CPI. Ensuite, pour ce qui relève de l'opportunité des poursuites, qui est une question éminemment politique, nous ferons surtout appel au droit pénal comparé pour qu'à la lumière des systèmes nationaux, nous puissions mieux apprécier l'indépendance du procureur dans la mise en œuvre de ses stratégies de poursuite.

Ce mémoire comporte donc deux chapitres qui se divisent chacun en deux sections. Tandis que dans le premier chapitre, nous tenterons de définir la nature et le contenu des principaux concepts compris dans le travail, dans le second chapitre, nous les étudierons dans leur application au Bureau du procureur de la Cour pénale internationale.

En termes plus clairs, le chapitre premier essayera de définir les concepts et d'exposer les critères d'indépendance et d'impartialité du point de vue théorique, le chapitre deuxième vérifiera la manière dont chaque critère est rempli, *le cas échéant*, dans son application au procureur de la CPI. Par cet exercice, nous nous efforcerons de parvenir, dans le cadre du second chapitre, à mesurer tant bien que mal le degré d'indépendance garantie au procureur grâce à l'aune de la grille d'analyse élaborée au chapitre premier.

CHAPITRE I

Les principes d'indépendance et d'impartialité

La société démocratique se reconnaît surtout à travers ses institutions fondées sur la base des normes et des principes qui les régissent. Considérée à juste titre comme l'un des principaux thermomètres de ladite société, l'institution judiciaire se caractérise elle-même par son indépendance et son impartialité. Ces deux principes réunis constituent le socle fondateur de l'État de droit. C'est d'ailleurs ce qui explique leur consécration tant sur le plan international que régional dans un grand nombre d'instruments de défense et de protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles¹⁰.

Il n'y a pas, de nos jours, de régime juridique qui ne se réclame pas des principes d'indépendance et d'impartialité. Lors même qu'à bien des égards, leur application pourrait laisser à désirer dans certains pays, aucun d'entre eux cependant n'entend jamais déclarer officiellement en passer outre. Car, du moins que l'on puisse dire, la quasi-totalité des États du monde actuel proclament soit à travers leur constitution nationale ou loi-cadre régissant leur organisation judiciaire, soit dans des conventions auxquelles ils sont parties leur attachement aux principes d'indépendance et d'impartialité¹¹.

¹⁰ Art. 10, *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Dobs. NU A/810 (1948) 71; Art. 14 (1), *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; Art. 6 (1), *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221; Art. 8 (1), *Convention américaine des droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, no 36, O.A.S. Off. Rec. OEA/SER.L/V/II. 23 doc Rév. 2(ACHR); Arts. 7 (1) d) et 26, *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 268; Art. 47, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 7 décembre 2000, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 3641/1, 18 décembre 2000; Principe 1, *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la Magistrature* approuvés par l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985, UN DOC. A/RES/40/32, 29 novembre 1985 et UN DOC. A/RES/40/146, 13 décembre 1985; *Principes directeurs applicables au rôle des Magistrats du Parquet*, UN DOC. A/CONF. 144/ Rev. I à 189 (1990).

¹¹ C'est le cas par exemple de la *Charte arabe des droits de l'Homme* qui, à défaut de consacrer les principes d'indépendance et d'impartialité, proclame « son attachement à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et aux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme ». Préambule, 7^e paragraphe, *Charte arabe des droits de l'Homme*, Revue Universelle des droits de l'Homme, vol. 7, n° 4-6, 23 juin 2005.

À l'orée de cette deuxième décennie du nouveau millénaire en cours, où la communauté internationale, extrêmement sensible au respect des droits et libertés de la personne, préconise, entre autres valeurs centrales des relations internationales, la démocratie et l'État de droit, les États se rendent de plus en plus compte de la nécessité devenue impérieuse d'adapter, le cas échéant, leur législation nationale aux exigences de la justice démocratique. Et fait à la fois très encourageant et important à souligner est que l'autorité de poursuite qui exerce une fonction éminemment politique, se trouve aussi au centre des préoccupations tendant à la démocratisation de l'institution judiciaire¹². C'est à la faveur de cette nouvelle dynamique que les principes d'indépendance et d'impartialité parviennent à intégrer, du moins formellement, presque toutes les sphères juridiques du monde contemporain.

¹² Conseil de L'Europe, *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997.

Résumé

Dans ce chapitre, nous tentons de définir les principaux concepts contenus dans le travail. Il se divise alors en deux sections.

La première section traite des principes d'indépendance et d'impartialité, de leur consécration et de l'objectif qui les sous-tend dans l'administration de la justice dans une société libre et démocratique. Ce qui nous conduit à un examen plus ou moins approfondi des caractéristiques du tribunal indépendant et impartial.

La deuxième section aborde dans un premier temps le statut particulier des organes de poursuite et leurs attributions, en essayant de dégager des nuances qui les caractérisent en particulier dans les deux grands systèmes de *droit continental* et de *Common law*. Dans le second temps, nous examinons l'application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite, en faisant ressortir le fait que dans les principaux instruments internationaux et régionaux qui les consacrent, l'accent est surtout mis sur le juge ou le tribunal plutôt que sur le procureur.

Au bout du compte, nous en venons à la conclusion qu'il n'y a pas d'uniformité dans l'application de ces deux principes aux organes de poursuite; mais que leur application varie plutôt d'un pays à l'autre. Si dans des pays comme l'Italie et le Portugal, par exemple, les organes de poursuite et de jugement jouissent formellement des mêmes garanties d'indépendance, par contre, dans la très grande majorité des autres pays dont la France, l'Autriche, l'Écosse, la Suisse, la Grèce, etc., les organes de poursuite relevant et dépendant du pouvoir exécutif, ne peuvent pas se prévaloir, sinon qu'à un très moindre degré, des garanties d'indépendance.

1.1 Introduction

La crédibilité de tout système de justice réside dans sa capacité réelle à convaincre les justiciables de son indépendance et de son impartialité susceptibles de leur garantir en tout temps un procès juste et équitable. En l'absence de telles garanties, le système ne peut nullement inspirer confiance au public duquel dépend pourtant sa légitimité. Les nationaux qui ne peuvent y exercer aucune influence voudront le fuir à tout prix; tandis que les étrangers chercheront à l'éviter non sans grand mépris. Pour l'heure, la nation, elle-même, au sens que l'entend par exemple Ernest Renan, se retrouvera en chute libre, c'est-à-dire, condamnée à la décadence parce qu'elle aura vu s'effriter la volonté commune de vivre ensemble qui doit la caractériser et la maintenir en vie¹³. Et dans ce même esprit, n'est-il pas déjà écrit que « la justice élève une nation, mais le péché est la honte des peuples¹⁴ »?

Rien n'est donc plus vrai : n'étant pas fiable, le pays ne peut guère générer de capitaux pour assurer ou accroître – selon le cas - son développement, faute de pouvoir attirer des investissements. Car, nul entrepreneur averti et rationnel, fût-il natif du pays, ne courra le risque d'investir son capital dans une société au sein de laquelle le système de justice n'est pas crédible.

D'où la nécessité pour chaque pays de se doter d'un système de justice qui puisse satisfaire plus ou moins aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Consacrés par une jurisprudence abondante et enseignés par une doctrine des plus prolixes, ces principes qui font, de surcroît, l'objet de maintes dispositions conventionnelles, légales et réglementaires

¹³ Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation? : Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, 2^e éd., Paris, Calmann Lévy, Ancienne Maison Michel Lévy Frères, 1882 aux pp. 26-27. « Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu l'indivis. [...] Avoir des gloires communes dans le passé, une volonté commune dans le présent; avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore [...]. Une nation est donc une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune ».

¹⁴ Proverbes 14, verset 34, Louis Segond, *La Sainte Bible*, Alliance Biblique Universelle, 1999.

sont, par contre, loin d'être un sujet totalement épuisé. Et envisagés dans leur application aux organes de poursuite, ils ne semblent pas avoir suscité autant d'intérêt, puisqu'en général, ils sont surtout associés aux organes de jugement. Telle est alors la préoccupation particulière de ce chapitre consacré à l'examen de la nature et du contenu des principes d'indépendance et d'impartialité dans une perspective d'application aux organes de poursuite.

Section 1

Place des principes d'indépendance et d'impartialité dans les conceptions juridiques modernes

Grâce notamment aux multiples mouvements répandus actuellement un peu partout dans le monde en faveur de la protection et de la défense des libertés et des droits fondamentaux¹⁵, les principes d'indépendance et d'impartialité occupent une place importante dans la plupart des ordres juridiques contemporains. En ce qui a trait tout particulièrement au principe d'indépendance, force est de souligner que, soit expressément, soit tacitement, nombreuses sont les constitutions ou lois nationales des États¹⁶ qui le garantissent dans leur administration respective de la justice. Et, il faut noter que cette garantie ne doit pas être perçue comme un privilège réservé au pouvoir judiciaire lui-même, mais plutôt comme un droit des justiciables, qui vise à les protéger autant que faire se peut contre d'éventuels abus de pouvoir.

[...]; the principle of independence of judges was not invented for the personal benefit of the judges themselves, but was created to protect human beings against abuses of power. It follows that judges cannot act arbitrarily in any way by deciding cases according to their own personal preferences, but that **their duty is and remains to apply the law**¹⁷. [Le gras est dans le texte].

Tout compte fait, désormais, le droit reconnu à toute personne poursuivie en justice de voir sa cause entendue par un tribunal indépendant et impartial peut être considéré irréversiblement comme un principe général du droit universellement admis. Donc, devenu même, osons-nous dire, par la force des choses un droit fondamental, l'accès à un tribunal

¹⁵ À son actif de membres, la FIDH compte actuellement 155 ligues de défense des droits humains basées dans plus de 100 États. Voir à ce sujet <http://www.fidh.org>, page consultée en ligne le 15 mars 2010.

¹⁶ Pradel, *supra* note 5 à la p. 391. Entre autres, voir également l'article 11 (d), *Charte canadienne des droits et libertés*, 17 avril 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U); Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du Français (AHJUCAF), «La problématique de l'indépendance de la justice», Recueil des réponses au questionnaire sur l'indépendance de la justice, Dakar, novembre 2007. En ligne à <http://www.ahjucaf.org/spip.php?rubrique>, page consultée le 15 mars 2010.

¹⁷ Office of the High Commissioner for Human Rights et International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, New York, Nations Unies, 2003 à la p. 115.

indépendant et impartial semble être compris dans la catégorie des normes impératives de droit international.

Although some countries may not yet have ratified or acceded to any of these human rights treaties, they are still bound by customary rules of international law, as well as by general principles of law, of which the principle of an independent and impartial judiciary is generally considered to form part¹⁸.

En conséquence, ne serait-ce que sur le plan théorique, tout individu, dorénavant, mis en cause, doit pouvoir bénéficier de toutes les garanties d'un procès équitable¹⁹ que seul un tribunal indépendant et impartial peut lui assurer. À cet effet, dans le monde occidental, à tout le moins, ce principe fondamental de la justice démocratique se veut un dénominateur commun de tous les systèmes judiciaires.

[T]ous les États occidentaux sont des **États de droit** fondés sur la séparation des pouvoirs (et donc notamment sur l'indépendance des organes judiciaires) et sur la soumission de l'État au droit (et donc notamment au contrôle juridictionnel des organes administratifs et au monopole judiciaire de la répression des infractions)²⁰. [Le gras est dans le texte].

¹⁸ Office of the High Commissioner, *supra* note 17 à la p. 118. Voir aussi Alain Seban, « Conclusions sous Conseil d'État » Assemblée 6 avril 2001, n° 206764, S.A. Razel Frères et M. Christian Le Leuch, *Revue de l'Actualité Juridique Française*. Page consultée en ligne à <http://www.rajf.org/spip.php?article211> le 15 mars 2010.

¹⁹ Nous soulignons le fait que de nombreux auteurs considèrent le tribunal indépendant et impartial comme faisant partie des garanties du droit au procès équitable. Toutefois, nous souscrivons volontiers aux instruments juridiques précités qui semblent présenter plutôt le tribunal indépendant et impartial comme garantie d'assurer un procès équitable. Quoi qu'il en soit, *le droit au procès équitable* comprend notamment : le droit à un tribunal établi par la loi, l'équité de la procédure, la publicité de la procédure, le délai raisonnable, la présomption d'innocence, le principe du contradictoire, l'égalité des armes, le droit à l'assistance d'un défenseur de son choix, le droit à un interprète au besoin, le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable, le droit d'interroger les témoins à charge et d'en appeler à décharge, le droit de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure, etc. Pour de plus amples informations sur le droit au procès équitable, voir, entre autres : Institut des droits de l'Homme des Avocats européens, dir., *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du Colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001 et Andrew Grotian, *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : Droit à un procès équitable*, Strasbourg, Les Éditions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 13, 1994.

²⁰ Michel Fromont, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1987 à la p. 5.

1.1 La notion de tribunal indépendant et impartial

Nonobstant le fait que le droit à un tribunal indépendant et impartial soit consacré dans ce nombre considérable d'instruments juridiques mentionnés plus haut, sa nature et son contenu n'y sont pas cependant précisés²¹. Il convient en conséquence de le soumettre à un examen pour tenter de dégager les éléments qui le composent. Et ce faisant, nous souhaitons pouvoir du même coup réussir à faire ressortir les objectifs qui le sous-tendent.

En effet, le droit à un tribunal indépendant et impartial comporte des éléments à la fois subjectifs et objectifs. Tandis que les premiers se rapportent aux conditions dans lesquelles les autorités judiciaires sont appelées à exercer leurs fonctions; les seconds sont de nature essentiellement institutionnelle et requièrent la séparation des pouvoirs au niveau de la structure constitutionnelle de l'État²². Mais, pour nous assurer de bien appréhender la notion de tribunal indépendant et impartial, il nous paraît nécessaire d'examiner séparément les termes qui participent à sa formation. Car, « [m]ême s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre les notions d' "indépendance" et d' "impartialité" [...], ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes²³ ».

Si tout tribunal est un organe, tout organe n'est pas cependant un tribunal. Par conséquent, la première étape de l'analyse sera consacrée à déterminer le caractère particulier du tribunal avant même d'envisager les critères qui permettent à celui-ci de satisfaire aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

²¹ « Du silence des textes sur la définition d'un concept aussi essentiel que celui de « tribunal indépendant et impartial » [...], et de l'embarras manifesté par une doctrine aussi proluxe sur la description des garanties existantes qu'elle est discrète sur la délimitation respective des notions d'indépendance et d'impartialité- que les uns confondent, que d'autres distinguent mais hiérarchisent, ou bien encore placent sur un pied d'égalité-, il ressort [...] une impression de flou et donc d'insécurité juridique ». Sylvie Josserand, *L'impartialité du Magistrat en Procédure pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, préface de Jacques Francillon.

²² Donna Gomien, dir., *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997 à la p. 184.

²³ CSC, *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p. 674.

l'Homme (C.E.D.H.), un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel qui consiste à décider obligatoirement de toute question relevant de sa compétence sur la base des normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée²⁴. De renchérir, et en se référant à l'article 6 (1) de *la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, la C.E.D.H. précise le caractère singulier de l'organe qui peut se prévaloir du statut de tribunal comme suit : « [...] seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6 par. 1, un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause²⁵».

Ainsi conçu, le tribunal se doit d'aller au-delà de ses propres caractéristiques grâce auxquelles il peut être qualifié de tel pour répondre alors aux exigences de la justice démocratique, lesquelles se retrouvent dans la nature profonde du tribunal indépendant (1.1.1) et impartial (1.1.2) qui comporte à son tour ses critères particuliers.

1.1.1 Le tribunal indépendant

Un tribunal indépendant s'entend d'une juridiction qui, libre de toute entrave, peut rendre ses décisions de son propre chef sans avoir à subir d'influences encore moins de pressions émanant ni d'autres organes détenteurs de la puissance publique, ni de la part des parties au conflit.

Pour établir si un organe peut passer pour indépendant, il échet de prendre en compte notamment le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence de protection contre les pressions extérieures, et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance²⁶.

Dans la même veine, la jurisprudence canadienne enseigne que l'indépendance traduit à la fois une relation du juge avec l'extérieur, un état d'esprit et un statut, lesquels reposent sur des

²⁴ C.E.D.H., *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, Série A, n° 132 à la p. 29, para. 64. Voir en plus C.E.D.H., *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, Série A, n° 127 à la p. 34, para. 50.

²⁵ C.E.D.H., *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, Série A, n° 296-B à la p. 62, para. 38.

²⁶ C.E.D.H., *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, Série A, n° 155, § 32.

conditions ou garanties objectives. Elle revêt donc un double caractère : 1) l'indépendance individuelle qui regroupe un ensemble de garanties destinées à la protection personnelle des autorités judiciaires, dont au premier rang desquelles l'inamovibilité et la sécurité financière; et 2) l'indépendance institutionnelle qui ressort des rapports administratifs du pouvoir judiciaire avec les autres organes de l'État, en particulier, les pouvoirs exécutif et législatif.

Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la Cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant²⁷.

Comme deux maillons d'une même chaîne, qui doivent toujours se soutenir pour permettre à celle-ci de se maintenir, l'indépendance judiciaire, pour être vraiment effective et répondre au noble idéal de sa conception, a besoin tant du support de sa dimension individuelle (1.1.1.1) que du soutien de sa dimension institutionnelle (1.1.1.2.). Car, l'une et l'autre comportent des éléments substantiels qui se complètent pour former un ensemble harmonieux ou mieux un tout indivisible. Et, il suffit de les identifier pour se rendre vite compte que chaque élément constitutif représente une composante indispensable.

Quelles sont ces composantes? Quant à l'indépendance individuelle, nous avons identifié les points suivants : la nomination et l'inamovibilité, les questions financières, l'impartialité, l'immunité judiciaire et l'indépendance intra-judiciaire. Pour ce qui est de l'indépendance institutionnelle, on peut énumérer l'indépendance administrative, le principe de la séparation des pouvoirs, la révocation et la non-pertinence du statut du tribunal²⁸.

1.1.1.1 L'indépendance individuelle

L'indépendance individuelle est destinée au juge personnellement. Elle peut donc se définir comme l'ensemble des garanties qui visent à protéger ce dernier dans l'exercice de ses fonctions contre toute forme d'entrave ou d'ingérence. Aussi constitue-t-elle un précieux

²⁷ Valente, *supra* note 23 à la p. 687. Voir aussi Shimon Shetreet, « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590 aux pp. 598-599.

²⁸ Karim Benyekhlef, « L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire : Légitimité et participation au débat public » [1996] 45 U.N.B.L.J. 37 à la p. 39.

rempart au bénéfice du personnel judiciaire. Et, pour s'assurer de son efficacité, l'indépendance individuelle étend ses tentacules dans toutes les directions; c'est-à-dire, en posant ses jalons depuis les modes de recrutement du juge jusqu'à sa retraite.

1.1.1.1.1 La nomination et l'inamovibilité

L'indépendance individuelle du juge ne peut être valablement garantie que si son recrutement s'effectue sur la base du mérite et suivant des critères objectifs remplis dans la plus grande transparence. Une fois nommé ou élu dans de telles conditions qui lui permettent de n'être redevable envers aucune autorité, et n'ayant, par conséquent, ni protecteur ni protégé, le juge ne doit alors allégeance à personne. C'est, nous semble-t-il, ce qui aurait fait dire à Daniel Soulez-Larivière : « [d]ans une démocratie saine, le juge doit avoir le pouvoir et la force de mordre la main qui l'a béni²⁹ ».

De même que le juge ne doit jamais se sentir redevable envers quiconque, il ne doit pas non plus éprouver le moindre sentiment d'être vulnérable. C'est en cette garantie essentielle et primordiale que consiste le principe de l'inamovibilité en vertu duquel le juge ne peut être muté encore moins démis arbitrairement de ses fonctions. Il s'agit là d'une soupape de sécurité sans le concours de laquelle le juge serait trop soumis au bon caprice des gouvernements éphémères.

Les conditions essentielles de l'inamovibilité sont que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé la possibilité pleine et entière de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité [...] que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations³⁰.

En traitant des garanties attachées au principe de l'inamovibilité, il n'apparaît pas, du moins selon nous, sans intérêt de mettre l'accent autant sur la démission que sur la mutation.

²⁹ Citation rapportée dans « Exposé du droit public : L'indépendance des juges ». Page consultée en ligne à <http://aloys.rigaut.free.fr/fiches/juges.htm> le 18 mars 2010.

³⁰ Valente, *supra* note 23 à la p. 675.

Parce que sans confondre ces deux notions, ni prétendre que le juge devrait pouvoir détenir « le privilège de demeurer *ad vitam aeternam* au même lieu d'affectation³¹ », il convient néanmoins de souligner que si ce dernier pouvait à tout moment faire l'objet de mutation sans que cette décision soit justifiée et sans la libre expression de son adhésion en tant que principal sujet concerné, son indépendance individuelle serait ainsi mise à rude épreuve. Car, un tel pouvoir pourrait « être utilisé de manière abusive afin de [le] forcer à la démission³² » [.]. Aussi peut-on dire que le principe de l'inamovibilité est le premier critère d'évaluation de l'indépendance judiciaire.

[...] l'inamovibilité constitue un principe fondamental dans le cadre plus général de la notion d'indépendance judiciaire. La plupart des tribunaux, d'ici et d'ailleurs, ont reconnu à ce principe une valeur déterminante lorsqu'il s'agit d'évaluer le degré d'indépendance d'une [C]our de justice. Il ne pouvait en être autrement, la question de la sécurité d'emploi constituant pour l'exécutif un formidable moyen de pression lorsqu'elle n'est pas assurée³³.

1.1.1.1.2 La sécurité financière

Les conditions matérielles d'existence sont un élément d'une importance tout aussi capitale qu'il convient de ne point négliger dans l'analyse des garanties de l'indépendance individuelle du juge. Il s'ensuit que si la sécurité financière de ce dernier n'est pas assurée, son indépendance individuelle est dès lors compromise³⁴. Dans cet ordre d'idées, le très célèbre théologien italien Saint Thomas d'Aquin, n'avait-il pas fait remarquer dans son '*Opéra Omnia*' qu' « il faut un minimum de bien-être matériel pour pratiquer la vertu³⁵ »? Donc, après être élevé à une si haute dignité, il serait important que le juge qui se doit alors de

³¹ Karim Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1988 à la p. 53.

³² *Ibid.* note 10a de bas de page.

³³ *Ibid.* à la p. 65.

³⁴ Office of the High Commissioner, *supra* note 17 à la p. 121. « [T]he Judiciary must further be granted sufficient funds to properly perform its functions. Without adequate funds, the Judiciary will not only be unable to perform its functions efficiently, but may also become vulnerable to undue outside pressures and corruption ».

³⁵ Citation consultée en ligne à <http://www.evene.fr/celebre/biographie/saint-thomas-d-aquin-900.php?citations> le 18 mars 2010.

se préoccuper à la fois de la noblesse et de la délicatesse de sa fonction de juger des conflits nés des rapports de ses semblables entre eux, puisse être à l'abri de toute tentation de corruption due au manque de ressources financières.

Durant leur mandat, les juges reçoivent un traitement et, à leur retraite, ils touchent une pension; les traitements et pensions des juges sont adéquats, correspondent à leur situation ainsi que la dignité et la responsabilité de leur poste et sont régulièrement ajustés en fonction de l'augmentation de l'indice des prix; le traitement des juges ne peut être réduit au cours de leur mandat, sauf dans le cadre des mesures économiques touchant l'ensemble des citoyens³⁶.

Pour constituer la garantie essentielle de l'indépendance judiciaire, la composante de la sécurité financière doit découler des conditions dans lesquelles le traitement et la pension ou d'autres avantages sociaux accordés au juge ne dépendent pas des bonnes grâces ou du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, mais prévus et fixés par la loi.

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire³⁷.

Il suit de là que la sécurité financière doit être garantie de telle sorte que le traitement du juge ne puisse être révisé à la baisse par le bon vouloir d'une autre autorité quelconque. Ainsi le conçoit par exemple *la section I de l'article III de la Constitution des États-Unis d'Amérique*, du moins, en ce qui a trait au traitement des Juges fédéraux³⁸. La sécurité financière est donc génératrice de sérénité, d'harmonie et de quiétude d'esprit dont le juge a besoin pour s'élever et se maintenir à la hauteur de sa mission. D'ailleurs, la possibilité de diminution de traitement auquel n'importe quel fonctionnaire se familiarise pendant un certain

³⁶ Al. 2.21 (a), (b) et (c), *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, Montréal, 1983, pp. 462-477 dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

³⁷ *Valente*, *supra* note 23 à la p. 704.

³⁸ Section I, Art. III: «The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the Supreme and inferior Courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office». *The Constitution of the United States with the Declaration of independence*, Boston, Pathfinder Publications, 1973.

temps représente une atteinte grave à la sûreté même de sa personne. Et, à plus forte raison, dans le cas qui intéresse le juge, une telle situation est susceptible de produire d'effets tendant à pervertir l'indépendance judiciaire.

Next to permanency in office, nothing can contribute more to the independence of the judges than a fixed provision for their support. The remark made in relation to the president, is equally applicable here. In the general course of human nature, a power over a man's subsistence amounts to a power over his will³⁹.

Il ne fait alors aucun doute que sans la garantie de la sécurité financière, le juge est réputé vulnérable à tous les égards. Ainsi, aucun système judiciaire ne peut prétendre à la véritable indépendance, s'il n'établit sa base, entre autres, sur la sécurité financière de son personnel judiciaire. Et pour ce faire, il doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour éviter la soumission du pouvoir judiciaire au caprice de l'exécutif ou du législatif.

Ni le pouvoir exécutif ni la législature ne peuvent toucher à la sécurité financière des juges [...]. Cette sécurité est d'une importance cruciale pour ce qui est de l'existence même et de la préservation de l'indépendance judiciaire [...]⁴⁰.

Au demeurant, plus la sécurité financière du juge est assurée, plus celui-ci est apte à satisfaire aux exigences d'impartialité (1.1.1.1.3). Parce que, sans être le seul mobile possible de parti pris dans un procès, le besoin économique ou financier est parmi les pires formes de tentation auxquelles il n'est pas toujours aisé de résister.

1.1.1.1.3 L'impartialité

Avant d'être une construction juridique, l'impartialité se veut d'abord une vertu morale aux origines bibliques⁴¹. Elle est l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue ou de discrimination. L'impartialité est la capacité de dépassement ou d'abnégation

³⁹ U.S.S.C., *Palmore v. États-Unis*, (1973) 411. U.S. 389 à la p. 417.

⁴⁰ CSC, *La Reine. c. Beauregard*, [1986]2 R.C.S. à la p. 75.

⁴¹ « Je donnai, dans le même temps, cet ordre à vos juges : Écoutez vos frères, et jugez selon la justice [...]. Vous n'aurez point égard à l'apparence des personnes dans vos jugements; vous écouterez le petit comme le grand; vous ne craindrez aucun homme [...] ». Deutéronome 1, versets 16 et 17, Louis Segond, *supra* note 14.

requis du juge de se placer au-dessus de la mêlée, afin de ne prendre en compte que les seuls faits de la cause. En d'autres termes, « [l']impartialité, c'est plutôt l'absence chez les membres du tribunal d'intérêts personnels dans les questions sur lesquelles il [le tribunal] doit statuer ou d'une forme quelconque de préjugé⁴² ». Ainsi, n'ayant aucune implication personnelle en rapport avec la procédure, le juge impartial traite de manière identique les affaires similaires sans chercher à privilégier les intérêts d'une partie au détriment de ceux d'une autre.

Il en ressort que l'impartialité est le mode d'expression privilégié de l'indépendance individuelle. À n'en pas douter : le juge dont l'indépendance individuelle n'est pas adéquatement assurée, ne peut pas offrir logiquement de véritables garanties d'impartialité. En cela, « l'impartialité apparaît donc comme un complément naturel à l'indépendance⁴³ ».

Ainsi comprise, l'indépendance individuelle constitue le plus puissant allié de l'impartialité. Sur ce, nous nous contenterons pour l'instant de ce bref aperçu sur les rapports qu'entretient l'indépendance individuelle avec l'impartialité, étant donné que nous allons revenir, au risque de trop nous répéter, avec plus de détails sur cette composante dans le cadre du développement consacré au *tribunal impartial* (à la p. 31 ci-dessous). Cela dit, venons en maintenant à l'examen des deux autres composantes de l'indépendance individuelle, à savoir l'immunité judiciaire et l'indépendance intra-judiciaire.

1.1.1.1.4 L'immunité judiciaire

L'immunité judiciaire est la garantie qui met le juge à l'abri des attaques auxquelles son œuvre peut pourtant se prêter. Grâce à cette composante de l'indépendance individuelle, le juge n'a pas à s'inquiéter pour les décisions qu'il aura rendues dans l'exercice de ses fonctions⁴⁴. Sous certaines réserves, il ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée sur

⁴² Valente, *supra* note 23 à la p. 686

⁴³ Benyekhlef, *supra* note 28 à la p. 44.

⁴⁴ Al. 2.24. *Déclaration Universelle sur l'indépendance de la Justice*, *supra* note 36. « Les juges jouissent de l'immunité contre toute poursuite ou ennuï pour actes et omissions dans l'exercice de leurs fonctions ».

la base de son jugement par une partie à laquelle celui-ci aurait causé des griefs. Ce que peut faire surtout une partie défaillante à l'issue d'un procès dans une société démocratique, consiste à exercer les voies de recours prévues par la loi contre la décision querellée en vue d'obtenir sa réformation par devant les instances supérieures. C'est pourquoi d'ailleurs, il existe dans tout système judiciaire divers degrés de juridictions au sommet desquelles se place une Cour suprême connue également dans divers pays dont la France sous l'appellation de Cour de cassation. Bref, c'est, en règle générale, à la décision qu'il est donc permis de s'attaquer et non au décideur lui-même.

Il est possible d'avancer que l'immunité judiciaire consiste en l'impossibilité pour le justiciable de poursuivre [...] un juge en raison d'un acte commis dans l'exécution de ses fonctions ou d'une omission dans ce même cadre⁴⁵.

L'immunité judiciaire est non seulement « un attribut fondamental du principe de l'indépendance judiciaire⁴⁶ », mais aussi et surtout une condition *sine qua non* de la bonne administration de la justice en général. Sans cette garantie, le juge se trouverait à répondre presque de chacune de ses décisions puisque, sinon qu'en de rares situations dans lesquelles certains justiciables plus ou moins conscients se révèlent de bons perdants, pour chaque cas d'espèce sur lequel statue un juge, il y a toujours une partie défaillante généralement mécontente de la décision, laquelle s'en prendrait volontiers à son auteur si celui-ci n'était pas ainsi couvert par le voile de l'immunité judiciaire.

The ground alleged from the earliest times as that on which this rule rests is that, if such an action would lie the judges would lose their independence, and that the absolute freedom and independence of the judges is necessary for the administration⁴⁷.

Cependant, l'immunité accordée au juge ne vise pas pour autant à le soustraire de toute responsabilité pour des actes qu'il viendrait à commettre dans l'exercice de ses fonctions.

⁴⁵ Benyekhlef, *supra* note 31 à la p. 81.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 85.

⁴⁷ *Anderson c. Gorrie*, [1895] 1 Q.B. 668 à la p. 670.

Autrement dit, l'immunité judiciaire ne constitue nullement « un sanctuaire absolu d'irresponsabilité⁴⁸ ». C'est pourquoi elle est généralement assortie de responsabilité.

Si l'on peut excepter la Pologne, par exemple, qui assure son juge de l'immunité même pour des actes qu'il aurait pu commettre dans le cadre de sa vie privée, une fois entré en fonction, et ce, jusqu'à sa retraite⁴⁹, tel n'est pas le cas dans la très grande majorité des autres systèmes. Les juges sont pénalement responsables de toute infraction commise en dehors comme dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. Cela est vrai pour la France, l'Allemagne, la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Espagne, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, l'Irlande, le Luxembourg, le Maroc et la Suède, entre autres⁵⁰.

Toutefois, certaines immunités, en matière pénale, sont strictement limitées à la fonction juridictionnelle des juges. Ces derniers ne sont pas tenus pour responsables pénalement, en raison notamment du contenu de leurs décisions. C'est le cas surtout au Canada et en Lettonie⁵¹. Encore faut-il ajouter que les juges, en raison même de leur statut, peuvent devoir répondre des infractions qui leur sont directement applicables telles : la corruption, l'abus de pouvoir ou d'autorité, l'utilisation abusive des prérogatives de la fonction publique à des fins personnelles, déni de justice, la prévarication, la falsification de documents officiels, ou encore la violation du secret professionnel⁵².

Tout bien compris, l'immunité qui est garantie au juge ne l'exonère pas, en conséquence, de toute responsabilité. Celle-ci peut, selon qu'il s'agit de pays de *Common law* ou de pays de droit civil, prendre des formes différentes et revêtir trois caractéristiques principales :

⁴⁸ Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, dir., *La Responsabilité des Magistrats*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2008 à la p. 22.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 38.

⁵⁰ Maryse Deguegue, dir., *Justice et Responsabilité de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Droit et Justice », 2003.

⁵¹ Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, « La Responsabilité des juges, ici et ailleurs » [2006] *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1049 à la p. 1057.

⁵² *Ibid.* à la p. 1053.

disciplinaire, civile et pénale⁵³. Dans ce contexte, nous pouvons citer ici au moins deux exemples de sanctions disciplinaires déjà imposées dans les annales judiciaires à l'encontre de juges soit pour « manquement à leurs devoirs, soit pour conduite abusive ». C'est le cas, en France, de l'affaire d'Outreau à l'issue de laquelle le juge d'instruction Fabrice Burgaud a été mis en cause pour être ensuite sanctionné le 24 avril 2009 d'une « réprimande avec inscription au dossier » par le Conseil Supérieur de la Magistrature⁵⁴. Et tout récemment, en Espagne, soit le 14 mai 2010, le juge Baltasar Garzón, connu surtout pour son rôle dans l'inculpation de l'ancien chef d'État chilien, M. Pinochet en 1998, vient d'être suspendu par le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire espagnol de l'exercice de ses fonctions pour une période de vingt années après avoir fait l'objet de poursuite pour délit de forfaiture⁵⁵.

En définitive, et au-delà de ces deux cas particuliers sur lesquels nous n'entendons exprimer aucun avis personnel, l'immunité assortie de responsabilité apparaît même nécessaire pour le bon fonctionnement et l'administration saine de la justice. En d'autres termes, la reconnaissance de la responsabilité du juge n'est pas réputée antinomique avec les garanties d'autorité et d'indépendance indispensables de ce dernier.

1.1.1.1.5 L'indépendance intra-judiciaire

Avant d'entrer en fonction, il est d'usage que chaque juge doit prêter obligatoirement un serment par lequel il s'engage individuellement à s'acquitter de sa mission avec probité, loyauté, intégrité, impartialité, etc. Si chaque système judiciaire adopte sa propre formule de serment, il n'en demeure pas moins cependant que le fond et l'objet de celui-ci sont à peu près les mêmes partout ailleurs. Il s'agit là d'une promesse solennelle et publique faite sur

⁵³ Canivet et Joly-Hurard *supra* note 51 à la p. 1051. Aussi faut-il souligner une quatrième forme de responsabilité du Juge que d'aucuns qualifient de politique, laquelle est surtout reconnue aux États-Unis d'Amérique. Voir à ce sujet Élisabeth Zoller, «Entre le pénal et le politique, la procédure *d'impeachment* » [2000] *Justices*, n° 2, 91.

⁵⁴ Antoine Garapon et Denis Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem : Leçons d'Outreau*, Coll. « Débats », Paris, Le Seuil, 2006.

⁵⁵ Le Monde, «Espagne: le juge Baltasar Garzon suspendu de ses fonctions », <http://www.lemonde.fr> page disponible et consultée en ligne le 18 mai 2010.

l'honneur qui n'engage que son auteur, lequel est appelé à agir dans l'exercice de ses fonctions suivant son intime conviction et en son âme et conscience de telle sorte que sa responsabilité ne soit sujette à nul partage.

Cette formalité, par conséquent, doit lui valoir en contrepartie la jouissance pleine et entière de son indépendance individuelle non seulement à l'égard de l'exécutif, du législatif et des parties, mais aussi vis-à-vis de ses pairs⁵⁶. Et, ne dit-on pas que « *par in parem non habet imperium* (l'égal n'a pas d'autorité sur son égal)⁵⁷ »? En clair, les interférences, d'où qu'elles viennent, sont réputées mauvaises conseillères et incompatibles avec l'indépendance individuelle du juge.

Similarly, judicial independence should not only be perceived in terms of shielding the judge from Executive pressures or Legislative interference, but should also encompass internal independence, which is the independence of the judge from his judicial colleagues or superiors⁵⁸.

De ce point de vue, le juge n'est soumis à aucune hiérarchie dans l'appréciation des faits sur lesquels il est appelé à émettre son jugement. En conséquence, l'autorité d'un juge en chef au sein d'un organe judiciaire ne peut se limiter qu'à des pouvoirs administratifs strictement nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du système. Ce qui ne doit être perçu aucunement comme pouvant s'étendre à la façon dont un juge apprécie souverainement ses dossiers.

⁵⁶ Sam J. Jr. Ervin, «Separation of Powers: Judicial Independence » (1970) 35 Law and Contemporary Problems, 108 à la p. 125. « Judicial independence can just as easily be eroded by powerful hierarchies within the judiciary itself as by outside pressures from the legislative and executive branches of government ».

⁵⁷ Marco Sassòli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international » (2002) 106 R.G.D.I.P. 791 à la p.792. Voir aussi Lee M. Caplan, «State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory » (2003) 97 A.J.I.L. 741.

⁵⁸ Shimon Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Company, 1976 à la p. 2. Voir aussi Benyekhlef, *supra* note 31 à la p. 86. « Les interférences susceptibles de miner l'indépendance judiciaire ne proviennent pas exclusivement de l'exécutif. Elles peuvent, en effet, être le fruit, entre autres, du judiciaire lui-même. L'indépendance intra-judiciaire tend alors à injecter une dose d'autonomie dans les rapports entre le juge et la structure judiciaire dans laquelle il œuvre. Il s'agit simplement de protéger l'indépendance individuelle du juge contre des interférences qui, parce qu'elles émanent du judiciaire, n'en sont pas moins inacceptables ».

En matière de jugement, le juge est indépendant de ses collègues et de ses supérieurs. L'organisation hiérarchique de la magistrature et les différences de grade ou de rang ne portent atteinte en aucun cas au droit du juge de se prononcer en toute liberté⁵⁹.

Comme la jurisprudence de la Cour suprême du Canada l'enseigne si bien dans l'arrêt *Valente* précité, l'indépendance individuelle du juge, pour le moins indispensable, doit s'appuyer également sur celle de l'institution judiciaire au sein de laquelle ce dernier exerce ses fonctions.

1.1.2 L'indépendance institutionnelle

De la même manière qu'« un esprit sain [n'est confortable que] dans un corps sain » suivant la maxime latine « *Mens sana in corpore sano*⁶⁰ », un juge vraiment indépendant ne peut exercer ses fonctions que dans le cadre d'un tribunal qui est tout aussi indépendant. D'où l'importance cruciale de l'indépendance institutionnelle qui a trait elle-même aux rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres entités de l'État, en particulier l'exécutif et le législatif.

Sur le plan institutionnel, l'indépendance judiciaire s'entend de la préservation de l'indépendance et de l'intégrité du pouvoir judiciaire et d'une garantie de son immunité contre toute ingérence injustifiée des pouvoirs législatif et exécutif ou même contre toute cohabitation trop étroite avec ceux-ci⁶¹.

En effet, l'indépendance institutionnelle, avons-nous déjà vu, englobe, de l'avis du professeur Benyekhlef, quatre éléments essentiels : 1) l'indépendance administrative; 2) le principe de la séparation des pouvoirs; 3) la révocation; et 4) la non-pertinence du statut du tribunal.

⁵⁹ Al. 2.03, *Déclaration Universelle sur l'indépendance de la Justice*, supra note 36.

⁶⁰ Juvénal, *Satires*, traduction et commentaire de P. de Labriolle et de F. Villeneuve, Paris, C.U.F. Les Belles-Lettres, 1996, (X, 356).

⁶¹ *Beauregard*, supra note 40 à la p. 77.

1.1.2.1 L'indépendance administrative

L'indépendance administrative consiste en la prérogative reconnue à l'institution judiciaire dans la prise de décisions qui portent directement sur l'exercice des fonctions judiciaires dont, entre autres, l'affectation des juges aux dossiers, l'allocation des salles d'audience, le rôle de la Cour ou du tribunal, le contrôle du personnel judiciaire et administratif. S'il est vrai que l'indépendance administrative ne peut pas revêtir de caractère absolu, ce qui serait d'ailleurs irréaliste, il convient toutefois de reconnaître qu'il s'agit là d'un minimum nécessaire pour que « the Judiciary must be able to handle its own administration and matters that concern its operation in general⁶² ».

Si l'administration du tribunal ou de la Cour devait échapper au contrôle effectif du pouvoir judiciaire, celui-ci n'aurait nullement sa raison d'être et ne mériterait même pas d'être ainsi appelé. Pour ne pas se transformer en une succursale de l'exécutif ou du législatif, le pouvoir judiciaire doit être le seul au volant de la machine judiciaire. Imaginons un instant qu'il appartenait aux autres entités de l'État de déterminer la priorité dans le traitement des dossiers et de pouvoir décider en conséquence des frais ou d'autres avantages, tels que véhicules, bons de carburants, matériels de bureaux à accorder à chaque juge, le risque serait alors grandissime de compromettre tout le processus. « [C]ar une décision administrative d'ordre général peut, tout autant qu'une approche individuelle, affecter le magistrat dans l'exercice indépendant de sa fonction⁶³ ». Autant dire qu'un pouvoir judiciaire digne de ce nom doit être en mesure de décider de l'élaboration et de la mise en œuvre de sa politique administrative pour se donner les coudées franches.

La recherche d'une indépendance administrative [...] répondrait parfaitement à la nécessité de faire du pouvoir judiciaire un partenaire égal des pouvoirs exécutif et législatif. Or, cette égalité ne peut être atteinte que par la maîtrise complète du système judiciaire par les tribunaux⁶⁴.

⁶² Office of the High Commissioner, *supra* note 17 à la p. 120.

⁶³ Jules Deschênes et Carl Baar, *Maîtres chez eux : Une étude sur l'administration judiciaire autonome des Tribunaux*, Ottawa, Conseil Canadien de la Magistrature, 1981 à la p. 11.

⁶⁴ Benyekhlef, *supra* note 31 à la p. 103.

Il en résulte que ce n'est qu'au moment où chaque pouvoir peut évoluer librement dans ses sphères d'action, en disposant de la marge de manœuvre nécessaire pour poursuivre et atteindre son but que l'on peut réellement parler de séparation des pouvoirs dans une société libre et démocratique.

1.1.2.2 Le principe de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est un principe fondateur qui répond à un besoin essentiel d'équilibre dans la gestion de la chose publique. Ce principe cardinal de la démocratie fait appel au partage des compétences entre les trois principaux organes détenteurs de la puissance publique pour éviter la concentration de celle-ci de quelque côté que ce soit, étant donné tous les risques d'excès et d'abus que cela pourrait charrier. C'est dans cet esprit que s'inscrit cette observation de Montesquieu : « [t]out serait perdu si le même homme, ou le même corps [...] exerça[it] ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers⁶⁵ ».

Comme composante de l'indépendance institutionnelle de la justice, le principe de la séparation des pouvoirs dénote que l'institution judiciaire est un pouvoir à part entière au même titre que le pouvoir législatif et l'exécutif. Et en tant que pouvoir, le judiciaire n'est subordonné ni à l'un ni à l'autre en ce qui relève de ses attributions spécifiques. Envisagé dans ce contexte, ce principe implique également l'obligation pour les autres pouvoirs de l'État de respecter et de faire respecter même par voie d'exécution forcée les décisions de justice ayant acquis autorité de chose jugée.

[...] the Executive, the Legislature, as well as other authorities, such as the police, prison, social and educational authorities, must respect and abide by the judgments and decisions of the Judiciary, even when they do not agree with them. Such respect for the judicial authority is indispensable for the maintenance of the rule of law [...]⁶⁶.

⁶⁵ Montesquieu, *supra* note 3 à la p. 164.

⁶⁶ Office of the High Commissioner, *supra* note 17 à la p. 121.

Néanmoins, la séparation des pouvoirs ne signifie nullement que le pouvoir judiciaire doit évoluer en vase clos pour n'entretenir aucun contact avec les autres pouvoirs. Ainsi, l'examen de ce principe, pour vital qu'il puisse être, requiert d'y mettre un bémol afin d'éviter de leurrer. «Despite their devotion to the separation of powers, the framers recognized that a certain amount of « blending » was inescapable⁶⁷».

À cet égard, rien dans la séparation des pouvoirs n'indique que le législatif et l'exécutif ne peuvent jamais exercer un droit de regard sur le judiciaire, et *vice versa*. En l'occurrence, l'obligation de respect et d'application des décisions judiciaires ne porte nullement atteinte au pouvoir de l'exécutif d'exercer dans les formes et conditions voulues par la loi son droit de grâce ou de commutation des peines. Donc, pour assurer le bon fonctionnement de l'État, il faut impérativement qu'il existe des rapports de coordination entre les trois pouvoirs. Et de tels rapports qui ne traduisent aucune forme de hiérarchie sont alors réputés licites dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles d'affecter ou de mettre en péril l'intégrité et la crédibilité d'aucun d'entre eux. D'ailleurs, même aux États-Unis d'Amérique, par exemple, où la Constitution consacre en termes clairs et nets l'existence du pouvoir judiciaire⁶⁸, contrairement à d'autres pays qui lui refusent un tel statut et n'y voient qu'une simple autorité⁶⁹, il est admis cependant que le judiciaire n'implique pas une rupture totale avec les autres organes de l'État.

Although it is beyond dispute that one branch cannot exercise the « whole » power vested in another department, the Constitution does not mandate complete and absolute separation among the

⁶⁷ Raoul Berger, « Impeachment of Judges and "Good Behavior" Tenure » (1970) 79 *The Yale Law Journal* 1475 à la p. 1525, note 246.

⁶⁸ Section I, Art. III, *The Constitution of the United States with the Declaration of independence*, Boston, Pathfinder Publications, 1973, *supra* note 38.

⁶⁹ C'est le cas notamment de la France dont les constituants préfèrent au concept de *pouvoir judiciaire* celui d'*autorité judiciaire*. Voir à ce sujet le titre VIII de la *Constitution française*, Direction des Journaux Officiels, *La Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 2007.

three branches. The separation of powers concept is necessarily ambiguous and will tolerate some overlap of functions among the branches so that the entire government can operate effectively⁷⁰.

Quoi qu'il en soit, l'esprit à la base du principe de la séparation des pouvoirs est que dans une société libre et démocratique, la puissance publique est détenue et exercée par les trois principaux pouvoirs.

Il s'ensuit que chaque pouvoir doit évoluer dans les sphères propres de sa compétence sans chercher à empiéter sur celles d'un autre de telle sorte que l'un ne puisse se donner le luxe de sanctionner un autre qui est censé être son égal. Mais, quand le titulaire d'un pouvoir va au-delà de ses limites et se verse dans tous les excès et abus, il faudra alors un autre pouvoir régulateur pour le freiner dans ses élans et même décider, le cas échéant, de sa démission conformément à la loi, afin d'assurer la bonne marche des institutions démocratiques. Dans ce contexte, Montesquieu lui-même avait déjà observé que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...]. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir⁷¹ ».

1.1.2.3 La révocation

Les conditions dans lesquelles il peut être décidé de la mise à pied d'un juge participent sans conteste des garanties de l'indépendance judiciaire. Cette décision d'une extrême gravité qui émane en général du parlement ou de l'exécutif suivant le pays, semble toucher plus à l'indépendance institutionnelle de la justice qu'à l'indépendance individuelle du juge; et ce, malgré la grande parenté qu'on peut lui reconnaître avec la garantie du principe de l'inamovibilité. Le professeur Benyekhlef à qui nous devons la classification des composantes de l'indépendance judiciaire justifie la place de la révocation dans la catégorie des garanties de l'indépendance institutionnelle sur la base des rapports entre les pouvoirs.

⁷⁰ Irving R. Kaufman, « The Essence of Judicial Independence » (1980) 80 Columbia Law Review 671 aux pp. 688-689.

⁷¹ Montesquieu, *supra* note 3 à la p. 162.

La révocation peut sembler s'intégrer plus aisément dans [...] l'indépendance individuelle, au même titre que l'inamovibilité. Toutefois, nous estimons que la question de la révocation dépasse l'aspect simplement individuel de l'indépendance et s'inscrit dans une perspective résolument institutionnelle, puisqu'il s'agit, somme toute, de l'ultime « châtement » dont dispose un des pouvoirs du gouvernement pour sanctionner un autre pouvoir. Nous nous trouvons donc en présence d'un rapport conflictuel entre deux corps d'État qui se caractérise par sa portée institutionnelle⁷².

Qu'à cela ne tienne, l'idée essentielle à l'origine de cette composante réside dans le mode de révocation du juge comme garantie de l'indépendance judiciaire. À cet effet, sinon que pour des motifs sérieux et dans le plus grand respect d'une procédure régulière fixée par des règles strictes et préétablies qui offrent au juge visé la possibilité de faire valoir ses droits, il ne peut être décidé de mettre fin à ses fonctions⁷³. D'où, dans de telles circonstances, le rôle capital du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM), qui est institué aujourd'hui dans la quasi-totalité des systèmes judiciaires pour mieux garantir l'indépendance de la justice. Instance chargée, entre autres, de participer au processus de recrutement et de la discipline des magistrats, le CSM connu aussi sous l'appellation de Conseil Supérieur de la Justice (La Belgique)⁷⁴, ou encore sous celle de Conseil Général du Pouvoir Judiciaire (Espagne)⁷⁵, est appelé à éviter les interférences indues et les ingérences arbitraires de l'exécutif ou du législatif dans le champ des compétences du pouvoir judiciaire.

Sans y voir une panacée en soi, le CSM apparaît de nos jours comme une sentinelle vigilante de l'indépendance du pouvoir judiciaire pour lequel, par ailleurs, il représente un pont entre le justiciable, le magistrat, la société civile et le monde politique. Grâce à la place prépondérante qu'occupe cette institution au niveau du système judiciaire, les autres pouvoirs

⁷² Benyekhlef, *supra* note 31 à la p. 99.

⁷³ Al. 2.32. « Une plainte contre un juge est traitée sans délai et équitablement en vertu d'une procédure appropriée. Le juge a l'opportunité de faire connaître son point de vue dès l'examen initial de la plainte. Cet examen demeure confidentiel, sauf demande contraire du juge ». *Déclaration Universelle sur l'indépendance de la justice*, *supra* note 36.

⁷⁴ Art. 151(§ 2) et (§ 3), *Constitution de la Belgique*, Texte coordonné du 17 février 1994, en ligne http://www.senate.be/doc/const_fr.html page consultée le 21 mars 2010.

⁷⁵ Art. 122 (2) et (3), *Constitución Española del 27 diciembre de 1978*, BOE 29-12-1978, Espagne, Boltín Oficial del Estado, 29 décembre 1978.

de l'État peuvent de moins en moins intervenir au gré de leurs intérêts et de leurs caprices pour destituer un juge. Celui-ci, en effet, a droit à la sécurité de sa charge et au respect que commande son statut; et ce, sans aucune considération du degré de son rang ou de celui de la juridiction à laquelle il appartient dans l'échelle de la hiérarchie du pouvoir judiciaire.

1.1.2.4 La non-pertinence du statut du tribunal

L'indépendance judiciaire n'est pas l'apanage d'un groupe de magistrats et de juridictions triés au volet. Les garanties qu'elle offre sont destinées aux juges de tous les degrés de juridictions depuis le plus bas de l'échelle jusqu'au sommet de la pyramide judiciaire. Dans ce contexte, si les garanties d'indépendance devaient être réservées aux seules juridictions supérieures, quel serait alors le sort des justiciables condamnés en première instance par des décisions iniques bafouant complètement leur droit au procès équitable, mais qui, pour une raison ou pour une autre, ne pourraient pas en appeler par devant l'instance supérieure compétente? Ainsi donc, de même que dans une société libre et démocratique, le « petit » et le « grand » sont réputés égaux devant la loi, les juridictions allant des tribunaux de rang inférieur aux Cours suprêmes doivent toutes bénéficier des garanties attachées à l'indépendance dans l'intérêt de tous les justiciables.

Un inculpé [...] ne devrait pas avoir à subir un procès devant un tribunal dont le degré d'indépendance est moindre en raison de son statut [...]. Il ne saurait y avoir deux ou plusieurs genres d'indépendance judiciaire. Cette dernière ne se module pas selon l'ordre hiérarchique ou fonctionnel occupé par le tribunal dans l'ordonnement juridico-administratif. Elle est, à cet égard, indivisible⁷⁶.

Somme toute, dès lors qu'un organe peut se prévaloir à bon droit du statut de tribunal et est appelé en conséquence à statuer sur des faits mettant en cause au moins deux parties, donc deux groupes d'intérêts divergents, il faut impérativement qu'il puisse jouir de toutes les garanties inhérentes à l'indépendance. D'autant plus que d'ailleurs, celle-ci n'est pas une fin en soi, mais un moyen ou mieux une condition essentielle pour parvenir à une administration

⁷⁶ Benyekhlef, *supra* note 31 à la p. 134.

saine et équitable de la justice, laquelle exige non seulement que le tribunal soit indépendant mais qu'il soit aussi impartial.

1.2.1 Le tribunal impartial

Si le principe d'indépendance a pour principale vocation de protéger le juge contre les pressions qui pourraient émaner tant des pouvoirs législatif et exécutif que des parties, le principe de l'impartialité vise, pour sa part, à la protection des parties contre les dérives éventuelles du juge. Ainsi, se dit tribunal impartial celui dont les yeux bandés, rend ses décisions sans parti pris en maintenant la balance en équilibre constant avec ses deux piliers toujours égaux. En d'autres termes, le tribunal impartial est celui dont le juge, faisant violence à lui-même à travers un dialogue permanent qu'il engage avec sa conscience, apparaît en tout temps objectif et juste. C'est pourquoi d'aucuns voient dans le principe d'impartialité « une subtile politique intérieure du magistrat, une résistance culturelle et intime qu'il doit sans cesse organiser contre lui-même et qui implique à la fois sa conscience et la prudence de ses pratiques⁷⁷ ».

Cette vision est aussi partagée par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies pour lequel le tribunal impartial « implies that judges must not harbour preconceptions about the matter put before them, and that they must not act in ways that promote the interests of one of the parties⁷⁸ ». En effet, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, deux démarches s'avèrent nécessaires pour tenter d'apprécier l'impartialité à sa juste valeur.

L'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. L'appréciation objective consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les

⁷⁷ Ch. Matray, « Les magistrats et le Conseil supérieur de la justice » dans *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 77 à la P. 83.

⁷⁸ Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Karttunen c. Finland*, Communication, n°. 387/1989, 23 octobre 1992, UN DOC. GAOR, A/48/40, vol. II à la p. 120, para. 7.2.

apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer au pénal par les prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité⁷⁹.

Néanmoins, étant donné que l'impartialité subjective est difficilement vérifiable, parce que, à supposer qu'elle existait, elle résiderait dès lors dans le for intérieur du juge, la C.E.D.H. en vient à la conclusion qu'une meilleure appréciation de l'impartialité ne peut se fonder réellement que sur la démarche objective. Dans une telle perspective, la théorie dite des apparences parfaitement illustrée par l'adage anglais « *justice must not only be done : it must also be seen [to be done]* »⁸⁰ pèse de tout son poids dans la balance. Tout bien compris, l'apparence d'impartialité, en matière d'administration de la justice, semble pouvoir jouer un rôle psychologique important par la seule perception qu'elle est appelée à créer dans l'esprit du public. Ainsi, faisant donc sienne cette conception, l'Honorable Juge Michel Robert de la Cour d'Appel du Québec soutient : « [i]l ne suffit donc plus que justice soit faite, mais également qu'il y ait apparence de justice⁸¹ ».

Toutefois, nous tenons à préciser qu'il ne s'agit nullement ici de l'apparence dont on dit qui est souvent trompeuse. L'apparence de l'impartialité judiciaire, dans une société démocratique, se veut le reflet fidèle de la réalité. Ce qui paraît être de l'extérieur doit être réellement ce qui est à l'intérieur. La justice, en aucun cas, ne saurait se prêter à la démagogie ni au faux-semblant. Fort de tout cela, le tribunal impartial est celui qui inspire confiance en s'élevant à des hauteurs qui le placent au-dessus de tout soupçon.

S'il est une vertu attachée par essence à la fonction de juger, c'est bien celle d'impartialité. Une justice démocratique peut-elle s'accommoder du soupçon de partialité? Que celui-ci rôde dans le palais, et c'est un pan entier de l'édifice patiemment construit qui risque de s'effondrer. Que le citoyen perde confiance en son juge, et c'est la légitimité même de ce dernier qui est alors remise en

⁷⁹ C.E.D.H., *Hauschildt c. Danemark*, arrêt du 24 mai 1989, Série A. N° 154, para. 46 et 48, *Publications C.E.D.H. : Arrêts et Décisions*, (148-160), 1988-89.

⁸⁰ Rapporté par Frédéric Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004 à la p. 253.

⁸¹ Michel Robert, « L'indépendance judiciaire de Valente à aujourd'hui : les zones claires et les zones grises » 6^e conférence Albert-Mayrand, Montréal, Thémis, 2002 à la p. 2.

cause. L'enjeu, pour toute une société, est considérable. L'impartialité est l'âme du juge [...]. Elle lui commande de se déterminer sans préjugés, de se prémunir contre les influences de son milieu, de sa culture, de ses conceptions intimes. C'est aussi le courage du juge. Elle implique qu'il sache résister aux pressions, qu'il ne cède ni aux facilités de la démagogie, ni à la tentation du corporatisme. Porteur de légalité, il doit dire le droit dans un esprit d'objectivité. Chercheur de vérité, il a un devoir de neutralité⁸².

À la lumière de tout ce qui précède, il est permis d'avancer que pour réussir cette grande épreuve d'impartialité, le juge, nonobstant la force de sa volonté, doit être aussi guidé dans son choix. C'est donc à juste titre qu'il est dit que « [l]a théorie de l'État impartial montre que le magistrat ne peut pas, de son seul fait, choisir d'être impartial. Il doit être protégé par la puissance de l'État [...]. Il suit de là que l'impartialité désigne à la fois un principe et des garanties⁸³ ». Et par garanties, il faut entendre toutes celles que charrie l'indépendance considérée sous son double aspect individuel et institutionnel comme étant « la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire de l'impartialité judiciaire⁸⁴ ». Ainsi, l'indépendance et l'impartialité vont de pair dans l'administration de la justice démocratique. Sans ces deux principes, aucun système de justice ne peut parvenir vraiment à inspirer confiance au public qui, seul, peut lui assurer en retour la légitimité indispensable pour remplir sa mission.

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace⁸⁵.

S'il s'agit, certes, de deux exigences distinctes; mais elles se veulent tout aussi complémentaires, en ce sens qu'elles concourent au même titre à garantir le droit au procès équitable dans la conduite duquel l'Accusation, en matière pénale, bien entendu, joue un rôle de premier plan. Pourtant, force est de constater qu'à travers tous ces instruments consacrant

⁸² Jossierand, *supra* note 21.

⁸³ *Ibid.* à la p. 9.

⁸⁴ CSC, *Lippé c. La Reine*, [1991] 2 R.C.S. à la p. 139.

⁸⁵ *Valente*, *supra* note 23 à la p. 689.

les principes d'indépendance et d'impartialité, aucune allusion n'est faite à l'autorité de poursuite. Il y est uniquement question de tribunal ou de juge. Or, puisque « le procureur n'est [pas] du tout juge⁸⁶ », ni ne fait pas partie non plus du tribunal au sens propre du terme⁸⁷; alors, quel est donc son statut lui-même (1.2)? Et, en quoi ces principes s'appliquent-ils à son ministère? (Section 2).

1.2 Statut particulier et rôle de l'Accusation publique

Malgré certaines différences notables dérivées surtout de l'histoire et de la culture des peuples que l'on peut enregistrer dans l'étude des principaux systèmes de droit contemporains dont en particulier, les deux grands systèmes de droit *continental* (1.2.1) et de *Common law* (1.2.2)⁸⁸, l'autorité de poursuite se voit attribuer, pour l'essentiel, le même rôle et poursuit à peu près partout le même objectif.

Organisé de façon empirique, au gré des vicissitudes de l'histoire, des traditions, des usages et aussi des pesanteurs sociales et politiques de chaque pays, le Ministère Public offre [...] un véritable puzzle aux contours indécis qui a pour seul trait commun d'être l'écho d'une voix officielle devant les tribunaux⁸⁹.

C'est précisément à ce trait commun qui consiste pour l'autorité de poursuite à exercer au nom de la société l'action publique pour toute infraction causant un trouble à l'ordre public que nous nous limiterons dans le cadre de ce travail.

⁸⁶ Pradel, *supra* note 5 à la p. 415.

⁸⁷ Laurent Lemesle et Frédéric-Jérôme Pansier, *Le procureur de la République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998 à la p. 46. « Il n'appartient donc pas à la juridiction, c'est d'ailleurs pourquoi l'on dit que le procureur général est *près* la cour ou que le procureur de la République est *près* le tribunal de grande instance ».

⁸⁸ René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

⁸⁹ Roger Perrot, «Le rôle du Ministère Public dans les domaines pénal, civil et commercial» dans Conseil de l'Europe, dir., *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 167 à la p. 167.

1.2.1 Le ministère public dans les systèmes de droit continental

L'organe de poursuite qui se dit indifféremment ministère public ou encore Parquet désigne des magistrats appelés debout, lesquels « ont pour fonction principale de requérir l'application de la loi devant les tribunaux⁹⁰ ». Le Parquet dont la dénomination doit son origine au « petit parc⁹¹ » clos dans lequel les procureurs du roi sous l'ancien régime se tenaient à l'audience, voit sa mission variée « dans le temps et l'espace. Dans certains pays, elle sera principalement de nature pénale, dans d'autres sociétés, ses attributions ont été étendues aux matières sociales, commerciales ou fiscales⁹² ». Aussi peut-on déjà comprendre pourquoi il apparaît pour le moins difficile de « fixer la place exacte du Ministère Public au sein des structures de l'État⁹³ ».

Le statut du ministère public varie d'un système de justice à l'autre et ne s'offre pas de ce point de vue à une approche globale parfaitement maîtrisée. Il semble que c'est plutôt au cas par cas qu'il convient de tenter de l'apprécier pour mieux le cerner. Tandis que certains systèmes lui confèrent une certaine autonomie et le font relever du pouvoir législatif (Albanie, la République de Bélarus [...]); d'autres le présentent comme un fonctionnaire en le faisant dépendre du pouvoir exécutif (la Slovénie, la République Tchèque, l'Allemagne [...]). À ces deux visions, s'ajoute une troisième conception qui l'assimile au pouvoir judiciaire (l'Italie)⁹⁴. Vu sous cet angle, il est permis de comprendre que « [l]e Ministère Public est une institution extrêmement complexe aux multiples rouages, aux attributions variées, qui [...] adhère au

⁹⁰ Eugène Frencken, « Position et statut du Ministère Public » dans Conseil de l'Europe, dir., *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 23 à la p. 26.

⁹¹ Vincent Lamanda, dir., « Palais de Justice » *Dictionnaire de l'Ancien régime*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

⁹² Frencken, *ibid.*

⁹³ Perrot, *supra* note 89 à la p. 169.

⁹⁴ *Ibid.*

politique par ses fondements, et au judiciaire par ses fonctions : c'est une sorte de pont suspendu entre le politique et le judiciaire⁹⁵».

Néanmoins, cette façon de voir et de présenter l'organe de poursuite tel que conçu par les systèmes de droit continental, diffère à bien des égards de celui défini par les systèmes de *Common law*⁹⁶.

1.2.2 Le ministère public dans les systèmes de *Common law*

Contrairement aux systèmes de droit continental ou inquisitoire dans lesquels l'organe de poursuite agit comme partie principale dans le procès pénal, dans les systèmes de *Common law* ou accusatoire, « le procès est mis en mouvement par un particulier, en principe la victime ou la police, et se déroule comme un procès civil⁹⁷».

Toutefois, il importe de faire vite remarquer que la faculté accordée au citoyen « de déposer un acte d'accusation⁹⁸ » s'exerce de manière plutôt rare. Car, « il faut souligner que lorsqu'un acte d'accusation doit être déposé, le ministère public a en pratique la responsabilité d'agir⁹⁹ ». Il en va ainsi parce que « les tribunaux considèrent que [l'institution de la poursuite] relève essentiellement du ministère public¹⁰⁰ ». Cela étant, même dans la phase préliminaire de l'enquête qui est dévolue à la police, le ministère public exerce de plus en plus, aujourd'hui, un très grand contrôle relatif à la cueillette des preuves.

⁹⁵Perrot, *supra* note 89 à la p. 168.

⁹⁶ Pour une meilleure compréhension de l'organe de poursuite dans les systèmes de *Common law*, voir, entre autres, John L.I. J. Edwards, *The Attorney General, Politics and The Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984 et Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites pénales : les pouvoirs du Procureur général et des procureurs de la couronne*, Ottawa, 1990.

⁹⁷ Lemesle et Pansier, *supra* note 87 à la p. 11.

⁹⁸ Pierre Béliveau et Jean Pradel, *La Justice pénale dans les droits canadien et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 15^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 aux pp.460-461.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

« Alors qu'il appartient normalement à la police de porter l'accusation, le poursuivant détermine si la preuve recueillie peut étayer la culpabilité en droit¹⁰¹ ».

Dans ce système, en effet, il incombe à chaque partie la responsabilité de réunir les preuves suivant ses propres moyens. À cet égard, si ce système présente l'avantage de placer la défense et l'Accusation sur le même pied d'égalité, il comporte toutefois l'inconvénient majeur d'instaurer une justice accessible selon les moyens. Car, si telle partie ne dispose pas de moyens financiers nécessaires pour se payer les services d'avocats chevronnés, dans la pratique, elle court le grand risque de ne pas pouvoir profiter vraiment de cette égalité. Aussi devient-il dès lors même difficile de considérer la justice comme étant réellement un service public¹⁰².

Dans ce système, chaque partie a la responsabilité de la recherche des preuves, par les moyens dont elle dispose, sans même être obligée de communiquer à l'adversaire les témoignages recueillis [...]. Il n'en reste pas moins qu'en fait, si l'accusation et la défense sont assimilées à des parties privées ayant des droits égaux, la défense, quant à la recherche des preuves, est plus mal placée [...]¹⁰³.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que dans le cas des justiciables démunis qui seraient incapables de se payer les services d'Avocats, la plupart des pays de tradition

¹⁰¹ Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité Général de Preuve et de Procédure Pénales*, 15^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p. 71.

¹⁰² André Vallini, « Les juges d'instruction sont les mal aimés du système pénal français » *L'express.fr*, 8 janvier 2009. Page consultée en ligne le 21 mars 2010 à http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/les-juges-d-instruction-sont-les-mal-aimés-du-système-pénal-français_730220.html. « L'avantage de notre système inquisitoire, même s'il est loin d'être parfait, c'est que l'instruction est menée par un magistrat indépendant qui n'a de comptes à rendre à personne, sauf à sa conscience. Un système accusatoire remettrait en cause l'égalité des citoyens devant la justice: la défense des justiciables serait fonction de leurs moyens financiers. Dans ce système en effet, l'enquête est menée par le parquet qui est tout puissant et si vous avez beaucoup de moyens financiers pour vous offrir les services d'avocats chevronnés, vous pouvez lui résister et bien vous défendre. Mais si vous ne les avez pas, vous pouvez être broyé par une machine judiciaire qui dispose de tous les moyens d'investigation et qui instruit à charge. Les dérives du système américain, où la charge de la preuve revient à la défense, témoignent du danger de la procédure accusatoire: une justice pour les riches et une autre pour les pauvres. Aux États-Unis, seules les personnes capables de s'offrir les services d'un ou de plusieurs avocats pour suivre l'enquête pas à pas peuvent se défendre convenablement ».

¹⁰³ Lemesle et Pansier, *supra* note 87 à la p. 11.

Common law, dont le Canada par exemple, se dotent d'un système d'aide juridique¹⁰⁴ leur permettant de bénéficier plus ou moins de l'assistance judiciaire nécessaire.

Quoi qu'il en soit, ce travail n'entend nullement se prêter à la polémique traditionnelle qui oppose le système inquisitoire au système accusatoire. Et, force est de reconnaître, d'ailleurs, un certain rapprochement entre les deux systèmes¹⁰⁵ comme le fait très bien remarquer l'honorable juge Salas qui, au concept de système accusatoire semble préférer celui de procès équitable, lequel avec le système inquisitoire, forme, selon ce dernier, un modèle dit mixte.

Le procès pénal est le lieu où ces deux logiques issues des modèles de l'inquisition et du procès équitable se succèdent et s'entrecroisent. [...] Elles s'institutionnalisent- moins dans deux phases d'un même procès selon la présentation classique qui en est faite, une phase « préparatoire » et une phase « décisive »- que dans deux modèles distincts du procès à la fois séparés dans le temps réunis dans un modèle mixte. On pourrait concevoir que le sens de l'évolution du procès pénal a consisté à détacher d'un modèle d'inquisition issu de l'Ancien Régime, un modèle du procès équitable issu de la Révolution qui se substitue définitivement au précédent.[...] En réalité, l'analyse des modèles montre que ce schéma est moins tranché qu'il n'y paraît : à la construction de modèles distincts superposés dans le temps, se développe[nt] parallèlement des effets de convergence qui tendent à les rapprocher¹⁰⁶.

C'est le cas de dire que chaque système peut comporter ses avantages et ses inconvénients¹⁰⁷. Telles sont sans doute les principales raisons pour lesquelles, beaucoup d'observateurs avisés préconisent plutôt une formule qui tend vers une combinaison des

¹⁰⁴ Béliveau et Pradel, *supra* note 98 à la p. 232.

¹⁰⁵ Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, L.G.D.J., 2007 à la p. 113. « Il est certainement indéniable que les systèmes juridiques appartenant aux deux traditions adoptent des règles et des institutions proches et consacrent des solutions qui ne le sont pas moins. Il faut en particulier souligner que les systèmes juridiques continentaux et les systèmes de *Common law* ratifient des conventions internationales qui unifient leurs droits respectifs ».

¹⁰⁶ Denis Salas, *Du procès pénal : Éléments pour une Théorie Interdisciplinaire du Procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992 aux pp. 150-151.

¹⁰⁷ Lemesle et Pansier, *supra* note 87 aux pp. 16-17. « On peut ainsi être amené à penser que la procédure inquisitoire attribue une position excessivement prééminente au procureur de la République, omnipotent et partout présent, et qu'il n'existe pas un équilibre équitable entre l'accusation et la défense; [...]. [A]lors que dans le système accusatoire, elle n'est autorisée à s'exprimer utilement que lors de l'audience de jugement et dispose de peu de moyens dans la phase préliminaire et pour la recherche des témoignages ».

avantages tirés non seulement de ces deux principaux systèmes, mais aussi de tout autre, afin de s'en servir à construire un modèle qui puisse mieux satisfaire aux valeurs fondamentales et universelles de la justice. Et, tout laisse croire que c'est cette démarche qui a été entreprise et mise à profit lors de l'adoption du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale¹⁰⁸.

[L]es caractères fondamentaux de la fonction de Procureur, [...] tels qu'ils sont définis par le Statut de Rome et le Règlement de procédure et de preuve [...] constituent le résultat d'une opération de comparaison entre les systèmes propres aux différentes traditions juridiques, dont l'écart ne se limite pas seulement à l'opposition classique entre *common law et civil law*, mais traverse les expériences européennes et nord-américaines : d'où un tableau véritablement complexe¹⁰⁹.

Dans ce même ordre d'idées, la professeure Delmas-Marty, notamment, renchérit pour faire ressortir le rôle de source d'inspiration qu'ont joué respectivement les deux plus importants systèmes de droit continental et de Common law dans la conception et l'élaboration du Statut de Rome.

Pour dépasser le vieux clivage qui oppose une justice inquisitoire à la française à une justice accusatoire à l'anglo-saxonne, nous proposons une procédure "contradictoire", combinant par hybridation le meilleur de chaque système. C'est un tel choix hybride qui a été fait pour la Cour pénale internationale, avec un procureur indépendant et une chambre préliminaire qui contrôle le procureur, délivre les mandats et veille au respect des droits des victimes et de la défense¹¹⁰.

¹⁰⁸ Morten Bergsmo et Frederik Harhoff, « Article 42: The Office of the Prosecutor » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -observers' Notes, Article by Article-*, 2nd édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 971 à la p. 973. « [...] ; [T]he procedural and evidentiary regime of the permanent Court should be properly balanced between the different legal traditions of the world, and that it should incorporate more elements from national systems which are based on the inquisitorial tradition than the Rules of Procedure and Evidence of the *two ad hoc* Tribunals do. The early practice of the Court suggests that this tension between common and civil law approaches has influenced the working relationship between the Office of the Prosecutor and Pre-Trial Chambers ».

¹⁰⁹ Serena Quattrococo, « Le rôle du Procureur à la Cour pénale internationale: Quelques brèves réflexions » dans Mario Chiavario, dir., *La Justice Pénale internationale entre passé et avenir*, Milan, Dalloz, Giuffrè Editore, 2003, 353 à la p. 353.

¹¹⁰ Mireille Delmas-Marty, « Garantir l'indépendance du parquet », Paris, Le Monde, 7 janvier 2009. En ligne, http://lewebpedagogique.com/mysestes/files/2009/01/jugeinstruction_2008.pdf, page consultée le 21 mars 2010.

Quoi qu'il en soit, le ministère public dans le système inquisitoire comme dans le système accusatoire, joue un rôle déterminant dans l'administration de la justice. Autrement dit, « [l]es deux systèmes reconnaissent la responsabilité première de l'État dans l'institution de la poursuite, mais par des moyens qui sont typiques à chacun¹¹¹ ». En effet, dans les pays où cela est permis, les interventions du ministère public, en matière civile, peuvent s'effectuer de deux manières : soit comme partie jointe pour donner son avis sur l'application de la loi dans les affaires dont communication lui est donnée, soit comme partie principale dans les affaires qui concernent notamment l'état des personnes (les mineurs, les incapables, les absents, les orphelins, les faillis, etc.)¹¹². Mais, tel que nous l'avons déjà signalé, c'est surtout son rôle en matière pénale qui nous préoccupe particulièrement.

Chef de la police judiciaire, le ministère public recherche les infractions et décide ou non du déclenchement des poursuites. Il dispose d'un choix quand il a connaissance d'une plainte ou d'une dénonciation : soit d'engager des poursuites, soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à l'infraction le justifient¹¹³. Cependant, ce pouvoir d'appréciation accordé au ministère public ne s'applique pas à tous les systèmes judiciaires du monde de la même manière. Dans d'autres systèmes, par contre, le ministère public semble disposer de peu de marge de manœuvre dans l'exercice de ses fonctions. D'où le débat qui ne date pas d'hier autour de deux systèmes que l'on met généralement en opposition avec toutefois une dose d'exagération souvent trop forte¹¹⁴.

¹¹¹ Béliveau et Pradel, *supra* note 98 à la p. 472.

¹¹² Mario Busacca, « Le rôle du Ministère Public dans les procès civils et commerciaux » dans Conseil de L'Europe, *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 159 aux pp. 159-164.

¹¹³ Béliveau et Pradel, *ibid.* à la p. 483. « Les deux systèmes sont identiques en ce qui concerne la liberté du ministère public d'intenter la poursuite, pour des motifs discrétionnaires [...] ».

¹¹⁴ Perrot, *supra* note 89 à la p. 174. « [...] il n'est peut-être pas très heureux d'opposer, comme on le fait habituellement, la "légalité" à "l'opportunité", dans la mesure où cette opposition brutale pourrait accréditer l'idée que l'opportunité des poursuites veut dire que le procureur n'a pas à se préoccuper de la loi; ce qui serait gravement inexact. Avant de prendre la décision de poursuivre ou de "classer sans suite", le procureur de la République, souvent par le moyen d'une enquête préliminaire, vérifie si légalement l'infraction semble

1.2.3 Les systèmes d'opportunité et de légalité des poursuites

Dans l'exercice de ses fonctions du ministère public, l'autorité de poursuite peut voir son pouvoir orienté vers l'un ou l'autre de ces deux systèmes : l'opportunité des poursuites ou la légalité des poursuites¹¹⁵. A priori, suivant le système de l'opportunité, le procureur jouirait d'une grande liberté de décider des suites à donner aux infractions portées à sa connaissance. Il pourrait, à son choix, poursuivre ou classer sans suite. Par contre, selon le système de la légalité, le procureur serait appelé à poursuivre toute infraction dont il a connaissance indépendamment des circonstances qui l'entourent et de sa gravité. Dans le premier système, la loi laisserait au ministère public le soin d'apprécier l'utilité concrète de la poursuite en fonction des intérêts de la société et de son intime conviction. Tandis que dans le second cas, la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique échapperaient à la libre appréciation de l'Accusation. Celle-ci agirait plutôt comme instrument de la loi qui lui imposerait que l'intérêt général exige d'elle des poursuites¹¹⁶.

Cependant, avant d'aller plus loin, deux questions se posent et méritent un examen en vue de certains éléments de réponse : 1) le système de l'opportunité, permet-il donc à l'autorité de poursuite de procéder de manière arbitraire ou en marge de la loi? 2) Le système de la légalité, ne reconnaît-il aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité de poursuite?

Les deux systèmes reposent sur l'application de la loi et laissent la place au jugement de l'autorité de poursuite. Tandis que l'opportunité n'autorise point l'arbitraire, la légalité ne nie aucunement la jouissance de tout pouvoir discrétionnaire. Car, dans tout jugement, il y a place pour appréciation; et dans toute appréciation, il y a une part, si infime soit-elle, de discrétion.

constituée, comme on le fait dans les systèmes dits de la "légalité des poursuites". En un mot, la légalité n'est pas exclue. La différence réside simplement en ceci que le procureur de la République, même si les éléments constitutifs de l'infraction paraissent réunis, dispose encore de la faculté de "classer sans suite" [...]. Mais cela dit, n'exagère-t-on pas la différence?»

¹¹⁵ Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome II, 3^e éd; Paris, Éditions Cujas, 1979 à la p. 339.

¹¹⁶ *Ibid.*

Tout bien considéré, et l'opportunité et la légalité, toutes deux laissent à l'autorité de poursuite le choix d'une solution. Cela dit, d'un système à l'autre, il y a possibilité d'interprétation, laquelle « est elle-même un acte discrétionnaire¹¹⁷ ».

On remarque souvent d'abord que l'opportunité peut être l'une des conditions de la légalité. C'est notamment le cas lorsqu'['] un acte n'est valide que pour autant qu'il constitue un moyen propre à réaliser la fin poursuivie. Mais, d'une manière plus générale, la distinction entre opportunité et légalité repose sur le présupposé que la décision en opportunité résulte d'un choix discrétionnaire, tandis que l'appréciation de la légalité serait une simple application d'une norme préexistante à une situation de fait, mais on sait bien qu'il faut au moins déterminer le texte applicable, puis l'interpréter et que ces opérations ne peuvent être accomplies sans un choix discrétionnaire¹¹⁸.

D'une manière générale, les législations sont partagées en ces deux systèmes sans qu'il ne s'y opère toutefois de véritable décalage comme d'aucuns se plaisent trop souvent à le faire accroire. À la croisée des chemins, l'opportunité et la légalité des poursuites interagissent par la création des lignes de rapprochement. En effet, l'opportunité est consacrée dans un grand nombre de pays tels que la France, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg, les cantons romans de la Suisse, l'Angleterre, le pays de Galles, l'Écosse, l'Islande, le Danemark, la Norvège, la plupart des pays d'Afrique, Israël, les États-Unis d'Amérique, le Canada, le Japon et la Chine, etc.¹¹⁹.

Parallèlement aux pays privilégiant le système de l'opportunité, un certain nombre de législations restent attachées au système de la légalité qui confère à la poursuite son caractère obligatoire, du moins, en théorie. Du nombre, il convient de citer, par exemple, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, l'Irlande, la Suède, la Grèce, la Russie, l'Argentine, etc.¹²⁰.

Le fait qu'aucun des deux systèmes ne revête de caractère absolu, certaines techniques font que l'un se rapproche de l'autre. Le classement sans suite décidé par le ministère public

¹¹⁷ Michel Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006 à la p. 19.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 41.

¹¹⁹ Pradel, *supra* note 5 à la p. 549.

¹²⁰ *Ibid.* à la p. 552.

dans une législation où prédomine le système de l'opportunité ne suppose pas qu'aucune poursuite ne puisse avoir lieu. D'autres acteurs peuvent alors en prendre l'initiative. À titre d'exemple, l'exercice de l'action civile par la victime qui consiste à saisir le juge correctionnel en matière de délit par voie de citation directe ou le juge d'instruction en matière de crime par requête avec constitution de partie civile dans le système belge notamment permet l'exercice de l'action publique.¹²¹

Dans ce même contexte, l'institution japonaise dite comité de surveillance des classements sans suite constitue aussi un témoignage éloquent du caractère peu ou prou souple du système de l'opportunité. Appelé à mener son enquête suite à un classement sans suite, ledit comité, suivant les données recueillies, peut alors inviter le procureur à reconsidérer sa décision pour enfin poursuivre¹²².

De même, le système de la légalité adopte des techniques ou mesures de rechange qui le rapprochent de celui de l'opportunité. On peut en citer au moins deux : 1) le système d'escamotage et 2) la déjudiciarisation.

Le « procédé d'escamotage de la poursuite [qui] est utilisé dans tous les pays légalistes¹²³ » est une technique par laquelle le ministère public, concluant à l'inopportunité de

¹²¹ Pradel, *supra* note 5 à la p. 556. Notons que ce fut aussi le cas pour la France avant l'adoption de la *Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007. En vertu de l'article 21 de cette loi, une plainte avec constitution de partie civile est désormais subordonnée au dépôt d'une plainte devant le procureur ou un service de police judiciaire. Art. 21 : « [...] la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire[...]», *Journal Officiel de la République Française* (JORF), n° 55 du 6 mars 2007, NOR : JUSX0600156L.

¹²² Pradel, *ibid.* à la p. 557.

¹²³ *Ibid.* à la p. 553.

la poursuite, choisit volontiers de considérer que les faits rapportés ne sont pas suffisants pour motiver la poursuite¹²⁴.

Pour sa part, la déjudiciarisation qui est une sorte de transaction pénale, une orientation politique ou administrative qui vise à éviter le recours aux tribunaux, à la police et au système pénitentiaire se pratique de plus en plus dans les systèmes dits de légalité. « Comme un régime opportuniste, le droit allemand connaît une déjudiciarisation sous la forme d'un classement sous condition de l'exécution d'une prestation¹²⁵ ».

Toutefois, il ne s'agit pas de recourir à ces mesures alternatives à la poursuite dans le cas des personnes suspectes « qui ne feraient pas ou ne pourraient pas faire l'objet d'une dénonciation criminelle. On vise des affaires qui autrement se retrouveraient devant les tribunaux criminels¹²⁶ ». Et d'ailleurs, l'admissibilité à de telles mesures est subordonnée tant aux besoins et intérêts du suspect, de la victime qu'à ceux de la société. Il reste même entendu que l'intérêt de celle-ci « demeure le facteur primordial¹²⁷ ».

En effet, quel que soit le système adopté par un pays, l'essentiel est que le ministère public demeure la principale autorité à laquelle est confiée la prérogative de la poursuite dans la société. Et, c'est vraisemblablement dans le but de lui permettre de mieux s'acquitter de cette tâche que l'on a jugé nécessaire de faire reposer son autorité sur un certain nombre de principes dont les plus importants sont, entre autres, la dépendance hiérarchique, l'indivisibilité et l'irresponsabilité¹²⁸.

¹²⁴ Pradel, *supra* note 5 à la p. 553.

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 554.

¹²⁶ Béliveau et Vauclair, *supra* note 101 à la p. 584.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Lemesle et Pansier, *supra* note 87 à la p. 33.

1.2.4 Regard sur quelques principes régissant la fonction du ministère public

Hormis quelques rares réserves¹²⁹, le Parquet, en général, obéit au principe de la dépendance hiérarchique. Cette dépendance hiérarchique s'entend ici de celle que l'on pourrait appeler *interne* qui régit les rapports des substituts vis-à-vis de leur procureur en chef et non de l'éventuelle dépendance *externe* du Parquet lui-même à l'égard d'autres organes de l'État tels que l'exécutif et le législatif (ce que nous verrons à la Section 2, p. 48, ci-dessous). Cette dépendance se justifie par la nécessité d'assurer une politique criminelle cohérente. Il importe donc que « les actions du ministère public soient bien coordonnées autour d'une politique d'ensemble¹³⁰ ». Pour ce faire, l'institution du Parquet est aménagée suivant le plan d'une structure pyramidale, qui fait en sorte que « les directives venant d'en haut se [diffusent] jusqu'aux échelons les plus modestes¹³¹ ».

Néanmoins, nous ne pouvons pas passer sous silence le fait que la dépendance hiérarchique semble souffrir dans la pratique de certaines restrictions. À cet égard, elle est loin de pouvoir être un principe absolu.

[...] il existe des limites à la subordination hiérarchique. La première est désignée sous le nom de pouvoir propre des chefs de parquet : ceux-ci peuvent poursuivre malgré un ordre contraire et la poursuite reste valable; ils peuvent aussi ne pas poursuivre malgré l'ordre de le faire et le supérieur ne pourra pas poursuivre à leur place. La seconde est la liberté de parole à l'audience : si le parquetier doit obéir au supérieur dans ses réquisitions écrites, il agit en toute liberté à l'audience, car, selon un adage très ancien, si la plume est servie, la parole est libre¹³²[.]

Mais là encore, il faut souligner que ces limites ne s'appliquent, en réalité, qu'au cas par cas. Il y va de la personnalité de chaque chef de Parquet ou de celle du substitut faisant alors office de représentant du ministère public. Car, même à l'audience, il va de soi que certains

¹²⁹ Perrot, *supra* note 89 à la p. 170.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Béliveau et Pradel, *supra* note 98 à la p. 90.

poursuivants, surtout dans les régimes autoritaires, peuvent se montrer très prudents dans le développement de leurs moyens et dans la formulation de leurs réquisitions verbales.

Par ailleurs, le ministère public se caractérise par l'indivisibilité de ses magistrats près d'une juridiction. Cette spécificité de l'institution du Parquet constitue un fil conducteur qui garantit l'unité de ses actions. Elle est conçue de telle manière que chaque membre du Parquet puisse le représenter dans son ensemble et que ses membres soient interchangeable. En effet, l'un des plus grands avantages de l'indivisibilité consiste au fait qu'au cours d'un procès, les magistrats du Parquet peuvent se remplacer mutuellement à l'audience sans pour autant paralyser la procédure.

D'autre part, l'irresponsabilité du Parquet s'explique par le fait qu'un magistrat du ministère public, dans l'exercice de ses fonctions, ne peut faire l'objet de poursuites sur la base des accusations qu'il a soutenues au cours d'une procédure engagée à l'encontre d'un suspect. Quand bien même, à l'issue d'un jugement définitif, le tribunal ne retiendrait pas de charges contre un accusé, et dont en conséquence, il prononcerait l'acquittement, ce dernier ne peut, sur ce chef, poursuivre le magistrat du ministère public. Celui-ci ne peut pas être condamné non plus aux dépens, tel qu'il peut l'être dans le cas d'une partie ordinaire ayant été déboutée d'une action en justice.

Cependant, il ne faut pas voir dans le principe de l'irresponsabilité une immunité absolue accordée aux représentants du ministère public pour se verser au gré de leurs fantaisies dans des poursuites abusives contre des membres du corps social, auxquels ils pourraient avoir de comptes personnels ou partisans à régler. Ce qui constituerait une atteinte grave au droit fondamental de la liberté individuelle, étant donné que « [l]a personne abusivement poursuivie subit une atteinte à la liberté et à la sécurité de sa personne, en violation des principes de justice fondamentale¹³³ ». De tels agissements ne mineraient pas moins la confiance que le système judiciaire se doit d'inspirer au public. C'est pourquoi dans le système de *Common*

¹³³ Commission de réforme du droit du Canada, *supra* deuxième note 96 à la p. 26.

law, à tout le moins, il est de jurisprudence constante que les poursuites abusives sont susceptibles de contrôle judiciaire¹³⁴. Pour preuves, l'Honorable Juge Lamer de la Cour suprême du Canada, examinant la question, en déduit « une raison puissante et fondamentale de conclure que la *Common law* elle-même ne prévoit pas d'immunité absolue¹³⁵». Dans ce même esprit, les *principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet* semblent aussi reconnaître à ces derniers une certaine responsabilité, à condition, toutefois, que celle-ci soit justifiée. « Les États veillent à ce que les magistrats du parquet puissent s'acquitter de leurs fonctions [...] *sans devoir assumer de façon injustifiée une responsabilité civile, pénale ou autre*¹³⁶». [Nos italiques].

Quoi qu'il en soit, l'autorité de poursuite bénéficie des prérogatives exorbitantes dans l'exercice de ses fonctions. Donc, il est clair que les risques d'abus susceptibles d'entacher l'action d'une telle autorité pourraient être énormes et constituer une vraie entrave à la liberté individuelle et à la sûreté des personnes, si son ministère devait s'exercer sans être obligé de satisfaire aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

¹³⁴ *Québec (Procureur général) c. Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.).

¹³⁵ *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. à la p. 196.

¹³⁶ *Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet*, para. 4, UN DOC. A/CONF. 144/28/Rev. 1 à 189 (1990).

Section 2

Application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite

Loin de vouloir transposer telle quelle l'applicabilité des normes internationales d'indépendance et d'impartialité requise de plein droit des organes de jugement à ceux de poursuite, il est toutefois symptomatique de souligner que cette question suscite des controverses. Contrairement à la tendance générale qui veut que dans une société démocratique, l'administration de la justice soit assurée par des juges indépendants et impartiaux, et que des mesures promptes et efficaces soient envisagées pour renforcer ces garanties et exigences partout où le besoin se fait sentir, pour ce qui est des organes de poursuite, la question ne se pose pas avec la même acuité. Bref, les avis sont plutôt partagés.

Pour les tenants d'une séparation nette et claire de la fonction de juge de celle de procureur, il ne s'agit nullement de reconnaître à ce dernier le statut de magistrat, mais au contraire, de bien distinguer « les genres » en opérant « une franche rupture entre la magistrature qui restera assise, et le parquet qui se retrouvera enfin sur le plancher avec les autres parties au procès¹³⁷ ». À ce titre, le procureur, en tant que simple fonctionnaire de l'État, représenterait celui-ci à l'audience pour y défendre les intérêts de la société, sans aucune prétention au statut de magistrat ni aux garanties et privilèges attachés à cette fonction¹³⁸.

À cet égard, sans insinuer que tel est également l'avis de la Cour européenne des droits de l'Homme, nous soulignons cependant le fait que, se basant sur le grand déficit d'indépendance qu'accuse, selon elle, le procureur français vis-à-vis de l'exécutif, la C.E.D.H. lui dénie en conséquence le statut d'autorité judiciaire.

¹³⁷ François Gerber, *Justice indépendante Justice sur commande*, Paris, Presses universitaires de France, 1990 à la p. 220.

¹³⁸ *Ibid.*

Force est cependant de constater que le procureur de la République n'est pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion [...]. Il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour être ainsi qualifié¹³⁹.

Ce jugement qui, de toute évidence, semble être motivé par un simple constat de la C.E.D.H. plutôt que par son choix d'un modèle théorique, vaut, à tout le moins, pour démontrer le faible degré d'application du principe d'indépendance au procureur français. Aussi faut-il souligner rapidement au passage que toute l'ambiguïté que présente le système français réside dans le choix qu'il fait d'un corps unique de magistrats, lesquels, cependant, ne jouissent pas tous des mêmes garanties d'indépendance. D'où l'une des principales raisons pour lesquelles d'aucuns en exigent la séparation pure et simple, afin d'éviter toute confusion¹⁴⁰.

La réalité de l'indépendance des magistrats du siège n'est pas sérieusement contestée en France, la problématique de l'indépendance étant essentiellement liée, dans le débat public, au statut du ministère public. [Pourtant] [...] juges et procureurs constituent un seul et même corps de magistrats : issus du même concours et formés par la même école, l'École de la Magistrature, prêtant le même serment, s'inscrivant dans la même carrière, évalués par leurs supérieurs hiérarchiques selon les mêmes modalités, soumis au même statut de la magistrature, aux mêmes exigences éthiques et aux mêmes règles déontologiques, ces magistrats peuvent occuper successivement et indifféremment des fonctions du siège ou du parquet¹⁴¹.

Parallèlement, le système italien, par exemple, qui adopte un corps unique de magistrats à l'instar du système français dans une certaine mesure, diffère toutefois de celui-ci en

¹³⁹ C.E.D.H., *Medvedyev et Autres c. La France*, (Requête n° 3394/03), 10 juillet 2008, §61, en ligne <http://www.cercle-du-barreau.org/media/02/02/1959652005.pdf> voir aussi C.E.D.H., *Schiesser c. Suisse*, 4 décembre 1979, série A n° 34, §§ 29-30.

¹⁴⁰ Hubert Dalle et Daniel Soulez-Larivière, « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats? : Il est désormais nécessaire de séparer les juges du parquet » Paris, Journal Le Monde, vendredi 22 mai 2009. En ligne http://www.lemonde.fr/opinions/article/2009/05/21/les-procureurs-francais-sont-ils-vraiment-des-magistrats_1196324_3232.html. Page consultée le 21 mars 2010.

¹⁴¹ Michel Mazard, « Justice et séparation des pouvoirs : aperçu de la situation en France » dans *Audition par la commission des affaires juridiques du Parlement européen sur le thème "Justice et séparation des pouvoirs : l'indépendance des magistrats"*, 26 mars 2008, aux pp. 4-5. Pages consultées le 21 mars 2010 en ligne <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200804/20080403ATT25683/20080403ATT25683FR.pdf>.

garantissant tant aux juges qu'aux procureurs l'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions respectives.

[L]es parquetiers se voient appliquer les mêmes garanties que leurs collègues du siège, comme l'inamovibilité, et puisque c'est le même organe qui exerce le pouvoir disciplinaire à l'égard de tous les magistrats [,] lequel est garant de leur indépendance¹⁴².

En somme, l'application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite varie d'un pays à l'autre. Suivant que dans un pays, abstraction faite, bien entendu, du système français et de ceux en place dans la plupart des anciennes colonies françaises, il existe un corps unique de magistrats, qui est régi par des dispositions communes, et qu'un magistrat, au cours de sa carrière, peut occuper successivement les fonctions de procureur et de juge et *vice versa*, les organes de poursuite et de jugement jouissent des mêmes garanties comme le démontre éloquemment le modèle italien.

En revanche, dans les pays où les organes de poursuite relèvent et dépendent de l'exécutif, il est évident que sinon à un très moindre degré, les principes d'indépendance et d'impartialité ne s'appliquent pas à ces derniers. C'est le cas, par exemple, des « législations [telles que celles de] l'Autriche, l'Écosse, la Suisse et l'Angleterre, [où] le ministère public est une vraie partie à l'instar des parties privées¹⁴³ ». Mais, est-ce-à-dire pour autant que les autorités de poursuite, en tant que parties, ne peuvent pas se prévaloir du tout du principe d'impartialité et n'ont pas « à rechercher des preuves favorables à l'accusé¹⁴⁴ »? Loin s'en faut! Le ministère public, en tout état de cause, ne doit point cacher les preuves à décharge. Il lui est même fait obligation, sous certaines réserves, bien entendu, de les divulguer pour la manifestation de la vérité, laquelle seule peut amener au triomphe de la justice.

Le droit d'obtenir les documents en possession du ministère public ou d'une tierce partie est un droit constitutionnel. La communication de la preuve est une composante essentielle du droit à une défense pleine et entière, « un des piliers de la justice criminelle » et une partie intégrante des

¹⁴² Pradel, *supra* note 5 aux pp.376-377.

¹⁴³ *Ibid.* à la p. 380

¹⁴⁴ *Ibid.*

principes de justice fondamentale [...]. L'obligation de divulgation incombant au ministère public n'est pas absolue. La Cour suprême a reconnu que le poursuivant possède un pouvoir discrétionnaire quant à la divulgation de certains renseignements¹⁴⁵ [.]

De toute façon, ce pouvoir discrétionnaire est susceptible de contrôle judiciaire, et ne peut s'étendre qu'à « des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs¹⁴⁶».

En définitive, l'application à un certain degré des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite est aujourd'hui revendiquée avec véhémence à l'échelle de la planète comme un gage sûr de l'administration démocratique de la justice. À l'opposé des partisans d'une fonction de procureur réduite à sa plus simple expression, c'est-à-dire, amovible, donc, révocable et totalement soumise aux injonctions et sanctions de l'exécutif, une grande majorité de l'opinion publique juge plutôt opportun de garantir l'indépendance de cette institution, afin de lui permettre de jouer pleinement son rôle de garante de l'ordre social et de la liberté individuelle.

Les États veillent à ce que les magistrats du parquet puissent s'acquitter de leurs fonctions professionnelles en toute liberté, sans faire l'objet d'intimidations, sans être harcelés, sans subir d'ingérence non-fondée et sans devoir assumer de façon injustifiée une responsabilité civile, pénale ou autre¹⁴⁷. [C'est nous qui soulignons].

En effet, la fonction de poursuite ne se réduit pas à un besoin inconditionnel d'apporter à tout prix une réponse de condamnation à chaque infraction quelle qu'elle soit. Et lorsqu'on prend vraiment en compte toute la dimension de la responsabilité qui incombe à l'Accusation

¹⁴⁵ Béliveau et Vauclair, *supra* note 101 aux pp. 637 et 644.

¹⁴⁶ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 336.

¹⁴⁷ Principes directeurs, para. 4, *supra* note 136. Voir aussi Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), Résolution 1685 (2009) du 30 septembre 2009, alinéa 3.2 : « Les procureurs doivent pouvoir exercer leurs fonctions indépendamment de toute ingérence politique. Ils doivent être protégés contre toutes instructions concernant une affaire donnée, tout du moins si de telles instructions visent à empêcher que l'affaire soit traduite en justice ». En ligne <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/FRES1685.htm>. Page consultée le 21 mars 2010.

dans l'exercice de ses fonctions, on ne peut pas s'empêcher de reconnaître la nécessité de lui appliquer les principes d'indépendance et d'impartialité. Sinon, l'autorité de poursuite risquerait de devenir un instrument politique servant à fausser au gré des intérêts particuliers la vérité des enquêtes dont pourtant la Cour ou le tribunal a besoin pour élaborer son œuvre de justice.

[L]'indépendance du Ministère Public du pouvoir exécutif est certainement la condition essentielle : en effet, aux fins d'une administration correcte de la justice et de l'application pertinente de la loi pénale, elle apparaît encore plus nécessaire que celle du juge puisque, alors qu'il est toujours possible de remédier, tout au moins dans une certaine mesure, à la partialité du juge avec les moyens normaux d'opposition, il n'existe aucune solution contre les déviations du Ministère Public qui sont non seulement possibles mais naturelles s'il est sous la dépendance du pouvoir exécutif; deuxièmement, au cas où ces déviations concerneraient la phase la plus délicate de la procédure pénale, c'est-à-dire celles des enquêtes préliminaires (qui ne sont presque pas soumises à un contrôle juridictionnel qui manque presque complètement), celles-ci rendraient vaine l'indépendance du juge ainsi que la sujétion de ce dernier à la loi, puisque le Ministère Public ne lui donnerait que des éléments probatoires de complaisance¹⁴⁸.

Et pourtant, « aucune considération de nature politique ne devrait normalement influencer sur la décision d'engager ou non des poursuites pénales¹⁴⁹ ». En plus, il n'est un secret pour personne que si la justice n'est pas fondée sur la vérité, elle est réputée aussi cruelle que l'injustice, étant donné qu'elle peut aisément faire porter le fardeau d'une accusation injustifiée suivie d'une condamnation arbitraire à une personne innocente. Alors qu'il est encore une maxime bien connue que « l'impunité de cent coupables est préférable à une seule condamnation injuste¹⁵⁰ ».

En conséquence, pour faire en sorte que de tels abus ne puissent se commettre, il faut un organe de poursuite qui soit à même d'agir en toute liberté pour rechercher et faire découvrir

¹⁴⁸ Giuseppe Cariti, «Dépendance ou indépendance du Ministère Public» dans Conseil de l'Europe, dir., *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 13 à la p. 17.

¹⁴⁹ Commission de réforme du droit du Canada, *supra* deuxième note 96 à la p. 15.

¹⁵⁰ Traduction de la maxime latine ci-après rapportée par Jiri Toman, « Rôle du Ministère Public dans le domaine pénal » dans Conseil de l'Europe, *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, 125 à la p. 144. «*Sed nec de suspicionibus aliquem damnari opossset. Satius quippe est impudium reliqua facinus nocentes, quam innocentum damnari* ».

la vérité dont se nourrit la justice. Assumant en toute conscience et en toute liberté ses responsabilités, l'autorité de poursuite en décide elle-même l'opportunité ou non. « [...] the duty of the Attorney-General to be this. He should absolutely decline to receive orders from [...] anybody else that he shall prosecute [...]. He should receive orders from anybody¹⁵¹ ». Alors, sans aucun parti pris, le procureur mène ses enquêtes tant à charge qu'à décharge et joue ainsi le rôle d'un véritable phare destiné à éclairer la lanterne du tribunal ou de la Cour.

[...] le Procureur du Tribunal n'est pas, ou pas seulement, une partie à des procédures de type accusatoire, mais aussi un organe du Tribunal et de la justice pénale internationale, organe dont l'objectif n'est pas simplement d'obtenir la condamnation des accusés, mais également de présenter les moyens de l'Accusation, à charge comme à décharge, afin d'aider la Chambre à découvrir la vérité dans un cadre judiciaire¹⁵²[.]

Et lorsque, dans la même veine, l'autorité de poursuite aura conçu et élaboré une pédagogie efficace pour convaincre le grand public de son véritable rôle dans l'administration démocratique de la justice, il y a fort à parier que beaucoup de préjugés défavorables que l'on nourrit souvent à son égard tomberont d'eux-mêmes.

On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter [...] une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquiesce d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquiescer de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires¹⁵³.

¹⁵¹ John.L.I.J. Edwards, *The Law Officers of the Crown: A Study of the Officers of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the Office of the Director of Public Prosecutions of England*, Londres, Sweet and Maxwell, 1964 à la p. 215.

¹⁵² TPIY, *Le Procureur c. Kupreškic*, (IT-95-16), 7^e para., al. ii), 21 septembre 1998.

¹⁵³ *Boucher c. La Reine*, [1955] R.C.S. 16 aux pp. 23-24. Voir aussi *Rex c. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224 (C.A. Ont.) à la p. 227. « It cannot be made too clear, that in our law, a criminal prosecution is not a contest between individuals, nor it is a contest between the Crown endeavouring to convict and the accused endeavouring to be acquitted; but it is an investigation that should be conducted without feeling or animus on the part of the prosecution, with the single view of determining the truth ».

Ainsi donc, dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats du ministère public qui représentent l'ensemble du corps social n'ont pas à privilégier une partie au détriment d'une autre. Ils agissent tant dans l'intérêt de l'accusé que dans celui de la victime. Car, l'un et l'autre sont tous deux membres à part entière dudit corps social. « Les magistrats du parquet font preuve d'impartialité [...], [p]rotègent l'intérêt public, agissent avec objectivité, prennent dûment en considération la position du suspect et de la victime [...]»¹⁵⁴ [.]

Vu sous cet angle, le procureur qui est appelé à participer à la recherche de la vérité judiciaire aux côtés du juge, doit pouvoir jouir, lui aussi, des garanties d'indépendance pour être mieux apte à s'acquitter en toute impartialité de ses attributions. Au surplus, si dans la chaîne pénale, le procureur constitue un maillon faible, cela ne peut que profiter malheureusement à la recrudescence de la criminalité organisée au détriment de l'ordre établi.

Aussi paraît-il nécessaire que les organes de poursuite disposent de la marge de manœuvre adéquate pour être à même de poursuivre tout individu, sans égard à son rang ou à son statut dans l'échiquier social ou politique, auquel la justice estimerait devoir demander des comptes sur sa conduite conformément à la loi.

A legal system based on respect for the rule of law also needs strong, independent and impartial prosecutors willing resolutely to investigate and prosecute suspected crimes committed against human beings even if these crimes have been committed by persons acting in an official capacity¹⁵⁵

¹⁵⁴ Principes directeurs, para.13, a) et b), *supra* note 136.

¹⁵⁵ Office of the High Commissioner, *supra* note 17 à la p. 117.

2.1 Conclusion

En définitive, il est indéniable que l'application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite s'avère indispensable pour une bonne et saine administration de la justice dans une société démocratique. Peu importe si un système de justice choisit de se doter d'un corps unique de magistrats ou non; ce qui est fondamental, c'est surtout la garantie que chaque intervenant chargé de participer à un titre ou à un autre à l'œuvre de justice, et sous quelque label que ce soit, puisse agir en toute indépendance et impartialité.

Néanmoins, l'application des principes d'indépendance et d'impartialité aux organes de poursuite ne peut être saisie dans une vue d'ensemble. De tradition, la poursuite pénale, étant avant tout, l'expression de la souveraine puissance de l'État¹⁵⁶, c'est donc au cas par cas que l'on peut s'en faire une idée plus ou moins claire, parce que chaque pays semble apporter son empreinte nationale spécifique à sa façon de définir et d'organiser la poursuite sur son territoire¹⁵⁷. Ce qui fait dire justement à Roger Perrot que « dans le monde, il n'y a pas deux ministères publics qui se ressemblent¹⁵⁸ ».

Enfin de compte, malgré notre ardent désir d'examiner en profondeur et d'exposer la nature et le contenu des principes d'indépendance et d'impartialité, ainsi que leur importance dans l'administration de la justice dans une société démocratique avec plus ou moins une idée claire de l'accueil qui leur est réservé dans les principales conceptions juridiques contemporaines, nous ne prétendons pas toutefois avoir épuisé ce sujet d'une si grande portée.

¹⁵⁶ William Bourdon et Emmanuelle Duverger, *La Cour pénale internationale : Le Statut de Rome*, Paris, Le Seuil, 2000 à la p. 8.

¹⁵⁷ Jean Pradel, « Inquisitoire-accusatoire: une redoutable complexité » (1997) 68 *Revue Internationale de Droit Pénal* 213 à la p. 216. « Ce qui est certain tout d'abord, c'est qu'il n'y a pas unification des procédures pénales nationales, par delà des frontières qui auraient disparu. La procédure pénale fait partie de la culture d'un peuple, comme la langue et la musique, les usages ou la littérature. Elle est donc dans une large mesure un produit national ».

¹⁵⁸ Perrot, *supra* note 89 à la p. 168.

Et tel n'a pas été non plus notre objectif principal. Il s'agissait plutôt pour nous d'étudier ces principes afin d'en dégager une grille d'analyse qui puisse nous aider à mesurer le degré d'indépendance du procureur de la CPI dans les attributions qui sont les siennes. Telle est la démarche que nous allons entreprendre dans le second chapitre.

CHAPITRE II

Application des principes d'indépendance et d'impartialité au Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale

La nécessité de doter la Cour pénale internationale (CPI) d'un organe de poursuite répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité est considérée comme une condition essentielle au bon fonctionnement de la justice pénale internationale¹⁵⁹. Il y va même de la crédibilité¹⁶⁰ indispensable de la Cour dont la création est saluée dans les plus hautes sphères de l'Organisation des Nations Unies (ONU) comme « un cadeau d'espoir pour les générations futures et un pas de géant dans la progression vers les droits de la personne universels et la primauté du droit¹⁶¹ ».

En effet, la nature fondamentalement politique¹⁶² des crimes internationaux à l'égard desquels la Cour est appelée à exercer sa compétence¹⁶³, justifie sinon permet de comprendre le bien-fondé des craintes que d'aucuns seraient en droit d'exprimer si le procureur de la CPI

¹⁵⁹ Louise Arbour, « The Need for an Independent and Effective Prosecutor in the Permanent International Criminal Court » (1999) 17 Windsor Year Book of Access to Justice 207 à la p. 218. «The permanent Court should not be forced by the Statute into dependency [...]. Such dependency would probably harm the credibility of the Court, as it would unavoidably become either impotent, or else tainted by the lack of legitimacy [...] ».

¹⁶⁰ Medard R. Rwelamira, « Composition and Administration of the Court » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court : The Marking of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results In cooperation with The Project On International Courts and Tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 153 à la p. 167. « An effective international court requires not only a Prosecutor who is independent and able to access necessary information, but an institutional framework which ensures that he or she is able to make vital decisions without undue pressure or restraint. In many ways the credibility of the Court depends on whether the Prosecutor is able to act independently and in an atmosphere which does not create perceptions of bias or partiality ».

¹⁶¹ Kofi Annan, Discours prononcé à Campidoglio, Rome, le 18 juillet 1998, rapporté par Laura Barnett, « La Cour pénale internationale : Histoire, Rôle et Situation actuelle », Ottawa, Bibliothèque du Parlement canadien, 4 novembre 2008, à la p. 1. En ligne à <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0211-f.pdf> page consultée le 22 mars 2010.

¹⁶² Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, UN Doc. S/2005/60, para.568. « [T]he very nature of most international crimes implies, as a general rule, that they are committed by State officials or with their complicity » [.]

¹⁶³ Art. 5, *le Statut*. En attendant la définition du crime d'agression, la compétence de la Cour est limitée à l'égard des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

pouvait légalement faire l'objet de pressions extérieures susceptibles de l'amener à engager des poursuites abusives et arbitraires. Fort heureusement, tel n'est nullement le cas au regard du Statut de Rome en ce qui le concerne.

L'indépendance garantie au Bureau du procureur est clairement consacrée par le Statut de Rome [ci-après le Statut]. À cet effet, l'article 42 (1) dispose : « [l]e Bureau du Procureur agit indépendamment en tant qu'organe distinct de la Cour [...]. Ses membres ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune source extérieure ¹⁶⁴». De surcroît, les rédacteurs du Statut, bien imbus, du poids de la théorie des apparences dans la balance de l'administration de la justice démocratique, en termes d'images que celle-ci doit projeter d'elle-même, exigent du procureur et des procureurs adjoints des conduites qui puissent refléter leur indépendance. « Ni le Procureur, ni les procureurs adjoints n'exercent d'activité risquant d'être incompatible avec leurs fonctions en matière de poursuites ou de faire douter de leur indépendance [...] ¹⁶⁵».

Par ailleurs, allant dans le même sens que la plupart des instruments juridiques internationaux et régionaux, qui ne séparent guère l'indépendance de l'impartialité, le Statut garantit l'indépendance au procureur autant qu'il lui impose du même coup l'impartialité comme exigence. « Avant de prendre les fonctions que prévoit le présent Statut [...], le procureur, les procureurs adjoints [...], prennent en séance publique l'engagement solennel d'exercer leurs attributions en toute impartialité [...] ¹⁶⁶».

Il en résulte que les principes d'indépendance et d'impartialité s'appliquent en termes clairs et nets au Bureau du procureur (BdP). Néanmoins, s'il paraît déjà incontestable que le procureur bénéficie des garanties d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions de poursuite, cela n'implique pas qu'il s'agit pour autant d'une indépendance absolue. Ce qui,

¹⁶⁴ Art. 42 (1), *le Statut*.

¹⁶⁵ Art. 42 (5), *ibid.*

¹⁶⁶ Art. 45, *ibid.* Voir aussi Règles 5 (1) b) et 6 (1), *Règlement de procédure et de preuve*.

d'ailleurs, pourrait se révéler très dangereux puisque « la vertu même a besoin de limites¹⁶⁷». Cela dit, il importe désormais d'examiner en profondeur l'indépendance reconnue par le Statut au procureur pour essayer de déterminer sa portée réelle.

¹⁶⁷ Montesquieu, *supra* note 3 à la p. 162.

Résumé

Le chapitre deuxième de notre travail est consacré à mesurer le degré d'indépendance du procureur de la CPI à l'aune de la grille d'analyse élaborée au chapitre premier. C'est pourquoi certains titres sont à peu près identiques d'un chapitre à l'autre. Toutefois, ils diffèrent dans leur fond. Tandis que le chapitre premier définit les concepts et expose les critères d'indépendance, le chapitre deuxième vérifie la façon dont ces critères sont remplis dans leur application au procureur de la CPI.

Ce chapitre comporte également deux sections. La première section évalue l'indépendance individuelle garantie au procureur et l'indépendance institutionnelle de son Bureau. À la lumière de ces deux piliers, elle mesure alors le degré d'indépendance fonctionnelle du procureur. La seconde section examine elle-même les restrictions et interférences auxquelles se heurte l'indépendance garantie au procureur sur la base des mécanismes prévus par le Statut de Rome.

Ces restrictions et interférences peuvent découler de quatre sources principales :

1) le principe de la complémentarité auquel est subordonnée la saisine de la Cour restreint l'action du procureur dans le sens que ce dernier ne peut intervenir que si l'État ayant compétence dans le cas d'une espèce ne montre aucune volonté ou se trouve dans l'incapacité de mener à bien une enquête ou des poursuites;

2) les possibilités d'interférence politique du Conseil de sécurité, lequel, en raison notamment de sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, peut être amené à faire surseoir à une enquête ou à des poursuites engagées par le procureur;

3) la Chambre préliminaire dont l'autorisation constitue une formalité substantielle sans laquelle le procureur, agissant *proprio motu*, n'est pas fondé à entreprendre une enquête ou des poursuites. Il en est de même que si, au contraire, après avoir été saisi par un État Partie

ou le Conseil de sécurité, sa décision porterait sur le refus d'engager une enquête ou des poursuites;

4) finalement, pour mener ses enquêtes sur le territoire des États, le procureur est censé pratiquement dépendre de leur coopération pour pouvoir aboutir aux résultats escomptés.

2.1 Introduction

La problématique de l'indépendance du procureur de la Cour pénale internationale aura été parmi les questions les plus agitées durant la Conférence Diplomatique des Plénipotentiaires des Nations Unies, tenue à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998¹⁶⁸. Les controverses¹⁶⁹ soulevées par cette question ne partageaient pas seulement les délégations en partisans et opposants, mais en une panoplie de tendances disparates. Car, au sein même du camp favorable à l'indépendance, les intéressés ne s'entendaient pas tous sur le contenu et la portée de celle-ci. Le secteur le plus favorable à des garanties d'indépendance des plus étendues, et qui semblait y avoir tout à gagner était sans doute celui des organisations non gouvernementales (ONG). Le principal argument avancé par les ONG à l'appui de leur revendication consiste au fait que, selon elles, l'indépendance du procureur est non seulement le facteur déterminant de celle de la Cour elle-même, mais elle est aussi la condition essentielle de la crédibilité et de l'efficacité de celle-ci. C'est pourquoi ces organisations « led a strong campaign in favor of conferring such power as an essential feature of an independent, credible Court¹⁷⁰».

En effet, dans le but de satisfaire plus ou moins à toutes les tendances, il a été décidé de doter la Cour, certes, d'un procureur indépendant; mais qui est soumis du même coup à divers mécanismes de contrôle. Il apparaissait dès lors « clear to many delegations and for some non-

¹⁶⁸ Philippe Kirsch et Darryl Robinson, «Reaching Agreement at the Rome Conference » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 67 à la p. 67.

¹⁶⁹ Robert Cryer *et al.* dir., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p. 133.

¹⁷⁰ Fernández de Gurmendi, *supra* deuxième note 8 à la p. 177. Voir aussi William R. Pace et Jennifer Schense, « The Role of Non-Governmental Organizations » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 105 à la p. 124.

governmental organizations that some system of checks and balances had to be incorporated if they were to gain wide support for an independent Prosecutor [...]»¹⁷¹.

C'est ainsi qu'un compromis allait se dégager surtout d'une proposition formulée par les délégations argentine et allemande¹⁷², laquelle consistait en un « system of control of the Prosecutor's decision by the Pre-Trial Chamber [...], before proceeding with an investigation¹⁷³».

Néanmoins, la solution dégagée de ce compromis semble pouvoir donner lieu pour plus d'un à une ambivalence entre l'indépendance garantie et les diverses interférences et restrictions auxquelles elle se prête. C'est cette zone d'ombre que ce chapitre se propose d'éclaircir par une exploration du champ d'application de l'indépendance reconnue au procureur, afin de tenter dans la mesure du possible d'en déterminer la portée et les limites. Mais, comme le titre de notre travail l'indique d'ailleurs, c'est précisément par rapport à l'opportunité des poursuites que va se concentrer spécialement notre analyse, étant donné que c'est surtout à ce niveau que peuvent s'exercer mieux les interférences politiques et autres.

¹⁷¹ Fernández de Gurmendi, *supra* deuxième note 8 à la p. 181.

¹⁷² *Proposal by Argentina and Germany*, in A/AC. 249/1998/WG.4/DP.35, 25 Mars 1998.

¹⁷³ Fernández de Gurmendi, *ibid.*

SECTION 1

Portée de l'indépendance du procureur

À la lumière de notre grille d'analyse, l'exercice qui peut nous amener à mesurer le degré d'indépendance dont bénéficie le procureur exige d'abord l'examen des garanties qui lui sont destinées sur le plan personnel (1.1); et ensuite l'étude des relations entre le Bureau du procureur et les autres organes de la Cour avec lesquels il entretient des rapports d'ordre administratif, principalement le Greffe et l'Assemblée des États Parties (1.2).

1.1 L'indépendance individuelle du procureur

L'indépendance individuelle du procureur est le pouvoir dont il dispose à l'effet de poursuivre dans les formes et conditions prévues par le Statut, le Règlement de procédure et de preuve (RPP), entre autres instruments de droit applicable¹⁷⁴, toute personne soupçonnée de crimes internationaux qui relèvent de la compétence de la CPI. Cet état d'esprit dans lequel se trouve le procureur lui vient, en particulier, des garanties inhérentes au mode de son élection et à la durée de son mandat, à sa sécurité financière, aux exigences d'impartialité qui sont les siennes, à l'immunité de sa fonction et à l'indépendance dont il jouit vis-à-vis des juges de la Cour.

1.1.1 Mode d'élection et durée du mandat du procureur

Il ne fait aucun doute que le mode d'accès de n'importe quel individu à un poste peut beaucoup influencer sur la façon dont il sera appelé à exercer ses fonctions. Si sa charge est due à une quelconque faveur, elle pourra lui coûter en quelque sorte sa liberté au profit de son protecteur. Mais, s'il y accède suivant des critères objectifs, il sera, à coup sûr, plus enclin à agir avec les coudées franches. À cet égard, les qualités morales, intellectuelles et professionnelles requises de toute personne qui aspire à exercer la fonction de poursuite au sein de la Cour pénale internationale peuvent nous autoriser à prétendre que le procureur ne devrait avoir vraisemblablement de redevance envers quiconque.

¹⁷⁴ Art. 21, *le Statut*.

Le Procureur et les procureurs adjoints doivent jouir d'une haute considération morale et avoir de solides compétences et une grande expérience pratique en matière de poursuites ou de procès dans les affaires pénales. Ils doivent avoir une excellente connaissance et une pratique courante d'au moins une des langues de travail de la Cour¹⁷⁵.

Le candidat qui satisfait à de telles exigences, et qui se fait élire sur cette base, est loin d'être un novice en quête d'une certaine aura, mais plutôt une référence au rayonnement professionnel marqué du sceau de la renommée et de la réussite. Aussi peut-on même oser lui prêter l'intention des plus nobles de vouloir briguer cette fonction dans le but de contribuer au combat contre l'impunité dans le monde et de pouvoir inscrire son nom au tableau d'honneur de la CPI.

Élu au scrutin secret et à la majorité absolue des membres de l'Assemblée des États Parties, le procureur joue un rôle important dans le choix de ses collaborateurs, en étant celui qui soumet à ladite Assemblée la liste des candidats au poste de procureurs adjoints. Dotés après leur élection d'un mandat de neuf ans, le procureur et les procureurs adjoints ne sont pas rééligibles¹⁷⁶. Ce qui constitue une garantie importante d'indépendance¹⁷⁷. Car, nonobstant le fait que le procureur ne soit pas inamovible, l'unicité du mandat auquel il peut aspirer le libère et le protège contre d'éventuels trafics d'influence, qui seraient de nature à l'affecter dans l'exercice de ses fonctions. Si le procureur devait tenir compte de sa réélection, il est fort probable qu'il chercherait souvent à agir de manière qui pourrait lui valoir, le moment venu, le vote d'un ou de plusieurs États, lors même que ses agissements n'entreraient pas toujours en droite ligne avec les normes de droit. « En écartant cette possibilité de réélection, les auteurs du Statut assurent [...] aux procureurs une plus grande indépendance d'esprit. Lorsqu'ils

¹⁷⁵ Art. 42 (3), *le Statut*.

¹⁷⁶ Art. 42 (4), *ibid*.

¹⁷⁷ John R. W. D. Jones, «The Office of the Prosecutor » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 269 à la p. 271. «The Prosecutor and Deputy Prosecutors [...] are not eligible for re-election [...]. This is a sensible means for ensuring that Prosecutors and Deputy Prosecutors, like the judges, remain independent and do not dry to curry favour with States ».

poursuivent [...], ils ne doivent pas se soucier de ménager les intérêts de tel ou tel État appelé plus tard à les réélire¹⁷⁸».

Si tel que nous l'avons dit plus haut, le procureur de la CPI est censé être un professionnel d'une brillante carrière, cela ne signifie pas qu'il doit dès lors disposer de ses acquis financiers personnels au service de sa nouvelle affectation. Il serait peu enviable si, dans l'exercice de ses fonctions, le procureur devait assister à la dégradation de ses conditions de vie en devenant moins fortuné qu'il ne l'était auparavant. Il importe alors qu'il soit traité de telle manière qu'il puisse continuer à mener son train de vie habituel et même l'améliorer dans la mesure du possible pour être mieux disposé à accomplir valablement sa tâche et moins exposé à la tentation. D'autant plus que d'ailleurs, une fois mis au service de la CPI, le procureur, pour se placer au-dessus de tout soupçon et éviter de faire douter surtout de son indépendance, ne peut plus se livrer parallèlement à d'autres activités professionnelles génératrices de revenus¹⁷⁹.

1.1.2 La sécurité financière

Durant leur mandat, le procureur et les procureurs adjoints de la CPI ont droit à des traitements, lesquels ne peuvent être, en aucun cas, révisés à la baisse. Mis à part ces traitements et entre autres avantages sociaux, tous les frais que nécessitent les tâches accomplies par ces derniers dans le cadre de leurs fonctions sont assurés par l'Assemblée des États Parties (AEP). De même, s'il leur arrive de faire des débours tirés de leurs fonds personnels, le Statut prévoit qu'ils en percevront en conséquence le remboursement. « [...] le Procureur, les procureurs adjoints [...] perçoivent les traitements, indemnités et

¹⁷⁸ Éric David, « La Cour pénale internationale » (2005) 313 R.C.A.D.I. 325 à la p. 394. Voir aussi Schabas, *supra* première note 8 à la p. 352. «The term of both Prosecutor and Deputy Prosecutors is nine years. [...]; they are not subject to re-election, a measure designed to ensure their independence at the personal level by removing any incentive to curry favour with States in order to promote a second mandate ».

¹⁷⁹ Art. 42 (5), *le Statut*.

remboursement arrêtés par l'Assemblée des États Parties. Ces traitements et indemnités ne sont pas réduits en cours de mandat¹⁸⁰».

Néanmoins, au regard de cette disposition, il semble que le BdP a été traité en parent pauvre, du moins durant les premiers jours de la CPI par l'Assemblée des États Parties, qui s'est contentée de pencher en priorité sur la situation des juges. « [À] ce jour, aucune décision au titre de l'article 49 n'a été prise par l'Assemblée en ce qui concerne le Procureur et les Procureurs adjoints¹⁸¹». Il aura donc fallu des sessions de travail plus tard pour voir l'AEP revenir sur sa décision et entreprendre de corriger cette situation d'inégalité de traitement qui risquerait de nuire au bon fonctionnement de la CPI.

Finally, in respect of the service and compensation of the Prosecutor and Deputy Prosecutors, the Assembly of States Parties has requested that the Committee on Budget and Finance consider a proposal for such conditions and compensations, as well as any other appropriate alternative options and to report thereon in the fourth session of the Assembly of States Parties¹⁸².

Ce changement d'attitude alors adopté par l'Assemblée des États Parties vis-à-vis du Bureau du procureur est une mesure des plus louables, laquelle ne peut que contribuer à la bonne marche de la Cour. D'ailleurs, il eut été considéré comme discriminatoire et peu équitable si, comparativement aux juges, un sort manifestement défavorable devait être réservé au procureur et aux procureurs adjoints qui sont pourtant élus suivant les mêmes critères sinon à peu près que ces derniers¹⁸³.

Au même titre que les juges de la Cour, le Procureur et les procureurs adjoints occupent des fonctions électives; comme eux, ils sont élus sur la base de leurs qualifications et de leur expérience

¹⁸⁰ Art. 49, *le Statut*.

¹⁸¹ Assemblée des États Parties, Alinéa 4, *Rapport sur les conditions d'emploi et de rémunération du Procureur et des Procureurs adjoints*, présenté en application du paragraphe 26 de la Résolution ICC-ASP/3/Res.3, adoptée par l'Assemblée à sa troisième session, ICC-ASP/4/11, Quatrième session, la Haye, 28 novembre- 3 décembre 2005.

¹⁸² David Tolbert et Magdalini Karagiannakis, «Article 49: Salaries, allowances and expenses» dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 1021 à la p. 1023.

¹⁸³ Art. 36 et 42 (3) et (4), *le Statut*.

professionnelle; il leur faut jouir d'une haute considération morale [...]. Pour garantir la neutralité et l'indépendance du Procureur ou de ses adjoints, il importe d'éviter toute influence- directe ou indirecte- sur leur rémunération et les prestations sociales et, d'autre part, les régimes en vigueur tels que la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies dont ils bénéficient.¹⁸⁴

Il en résulte que le problème de traitement et de pension auquel faisait face au début le Bureau du procureur, ayant finalement été résolu, la sécurité financière du procureur et des procureurs adjoints est désormais assurée. Ces derniers ont alors droit à des traitements plus ou moins satisfaisants, en percevant respectivement des émoluments annuels nets de l'ordre de cent cinquante mille (150.000) et cent trente cinq mille (135.000) euros, soit successivement 193742.2706 et 174368.0435 \$ CAD, selon le taux du jour (19 mai 2010), et ce, entre autres frais et avantages sociaux¹⁸⁵. De plus, tous les traitements, émoluments et indemnités versés par l'AEP au procureur et aux procureurs adjoints sont exonérés d'impôt¹⁸⁶.

Au terme de leur mandat consacré à la lutte contre l'impunité dans le monde et à la prévention des crimes de droit international humanitaire, le procureur et les procureurs adjoints de la CPI pourront retourner à leur vie privée avec alors un sentiment de légitime fierté et la satisfaction profonde du devoir accompli au service de la justice pénale internationale. Ils pourront également rentrer chez eux l'esprit tranquille et avec la garantie, sous réserves de boucler leur mandat, de leur retraite assurée grâce au bénéfice d'une pension viagère équivalant à la moitié de leur traitement annuel.

Tout Procureur ou procureur adjoint qui a cessé d'exercer ses fonctions et qui atteint l'âge de soixante (60) ans a droit jusqu'à son décès, [...] à une pension de retraite payable par mensualités, à condition toutefois: a) d'avoir accompli au moins trois (3) ans de service; b) de n'avoir pas été tenu de se démettre de ses fonctions pour des raisons autres que son état de santé. Tout Procureur ou

¹⁸⁴ Assemblée des États Parties, *supra* note 181 al. 14 et 15.

¹⁸⁵ Assemblée des États Parties, *Projet de conditions d'emploi et de rémunération du Procureur et des procureurs adjoints de la Cour pénale internationale*, ICC-ASP/3/12, Annexe II, paragraphes III (1) et (2) à la p. 18; Par frais et avantages sociaux, on entend notamment les frais de voyage, indemnité de subsistance, frais d'installation, indemnité pour frais d'études au bénéfice des enfants du Procureur et des procureurs adjoints, etc. Voir les articles 1 et 2, *Projet de règlement concernant les frais de voyage et les indemnités de subsistance du Procureur et des Procureurs adjoints de la Cour pénale internationale* Appendice 1, ICC-ASP/3/12.

¹⁸⁶ Art.15 (6), *Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale*, ICC-ASP/1/3 (2002), première session, 3-10 septembre 2002, entré en vigueur le 22 juillet 2004.

Procureur adjoint ayant exercé ses fonctions pendant toute la durée d'un mandat de neuf ans a droit à une pension de retraite égale à la moitié de son traitement annuel¹⁸⁷.

La sécurité financière garantie au procureur et aux procureurs adjoints de la CPI n'est pas cependant un don gratuit. Elle est conditionnée par le sacrifice que doivent consentir ses bénéficiaires dans l'œuvre de la justice pénale internationale. En échange, ils se doivent de faire montre surtout d'une impartialité sans faille dans le cadre des enquêtes et des poursuites par eux engagées.

1.1.3 Les exigences d'impartialité du procureur

Au-delà de l'engagement solennel purement formel d'agir avec impartialité pris par le procureur et les procureurs adjoints à l'occasion de leur entrée en fonction¹⁸⁸, cette exigence s'impose à eux comme un impérieux devoir dont ils ne peuvent se départir sans conséquences. L'impartialité exigée du procureur et des procureurs adjoints doit être garantie au suspect comme à la victime hors de tout doute raisonnable. En cela, les rédacteurs du Statut semblent avoir fait œuvre d'innovation et de progrès. Contrairement aux autorités de poursuite des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (TMI)¹⁸⁹ et de Tokyo (TMIEO)¹⁹⁰ ainsi que celles des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁹¹ et le Rwanda (TPIR)¹⁹², qui ne pouvaient pas faire l'objet de récusation, le procureur et les procureurs adjoints de la CPI peuvent bien l'être. Le doute raisonnable et légitime de partialité

¹⁸⁷ Art. 1(1) et (2), Appendice 2, *Projet de règlement concernant le régime des pensions du Procureur et des procureurs adjoints de la Cour pénale internationale*, ICC-ASP/3/12.

¹⁸⁸ Art. 45, *le Statut*.

¹⁸⁹ Statut du Tribunal international militaire annexé à l'Accord de Londres, 8 août 1945 (Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe), 58 Stat. 1544, E.A.S No 472, 82 U.N.T.S.280.

¹⁹⁰ Proclamation spéciale du Commandant suprême des Forces alliées en Extrême-Orient, 19 janvier 1946, T.I.A.S. N° 1589 à laquelle était annexée la charte du TMIEO.

¹⁹¹ Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, Rés. CS 827, Doc. Off. CS NU, 48^e année, s/INF/. N° 49, 29.

¹⁹² Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, Rés. CS 955, Doc.off. CS NU, 49^e année, s/INF/ 50, 16.

de ces derniers au cours d'une procédure peut donc ouvrir la voie à leur récusation¹⁹³. D'où l'obligation à laquelle ils font face, et compte tenu de laquelle ils se doivent de mener toujours leurs enquêtes tant à charge qu'à décharge¹⁹⁴.

En conséquence, dépouillé de toute idée fixe ou arrêtée, le procureur peut à tout moment changer son fusil d'épaule dans le cadre d'une enquête ou des poursuites. Sa seule motivation est le devoir d'établir la vérité. Pour y parvenir, il est habilité à donner à son enquête le caractère le plus large possible en mettant l'accent sur tous les faits et éléments de preuve disponibles¹⁹⁵. Et, si de l'examen objectif des faits de la cause, il appert que ceux-ci militent plutôt en faveur de la ou des personne (s) poursuivie (s), le procureur *impartial* peut dès lors mettre fin à l'enquête ou aux poursuites. « Le Procureur peut à tout moment reconsidérer sa décision d'ouvrir ou non une enquête ou d'engager ou non des poursuites à la lumière des faits ou de renseignements nouveaux¹⁹⁶».

Le fait, cependant, pour le procureur, s'acquittant de ses attributions en toute impartialité et en toute conscience, de revenir ainsi sur sa décision, en abandonnant son enquête ou ses poursuites, n'autorise pas pour autant de poursuite reconventionnelle à son encontre. Il est donc couvert par l'immunité de sa fonction.

¹⁹³ Art. 42 (7), (8) a) et b), *le Statut*. Voir aussi Règles 34 et 35, *Règlement de procédure et de preuve*.

Art.42 (7), *le Statut*. « Ni le Procureur, ni les procureurs adjoints ne peuvent participer au règlement d'une affaire dans laquelle leur impartialité pourrait être raisonnablement mise en doute pour un motif quelconque. Ils sont récusés pour une affaire conformément au présent paragraphe si, entre autres, ils sont antérieurement intervenus, à quelque titre que ce soit, dans cette affaire devant la Cour ou dans une affaire pénale connexe au niveau national dans laquelle la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites était impliquée ».

¹⁹⁴ Art. 54 (1) a), *ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Art. 53 (4), *ibid.*

1.1.4 L'immunité fonctionnelle du procureur

Dans l'exercice de ses fonctions, le procureur est protégé contre des poursuites et se voit accorder ainsi des privilèges et immunités. Sur la base des actes posés ou des opinions exprimées par le procureur, en lien direct avec ses attributions, une personne ayant été mise en cause dans le cadre d'une procédure ne peut prétendre avec succès le poursuivre en justice.

[...] le Procureur, les procureurs adjoints [...] jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions ou relativement à ces fonctions, des privilèges et immunités accordés aux chefs de missions diplomatiques. Après l'expiration de leur mandat, ils continuent à jouir de l'immunité contre toute procédure légale pour les paroles, les écrits et les actes qui relèvent de l'exercice de leurs fonctions officielles¹⁹⁷.

Dans ce même esprit, l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale (APIC) conclu par l'AEP au cours de sa première session tenue à New York du 3 au 10 septembre 2002 et entré en vigueur le 22 juillet 2004, reprend sinon consacre à peu près dans les mêmes termes du Statut l'immunité fonctionnelle du procureur.

[...] le Procureur, les procureurs adjoints [...] jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions au service de la Cour et du fait de celles-ci, des privilèges et immunités accordés aux chefs de missions diplomatiques. Après l'expiration de leur mandat, ils continuent à jouir d'une immunité absolue de juridiction pour les paroles, les écrits et les actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions officielles¹⁹⁸.

Grâce à la jouissance de telles immunités, le procureur et les procureurs adjoints peuvent accomplir leurs tâches sans crainte de se faire prendre à partie à la suite d'une enquête ou des poursuites. Ce qui est destiné à leur conférer une grande tranquillité d'esprit. L'immunité fonctionnelle participe alors activement des garanties d'indépendance dont bénéficie le BdP, à l'effet de n'éprouver de crainte ni d'hésitation à ouvrir une enquête ou à engager des poursuites contre des personnes soupçonnées de crimes de droit international. En l'absence de ces privilèges et immunités, le procureur et les procureurs adjoints pourraient à bien des égards faillir à leur mission. Ces derniers « need the protection of privileges and immunities to

¹⁹⁷ Art. 48 (2), *le Statut*.

¹⁹⁸ Art. 15 (1), *Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale*, ICC-ASP/1/3 (2002), première session, 3-10 septembre 2002, entré en vigueur le 22 juillet 2004.

perform their work independently; [...] These include, *inter alia*, immunity from legal process in “respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity¹⁹⁹».

Toutefois, l’immunité dont jouissent le procureur et les procureurs adjoints connaît des restrictions et peut être levée. Elle peut l’être dans les cas où les bénéficiaires entreprendraient d’en jouir à des fins autres que celles pour lesquelles elle est accordée.

Les privilèges et immunités prévus aux articles 15 à 22 du présent Accord sont octroyés dans l’intérêt de la bonne administration de la justice et non à l’avantage personnel des intéressés. Ils peuvent être levés conformément à l’article 48, paragraphe 5, du Statut et aux dispositions du présent article et doivent l’être dans les cas où ils entraveraient la marche de la justice et où ils peuvent être levés sans nuire aux fins pour lesquelles ils ont été accordés²⁰⁰.

L’immunité du procureur est levée par décision des juges de la Cour statuant à la majorité absolue; tandis que celle des procureurs adjoints et du personnel du BdP l’est par décision personnelle du Procureur. « Les privilèges et immunités peuvent être levés : dans le cas du Procureur, par décision prise à la majorité absolue des juges; dans le cas des procureurs adjoints et du personnel du Bureau du Procureur, par le Procureur²⁰¹ » [.]

En considérant le fait qu’il relève, par exemple, du pouvoir des juges de lever au besoin l’immunité du procureur, pourrait-on insinuer sur cette base la dépendance de l’organe de poursuite de l’organe juridictionnel de la Cour?

¹⁹⁹ David Tolbert et Brigitte Benoit, «Article 48: Privileges and immunities » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers’ Notes, Article by Article-*, 2^e éd., Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 1013 à la p. 1015.

²⁰⁰ Art. 26 (1), *Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale*.

²⁰¹ Art. 48 (5) a) et c), *le Statut*.

1.1.5 L'indépendance du procureur vis-à-vis des juges de la Cour

L'article 42 (1) du Statut, avons-nous déjà vu, dispose que le Bureau du procureur agit indépendamment en tant qu'organe distinct de la Cour²⁰². Ce qui démontre clairement que le BdP ne se confond pas avec les autres organes de la Cour en ce qui a trait à ses attributions. Ledit article dispose par ailleurs que les membres du BdP ne reçoivent ni n'acceptent d'instructions d'aucune source extérieure. C'est surtout à ce niveau que se concentre notre analyse. Peut-on donc considérer des instructions qui émaneraient des juges comme faisant aussi partie des sources extérieures? Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative en nous référant à la première phrase de l'article faisant du BdP un organe distinct, lequel est destiné à agir de manière indépendante; c'est-à-dire, par rapport à tout autre organe de la CPI, y compris celui des juges. Il est évident que des instructions qui viendraient des juges seraient considérées comme provenant également d'une source extérieure du BdP.

The independence of the Office of the Prosecutor is further enhanced by the fundamental addition in the last sentence of paragraph 1, which specifies that no member of the Office- the Prosecutor included- is entitled to seek or act on instructions from any external source, i.e., from any source outside the Prosecutor's Office²⁰³.

Cette appréciation se trouve en plus renforcée du fait notamment que la Cour est appelée à juger des décisions adoptées par le procureur. Si ce dernier devait accepter les instructions des juges, il pourrait alors se contenter de leur communiquer au préalable ses intentions avant d'entreprendre une action. Et puisque celle-ci serait connue voire aussi dictée d'avance par les juges, elle en trouverait automatiquement confirmation. Or, il est bien vu que tel n'est pas le cas. Pour preuves, maintes actions entreprises par le procureur relatives à des actes de procédure font souvent l'objet de rejet de la part des Juges²⁰⁴. Cela étant, entre les juges qui

²⁰² Art. 42 (1), *le Statut*.

²⁰³ Bergsmo et Harhoff, *supra* note 108 à la p. 974.

²⁰⁴ À titre d'exemple, voici deux cas dans lesquels la Chambre d'Appel de la CPI a tranché en rejetant la demande du Procureur après qu'il eut été en plus débouté en première instance: 1) la première est une décision portant sur la levée de suspension de procédures; et 2) la seconde sur la réinstallation préventive de témoins. *Le Procureur c. Lubanga*, 21 octobre 2008, ICC-01/04-01/06; *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, 26 novembre 2008, ICC-01/04-01/07 OA7.

exercent la fonction juridictionnelle de la Cour et le procureur qui assure celle de poursuite, il n'y a pas, sur la base de leurs missions respectives, de rapports de coordination encore moins de subordination, qui pourraient soumettre le second aux instructions des premiers. Le procureur soumet ses prétentions au jugement de la Cour qui peut les adjuer ou les rejeter. Dans le dernier cas, le procureur peut appeler de la décision des juges jusqu'à l'épuisement des dernières voies de recours²⁰⁵. D'où la preuve selon laquelle le procureur ne reçoit, ni n'accepte d'instructions de la part des juges. À moins de vouloir considérer, par goût d'hyperbole, comme « instruction » le jugement de la Cour ayant acquis autorité de chose définitivement jugée. Autrement, le BdP agit en toute indépendance par rapport aux juges de la Cour.

Tout bien compris, des instructions émanant des juges, s'il en était, constitueraient des sources tout aussi extérieures par rapport au Bureau du procureur. Ce qui serait d'ailleurs contraire aux exigences de l'administration impartiale de la justice, aux termes desquelles la fonction de poursuite doit être séparée de celle de jugement.

The Prosecutor's functional independence is essentially an expression of the principle that *impartial justice* requires a separation of the functions and work of the Court and the Prosecutor. Among the implications of functional prosecutorial independence are that the Office of the Prosecutor operates in its own right cannot be instructed by any other organ of the Court or any external source, to select or prioritise specific cases, to proceed or not proceed with a full investigation or formal charges, or to conduct its investigations and prosecutions in any particular manner [...]²⁰⁶.

Il en ressort que le procureur et les procureurs adjoints de la CPI bénéficient d'un très haut degré d'indépendance individuelle dans l'exercice de leurs fonctions. Il importe désormais de regarder si le Bureau du procureur, en tant qu'organe séparé de la Cour, peut se prévaloir de l'indépendance institutionnelle sans laquelle l'indépendance effective du procureur serait amputée d'une partie importante de ce qu'elle doit être. «Without functional independence for

²⁰⁵ Art. 81 (1) a), (2) a) *le Statut*.

²⁰⁶ Bergsmo et Harhoff, *supra* note 108 à la p. 973.

the Prosecutor's Office, the notion of prosecutorial discretion would be substantially undermined²⁰⁷».

1.2 L'indépendance institutionnelle du Bureau du procureur

L'indépendance effective du procureur est la réunion de son indépendance individuelle et de l'indépendance institutionnelle de son Bureau. L'indépendance institutionnelle, comme son nom l'indique, ressort des rapports administratifs du Bureau du procureur avec les autres organes de la Cour, en particulier le greffe et l'Assemblée des États Parties²⁰⁸. Il s'agit dans ce cadre d'évaluer dans une première étape, la capacité du procureur à administrer lui-même son Bureau (1.2.1); et dans la seconde étape, la sécurité de sa fonction, à savoir s'il est protégé contre des congédiements arbitraires (1.2.2).

1.2.1 L'indépendance administrative du Bureau du procureur

D'entrée de jeu, nous faisons remarquer que l'indépendance administrative ne suppose nullement une rupture totale avec toute autre institution ou organe, mais plutôt la possibilité pour le procureur de jouir d'une autonomie dans la gestion des ressources humaines, matérielles et financières à sa disposition. La plupart de ces ressources peuvent être dès lors mises à sa disposition par une autre institution sans que celle-ci n'interfère pour autant dans la façon dont le procureur entend les utiliser. Il s'agit, en clair, d'un minimum nécessaire pour garantir son indépendance.

Naturally, the Prosecutor's exercise of authority over the management and administration must be in accordance with the Court's financial regulations and rules as well as Staff Regulations, as adopted by the Assembly of States Parties. Questions concerning issues such as the organization of

²⁰⁷ Bergsmo et Harhoff, *ibid.*

²⁰⁸ Claus Kreb et Kimberly Prost, «Article 87 Requests for cooperation: general provisions» dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 1517 à la p. 1525. « The Statute is not unambiguous as to the precise legal status of the Assembly. One possibility is to see the Assembly as an organ *sui generis* of the Court notwithstanding the fact that is not mentioned in article 34 ». Voir aussi la note n° 28 au bas de la page. «From this perspective article 34 would specify the organs of the Court as judicial body. The Court as the international legal person within meaning of article 4 para. 1 would have the Assembly of States as an additional- and partly political-organ ».

the Office, use of staff members and gratis personnel, recruitment, authorization of official travel, retention and security of information and physical evidence, and application of all equipment of the Office, would seem to fall under the authority of the Prosecutor²⁰⁹.

Il ne fait aucun doute que le procureur dispose d'une grande marge de manœuvre dans l'administration de son Bureau. En plus d'être investi du pouvoir pour choisir et recruter lui-même les membres de son Bureau, des conseillers et experts, il exerce son autorité sur tout ce qui relève de son administration en termes d'équipements, installations et ressources. «The Prosecutor is also given administrative independence, having full authority over the management and administration of the Office, including the staff, facilities and other resources thereof²¹⁰». À cet effet, le statut ne génère aucune nuance qui pourrait laisser planer de doute sur l'indépendance administrative du BdP.

Le Bureau est dirigé par le Procureur. Celui-ci a toute autorité sur la gestion et l'administration du Bureau, y compris le personnel, les installations et les autres ressources. [...] Le Procureur nomme des conseillers qui sont des spécialistes du droit relatifs à certaines questions, y compris, mais sans s'y limiter, celles de violences sexuelles, de violences à motivation sexiste et de violences contre les enfants. Le Procureur [...] nomm[e] le personnel qualifié nécessaire dans [ses] services [...], y compris, [...], des enquêteurs²¹¹.

Dans cette perspective, il ne semble pas dénué de tout fondement de prétendre qu'en faisant du Bureau du procureur un *organe distinct*, les rédacteurs du Statut entendaient par là même le doter de son indépendance administrative par rapport aux autres organes de la Cour.

Furthermore, it may be argued that the notion that the Prosecutor's office is a separate organ of the Court implies a certain prosecutorial independence *vis-à-vis* the Registry and the Assembly of States Parties. Article 42 para. 2 does give the Prosecutor exclusive responsibility for the organization of the Office, including its administration²¹².

²⁰⁹ Bergsmo et Harhoff, *supra* note 108 à la p. 974.

²¹⁰ Schabas, *supra* première note 8 à la p. 354. Voir aussi Rwelamira, *supra* note 160 à la p. 168. «The operational implications of this independence and prosecutorial latitude will require that substantial resources are placed at the disposal of the Prosecutor. Consequently, the Office of the Prosecutor is also given operational independence. The Prosecutor has full authority over the management and administration of the office including staff facilities and other resources »; voir en plus à ce sujet Jones, *supra* note 177 à la p. 269.

²¹¹ Art. 42 (2), 42 (9), 44 (1), *le Statut*.

²¹² Bergsmo et Harhoff, *ibid.*

Enfin de compte, il convient, dans ce même ordre d'idées, de souligner le fait que le Statut, en confiant au greffe la responsabilité de l'administration de toute activité de la Cour, qui ne revêt pas de caractère judiciaire, prend toutefois le soin de préciser que cette prérogative lui est accordée sans préjudice de ce qui relève des attributions du procureur. « Le Greffe est responsable des aspects non judiciaires de l'administration et du service de la Cour, sans préjudice des fonctions et attributions du procureur définies à l'article 42²¹³ ». Telle est aussi l'interprétation que donnent à cette disposition la plupart des analystes du Statut dont les commentaires font œuvre d'autorité.

Article 43 para. 1 states, accordingly, that the Registry is responsible for the *non-judicial* aspects of the administration and servicing of the Court, *without prejudice to the functions and powers of the Prosecutor* in accordance with article 42. The purpose of article 42 para. 2 is to ensure that the Prosecutor can control the use of the resources of the Office as required by its statutory activities; not that the Prosecutor shall exercise non-prosecutorial, administrative tasks for which the Registrar is responsible²¹⁴.

L'Indépendance administrative du procureur étant ainsi garantie, venons en désormais à la sécurité de sa charge pour voir de quelle manière le Statut le protège contre d'éventuels licenciements injustifiés ou encore les conditions dans lesquelles il peut être relevé de ses fonctions.

1.2.2 Mode de congédiement applicable au procureur et aux procureurs adjoints

De même que le procureur et les procureurs adjoints doivent leur élection à l'Assemblée des États Parties au scrutin secret et à la majorité absolue des membres de celle-ci, c'est encore à l'AEP qu'il revient de les relever, le cas échéant, de leurs fonctions. On peut, dans ce cas, avancer que l'AEP est l'organe chargé de la discipline ou de la conduite

²¹³ Art. 43 (1), *le Statut*.

²¹⁴ Bergsmo et Harhoff, *supra* note 108 à la p. 975. À ce sujet, voir aussi Rwelamira, *supra* note 160 à la p. 170. « Although the Registrar is responsible for overall administrative issues of the Court, the Registrar's powers do not include responsibility over the Office of the Prosecutor. The Prosecutor retains authority over management and administration of the Office of the Prosecutor. [...] If the Office of the Prosecutor is to operate efficiently and effectively, the Prosecutor must be able to take decisions promptly and with minimum bureaucratic or administrative constraints [...] ».

professionnelle du procureur et des procureurs adjoints. Il est cependant à souligner que le RPP est muet sur la voie à suivre pour saisir l'AEP à l'encontre du procureur. Car, si pour une sanction disciplinaire, il est précisé à la Règle 30 (2) que la décision de l'imposer au procureur est prise à la majorité absolue du Bureau de l'Assemblée des États Parties, en ce qui concerne, par contre, un procureur adjoint, la décision est prise par le procureur lui-même. Abstraction faite du Statut, la Règle 29 qui fixe "la procédure en demande de révocation" ne fait aucune précision concernant le procureur comme elle le fait pour un juge, le greffier, le greffier adjoint et les procureurs adjoints²¹⁵. Ainsi, on peut être amené à déduire de tout cela que dans le cas du procureur, l'AEP est appelée à se saisir d'office.

Au-delà de cette remarque, la décision de congédier le procureur et les procureurs adjoints peut être prise pour faute lourde ou manquement grave aux devoirs que leur imposent le Statut et le Règlement de procédure et de preuve²¹⁶, ou encore pour cause d'incapacité à s'acquitter de leurs fonctions au sens du Statut²¹⁷.

Par manquement grave aux devoirs de la charge ou faute lourde qui peut entraîner le licenciement du procureur ou un procureur adjoint, on entend par exemple des comportements de nature à nuire gravement à la bonne administration de la justice par la Cour ou au bon fonctionnement de celle-ci²¹⁸.

Néanmoins, ni le Statut ni le RPP ne comportent de définition relative à l'incapacité comme cause de relever le procureur ou les procureurs adjoints de leurs fonctions. Ce qui laisse supposer qu'une longue maladie physique ou une déficience mentale pourrait alors être considérée par exemple comme un motif susceptible de remplir ce critère.

²¹⁵ Règles 29 et 30, *Règlement de procédure et de preuve*.

²¹⁶ Art. 46 (1) a), 46 (2) b) et c), *le Statut*.

²¹⁷ Art. 46 (1) b), *ibid.*

²¹⁸ Règle 24, *Règlement de procédure et de preuve*.

The text of article 46 does not define what constitutes inability to perform the function of Office. Moreover, it should be noted that rather oddly article 46 para. 1 (b) does not refer to the Rules for more details. This omission appears to be the reason that the Rules do not provide for any clarification in this regard. Earlier drafts of the Rome Statute mentioned inability to exercise the functions ‘because of long-term illness or disability’²¹⁹[.]

Mais, le problème fondamental ne se situe pas au niveau du paramètre de l’incapacité éventuelle résultant de maladie du procureur ou des procureurs adjoints à exercer leurs fonctions. Ce qui importe, c’est surtout la garantie pour eux de pouvoir s’acquitter de leurs tâches en toute indépendance sans qu’il ne soit permis à une autre autorité quelconque de les en relever de manière arbitraire. À ces préoccupations, le Statut et le RPP répondent par des garanties protégeant le procureur et les procureurs adjoints contre toute forme de congédiement abusif.

[U]n procureur, un procureur adjoint, dont le comportement ou l’aptitude à exercer les fonctions prévues par le présent Statut sont contestés en vertu du présent article a toute latitude pour produire et recevoir des éléments de preuve et pour faire valoir ses arguments conformément au Règlement de procédure et de preuve²²⁰ [...].

En conformité avec cette disposition statutaire, la Règle 27 du RPP garantit ainsi la sécurité de la charge du procureur et des procureurs adjoints de la même manière qu’elle le fait au profit des juges, du greffier et du greffier adjoint de la CPI.

Lorsqu’il est envisagé de relever quelqu’un de ses fonctions en application de l’article 46 ou de prendre contre lui des mesures disciplinaires en application de l’article 47, l’intéressé en est informé par écrit. L’intéressé a toute latitude de présenter et de recevoir des éléments de preuve, de faire valoir ses arguments et de répondre aux questions qui lui sont posées. Il peut être représenté par un conseil pendant le déroulement de la procédure établie en application de la présente règle²²¹.

Somme toute, nous pouvons avancer que le procureur et les procureurs adjoints de la CPI bénéficient de manière satisfaisante des garanties d’indépendance tant sur le plan individuel que sur le plan institutionnel. Cette étape, une fois franchie, nous allons toucher alors au cœur

²¹⁹ Tolbert et Benoit, *supra* note 199 à la p. 1006.

²²⁰ Art. 46 (4), *le Statut*.

²²¹ Règle 27, *Règlement de procédure et de preuve*.

de notre sujet pour voir si ces derniers peuvent aussi se prévaloir de ces mêmes garanties dans l'exercice de leurs fonctions. Car, l'indépendance individuelle et institutionnelle dont jouissent le procureur et son Bureau est loin d'être une fin en soi. Si elle leur est garantie, c'est en vue de leur permettre d'accomplir avec efficacité leur mission de poursuite devant la CPI.

1.3 L'indépendance fonctionnelle du procureur

L'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle sont la voie royale qui conduit à l'indépendance fonctionnelle. En d'autres termes, l'objectif que sous-tendent l'indépendance individuelle garantie au procureur et l'indépendance institutionnelle de son Bureau consiste à lui assurer l'indépendance de sa fonction. Ce troisième pilier d'indépendance trouve sa parfaite expression dans le pouvoir discrétionnaire reconnu au procureur à l'effet d'apprécier les faits portés à sa connaissance et décider des suites qu'il juge utiles à y donner²²². Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire ne s'exerce pas en dehors du cadre statutaire et réglementaire de la CPI.

But it is clear that the exercise of the discretion to initiate an investigation may not be arbitrary. Not only is the discretion carefully framed by narrow jurisdictional parameters. Its actual exercise must be guided by the principle reflected in article 1's emphasis on "the most serious crimes of international concern". It is the seriousness of the alleged crimes that must lead the Prosecutor's exercise of discretion under article 15 para. 1. Here in lies some protection against the application of double standards in the Prosecutor's selection of crimes to target, as well as a part of the defense against frivolous or politically motivated charges built into the Statute²²³.

Le cadre statutaire et réglementaire de la CPI prévoit, en effet, que l'opportunité des poursuites, bien avant qu'elle puisse être exercée (1.3.2), doit satisfaire à des conditions préalables de forme et de fond (1.3.1).

²²² Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp. 225-227.

²²³ Morten Bergsmo et Jelena Pejić, « Article 15: Prosecutor » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' Notes, Article by Article*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 581 à la p. 586.

1.3.1 Les conditions préalables à l'exercice de l'opportunité des poursuites

Les conditions préalables à l'exercice de l'opportunité des poursuites sont subordonnées à la juridiction de la CPI. Cet exercice est une phase secondaire qui ne peut être envisagée que lorsqu'au préalable certaines conditions paraissent avoir été déjà réunies. Ces conditions préalables sont assujetties aux règles de compétence qui régissent l'activité de la Cour. Ces règles sont réparties en quatre ordres de compétence : 1) la compétence *ratione materiae*; 2) la compétence *ratione personae*; 3) la compétence *ratione temporis*; et 4) la compétence *ratione loci*.

1.3.1.1 La compétence *ratione materiae*

La compétence *ratione materiae* de la Cour s'exerce à « l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale²²⁴ ». Ces crimes sont le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. À ceux-ci s'ajoute le crime d'agression à l'égard duquel la Cour exercera sa compétence lorsqu'une disposition aura été adoptée en vue, entre autres, de sa définition²²⁵.

1.3.1.2 La compétence *ratione personae*

La compétence *ratione personae* de la Cour s'exerce à l'égard des seules personnes physiques âgées d'au moins dix-huit (18) ans au moment de la commission prétendue du crime allégué²²⁶. Cette compétence ne s'exerce qu'à l'égard des personnes de nationalité d'un État Partie au Statut de Rome²²⁷. Toutefois, cette règle est sans préjudice d'une saisine

²²⁴ Préambule, para. 9. *le Statut*.

²²⁵ Art. 5, *ibid.*

²²⁶ Art. 25 (1) et 26, *ibid.*

²²⁷ Art. 12 (2) b), *ibid.*

émanant du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, [ci-après la Charte]²²⁸.

1.3.1.3 La compétence *ratione temporis*

La compétence *ratione temporis* de la Cour consacre le principe de la non-rétroactivité. « Nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut²²⁹ ». Ce qui revient à dire que la compétence de la Cour ne s'exerce qu'à compter du 1^{er} juillet 2002, date à laquelle le Statut de Rome est entré en vigueur.

1.3.1.4 La compétence *ratione loci*

La compétence *ratione loci* de la Cour s'exerce à l'égard des crimes commis sur le territoire d'un État Partie. L'exercice de cette compétence peut s'étendre sur un navire ou un aéronef battant pavillon ou portant immatriculation d'un État Partie²³⁰. Encore faut-il souligner que cette compétence s'exerce sans aucun préjudice de la possibilité pour le Conseil de sécurité de saisir la Cour d'une situation dans laquelle un ou plusieurs crimes paraissent avoir été commis sur le territoire d'un État qui ne serait pas Partie au Statut²³¹. Il en va de même pour un État non Partie au Statut qui déciderait d'accepter la compétence de la Cour²³².

Il en ressort qu'avant d'envisager d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites, le procureur doit vérifier si ces conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour

²²⁸ Chapitre VII, *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n° 7.

²²⁹ Art. 24 (1), *le Statut*.

²³⁰ Art. 12 (2) a), *ibid.*

²³¹ Art. 13 b), *ibid.* Voir à ce sujet Stéphane Bourgon, « Jurisdiction Ratione Loci » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, 559 à la p. 566.

²³² Art. 12 (3), *le Statut*.

sont réunies. Ce n'est que suite à cet examen préliminaire qu'il est fondé à déterminer l'opportunité ou non des poursuites sur la base des faits portés à sa connaissance.

En effet, différentes sources d'information peuvent alimenter le Bureau du procureur en renseignements : (États, organes de l'Organisation des Nations Unies, organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou encore toute autre source digne de foi)²³³. Les informations une fois recueillies, le procureur s'évertue tant soit peu à en vérifier le sérieux²³⁴.

Par cette vérification, on entend « a purely evidentiary test, as opposed to one of appropriateness. The seriousness of the information may both concern the nature of the alleged crimes and the strength of the incrimination contained in the information²³⁵ ». Ensuite, il met en examen les faits pour déterminer s'ils constituent des crimes relevant de la compétence de la CPI²³⁶. Finalement, le BdP évalue la recevabilité de l'affaire²³⁷ et la base raisonnable sur laquelle elle repose pour motiver l'ouverture d'une enquête²³⁸. Au terme de cet examen préliminaire, le procureur décide, s'il y a lieu ou non, d'ouvrir une enquête. D'où la nécessité d'examiner désormais l'indépendance dont il bénéficie à la lumière des conditions qui s'appliquent à lui dans l'exercice de l'opportunité des poursuites.

²³³ Art. 15 (2), *le Statut*.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Bergsmo et Pejić, *supra* note 223 à la p. 587.

²³⁶ Art. 53 (1) a), *le Statut*.

²³⁷ Art. 17, *ibid.*

²³⁸ Art. 15 (3), *ibid.*

1.3.2 Les conditions d'exercice de l'opportunité des poursuites

Les conditions d'exercice de l'opportunité des poursuites qui s'appliquent au procureur de la CPI varient suivant qu'il décide d'ouvrir (1.3.2.1) ou convient de pas (1.3.2.2) ouvrir une enquête. Essayons de mettre en lumière l'un et l'autre cas.

1.3.2.1 La décision du procureur d'ouvrir une enquête

Le procureur peut décider d'ouvrir une enquête soit en agissant de sa propre initiative²³⁹ ou après avoir été saisi par un État Partie²⁴⁰, soit encore en réponse à une saisine émanant du Conseil de sécurité²⁴¹ agissant ainsi dans le cadre du Chapitre VII de la *Charte* des Nations Unies²⁴².

Après le traitement des informations disponibles, si le procureur, agissant *proprio motu*, en vient à la conclusion qu'il en résulte une base raisonnable pour ouvrir une enquête, il soumet dès lors « à la Chambre préliminaire une demande d'autorisation en ce sens, accompagnée de tout élément justificatif recueilli²⁴³ ». Si ladite Chambre est d'avis que l'affaire en cause se révèle pertinente pour ouvrir une enquête et que la CPI est compétente pour en connaître, elle accorde l'autorisation au procureur sans préjudice des questions de compétence et de recevabilité qui pourront être ultérieurement soulevées au fond²⁴⁴.

²³⁹ Art. 13 c) et 15 (1), *le Statut*. Voir à ce sujet la définition qui est donnée à cette forme de saisine par Bergsmo et Pejić, *supra* note 223 à la p. 586. « The expression '*proprio motu*' should be understood as in one's own motion. The point is that the Prosecutor may act on his or her own initiative, without any formal referral act or formal duty to initiate. This language goes to the core of articles 13 para. C and 15 insofar as it encapsulates the principle of prosecutorial independence, widely considered as one of the components of impartial justice ».

²⁴⁰ Art. 13 (a) et 14, *le Statut*.

²⁴¹ Art. 13 (b), *ibid.*

²⁴² Chapitre VII, *la Charte*.

²⁴³ Art. 15 (3), *le Statut*.

²⁴⁴ Art. 15 (4) et 18 (2), *ibid.* Voir David, *supra* note 178 à la p. 398.

Dans le cas d'une saisine émanant d'un État Partie ou du procureur agissant *proprio motu*, le Statut lui fait obligation de notifier sa décision à tous les États Parties ainsi qu'aux autres États qui pourraient être compétents à l'égard des crimes allégués²⁴⁵. On peut donc remarquer que des trois modes de saisine, il se dégage une différence relative à l'obligation imposée au procureur d'informer les États de son projet d'enquête. S'agissant d'une saisine qui porte l'empreinte du Conseil de sécurité, le procureur est dispensé de la formalité de notification. Cette différence est « un corollaire logique de ce type de saisine : le Statut n'oblige pas le procureur à avertir les États de cette saisine car ils sont supposés être au courant de ce que fait le Conseil de sécurité²⁴⁶».

Si, le cas échéant, un État informe le procureur du fait qu'il a déjà ouvert une enquête sur la situation ou lui exprime son intention d'agir en ce sens, ce dernier lui en défère le soin. Sinon, il conteste cette volonté devant la Chambre préliminaire pour lui demander l'autorisation d'ouvrir plutôt lui-même l'enquête²⁴⁷. Cela permet de déduire que si, au contraire, dans le mois qui suit l'acte de notification du procureur, aucun État ne se manifeste, l'intéressé, dûment muni de l'autorisation de la Chambre préliminaire, est alors habilité à entreprendre son enquête.

Il convient de noter²⁴⁸ qu'après avoir souscrit à la volonté de l'État désireux de poursuivre, le procureur continue toutefois d'exercer son droit de regard sur le cours des événements. Il dispose d'un délai de six mois pour réexaminer son sursis à enquêter, et vérifier si les circonstances dans lesquelles les faits se déroulent peuvent témoigner du manque de volonté

²⁴⁵ Art. 18 (1), *le Statut*.

²⁴⁶ David, *supra* note 178 à la p. 399. Voir aussi Luigi Condorelli et Santiago Villalpando, « Referral and Deferral by the Security Council » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 627 à la p. 638. « [T]his trigger mechanism is submitted to a special procedure with regard to admissibility. When a situation has been referred by the Security Council, the Prosecutor does not have the obligation (under Article 18 (1)) to notify the States Parties and those States which would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned ».

²⁴⁷ Art. 18 (2), *le Statut*.

ou de l'incapacité de l'État qui se dit intéressé à mener l'enquête²⁴⁸. Le procureur peut même « demander à l'État concerné de lui rendre régulièrement compte des progrès de son enquête et, le cas échéant, des poursuites engagées par la suite²⁴⁹ ».

Dans la même dynamique, le procureur peut, après avoir décidé de surseoir à une enquête, demander, à titre exceptionnel, à la Chambre préliminaire de l'autoriser à prendre certaines mesures d'enquête qu'il juge nécessaires pour préserver tout élément de preuve estimé déterminant pour l'avenir, et qui, selon lui, présenterait de grands risques de disparition ou de contamination²⁵⁰.

Cependant, il faut noter que la Chambre préliminaire n'est pas toujours obligée d'accorder au procureur l'autorisation par lui demandée. Elle peut conclure au rejet d'une requête si elle juge que les éléments dont celle-ci s'accompagne ne sont pas convaincants. Dans ce cas, le procureur est seulement autorisé à produire par la suite « une nouvelle demande en se fondant sur des faits ou des éléments de preuve²⁵¹ » jugés cette fois plus pertinents. De toute manière, l'ouverture d'une enquête par le procureur agissant de sa propre initiative est subordonnée à l'autorisation de la Chambre préliminaire. Il en va de même aussi pour le procureur dont le ministère n'est aucunement forcé par l'ouverture *per fas et nefas* d'une enquête.

1.3.2.2 Le procureur convient de ne pas ouvrir une enquête

Le procureur peut convenir également de ne pas ouvrir une enquête. Il adopte cette décision dans trois situations possibles : soit que de son avis, il n'y aurait pas de base raisonnable qui puisse prouver qu'un crime relevant de la compétence de la CPI a été commis²⁵², ou parce qu'il jugerait que cette affaire serait irrecevable²⁵³; soit encore parce qu'il

²⁴⁸ Art. 18 (3), *le Statut*.

²⁴⁹ Art. 18 (5), *ibid.*

²⁵⁰ Art. 18 (6), *ibid.*

²⁵¹ Art. 15 (5), *ibid.*

²⁵² Art. 53 (1) a), *ibid.*

²⁵³ Art. 53 (1) b) et 17, *ibid.*

estimerait que cette enquête, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, ne servirait pas les intérêts de la justice²⁵⁴. Dans cette dernière hypothèse, le procureur doit faire part de sa décision par écrit à la Chambre préliminaire²⁵⁵, laquelle peut, de sa propre initiative, lui demander cependant de reconsidérer sa décision pour ouvrir une enquête. Ce qui permet de comprendre que la décision du procureur de ne pas ouvrir une enquête, ne pourra devenir effective que dans la mesure où elle aura été confirmée par ladite Chambre²⁵⁶.

Il faut observer que cette intervention « autoritaire » de la Chambre préliminaire est indépendante de l'origine de la saisine du Procureur : État, Conseil de sécurité, particuliers, organisations internationales ou initiative personnelle. Il en va probablement ainsi parce que la troisième cause du refus d'ouvrir une enquête est la plus « politique »; elle suppose qu'un crime de droit international humanitaire a été commis et qu'aucun État n'en poursuit les auteurs, mais que pour des raisons d'« intérêt de la justice » ou d'« intérêt des victimes » le Procureur juge plus utile de ne pas poursuivre l'auteur de ce crime²⁵⁷.

Cela dit brièvement, essayons donc d'examiner le mode d'évaluation de ces critères à l'appui desquels le procureur peut convenir de ne pas ouvrir une enquête. Ces critères au nombre de trois sont cumulatifs et doivent être tous pris en compte. « The list of factors is cumulative, so the Prosecutor is obliged to consider all three²⁵⁸ ».

Pour déterminer la base raisonnable qu'un crime relevant de la compétence de la CPI a été commis, le procureur examine d'abord la pertinence des renseignements recueillis. Ensuite, il vérifie si les faits peuvent être qualifiés de crimes. Enfin, il examine si ces crimes peuvent entrer dans la catégorie de ceux à l'égard desquels la CPI peut exercer sa compétence, c'est-à-dire, le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre²⁵⁹. Mais, à

²⁵⁴ Art. 53 (1) c), *le Statut*.

²⁵⁵ Règle 105, par. 4, *Règlement de procédure et de preuve*.

²⁵⁶ Art. 53 (3) b), *le Statut*. Voir aussi Règle 110, *Règlement de procédure et de preuve*.

²⁵⁷ David, *supra* note 178 à la p. 400.

²⁵⁸ Morten Bergsmo et Pieter Kruger, « Part 5. Investigation and Prosecution: Article 53, initiation of an investigation » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: - Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, 1065 à la p. 1070.

²⁵⁹ Art. 5 (1) a), b) et c), *le Statut*.

cette phase, le procureur n'a pas à se préoccuper déjà des éléments constitutifs des crimes. « It is not required at this stage that the information conclusively prove all the elements of the crime²⁶⁰ ». Cet aspect technique, extrêmement important, relève toutefois d'une phase beaucoup plus avancée de la procédure. Ce premier critère rempli, l'examen du procureur porte alors sur la recevabilité de l'affaire.

Dans le but de vérifier si l'affaire peut être recevable, le procureur, sachant que la Cour est complémentaire des juridictions pénales nationales²⁶¹, se réfère à l'article 17 du Statut. Ce faisant, il cherche à déterminer si l'affaire ne fait pas déjà l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce²⁶². Si tel était le cas, le procureur aurait alors de bonnes raisons de conclure que l'affaire serait déclarée irrecevable, à moins qu'il puisse démontrer que l'État en question n'a nullement la volonté²⁶³ ou se trouve dans l'incapacité²⁶⁴ réelle de mener à bien une enquête ou des poursuites²⁶⁵.

²⁶⁰ Bergsmo et Kruger, *supra* note 258.

²⁶¹ 10^e para. Préambule et art. 1^{er}, *le Statut*.

²⁶² Art. 17 (1) a), *ibid.*

²⁶³ Schabas, *supra* première note 8 à la p. 184. « The issue of unwillingness will arise where a national justice system is 'going through the motions' in order to make it look as if investigation and prosecution are underway although it may lack the resolve to see them through or may even be indulging in a sham trial held so that in any subsequent proceedings an accused can argue that he or she had already been tried and convicted and that any new trial is blocked by application of the rule against double jeopardy. The Statute requires the Court to consider these 'having regard to the principles of due process recognized by international law', suggesting an assessment of the quality of justice from the standpoint of procedural and perhaps even substantive fairness ».

²⁶⁴ *Ibid.* «The issue of inability will present itself when a State cannot obtain the accused or the necessary evidence and testimony, or is other-wise unable to carry out its proceedings. The Statute makes this conditional on 'a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system' (an early draft used the word 'partial' in place of 'substantial', a less demanding standard). Thus, a developed and functional justice system that is unable to obtain custody of an offender because of a lack of extradition treaties, for example, would still be able to resist prosecution by the Court on the ground of complementarity »; voir aussi John T. Holmes, «The Principle of Complementarity » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court : The Marking of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results In cooperation with The Project On International Courts and Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 41 à la p. 48.

²⁶⁵ Art. 17 (1) a), *le Statut*.

Pour déterminer cette absence de volonté, le procureur cherche à vérifier si, « eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international²⁶⁶ », la procédure engagée traduit plutôt la volonté de l'État de soustraire la personne soupçonnée de crimes relevant de la compétence de la Cour à sa responsabilité pénale²⁶⁷. En effet, si la procédure accuse un retard injustifié qui frise le dilatoire, le procureur peut en déduire une absence de volonté réelle de l'État de traduire le suspect en justice²⁶⁸. Il en va de même que si la procédure engagée ne répond pas aux normes internationales d'indépendance et d'impartialité²⁶⁹. En plus, le procureur doit tenir compte du principe *Ne bis in idem*²⁷⁰ considéré comme corollaire du principe de la complémentarité²⁷¹, afin de vérifier si la personne soupçonnée n'aurait pas déjà été jugée par la juridiction nationale compétente pour les mêmes motifs.

Pour ce qui est de l'incapacité, le procureur doit déterminer si l'État ayant compétence en l'espèce, ne peut pas vraiment ouvrir une enquête ou engager des poursuites. L'inaptitude de l'État, en pareil cas, doit être recherchée dans « l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure²⁷² ».

Dans cette perspective, la situation du Darfour encore pendante devant la CPI est présentée comme une illustration d'un État qui, en plus de ne pas manifester de volonté, se trouve également dans l'incapacité de mener à bien une enquête ou des poursuites.

²⁶⁶ Art. 17 (2), *le Statut*.

²⁶⁷ Art. 17 (2) a), *ibid.*

²⁶⁸ Art. 17 (2) b), *ibid.*

²⁶⁹ Art. 17 (2) c), *ibid.*

²⁷⁰ Art. 17 (1) c) et 20, *ibid.*

²⁷¹ Holmes, *supra* deuxième note 264 à la p. 42.

²⁷² Art. 17 (3), *le Statut*.

Considering the nature of the crimes committed in Darfur and the shortcomings of the Sudanese criminal justice system, which have led to effective impunity for the alleged perpetrators, the Commission is of the opinion that the Sudanese courts are unable and unwilling to prosecute and try the alleged offenders. Other mechanisms are needed to do justice²⁷³. [C'est nous qui soulignons].

Par contre, le cas de la République Démocratique du Congo (RDC) est présenté lui-même comme un exemple de pays qui, de bonne foi, se trouve malheureusement dans l'incapacité de mener à bien une enquête ou des poursuites. En témoigne la lettre sous le couvert de laquelle le président de la RDC a saisi le procureur de la CPI de la situation qui prévalait dans son pays.

Au nom de la République Démocratique du Congo, État partie au Statut de la Cour Pénale Internationale depuis le 1^{er} juillet 2002, j'ai l'honneur de déférer devant votre juridiction, conformément aux articles 13, alinéa a) et 14 du Statut, la situation qui se déroule dans mon pays depuis le 1^{er} juillet 2002, dans laquelle il apparaît que des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale ont été commis, et de vous prier, en conséquence, d'enquêter sur cette situation, en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes devraient être accusées de ces crimes. *En raison de la situation particulière que connaît mon pays, les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes mentionnés ci-dessus ni d'engager les poursuites nécessaires sans la participation de la Cour Pénale Internationale*²⁷⁴. [Nos italiques].

Enfin, le troisième critère appelle l'examen du procureur sur trois éléments clés : la gravité du crime, les intérêts des victimes et les intérêts de la justice. Le crime qui relève de la juridiction de la CPI n'est pas n'importe lequel. Il doit être suffisamment grave tant du point de vue qualitatif que du point quantitatif²⁷⁵ pour revêtir une ampleur telle qu'il touche l'ensemble de la communauté internationale²⁷⁶.

²⁷³ *Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights in Darfur*, UN Doc. S/2005/60, para. 568.

²⁷⁴ Requête de la République démocratique du Congo adressée au Procureur de la Cour pénale internationale, ICC-01/04-01/06-32-Annexe A1, 21 mars 2004.

²⁷⁵ Schabas, *supra* première note 8 à la p. 191. «There is an additional element of gravity [...]. In other words, gravity has a qualitative as well as a quantitative dimension ».

²⁷⁶ 9^e para. Préambule, *le Statut*.

Néanmoins, le caractère *quantitatif* de la gravité du crime mérite qu'on s'y arrête un peu, en vue d'une précision. La quantité ne signifie nullement que pour conclure à un crime de droit international, il faut un grand nombre de personnes tuées. Même dans le cas d'une seule victime, on peut se retrouver en présence d'un crime de génocide, d'un crime contre l'humanité ou encore d'un crime de guerre. En pareilles circonstances, ce sont le contexte et l'intention à l'origine du crime, qui sont surtout déterminants. « On peut qualifier un seul meurtre de génocide si l'intention est de détruire le groupe en tout ou en partie ²⁷⁷ » [...] Dans la mesure où le crime même apparemment isolé s'inscrit dans le cadre d'un plan concerté et peut être relié à une motivation d'ensemble, il peut entrer dans la catégorie des crimes de droit international. « L'exécutant engage sa responsabilité pénale pour ces infractions même s'il s'agit d'actes isolés. En effet, les juridictions internationales ont jugé qu'un acte unique s'inscrit dans un contexte et participe d'une organisation [...] ²⁷⁸ ».

Cette mise au point faite, la Cour exerce « sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale ²⁷⁹ ». Il s'ensuit qu'un crime occasionnel, c'est-à-dire sans lien avec un projet de haute portée criminelle visant la commission d'actes susceptibles de heurter la conscience de l'humanité, ne remplit pas le critère de gravité nécessaire et peut alors motiver le procureur dans sa décision de ne pas ouvrir une enquête y relative. « Crimes that are not of sufficient gravity for the ICC will be left to possible domestic investigation and prosecution ²⁸⁰ ». Et, au regard de la jurisprudence de la CPI, deux principaux facteurs sont déterminants dans l'évaluation de la gravité du crime.

²⁷⁷ William A. Schabas, « Le Génocide » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir., *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, 319 à la p. 321.

²⁷⁸ O. Sara Liwerant, « Les Exécutants » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir., *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, 211 à la p. 212. Voir notamment TPIY, *Le Procureur c. Nikolic*, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995.

²⁷⁹ Art. 1^{er}, *le Statut*.

²⁸⁰ Bergsmo et Kruger, *supra* note 258 à la p. 1071.

First, the conduct which is the subject of a case must be either systematic (pattern of incidents) or large-scale. If isolated instances of criminal activity were sufficient, there would be no need to establish an additional gravity threshold beyond the gravity-driven selection of the crimes (which are defined by both contextual and specific elements) included within the material jurisdiction of the Court. Second, in assessing the gravity of the relevant conduct, due consideration must be given to the social alarm such conduct may have caused in the international community²⁸¹.

À ces deux facteurs qui permettent de déterminer la gravité du crime, s'ajoute un troisième critère tout aussi important que l'on pourrait appeler « la gravité subjective du crime ». Ce critère qui essaie de mettre en relief les circonstances particulières dans lesquelles le crime aurait été perpétré, regroupe trois éléments dont la prise en compte s'avère également nécessaire pour les fins de l'exercice d'évaluation.

The first is the position played by the accused person. The second is the role played by that person, 'when the States entities, organizations or armed groups to which they belong commit systematic or large-scale crimes'. The third is the role played by such States entities, organizations or armed groups in the overall commission of crimes²⁸².

Lorsque le crime paraît suffisamment grave, il convient alors de vérifier si poursuivre ses auteurs présumés en justice est susceptible de répondre vraiment aux intérêts des victimes. A priori, cela pouvait paraître paradoxal voire révoltant le seul fait de se demander si des poursuites s'inscriraient dans le cadre de l'intérêt des personnes victimes d'atrocités pour obliger leurs bourreaux à répondre de leurs actes. Pourtant, une telle mesure peut avoir bien souvent sa raison d'être.

The Office considers that the "interests of victims" includes the victims' interest in seeing justice done, but also includes other essential interests such as their protection, as indicated by the Rome Statute. Article 68(1) places an obligation on the whole Court, including the Office of the Prosecutor, to take appropriate measures to protect the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims and witnesses. Article 54(1) (b) requires the Prosecutor

²⁸¹ *Le Procureur c. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8, para. 46, 10 février 2006.

²⁸² Schabas, *supra* première note 8 à la p. 187. Voir notamment Office of the Prosecutor, *Strategies of Investigation and Prosecution: Policy Paper on the Interests of Justice*, ICC-OTP-2007, septembre 2007 à la p. 5. « In determining whether the situation is of sufficient gravity, the Office considers the scale of the crimes, the nature of the crimes, the manner of their commission and their impact ».

to respect the interests and personal circumstances of victims and witnesses in carrying out effective investigations²⁸³.

En effet, le besoin de protéger la vie même des victimes et celle de leur famille peut démontrer qu'il serait mieux dans leurs intérêts de ne pas poursuivre, ne serait-ce que temporairement, leurs tortionnaires présumés.²⁸⁴ Cela va de soi puisque le procureur peut à tout moment reconsidérer sa décision²⁸⁵. À cet égard, le fait pour le procureur de décider de ne pas ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites est loin d'être une prime à l'impunité. Et cette décision est sans préjudice des dispositions de l'article 27 du Statut traitant du défaut de pertinence de la qualité officielle²⁸⁶.

Although the victims of the crimes falling within the jurisdiction of the Court, and members of their families, may have a paramount interest in the investigation and prosecution of the perpetrators of the crimes, this provision recognizes that there are factors which may outweigh this interest. The presence of such factors would exclude a finding that there is a reasonable basis to proceed²⁸⁷.

Il en résulte que l'ouverture d'une enquête relative à un conflit en cours peut des fois conduire à accroître les tensions et les hostilités plutôt que de contribuer à les faire cesser dans l'intérêt des victimes et de leurs proches. Non seulement que certaines poursuites peuvent représenter un obstacle à un processus de paix, mais elles peuvent aussi entraîner des conséquences néfastes et conduire malheureusement à des représailles sur les victimes elles-mêmes²⁸⁸.

²⁸³ Office of the Prosecutor, *supra* deuxième note 282 à la p. 5.

²⁸⁴ Arnaud Poitevin, « Cour pénale internationale : Les enquêtes et la latitude du Procureur », *Droits fondamentaux*, n° 4, janvier-décembre 2004, 97 à la p. 103. « L'article 53 fournit ainsi un instrument puissant au Procureur pour cibler ses enquêtes. Plus que « d'enterrer » définitivement des « affaires », cela aura pour conséquence une prise en compte plus fine des conjonctures politiques et sociales et ne fera très probablement que reporter des poursuites à une période ultérieure plus favorable ». Page consultée en ligne à www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/di4apcpi.pdf le 22 mars 2010.

²⁸⁵ Art. 53 (4), *le Statut*.

²⁸⁶ Art. 27, *ibid.*

²⁸⁷ Bergsmo et Kruger, *supra* note 258 à la p. 1071.

²⁸⁸ Poitevin, *ibid.*

Ces considérations auxquelles peut faire appel le procureur dans la détermination de la gravité du crime et des intérêts des victimes sont importantes pour l'aider à apprécier également les intérêts de la justice. C'est par la prise en compte même de ces deux principaux facteurs qu'il peut être amené à l'hypothèse qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice²⁸⁹. Et ce n'est que plus loin, soit à l'article 53 (2) c) du Statut que les rédacteurs de celui-ci y ajoutent toutes les circonstances dans lesquelles apparaissent « l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué²⁹⁰».

Ces deux autres critères sont destinés à guider le procureur dans son examen dans la mesure où sans une connaissance suffisante de l'histoire sociale ou personnelle des suspects et du rôle qu'ils ont joué effectivement dans les atrocités, il peut, après avoir ouvert une enquête, se rendre à l'évidence que celle-ci ne présente aucun avantage réel pouvant servir les causes de la justice. Imaginons le cas par exemple d'un mineur de moins de dix-huit ans, qui d'ailleurs, ne tombe pas sous la juridiction de la Cour²⁹¹. Cela peut être aussi valable pour une personne moribonde en raison de la vieillesse ou d'une maladie incurable en phase terminale, ou encore un délinquant occasionnel qui n'a joué qu'un rôle marginal dans les événements.

The first is that of the age or infirmity of the alleged perpetrator. An alleged perpetrator may be so old or ill that it may not serve the interests of justice to proceed to a prosecution. Each case will have to be determined on its own merits. " [H]is or her role in the alleged crime" [...] is the second criterion [...]. It is possible that the role of a suspect, while satisfying all the elements of the crime, was so insignificant as to make it counter to the interests of justice to proceed with a prosecution. This could be the case where, for instance, it would be possible to institute a prosecution against an abettor of the alleged crime whilst the true perpetrator remained beyond the reach of justice. To proceed with the prosecution of the abettor could lead to the exposure, including exposure to personal danger, of witness who are important to the case against the main perpetrator²⁹².

²⁸⁹ Art. 53 (1) c), *le Statut*.

²⁹⁰ Art. 53 (2) c), *ibid.*

²⁹¹ Art. 26, *ibid.*

²⁹² Bergsmo et Kruger, *supra* note 258 à la p. 1073.

La détermination des intérêts de la justice, lesquels ne sont définis ni dans le Statut ni dans le RPP²⁹³, laisse une place importante à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur. Ce qui peut inclure à coup sûr des considérations d'ordre politique²⁹⁴. Et, c'est à ce niveau que doit surtout se manifester l'habileté du BdP à concevoir et définir ses stratégies de poursuite les plus opportunes.

The interests of justice tests need only be considered where positive determinations have been made on both jurisdiction and admissibility. While the other two tests (jurisdiction and admissibility) are positive requirements that must be satisfied, the "interests of justice" is not. The *interests of justice* test is a potential *countervailing* consideration that might produce a reason *not* to proceed even where the first two are satisfied. This difference is important: the Prosecutor is not required to establish that an investigation or prosecution is in the interests of justice. Rather, he shall proceed with investigation unless there are specific circumstances which provide substantial reasons to believe it is not in the interests of justice to do so at that time²⁹⁵.

Cependant, l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le procureur dans la détermination des intérêts de la justice pour décider de ne pas poursuivre, ne lui confère en aucune manière un chèque en blanc pour en abuser de manière arbitraire.

As in the discussion on "substantial reasons", the exact content of "interests of justice" is not defined. This does not, however, open the door for the Prosecutor to escape investigation by invoking arbitrary grounds under this provision. In view of the authority of the Pre-Trial Chamber to review such a decision on its own initiative, or at the request of the Security Council or referring State Party, the Prosecutor must exercise the discretion in a reasonable manner and be able to substantiate a decision not to proceed²⁹⁶.

²⁹³ Office of the Prosecutor, *supra* deuxième note 282 à la p. 2. «The phrase "in the interests of justice" appears in several places in the ICC Statute and Rules of Procedure and Evidence but it is never defined».

²⁹⁴ Matthew Brubacher, « Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court » (2004) 17 n° 2, *Journal of International Criminal Justice* 81 à la p. 81. « [T]he term "in the interests of justice" also requires the Prosecutor to take account of the broader interests of the international community, including the potential political ramifications of investigation on the political environment of the state over which he is exercising jurisdiction ». Voir aussi Schabas, *supra* première note 8 à la p. 166. « Extremely difficult issues may present themselves where application of the 'interests of justice' concept may provide the Prosecutor with the possibility of declining to proceed in politically delicate situations, for example, in the context of peace negotiations. There is little unanimity on these matters among experts and practitioners. As a result, it is impossible to predict the individual choices that the Prosecutor might make 'in the interests of justice' ».

²⁹⁵ Office of the Prosecutor, *ibid.* à la p. 2.

²⁹⁶ Bergsmo et Kruger, *supra* note 258 à la p. 1072.

Tout bien pesé, le procureur jouit sans conteste de grandes garanties d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions. Toutefois, cela n'empêche nullement que son pouvoir se trouve tempéré de manière significative par d'importants mécanismes de contrôle prévus par le Statut.

Section 2

Les limites structurelles ou juridiques de l'indépendance du procureur

Nous venons de voir toute la portée de l'indépendance garantie au procureur dans l'exercice de l'opportunité des poursuites. Il peut non seulement décider de sa propre initiative d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites, mais il est aussi investi du pouvoir de décider dans le cas d'une situation qui lui est déférée par un État Partie ou encore par le Conseil de sécurité de ne pas poursuivre en fondant sa décision sur les intérêts de la justice, lesquels ne reçoivent pourtant aucune définition statutaire ou réglementaire.

Cette indépendance apparemment étendue, souffre cependant d'importantes restrictions et peut être même soumise à certaines interférences. Autrement dit, l'indépendance fonctionnelle du procureur semble se mesurer à l'aune de quatre axes principaux : 1) le principe de la complémentarité; 2) les possibilités d'interférence politique du Conseil de sécurité; 3) le pouvoir de contrôle judiciaire conféré à la Chambre préliminaire; et 4) la dépendance du procureur vis-à-vis des États dans le cadre de leur coopération aux enquêtes ou aux poursuites.

2.1 Le principe de la complémentarité

La saisine de la CPI, avons-nous déjà vu plus haut, est subordonnée au principe de la complémentarité. Contrairement au principe de la primauté qui gouverne les deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)²⁹⁷ et pour le Rwanda (TPIR)²⁹⁸, la CPI elle-même est régie par celui de la complémentarité, au terme duquel les juridictions pénales nationales ont sur elle la préséance. « Thus, if States fulfil their obligations under international law by exercising effective jurisdiction over the crimes set out in the Rome

²⁹⁷ Art. 9 (2), Statut du TPIY, *supra* note 191.

²⁹⁸ Art. 8 (2), Statut du TPIR, *supra* note 192.

Statute, then the Court, recognizing the primacy of national jurisdictions explicitly provided for in the Statute, will not be seized of any cases²⁹⁹».

En vertu de ce principe, le procureur ne peut décider d'ouvrir une enquête que dans les conditions limitativement énumérées à l'article 17 du Statut³⁰⁰. Ce qui dénote que son intervention dans le champ des crimes³⁰¹ relevant de la compétence de la Cour ne peut se fonder que dans les situations où il peut être démontré qu'un État ayant compétence en l'espèce n'a pas vraiment la volonté ou se trouve dans l'incapacité de mener à bien une enquête ou des poursuites y relatives³⁰². Encore faut-il bien que, pour ce faire, compte soit dûment tenu des critères de territorialité³⁰³ et de nationalité³⁰⁴. Cela dit, il faut que le crime allégué ait été commis soit sur le territoire d'un État Partie, soit qu'il ait pour suspect un national d'un État Partie.

Cependant, il faut souligner l'exception dont souffre cette règle. Lorsque la saisine porte le sceau du Conseil de sécurité, les barrières de nationalité et de territorialité sur lesquelles repose la compétence de la Cour en ce qui a trait aux autres modes de saisine sont dès lors tombées. Ce qui démontre tout le pouvoir que le Statut confère audit Conseil. Mais, de la même manière que cet organe hautement politique peut étendre la compétence de la Cour aux États qui ne sont pas Parties au Statut et à leurs ressortissants, il peut aussi réduire la compétence de la Cour à une véritable peau de chagrin.

²⁹⁹ John T. Holmes, « Complementarity: National Courts *versus* the ICC » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, 667 à la p. 667.

³⁰⁰ Art. 17, *le Statut*.

³⁰¹ Art. 5, *ibid*.

³⁰² Art. 17 (1) a) et b), *ibid*. Voir à cet égard Holmes, *Ibid*. aux pp.674-677; Frédéric Mégret, « Qu'est-ce qu'une juridiction 'incapable' ou 'manquant de volonté' au sens de l'article 17 du *Traité de Rome*? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international» (2004) 17 *Revue Québécoise de Droit international* 185.

³⁰³ Art. 12 (2) a), *le Statut*.

³⁰⁴ Art. 12 (2) b), *ibid*.

2.2 Le contexte politique et le Conseil de sécurité : les exigences de la paix et de la sécurité internationales

« [I]l ne saurait y avoir de véritable paix sans justice. Or, la recherche inexorable de la justice peut parfois constituer un obstacle à la paix ³⁰⁵ ». Cette déclaration de M. Kofi Annan alors Secrétaire général des Nations Unies est symptomatique de la complexité de la mission du procureur. Elle traduit bien l'accueil qui peut être parfois réservé par le Conseil de sécurité à certaines poursuites engagées par le Bureau du procureur dans des situations de conflit dont la résolution paraît devoir passer par la signature d'un accord de paix. Et qui dit accord dit aussi compromis au risque évident d'influencer sinon d'affecter le travail de la justice qui se caractérise par sa rigidité dans l'application de la loi pénale réputée stricte par opposition à la négociation politique qui doit souvent faire montre de souplesse pour atteindre ses objectifs.

Le caractère délicat des poursuites du procureur peut s'expliquer par la nature politique des crimes et compte tenu des circonstances dans lesquelles ils sont généralement commis. De tels crimes qui, par leur gravité exceptionnelle, « touchent l'ensemble de la communauté internationale ³⁰⁶ » peuvent être à bon droit interprétés comme des menaces contre la paix et la sécurité internationales par le Conseil de sécurité sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ³⁰⁷. Auquel cas, deux situations peuvent s'affronter : d'un côté, les poursuites engagées par le procureur dans le but de faire triompher la justice; de l'autre, des actions entreprises par le Conseil de sécurité sur le terrain, théâtre des crimes, en vue d'y rétablir la paix.

S'il est toujours souhaitable dans un monde idéal d'obtenir en même temps la justice et la paix, il n'en demeure pas moins qu'il peut cependant s'avérer difficile voire impossible d'y parvenir dans le monde réel où nous vivons. D'où la possibilité de voir alors l'une sacrifiée

³⁰⁵ Kofi Annan, « État de droit et Justice », Déclaration 24 septembre 2003, en ligne http://www.aidh.org/Justice/just_etatdroit.htm, page consultée le 22 mars 2010.

³⁰⁶ Art. 5, *le Statut*.

³⁰⁷ Chapitre VII, *la Charte*.

sur l'autel et au profit de l'autre. Dans la mesure où c'est la paix qui l'emporte sur la justice, il peut arriver que le Conseil, même après avoir saisi le procureur, choisisse d'entreprendre des négociations avec des dirigeants politiques plutôt que de lui offrir sa coopération. Il n'y a là rien d'étonnant parce que la réalité peut bien démontrer que la paix passe par des pourparlers avec les individus mêmes qui sont visés par les poursuites de la Cour, étant donné que ce sont ces derniers qui détiennent le monopole de la violence, et qui par conséquent, peuvent faire échec au processus de paix. Mettre la main à leur collet peut provoquer encore plus de tensions au risque de ne pas pouvoir résoudre le conflit³⁰⁸.

De ce dilemme, il ressort que certaines poursuites engagées par le procureur devant la Cour peuvent être même utilisées par le Conseil de sécurité comme de simples pions dans son jeu politique.

La saisine [de la Cour] comme son fonctionnement demeurent sous le contrôle du Conseil de sécurité. Ce dernier peut faire de la Cour une sorte de tribunal pénal à sa disposition permanente en vue du maintien de la paix, ou, au contraire, en neutraliser le fonctionnement lorsque la poursuite des crimes concernés lui semble poser des problèmes délicats³⁰⁹.

Dans ce contexte, la possibilité du recours par le Conseil de sécurité à l'article 16 du Statut pour faire surseoir à une enquête ou des poursuites en cours met parfaitement en lumière l'ingérence politique à laquelle peuvent être soumises certaines poursuites engagées par le procureur³¹⁰.

Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni même en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce

³⁰⁸ Condorelli et Villalpando, *supra* deuxième note 246 à la p. 632. « In practice, however, political motivations based on the specific situation at stake could bring the Security Council to decide not to seize the Court, even if it appears that crimes within its jurisdiction have been committed. Once again, the Security Council's discretionary power under Chapter VII remains untouched by the Statute ».

³⁰⁹ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2006 à la p. 558.

³¹⁰ Condorelli et Villalpando, *ibid.* à la p. 647. « [T]he resolution under Article 16 creates an obligation for the Court to suspend (or abstain from commencing) all proceedings. As a consequence, there is a patent interference by a UN political organ with the independent exercise of the jurisdictional function and judicial guarantees [...] ».

sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions³¹¹.

Il s'ensuit que le Conseil de sécurité auquel incombe la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales³¹², peut être amené non seulement à surseoir à une enquête ou des poursuites devant la Cour, mais peut aller aussi jusqu'à y faire obstacle indéfiniment.

Cependant, aux yeux de beaucoup d'observateurs, l'article 16 du Statut qui semble faire couler beaucoup d'encre, n'est pas autant susceptible de faire obstacle aux poursuites engagées devant la Cour, comme l'on tend à le faire accroire³¹³. Car, il suffit qu'un seul membre permanent du Conseil de sécurité exerce son droit de veto pour faire alors échec à l'adoption d'une résolution qui serait destinée à suspendre des poursuites engagées par le procureur.

Évidemment, cette disposition est tout à fait contraire au fonctionnement adéquat du Conseil de sécurité. Elle mine gravement le rôle des cinq membres permanents du Conseil et dilue radicalement leur droit de veto [...]. Le Statut, en exigeant un vote affirmatif du Conseil pour interrompre le travail du Procureur et de la Cour, fait pencher la balance de l'autorité en faveur de la CPI et au détriment du Conseil. En outre, le veto opposé par un membre permanent à une résolution restreignante du Conseil laisse la CPI sans aucune supervision. Pour les États-Unis, qui craignent la possibilité d'un Procureur zélé à l'excès ou qui a des motifs politiques, la protection que donne le droit de veto a été éliminée. En effet, la Charte des Nations Unies a été modifiée sans avoir été approuvée conformément au Chapitre XVIII de cette Charte³¹⁴.

Toutefois, rien n'indique que l'article 16 du Statut ne pourra jamais être appliqué par le Conseil de sécurité pour faire échec à d'éventuelles poursuites du procureur. Et comme de

³¹¹ Art. 16, *le Statut*.

³¹² Art. 24, *la Charte*.

³¹³ Barnett, *supra* note 161 à la p. 16. « En dépit du fait que ce pouvoir de contrôle soit confié à une petite minorité de pays, certains critiques pensent que l'article ne va pas assez loin et qu'il affaiblit en fait le rôle du P-5 puisqu'il exige un vote affirmatif pour interrompre le travail du Procureur. En effet, le droit de veto du Conseil de sécurité ne s'applique que pour permettre la poursuite d'une enquête ou de procédures, mais non pour l'arrêter ».

³¹⁴ Commentaire de John R. Bolton rapporté et traduit par Barnett, *ibid.*, à la p.16. Voir le texte intégral en ligne (<http://www.iccnw.org/documents/1stSesPrepComSenatefr.pdf>). Page consultée le 22 mars 2010.

fait, l'adoption des résolutions 1422 du 12 juillet 2002³¹⁵ et 1487 du 12 juin 2003³¹⁶ sont autant de signes avant-coureurs du sort qui pourrait être réservé à certaines initiatives d'enquêtes ou de poursuites engagées devant la CPI. D'aucuns voient même dans ces deux résolutions un grave excès de pouvoir du Conseil de sécurité. Les critiques adressées à la première résolution étant transposables à la seconde qui en est la copie conforme.

The Resolution was immensely controversial in the Council and with good reason. Despite the Resolution's protestations to the contrary, Resolution 1422 is not in conformity with Article 16 of the Rome Statute, as that article was intended to refer to specific situations, while Resolution 1422 asks for a general deferral of investigations, including those relating to situations in the future. The fact that there was no determination of a threat to international peace and security in Resolution 1422 means that it is also inconsistent with the UN Charter. In terms of its practical effects on the ICC, Resolution 1422 was not important³¹⁷.

Il est donc indéniable que l'exercice de l'opportunité des poursuites est loin d'être libre de toute entrave politique en plus de connaître beaucoup de limites structurelles ou juridiques fixées par le Statut même.

2.3 Le contrôle judiciaire exercé par la Chambre préliminaire

La Chambre préliminaire est l'organe de contrôle de la légalité des enquêtes ou poursuites envisagées ou non par le Bureau du procureur. L'autorisation de ladite Chambre est la condition *sine qua non* de l'exercice de l'opportunité des poursuites du procureur agissant *proprio motu*. Pour décider d'ouvrir une enquête, le procureur doit solliciter et obtenir une autorisation de la Chambre préliminaire à cette fin. Celle-ci examine le bien-fondé des éléments de preuve fournis à l'appui de la demande et accorde ou non son autorisation. Au cas où la Chambre préliminaire n'autorise pas l'ouverture d'une enquête, le procureur est

³¹⁵ Résolution 1422 (2002), 12 juillet 2002, Rés. CS, S/RES/1422 (2002) 4572^e séance.

³¹⁶ Résolution 1487 (2003), 12 juin 2003, Rés. CS, S/RES/1487 (2003), 4772^e séance.

³¹⁷ Cryer, *supra* note 222 à la p. 227. Voir aussi Schabas, *supra* première note 8 à la p. 169 et David, *supra* note 178 aux pp. 353-356.

seulement habilité par la suite à produire une autre demande en se fondant sur des faits ou éléments de preuve nouveaux³¹⁸.

En revanche, advenant que le procureur saisi d'une situation par un État Partie ou par le Conseil de sécurité, n'envisage pas lui-même d'ouvrir une enquête, parce que selon lui celle-ci ne servirait pas les intérêts de la justice compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes³¹⁹, il doit faire part de sa décision, entre autres, à la Chambre préliminaire qui se réserve le droit de s'y opposer et de lui demander de reconsidérer sa position. Tout compte fait, la décision du procureur de ne pas poursuivre ne peut avoir d'effet que si elle est confirmée par la Chambre préliminaire³²⁰.

En définitive, la Chambre préliminaire exerce un très grand pouvoir de contrôle sur les initiatives d'enquête du Bureau du procureur. Le procureur peut décider d'ouvrir une enquête et la Chambre préliminaire l'en empêche; alors que par contre, il peut refuser d'ouvrir une enquête et ladite Chambre l'oblige à reconsidérer sa décision.

2.4 La dépendance du Procureur vis-à-vis des États dans le cadre de leur coopération aux enquêtes ou aux poursuites

« À l'instar des TPI, la CPI est un géant sans bras ni jambes, [...]. Elle n'a pas les moyens ni d'appréhender les personnes recherchées, ni de faire exécuter les peines prononcées; les bras et les jambes de la CPI sont le pouvoir exécutif des États et l'efficacité de la CPI dépend donc de leur collaboration³²¹». En clair, la CPI, en matière d'enquêtes ou de poursuites, est placée sous la dépendance des États, lesquels ont fort heureusement l'obligation de lui offrir leur pleine assistance.

³¹⁸ Art. 15 (5)b, *le Statut*.

³¹⁹ Art. 53 (2) c), *ibid*.

³²⁰ Art. 53 (3) b), *ibid*.

³²¹ David, *supra* note 178 à la p. 358. Voir aussi Anne-Marie Larosa, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Presses Universitaires de France, 2003 à la p. 21.

Pour les fins d'une enquête ou des poursuites, le procureur est habilité à rechercher la coopération de tout État ou organisation intergouvernementale et conclure tout arrangement ou accord qu'il estime nécessaire, pourvu que ce soit dans le cadre du Statut³²². À cet effet, l'article 86 du Statut fait de la coopération une obligation à laquelle aucun État Partie ne devrait déroger. « [...] les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence³²³ ».

Quant aux États non Parties au Statut, la CPI peut obtenir leur assistance par le biais d'un arrangement ou tout autre accord conclu en ce sens. « La Cour peut inviter tout État non partie au présent Statut à prêter son assistance au titre du présent chapitre sur la base d'un arrangement ad hoc ou d'un accord conclu avec cet État ou sur toute autre base appropriée³²⁴ ».

Au cas de refus par un État Partie de coopérer avec la Cour, celle-ci peut alors en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité. Dans l'hypothèse d'un refus exprimé par un État non Partie, la CPI ne peut que les en informer. D'une hypothèse à l'autre, la Cour n'est appelée à agir de la sorte que dans la mesure où sa saisine émanait seulement du Conseil de sécurité³²⁵. Ainsi, on peut en déduire que dans le cas des deux autres modes de saisine, c'est-à-dire, dans l'hypothèse d'une action du procureur agissant de sa propre initiative ou encore d'une action émanant de la saisine d'un État Partie, la Cour n'est même pas fondée en vertu du Statut à informer l'AEP et le Conseil de sécurité.

On peut prétendre non sans raison que le Conseil de sécurité dont la saisine s'inscrit dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies peut dès lors envisager des mesures prévues dans ce même cadre à l'encontre d'un État récalcitrant. Ces mesures peuvent

³²² Art. 54 (3) c) et d), *le Statut*.

³²³ Art. 86, *ibid.*

³²⁴ Art. 87 (5) a), *ibid.*

³²⁵ Art. 87 (5) b) et 87 (7), *ibid.*

comprendre, entre autres : interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de télécommunication, rupture des relations diplomatiques, mesures de blocus, etc.³²⁶. Alors, c'est encore l'occasion de souligner le rôle fondamental que le Conseil de sécurité est appelé à jouer dans la mise en œuvre de la justice pénale internationale en tant que partenaire indispensable sinon important de la CPI.

Il demeure alors évident que l'aboutissement d'une enquête ou des poursuites engagées par le procureur passe inévitablement par la collaboration des États sur le territoire desquels les crimes allégués auraient été perpétrés. Il est ainsi permis de soutenir que l'indépendance du procureur, en matière d'enquêtes ou de poursuites, se limite qu'on le veuille ou non à la coopération des États.

À propos d'une réflexion en matière d'indépendance, on ne peut toutefois manquer de rappeler que, quelle que soit l'étendue du pouvoir discrétionnaire du Procureur - extrême, selon certains, enchaînée par les facultés d'autres sujets, d'après des opinions différentes - les résultats de ses enquêtes seront toujours subordonnés à la coopération des États sur le sol desquels on devra accomplir les actes d'investigation [...]. [P]ar conséquent, les choix cruciaux dont le Procureur sera chargé et lors desquels on pourra effectivement vérifier le niveau d'autonomie qui lui est propre, seront toujours fondés et influencés par des éléments de preuve qui, dans la plupart, ne seront pas accomplis par le Bureau même, mais subordonnés à l'assentiment des États nationaux et menés selon les règles des différents systèmes locaux³²⁷

³²⁶ Art. 41 et 42, *la Charte*.

³²⁷ Quattrocolo, *supra* note 109 aux pp. 358-359.

2.5 Conclusion

Le Statut de Rome garantit au procureur de la Cour pénale internationale un très haut degré d'indépendance dans ses sphères d'action. Malgré certaines restrictions ou interférences dues aux mécanismes de contrôle, et les possibilités d'influences politiques du Conseil de sécurité auxquelles peut se heurter l'indépendance du procureur, cela ne peut pas pour autant la remettre en cause.

En effet, lorsqu'il s'agit dévaluer le degré d'indépendance d'un organe juridictionnel ou de poursuite, il semble que l'accent doit être surtout mis sur les libertés d'action garanties à l'instance concernée pour pouvoir accomplir avec efficacité sa mission plutôt que de considérer l'indépendance elle-même comme devant être un système absolu.

De même qu'un État, pour souverain et indépendant qu'il soit, et malgré la vaste étendue de son territoire national, se limite à ses frontières, l'indépendance garantie à un organe ou une autorité quelconque ne pourrait être jamais de nature illimitée. Que le monde devienne un « village global³²⁸ », il sera toujours constitué de frontières. On pourra bien prendre le large pour naviguer en haute mer dans les eaux internationales, mais quand viendra le moment d'accoster, on finira indubitablement par se heurter aux gardes côtières le long des eaux territoriales. Tout pour dire que l'indépendance garantie au procureur, somme toute restrictive, nous paraît suffisante sinon satisfaisante pour lui permettre de s'acquitter valablement de sa mission de poursuites des crimes de droit international relevant de la compétence de la CPI.

³²⁸ Herbert Marshall McLuhan, *The Medium is the Message: An Inventory of effects*, New York, Bantam, 1967.

CONCLUSION GÉNÉRALE ET PERSPECTIVES

Au terme de cette étude consacrée à *l'indépendance du procureur de la Cour pénale internationale*, il nous paraît désormais possible de rendre valablement compte des résultats auxquels nous sommes enfin parvenu. Pour ce faire, nous estimons nécessaire et méthodiquement utile de faire le point sur les deux principales questions posées dès l'introduction générale, lesquelles nous ont servi de phare tout au long de cet exercice.

Tout bien pesé, le fait pour les rédacteurs du Statut de Rome de consacrer l'indépendance du procureur et de créer parallèlement des mécanismes appelés à contrôler en quelque sorte le travail de ce dernier, ne donne pas lieu à parler de contradiction. Par ce choix judicieux, les auteurs du Statut ont plutôt créé un système inspiré du modèle dit de '*Checks and Balances*³²⁹', qui, loin de traduire ici une quelconque contradiction, vise de préférence à éviter tout éventuel débordement ou excès de zèle de la part du procureur de la CPI dans l'exercice de ses pouvoirs. Un tel choix concorde parfaitement avec la formule de Montesquieu lui-même qui, tout en optant pour la séparation des pouvoirs, tel que nous l'avons déjà vu, veut que par « la disposition des choses, le pouvoir [puisse, néanmoins, arrêter] le pouvoir³³⁰».

Aucun paradoxe n'étant décelé en ce qui concerne l'indépendance du procureur, il convient maintenant de savoir comment il peut pratiquement s'en prévaloir. C'est à ce niveau que se trouve posé le problème des limites et des restrictions dont souffre le pouvoir du procureur par rapport notamment aux prérogatives de contrôle ou d'interférence reconnues par le Statut à d'autres entités. En pareilles circonstances, il importe peu pour nous de rendre compte de manière vague de l'indépendance du procureur, en nous référant tout simplement au fait qu'elle soit clairement établie dans le Statut, mais il s'agit plutôt de préciser avec plus ou moins exactitude le degré réel de cette indépendance.

³²⁹ Voir à ce sujet Fernández de Gurmendi, *supra* deuxième note 8 à la p. 181.

³³⁰ Montesquieu, *supra* note 3 à la p. 162.

Ainsi donc, à l'analyse des garanties d'indépendance du procureur par rapport au cadre théorique, c'est-à-dire, à la lumière de ce que l'indépendance contient en soi, en termes de critères à remplir par un organe juridictionnel et/ou, par extension, par un organe de poursuite pour que l'un ou l'autre puisse se prévaloir de l'indépendance effective ou fonctionnelle, nous ne pouvons pas nous empêcher de reconnaître que le procureur de la CPI dispose d'une grande marge de manœuvre qui puisse lui permettre de s'acquitter valablement de ses fonctions. En clair, l'indépendance garantie au procureur est manifeste pour la simple et bonne raison que celui-ci bénéficie à la fois de l'indépendance individuelle (mode de son élection et durée de son mandat, sa sécurité financière, son devoir d'impartialité, l'immunité de sa fonction, son indépendance vis-à-vis des juges de la Cour), de l'indépendance institutionnelle (l'indépendance administrative de son Bureau et les garanties de protection contre des congédiements arbitraires) et de l'indépendance fonctionnelle (pouvoir discrétionnaire de décider ou de refuser d'ouvrir une enquête ou d'engager des poursuites sur la base notamment des intérêts de la justice).

Il convient, dans cette perspective, de ne jamais considérer l'indépendance comme une fin en soi, mais plutôt comme un moyen qui permet de parvenir à des résultats que l'on est en droit d'escompter. Mesurer l'indépendance d'une autorité ou d'une institution quelle qu'elle soit, ne consiste en rien de plus sinon qu'à examiner si celle-ci dispose *suffisamment* de garanties pour accomplir sans entrave la mission qui lui est assignée. Rien ne dit que cette autorité, pour être indépendante, doit évoluer sur un terrain à la fois illimité et hermétiquement clos, afin de n'entretenir de contact avec aucune autre entité. Au contraire, dans une société démocratique, chaque pouvoir peut toujours exercer un droit de regard sur le travail d'un autre sans que ce droit ne traduise toutefois aucune forme d'entrave ou d'ingérence.

Au demeurant, s'il est clair que le procureur de la CPI bénéficie de grandes garanties d'indépendance pour pouvoir accomplir sa mission, néanmoins, tout ne paraît pas si beau pour nous conduire par conséquent à un optimisme outre mesure. Des quatre axes à l'aune desquels nous avons entrepris de mesurer l'indépendance du procureur, il nous semble que dans le

cadre de la révision à venir du Statut de Rome, il serait souhaitable d'en toucher à au moins deux.

Si pour le principe de la complémentarité auquel est subordonnée la compétence de la Cour pénale internationale, et l'existence de la Chambre préliminaire qui exerce un contrôle judiciaire sur les initiatives d'enquêtes du procureur, nous ne révélons pas jusqu'ici d'inconvénients majeurs³³¹, tel n'est pas le cas malheureusement pour les deux autres axes. Pour ce qui est du pouvoir de sursis accordé au Conseil de sécurité à l'article 16 du Statut, et l'obligation générale de coopération des États, nous nous permettons quelques réflexions. Tout nous porte à croire que dans l'intérêt d'une justice pénale internationale réellement forte, crédible et efficace, il serait profitable que l'on puisse parvenir à fixer le *momentum* au cours duquel le Conseil de sécurité pourrait se prévaloir de son droit de demander et d'obtenir un sursis à une enquête ou à des poursuites engagées devant la Cour. Il semble qu'il ne devrait pas pouvoir l'obtenir à toutes les phases de la procédure, compte tenu d'éventuelles conséquences pour le moins difficiles à gérer sur lesquelles un sursis observé en tout temps pourrait déboucher³³².

³³¹ Dans un monde idéal, il serait toujours souhaitable que chaque État, puissance souveraine, puisse réprimer lui-même, en priorité, tout crime commis sur son territoire ou ailleurs par ses ressortissants. En cela, faire de la CPI une juridiction complémentaire aux juridictions pénales nationales, ne semble pouvoir nullement affaiblir l'instance internationale. À cet égard, voir notamment Mégret, *supra* troisième note 302 aux pp. 185-186. « [I] eut été politiquement inconcevable que les États réunis à Rome, États souverains et au moins théoriquement engagés dans la répression des crimes de droit international, acceptent d'emblée de considérer que leurs propres juridictions seraient incapables de s'acquitter de la tâche qui leur était impartie. [...] la complémentarité ne permettrait rien de moins que de réconcilier symboliquement la souveraineté et la justice internationale. Elle suggère l'idéal d'une Cour « qui n'aurait jamais à exercer sa compétence », car les États préféreraient vraisemblablement s'acquitter de leur tâche plutôt que de risquer de voir la communauté internationale les remplacer ». De même, le pouvoir de contrôle judiciaire dont est investie la Chambre préliminaire, à l'effet d'apprécier les initiatives d'enquêtes du Procureur agissant de sa propre initiative, ne semble pas pouvoir constituer en soi un accroc à l'indépendance de ce dernier.

³³² Voir à ce sujet, David, *supra* note 178 à la p. 357. « Le Conseil de sécurité peut interrompre les poursuites aussi longtemps qu'un jugement définitif - c'est-à-dire, une décision qui n'est susceptible de recours - n'a pas été rendu, ce qui peut aller jusqu'au prononcé d'un arrêt de la Chambre d'appel! – *quid*, en pareil cas, des preuves, des témoins, des personnes arrêtées? Pour les preuves et les témoins, le Procureur et la Chambre préliminaire peuvent prendre les mesures propres à assurer la préservation des unes et la protection des autres (art. 54, par. 3, al. f); art. 56); - quant aux personnes arrêtées, elles devraient être remises en liberté car l'article 16 autorise le Conseil de sécurité à reconduire le blocage de la CPI d'année en année et il ne serait plus possible de juger la personne dans un délai raisonnable (Pacte relatif aux droits civils et politiques, art. 9, par. 3; Statut

Au final, force est de constater que les conséquences qui peuvent découler de l'obligation des États de coopérer avec la Cour varient suivant que la saisine émane du Conseil de sécurité, d'un État Partie ou du procureur agissant de sa propre initiative. Si, pour ce qui est de la saisine émanant du Conseil de sécurité, le refus exprimé par un État de coopérer avec la Cour, semble pouvoir entraîner des mesures à l'encontre de celui-là, cela ne paraît pas être envisageable dans les deux autres cas, puisque seule la première situation autorise la Cour à se plaindre auprès du Conseil. Et on peut bien prétendre que cet organe hautement politique et puissant, ayant saisi la Cour sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pourrait dès lors adopter des mesures prévues en conséquence dans ce même cadre pour obliger un État à prêter son assistance à la Cour. Si tel était aussi le cas, du moins légalement, pour les deux autres modes de saisine, cela semblerait pouvoir servir mieux les intérêts de la justice. Car, le schéma actuel crée un déséquilibre au niveau du poids des saisines. Tandis qu'une telle situation n'a pas l'air de militer en faveur de la CPI, il s'agit pourtant de garantir et de promouvoir une seule et même justice pénale internationale.

CPI, art. 60, par. 4, 67, par. 1, al. c); en outre, le réexamen périodique du maintien en détention (art. 60, par. 3) deviendrait sans objet.

L'application de l'article 16 dans l'hypothèse d'un ou de plusieurs procès en cours sera lourde de conséquences. [...] Si cette règle est maintenue lors de la conférence de révision du Statut, [...] il conviendrait, au moins, de la limiter au cas du déclenchement d'une enquête, mais celle-ci une fois entamée, plus rien ne devrait interrompre le cours de la justice ».

BIBLIOGRAPHIE

1. LÉGISLATION

1.1 LÉGISLATION NATIONALE

Charte Canadienne des droits et libertés, 17 avril 1982, Annexe B de *la Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U).

1.2 LÉGISLATION INTERNATIONALE

1.2.1 Belgique

La Constitution de la Belgique, Texte coordonné du 17 février 1994, en ligne http://www.senate.be/doc/const_fr.html.

1.2.2 Espagne

La Constitución Española del 27 diciembre de 1978, BOE 29-12-1978, Espagne, Boltín Oficial del Estado, 29 décembre 1978.

1.2.3 États-Unis d'Amérique

The Constitution of the United States with the Declaration of independence, Boston, Pathfinder Publications, 1973.

1.2.4 France

La Constitution de la République Française du 4 octobre 1958, Paris, La Documentation française, 2007.

La loi française, n° 2007-291 du 5 mars 2007 portant l'équilibre de la procédure pénale, Journal Officiel de la République Française (JORF), n° 55 du 6 mars 2007.

2. JURISPRUDENCE

2.1 JURISPRUDENCE NATIONALE

Anderson c. Gorrie, [1895] 1 Q.B. 668.

Boucher c. La Reine, [1955] R.C.S. 16.

La Reine. c. Beaugard, [1986]2 R.C.S.

Lippé c. La Reine, [1991] 2 R.C.S. 114.

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S.

Québec (Procureur général) c. Chartrand, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.).

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.

Rex c. Chamandy (1934), 61 C.C.C. 224 (C.A. Ont.).

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673.

2.2 JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

C.E.D.H., *Medvedyev et autres c. France*, Requête n° 3394/03, 10 juillet 2008, §61.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Beaumartin c. France*, 24 novembre 1994, Série A, n° 296-B.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Langborger c. Suède*, 22 juin 1989, Série A, n° 155, § 32.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, Série A, n° 154.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, Série A, n° 132.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, Série A, n° 127.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, Série A, n° 53.

C.E.D.H., Arrêts et Décisions, *Schiesser c. Suisse*, 4 décembre 1979, série A n° 34, §§ 29-30.

Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Karttunen c. Finland*, Communication, n°. 387/1989, 23 octobre 1992, UN DOC. GAOR, A/48/40, vol. II.

CPI, *Le procureur c. Katanga et Ngudjolo* (ICC-01/04-01/07 OA7), 26 novembre 2008.

CPI, *Le procureur c. Lubanga*, (ICC-01/04-01/06), 21 octobre 2008.

CPI, *Le procureur c. Harun et Kushayb* (ICC-02/05-01/07), 4 juin 2007.

CPI, *Le procureur c. Lubanga*, (ICC-01/04-01/06-8), 10 février 2006.

TPIY, *Le procureur c. Kupreškic*, (IT-95-16), 21 septembre 1998.

TPIY, *Le procureur c. Nikolic*, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995.

TPIY, *Le procureur c. Tadic*, (IT-94-1), 2 octobre 1995.

U.S.S.C., *Palmore v. États-Unis*, (1973) 411. U.S. 389.

3. DOCTRINE

3.1 OUVRAGES COLLECTIFS

Arbour, Louise *et al.* dir., *The Prosecutor of a Permanent International Court*, Freiburg im Breisgau, Éd Iuscrim, 2000.

Bazelaire, Jean-Paul et Cretin, Thierry. *La justice pénale internationale : son évolution, son avenir, De Nuremberg à La Haye*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

Béliveau, Pierre et Vaclair, Martin. *Traité Général de Preuve et de Procédure pénales*, 15^e édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Béliveau, Pierre et Pradel, Jean. *La Justice Pénale dans les Droits Canadien et Français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

Bourdon, William et Duverger, Emmanuelle. *La Cour pénale internationale : Le Statut de Rome*, Paris, Le Seuil, 2000.

Cassese, Antonio, Paola, Gaeta et Jones, John R. W. D. dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Cryer, Robert *et al.* dir., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Deschênes, Jules et Baar, Carl. *Maîtres chez eux. Une étude sur l'administration judiciaire autonome des Tribunaux*, Ottawa, Conseil canadien de la Magistrature, 1981.

Deguergue, Maryse. dir., *Justice et Responsabilité de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France, Coll. « Droit et Justice », 2003.

Dumont, Hélène et Boisvert, Anne-Marie. dir., *La voie vers la Cour Pénale Internationale : tous les chemins mènent à Rome*, Montréal, Thémis, 2004.

Gaboriau, Simone et Pauliat, Hélène. dir., *La Responsabilité des Magistrats*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2008.

Garapon, Antoine et Salas, Denis. *Les nouvelles sorcières de Salem : Leçons d'Outreau*, Coll. « Débats », Paris, Le Seuil, 2006.

Gomien, Donna. dir., *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997.

Institut des droits de l'Homme des Avocats européens. dir., *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du Colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Lamanda, Vincent. dir., « Palais de Justice », *Dictionnaire de l'Ancien régime*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

Lemesle, Laurent et Pansier, Frédéric-Jérôme. *Le procureur de la République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

Merle, Roger et Vitu, André. *Traité de droit criminel*, Tome II, 3^e Éd., Paris, Éditions Cujas, 1979.

Office of the High Commissioner for Human Rights et International Bar Association. *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, New York et Genève, Nations Unies, 2003.

Sudre, Frédéric *et al.* *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

Triffterer, Otto. dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' Notes, Article by Article*, 2^e édition C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008.

3.2 CHAPITRES D'OUVRAGES COLLECTIFS

Bergsmo, Morten et Harhoff, Frederik. « Article 42: The Office of the Prosecutor » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.971-979.

Bergsmo, Morten et Kruger, Pieter. « Part 5. Investigation and Prosecution: Article 53, initiation of an investigation » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: - Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.1065-1075.

Bergsmo, Morten et Pejić, Jelena. « Article 15: Prosecutor » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' Notes, Article by Article*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.581-593.

Bourgon, Stéphane. « Jurisdiction Ratione Loci » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.559-569.

Busacca, Mario. « Le rôle du Ministère Public dans les procès civils et commerciaux » dans Conseil de L'Europe. *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp.159-166.

Condorelli, Luigi et Villalpando, Santiago. « Referral and Deferral by the Security Council » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.627-655.

Cariti, Giuseppe. « Dépendance ou indépendance du Ministère Public » dans *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Édition du Conseil de l'Europe, 1997, pp.13-21.

Fernández de Gurmendi, Silvia A. « The Role of the International Prosecutor » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Marking of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results In cooperation with The Project On International Courts and Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, pp.175-188.

Frencken, Eugène. « Position et statut du Ministère Public » dans Conseil de l'Europe, dir., *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp.23-41.

Holmes, John T. «The Principle of Complementarity» dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court : The Marking of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results In cooperation with The Project On International Courts and Tribunals*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, pp.41-78.

Holmes, John T. « Complementarity: National Courts versus the ICC » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.667-686.

Jones, John R. W. D. «The Office of the Prosecutor » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.269-274.

Kirsch, Philippe et Robinson, Darryl. «Reaching Agreement at the Rome Conference » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.67-91.

Kreb, Claus et Prost, Kimberly. «Article 87 Requests for cooperation: general provisions» dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e édition, Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.1517-1531.

Liwerant, O. Sara. « Les Exécutants » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir., *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp.211-224.

Matray, Ch. « Les magistrats et le Conseil supérieur de la justice » dans *Le Conseil supérieur de la justice*, dir., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.77-88.

Pace, William R. et Schense, Jennifer. « The Role of Non-Governmental Organizations» dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp.105-143.

Perrot, Roger. «Le rôle du Ministère Public dans les domaines pénal, civil et commercial» dans Conseil de l'Europe, dir., *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp.167-179.

Quattrocchio, Serena. « Le rôle du Procureur à la Cour pénale internationale: Quelques brèves réflexions » dans Mario Chiavario, dir., *La Justice Pénale internationale entre passé et avenir*, Milan, Dalloz, Giuffrè Editore, 2003, pp.353-377.

Rwelamira, Medard R. « Composition and Administration of the Court » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Marking of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results In cooperation with The Project On International Courts and Tribunals*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp.153-173.

Schabas, William A. « Le Génocide » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir., *Droit International Pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp.319-332.

Shetreet, Shimon. « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » dans Shetreet, Shimon et Deschênes, Jules. *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp.590-700.

Tolbert, David et Karagiannakis, Magdalini. « Article 49: Salaries, allowances and expenses » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e éd., Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.1021-1024.

Tolbert, David et Benoit, Brigitte. « Article 46: Removal from office » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e éd., Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.1003-1009.

Tolbert, David et Benoit, Brigitte. « Article 48: Privileges and immunities » dans Otto Triffterer, dir., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: -Observers' Notes, Article by Article-*, 2^e éd., Baden-Baden, C.H. Beck. Hart, Nomos, 2008, pp.1013-1020.

Toman, Jiri. « Rôle du Ministère Public dans le domaine pénal » dans Conseil de l'Europe. *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp.125-157.

Turone, Giuliano. « Power and duties of the Prosecutor » dans Cassese Antonio, Gaeta Paola et Jones, John. dir., *The Rome Statute of the international criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, 2002, pp-1137-1180.

3.3 MONOGRAPHIES

Benyekhlef, Karim. *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1988.

Commission de réforme du droit du Canada. *Poursuites pénales : les pouvoirs du Procureur général et des procureurs de la couronne*, Ottawa, 1990.

Cryer, Robert. *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Cuniberti, Gilles. *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, L.G.D.J., 2007.

David, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*, 8^e éd; Paris, Dalloz, 2006.

Edwards, John LI. J. *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984.

Edwards, John. LI.J. *The Law Officers of the Crown: A Study of the Officers of Attorney-General and Solicitor-General of England with an account of the Office of the Director of Public Prosecutions of England*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964.

Fromont, Michel. *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1987.

Grotian, Andrew. *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : Droit à un procès équitable*, Strasbourg, Les Éditions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'Homme, n^o 13, 1994.

Josserand, Sylvie. *L'impartialité du Magistrat en Procédure pénale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

Larosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, Presses Universitaires de France, 2003.

Locke, John. *Le Second Traité du Gouvernement : Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, traduction de Jean-Fabien Spitz et de Christian Lazzeri, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

McLuhan, Herbert Marshall. *The Medium is the Message: An Inventory of effects*, New York, Bantam, 1967.

Montesquieu, Charles-Louis De Secondat. *De l'esprit des lois*, Tome I, Introduction et présentation de Gonzague Truc, Paris, Garnier Frères, 1956.

Pradel, Jean. *Droit pénal comparé*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 2002.

Renan, Ernest. *Qu'est-ce qu'une Nation? : Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, 2^e éd., Paris, Calmann Lévy, Ancienne Maison Michel Lévy Frères, 1882.

Salas, Denis. *Du procès pénal : Éléments pour une Théorie Interdisciplinaire du Procès*, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

Schabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, 3^e Édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Shetreet, Shimon. *Judges on Trial. A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Londres, North-Holland Publishing Company, 1976.

Troper, Michel. *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006.

3.4 ARTICLES

3.4.1 ARTICLES DE PÉRIODIQUES ET DE REVUES SPÉCIALISÉES

Arbour, Louise. « The Need for an Independent and Effective Prosecutor in the Permanent International Criminal Court » (1999) 17 Windsor Year Book of Access to Justice, pp. 207-220.

Benyekhlef, Karim. « L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire : Légitimité et participation au débat public », [1996] 45 U.N.B.L.J. pp. 37-57.

Berger, Raoul. « Impeachment of Judges and "Good Behavior" Tenure » (1970) 79, n^o 8, Yale Law Journal, pp.1475-1531.

Brubacher, Matthew R. « Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court » (2004) 2 Journal of International Criminal Justice, pp.81-84.

Canivet, Guy et Joly-Hurard, Julie. « La Responsabilité des juges, ici et ailleurs » [2006] Revue Internationale de Droit Comparé, pp.1049-1093.

Caplan, Lee M. « State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory » (2003) 97 A.J.I.L. pp.741-781.

Coulée, Frédérique. « Sur un état tiers bien peu discret : Les États-Unis confrontés au Statut de la Cour pénale internationale » (2003) 59 Annuaire Français de Droit International (AFDI) pp.32-70.

David, Éric. « La Cour pénale internationale » (2005) 313 R.C.A.D.I. pp.325-454.

De Bertodano, Sylvia. « Judicial independence in the International Criminal Court » (2002) 15 Leiden Journal of International Law, pp.409-430.

Ervin, Sam J. Jr. «Separation of Powers: Judicial Independence » (1970) 35, n° 1, Law and Contemporary Problems, pp.108-127.

Kaufman, Irving R. «The Essence of Judicial Independence » (1980) 80 Columbia Law Review, pp.671-701.

La Brosse, Renaud De. « Les trois générations de la justice pénale internationale : Tribunaux pénaux internationaux, Cour pénale internationale et Tribunaux Mixtes » (2005) 6 A.F.R.I. pp.154-166.

Robert, Michel. « L'indépendance judiciaire de Valente à aujourd'hui : les zones claires et les zones grises » (6^e conférence Albert-Mayrand, 2002), Montréal, Thémis, 2003.

Zoller, Élisabeth. « Entre le pénal et le politique, la procédure *d'impeachment* » (2000) 2 Justices, pp.91-101.

3.4.2 ARTICLES PUBLIÉS EN LIGNE

Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du Français (AHJUCAF). «La problématique de l'indépendance de la justice» Recueil des réponses au questionnaire sur l'indépendance de la justice, Dakar, novembre 2007. En ligne à <http://www.ahjucaf.org/spip.php?rubrique>.

Barnett, Laura. « La Cour pénale internationale : Histoire, Rôle et Situation actuelle » Ottawa, Bibliothèque du Parlement canadien, 4 novembre 2008. En ligne à <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0211-f.pdf>.

Dalle, Hubert et Soulez-Larivière, Daniel. « Les procureurs français sont-ils vraiment des magistrats? Il est désormais nécessaire de séparer les juges du parquet» Paris, Journal Le Monde, vendredi 22 mai 2009. En ligne à http://www.lemonde.fr/opinions/article/2009/05/21/les-procureurs-francais-sont-ils-vraiment-des-magistrats_1196324_3232.html.

Delmas-Marty, Mireille. « Garantir l'indépendance du parquet » Paris, Le Monde, 7 janvier 2009. En ligne à <http://lewebpedagogique.com/mysetes/files/2009/01/jugeinstruction2008.pdf>.

Fédération Internationale des Ligues des Droits Humains (FIDH), en ligne à <http://www.fidh.org>.

Le Monde, «Espagne: le juge Baltasar Garzon suspendu de ses fonctions » Le Monde, <http://www.lemonde.fr>.

Mazard, Michel. « Justice et séparation des pouvoirs : aperçu de la situation en France » dans Audition par la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen sur le thème de « Justice et séparation des pouvoirs : l'indépendance des magistrats » 26 mars 2008, en ligne à <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200804/20080403ATT25683/20080403ATT25683FR.pdf>.

Ouédraogo, Adama. « Regard sur l'actualité : Procès Arche de Zoé » L'Observateur, n° 7040 du 28 au 30 décembre 2007. En ligne à http://www.lobservateur.bf/spip.php?page=article_archive&id_article=7350.

Poitevin, Arnaud. « Cour pénale internationale : Les enquêtes et la latitude du Procureur » Droits fondamentaux, n° 4, janvier-décembre 2004, pp.97-112. En ligne à www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4apcpi.pdf.

Seban, Alain. « Conclusions sous Conseil d'État » Assemblée, 6 avril 2001, n° 206764, S.A. Razel Frères et M. Christian Le Leuch, Revue de l'Actualité Juridique Française, en ligne à <http://www.rajf.org/spip.php?article211>.

Soulez-Larivière, Daniel. Citation rapportée dans « Exposé du droit public : L'indépendance des juges » en ligne à <http://alloys.rigaut.free.fr/fiches/juges.htm>.

Vallini, André. « Les juges d'instruction sont les mal aimés du système pénal français » L'express.fr, 8 janvier 2009, en ligne à http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/les-juges-d-instruction-sont-les-mal-aimés-du-système-penal-français_730220.html.

4. RAPPORTS ET DOCUMENTS DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET DE L'ASSEMBLÉE DES ÉTATS PARTIES

Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/1/3 (2002), première session, 3-10 septembre 2002, entré en vigueur le 22 juillet 2004.

Appendice 2, Projet de règlement concernant le régime de pensions du Procureur et des Procureurs adjoints de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/3/12.

Office of the Prosecutor. *Strategies of Investigation and Prosecution: Policy Paper on the Interests of Justice*, ICC-OTP-2007, septembre 2007.

Projet de conditions d'emploi et de rémunération du Procureur et des procureurs adjoints de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/3/12, Annexe II.

Projet de règlement concernant les frais de voyage et les indemnités de subsistance du Procureur et des Procureurs adjoints de la Cour pénale internationale, Appendice 1, ICC-ASP/3/12.

Rapport sur les conditions d'emploi et de rémunération du Procureur et des Procureurs adjoints, présenté en application du paragraphe 26 de la Résolution ICC-ASP/3/Res.3, adopté par l'Assemblée des États Parties à sa troisième session, ICC-ASP/4/11, Quatrième session, La Haye, 28 novembre - 3 décembre 2005.

Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale. En ligne à www.untreaty.un.org/cod/icc/asp/1stsession/report/french/part_ii_a_f.pdf.

Report of the International Commission of Inquiry on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Darfur, UN Doc. S/2005/60.

Requête de la République démocratique du Congo adressée au Procureur de la Cour pénale internationale, ICC-01/04-01/06-32-Annexe A1, 21 mars 2004.

5. DOCUMENTS ET PUBLICATIONS INTERNATIONAUX

Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du Parquet, U.N.Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 à 189 (1990).

Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la Magistrature approuvés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

Résolution 1487 (2003) du 12 juin 2003, Rés. CS 1487, S/RES/1487 (2003), 4772^e séance.

Résolution 1422 (2002) du 12 juillet 2002, Rés. CS 1422, S/RES/1422 (2002), 4572^e séance.

Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994, Rés. CS 955, Doc.off. CS NU, 49^e année, s/INF/ 50, 16.

Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, Rés. CS 827, Doc. Off. CS NU, 48^e année, s/INF/. N° 49, 29.

Résolution 40/146 (1985) de l'Assemblée générale des Nations Unies, UN DOC. A/RES/40/146, 13 décembre 1985.

Résolution 40/32 (1985) de l'Assemblée générale des Nations Unies, UN DOC. A/RES/40/32, 29 novembre 1985.

6. TRAITÉS

6.1 TRAITÉS RÉGIONAUX

Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, 27 juin 1981, R.T.N.U. 1520, p. 268.

Charte Arabe des droits de l'Homme, Revue Universelle des Droits de l'Homme, vol. 7, n° 4-6, 23 juin 2005.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 364/1, 18 décembre 2000.

Convention Américaine des droits de l'homme, 22 novembre 1969, n° 36, O.A.S Off. Rec. OEA/SER. L/V/II. 23 doc Rév. 2 (ACHR).

Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

6.2 TRAITÉS MULTILATÉRAUX

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n° 7.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, R.T.N.U, 999, p. 171.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, R.T.N.U., 2187.

Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres, 8 août 1945 (Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe), 58 Stat. 1544, E.A.S. No 472, 82 U.N.T. S. 280.

7. DÉCLARATION

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG 217 A (III), 10 décembre 1948.

8. OUTILS MÉTHODOLOGIQUES

Bouthat, Chantal. *Guide de présentation des mémoires et des thèses*, UQÀM, Décanat des études avancées et de la recherche, 1993.

Lafond, Pierre-Claude et Samson, Philippe. *Guide Pratique : Techniques de Repérage des Sources Documentaires du Droit*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.

Revue de droit de McGill. *Manuel canadien de la référence juridique*, 6^e édition, Toronto, Thomson Carswell, 2006.

9. AUTRES DOCUMENTS

Juvénal. *Satires*, traduction et commentaire de P. de Labriolle et de F. Villeneuve, Paris, C.U.F. Les Belles-Lettres, 1996.

Segond, Louis. *La Sainte Bible*, Alliance Biblique Universelle, 1999.