

Doctrine

LE SILENCE PREND LA PAROLE : LA PERCÉE DU DROIT DE SE TAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

PAR

M. AYAT

Professeur à la Faculté de droit
de Rabat-Souissi, Maroc
Avocat, Conseiller juridique au Bureau
du procureur au TPIR, Kigali

INTRODUCTION

1. Selon un adage célèbre : le silence est en d'or, la parole est d'argent. Et l'on est, dit-on, maître de ses mots avant de les dire et leur esclave après. Les civilistes ⁽¹⁾ affirment, en matière de consentement, lorsque la situation exige que la personne s'explique et qu'elle s'abstienne de le faire « qui ne dit mot consent » ⁽²⁾. Mais ils sont partagés sur la question ; car d'autres affirment qu'on ne peut imputer de discours à celui qui se tait. Partage d'opinion qui révèle la relation complexe (pour ne pas dire la complicité parfois)

(1) Le qualificatif « civilistes » est employé, en l'occurrence, dans le sens de spécialistes de droit privé (par exemple droit des obligations et contrats, droit commercial, statut personnel, etc).

(2) Cf. l'article 406 du Code marocain des obligations et des contrats stipule que « L'aveu judiciaire peut résulter du silence de la partie, lorsque, formellement invité par le juge à s'expliquer sur la demande qui lui est opposée, elle persiste à ne pas répondre et ne demande pas de délai pour ce faire ».

qui existe entre le silence et la parole. Car en l'interprétant, à tort ou à raison, le silence devient loquace.

2. La parole est l'apanage de l'être humain et sa fonction, son intérêt et sa valeur dépassent la seule sphère de la justice. Cette communication se limitera, cependant, à proposer quelques éléments pour un débat sur le droit du défendeur au silence devant les différentes instances de la justice pénale. Il importe de s'interroger sur son fondement (Par. I) avant de s'arrêter devant quelques aspects de ses manifestations en droit comparé (Par. II) puis en droit international et notamment dans les textes régissant le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie (Par. III).

I. — FONDEMENT DU DROIT AU SILENCE

3. Pouvoir s'exprimer librement est un des droits fondamentaux de l'être humain⁽³⁾. Or celui qui peut le plus peut le moins. Le silence étant à première vue une abstention et non une action semble au premier abord moindre que la parole. Celui qui a le droit de parler devrait avoir à plus forte raison le droit de se taire. Il n'en demeure pas moins que le silence est aussi une attitude qui recèle souvent une expression. En matière pénale le droit du suspect et de l'accusé à garder le silence devant ceux qui les interpellent ou les interrogent est une prérogative destinée à les protéger contre l'auto-accusation (*privilege against self-incrimination*). Cette prérogative repose, à notre sens, sur plusieurs normes fondamentales parmi lesquelles on peut citer la présomption d'innocence (A) et la nécessité de respecter les droits de la défense (B).

A. — *Droit au silence et présomption d'innocence*

4. Dans sa formulation théorique pure, le principe de présomption d'innocence signifie que toute personne doit être considérée et

(3) Voir notamment les art. 19. de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 et l'art. 19 ali. 2 et 3 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques du 16 déc. 1966. Cette liberté fondamentale est garantie par la plupart des constitutions modernes dont celle du Maroc (article 9).

traitée comme étant innocente quels que soient les soupçons ou les charges qui pèsent sur elle et jusqu'au moment où un jugement irrévocable rendu en bonne et due forme retient sa culpabilité ⁽⁴⁾. Ce principe a été prévu par plusieurs instruments internationaux et régionaux ⁽⁵⁾.

5. Une des conséquences primordiales de ce principe a trait à la charge de la preuve de la culpabilité. Cette charge incombe en règle générale au ministère public ⁽⁶⁾. Il en résulte *a contrario* que le suspect, réputé innocent, n'a pas à prouver son innocence. Dès lors, théoriquement il devrait être libre aussi bien de s'exprimer que de garder le silence à toute fin utile. Et l'on peut considérer que cette dernière tactique peut s'avérer fructueuse à titre provisoire en attendant l'assistance d'un conseil. Mais, rien n'empêche, dans l'absolu, qu'elle puisse durer ensuite plus ou moins longtemps pour les besoins de la défense. Elle peut être même la seule alternative choisie par le défendeur ; par exemple en guise de protestation

(4) Cf. Mohamed JALAL ESSAÏD, « La présomption d'innocence », Editions La porte Rabat, 1971, p. 17 et Mohammed AYAT, « Procédure pénale et Constitution au Maroc », in Collectif sous la direction de Mohieddine AMZAZI, *Droit pénal et constitution*, Imprimerie Oumnia Rabat, 1995, pp. 135-167, p. 152.

(5) On peut citer, notamment, la Déclaration des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (art. 11 alinéa 1), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (14 § 2), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 § 2), la Charte canadienne des droits de la personne (art. 11 d), l'article 20, ali. 3 du statut du TPIR, l'article 21, ali. 3 du statut du TPIY et l'article 66 du TPI permanent.

Les articles 20 du statut du TPIR et 21 du statut du TPIY.

(6) Cf. Mohammed AYAT, « La preuve en procédure pénale marocaine », in « La preuve en procédure pénale comparée », *Revue internationale de droit pénal*, 63^e année 1992, ERES Toulouse, 1992, pp. 251-272, p. 253. Cette règle générale connaît plusieurs exceptions légales et jurisprudentielles qui renversent la charge de la preuve au dépens du suspect. Sur le droit pénal marocain voir Mohammed AYAT, « La preuve en procédure pénale marocain », *op. cit.*, pp. 254 et s., sur le droit pénal français Jacques ROBERT, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchretien, Paris, 1996, p. 269.

En ce qui concerne le TPIR et le TPIY on trouve un exemple d'inversion de la charge de preuve en faveur du parquet dans les articles 92 RPP du TPIR et du TPIY. Ces articles stipulent que : l'aveu de l'accusé donné lors d'un interrogatoire par le procureur, est présumé libre et volontaire jusqu'à preuve du contraire.

contre un procès perçu comme étant inéquitable ⁽⁷⁾. L'histoire nous rappelle des cas célèbres dans ce sens ⁽⁸⁾.

6. On ne trouve nulle part dans les statuts et les RPP du TPIR et du TPIY de dispositions qui mettent explicitement le fardeau de la preuve à la charge du procureur ⁽⁹⁾. Néanmoins, la règle est de nos jours, pour ainsi dire, d'acception universelle et elle est plus qu'évidente dans un système de procédure essentiellement accusatoire. En outre, elle peut être facilement déduite de maintes dispositions des statuts et des RPP des deux tribunaux. C'est ainsi que le procureur, après avoir procédé à l'investigation et estimé qu'il y a lieu de poursuivre le ou les suspects, établit un acte d'accusation soumis à l'appréciation d'un juge. Le procureur, à travers les éléments justificatifs joints à l'acte d'accusation, doit réussir à convaincre le juge en question qu'il y a des présomptions suffisantes (*prima facie*) pour engager des poursuites contre le ou les suspect(s). Dans le cas inverse il verra son acte d'accusation rejeté ⁽¹⁰⁾. Par ailleurs, l'ordre de présentation des moyens de preuve et des plaidoiries prévues par le RPP des deux Tribunaux laisse transparaître le respect à la fois de la présomption d'innocence et de la règle qui met à la charge du procureur la preuve de la culpabilité. Dans ce sens, en principe, c'est d'abord le procureur

(7) On peut imaginer également un silence découlant d'un traumatisme provoqué par le contact avec l'appareil judiciaire sur des sujets très fragiles.

(8) Merle et Vitu en citent quelques-uns : le Christ devant le Sanhédrin, le général Gamelin en 1942 devant le Cour suprême de justice siégeant à Riom et le maréchal Pétain lors de son procès en 1945, *Merle et Vitu, Traité de droit criminel*, Tome II, Procédure pénale, éditions Cujas, Paris, 1978, p. 166. On rapporte également que Sir Thomas More prononça la phrase suivante lorsqu'on le mena de sa prison devant le Conseil « Guilt lies in words spoken or deed done, not in silence; and neither your court nor any court in this world can hold me guilty », cité in Charlotte GIRARD, *Culpabilité et silence en droit comparé*, Editions L'Harmatan, Paris-Montréal, 1997, p. 13.

(9) Contrairement au statut du Tribunal pénal international permanent (article 66 (2) qui spécifie qu'il incombe au procureur de prouver la culpabilité de l'accusé.

(10) Art. 17 al. 1 et 2 et 18 al. 1 du statut de TPIR et 47 A et D du RPP du TPIR et art 18 al. 1 et 2 et 19 al. 1 du statut du TPIY et art. 47 A et D du RPP du TPIY. Art. 85 al. A des statuts du TPIR et du TPIY.

qui présente ses moyens de preuves et son réquisitoire. La prestation de la défense intervient juste après ⁽¹¹⁾.

7. Nous savons, par ailleurs que, contrairement aux témoins, la personne poursuivie devant la justice ne prête pas serment ⁽¹²⁾. Un des fondements de cette règle renvoie au fait qu'on ne doit pas obliger un suspect sous le poids du serment à s'accuser lui-même ou à commettre un parjure en se trouvant obligé de raconter des mensonges. Ce qui entraîne dans la première hypothèse un renversement de la charge de la preuve en faveur de l'accusation, inacceptable par les standards pénaux de notre époque, et dans la seconde hypothèse une sorte d'extorsion de l'aveu ⁽¹³⁾.

Ces réflexions sur le droit au silence en rapport avec le principe de la présomption d'innocence nous amènent à évoquer d'autres considérations plus étroitement liées aux droits de la défense.

B. — *Droit au silence et droits de la défense*

8. L'impératif du respect des droits de la défense est un des sous-bassements les plus solides du droit au silence. Quel que soit le système juridique où l'on situe la réflexion, le droit au silence peut présenter un intérêt à toutes les phases du procès criminel (enquête policière, instruction préparatoire, jugement). Néanmoins, son importance semble plus cruciale lors des phases initiales de la procédure. En effet, c'est là où se trouve l'entrée du système judiciaire ⁽¹⁴⁾. Et si cette entrée est obscure et incertaine un bouclier

(11) (Art. 85 al. A des statuts du TPIR et du TPIY.

(12) Ceci est vrai dans les codes de procédure pénale enracinés dans le système latino-germanique (civil law). En revanche, en principe, le système anglo-saxon permet d'entendre le suspect, qui plaide non coupable, en tant que témoin, cf. pour la Grande-Bretagne voir le Criminal Evidence Act, 1898. Voir dans ce sens également les articles 89 (D) du RPP du TPIR et du TPIY.

(13) Voir dans ce sens l'article 14 al. 3 g du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques du 16 déc. 1966 qui offre une garantie contre l'auto-incrimination (*self incrimination*). Sur la torture voir la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1984).

(14) Cette importance n'a pas échappé à l'attention des commentateurs des textes du TPIR. Voir dans ce sens Virginia MORRIS et Michael P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, Transnational Publishers, Inc, New York, 1997, Tome I, p. 472.

de silence peut lui être opposé pour tenter d'éviter ses embûches. En effet, c'est lors des premiers stades de la procédure d'investigation et de poursuite que les droits de la défense risquent le plus souvent d'être bafoués. Un risque probable quelle que soit la nature inquisitoire ou accusatoire du système répressif ⁽¹⁵⁾.

9. Le droit au silence invoqué et utilisé par le défendeur en procédure pénale peut être un garde-fou contre les abus possibles lors des interrogatoires. L'histoire de la justice pénale nous enseigne que la torture était autrefois un système légal pour obtenir l'aveu des suspects et des accusés. L'aveu était alors mis sur un piédestal et qualifié de reine des preuves ⁽¹⁶⁾. Malheureusement, cet engouement de la justice criminelle pour les confessions n'a jamais entièrement disparu. L'autorité habilitée à interroger risque parfois, au nom d'une efficacité discutable, de dérapier sur des terrains glissants en matière de légalité et de loyauté de la preuve ⁽¹⁷⁾. Le respect du droit du suspect au silence est susceptible de tempérer l'élan de certains investigateurs dont l'excès de zèle peut entraîner des pratiques immorales et irrégulières. C'est dire que le droit au silence peut contribuer à assurer le respect de la dignité du justiciable et sa sécurité physique et psychique ⁽¹⁸⁾.

(15) L'ouvrage de Denis LANGLOIS, *Dossiers noirs de la police française*, est très connu pour avoir recensé un certain nombre de ces abus en France. Sur les abus dans la pratique policière américaine voir Jerome H. SKOLNICK, « Deception by Police », in Mickael C. BRASWELL, Belinda R. MCCARTHY and Bernard J. MCCARTHY, *Justice Crime and Ethics*, CJ Anderson, Cincinnati, Ohio, 1991, pp. 57-83. Bien entendu ces abus sont loin d'être l'apanage de tel ou tel pays.

(16) Voir in Charlotte GIRARD, *op. cit.*, première partie, chapitre I, intitulé « La tradition inquisitoire contre le droit au silence », pp. 27 et s.

(17) Les investigateurs attachés au Bureau du procureur remplissent au sein de ce Bureau, à une échelle internationale, l'équivalent du rôle de la police judiciaire dans les procédures des codes nationaux. Leur appartenance à des systèmes juridiques différents et à des nationalités différentes rend la standardisation (ou pour le moins l'harmonisation nécessaire) de leur pratique une question très pertinente. Il convient peut-être de tenter de résoudre les difficultés qu'elle suscite par l'adoption de règlements adéquats du Bureau du procureur et par la formation continue des investigateurs (concernant la possibilité pour le procureur d'adopter des règlements internes voir notamment les articles 37 du RPP du TPIR et du TPIY).

(18) « Prosecutors shall, in accordance with the law, perform their duties fairly, consistently and expeditiously, and respect and protect human dignity and uphold human rights, thus contributing to due process and the smooth

10. Par ailleurs, le droit au silence permet au suspect et à l'accusé d'éviter de faire des déclarations hâtives ou maladroitement susceptibles de leur porter injustement préjudice. Il peut contribuer en quelque sorte à favoriser une justice sereine. Bien entendu, il n'y a pas d'unanimité sur ce genre d'appréciation. Certains auteurs soutiennent que le droit au silence risque de désarmer sérieusement la réaction sociale à l'encontre des délinquants et notamment les plus astucieux et les plus dangereux ⁽¹⁹⁾. Cependant, il importe de souligner qu'au procès pénal (dans le sens le plus large de ce terme) le défendeur se trouve, pour ainsi dire, seul devant la machine judiciaire. Une machine qui, dans une procédure nationale, représente l'Etat et, en principe, tout le corps social et au TPIR et TPIY la communauté internationale. Une machine géante et puissante qui se présente, à l'image des hommes, avec des grandeurs et des faiblesses; dont des réflexes conditionnés, des rituels, des pesanteurs et parfois même de véritables tares. Or, un des rituels essentiels de ladite machine est d'interpeller, d'interroger et donc de susciter la parole. Parole qui n'est pas neutre. Parole dont la substance peut se muer en épée de Damoclès menaçant le suspect ou l'accusé de les priver de leurs droits légitimes essentiels. C'est pourquoi une conception libérale jalouse des libertés individuelles militerait, à coup sûr, pour le droit au silence. La mise en œuvre d'une telle conception aurait pour conséquence éventuelle négative et regrettable de laisser échapper quelques coupables au filet tendu, aux délinquants, par la justice. En revanche, elle aurait le mérite incontestable d'essayer d'épargner tous les innocents.

11. Sous une optique fonctionnelle plus étroite le droit au silence apparaît comme un prélude à une organisation judiciaire de la défense ⁽²⁰⁾. Dans ce sens, il consiste tout simplement en la

fonctioning of the criminal justice system ». From the guidelines on the Role of Prosecutors adopted by the Eighth United Nation Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in 1990.

(19) Sue TITUS REID, *Criminal Justice : Procedure and Issues*, West New York, 1987, p. 165, and Robert M. BOHM and Keith N. HALEY, *Introduction to Criminal Justice*, Glenoe McGraw-Hill, New York, 1996, p. 134.

(20) Sur le plan historique le droit au silence ne s'est pas seulement imposé comme une garantie procédurale en faveur du suspect ou de l'accusé mais également comme une conséquence inévitable de l'occupation de plus en plus étendue

possibilité de s'abstenir de s'exprimer avant de prendre contact avec un avocat. L'assistance d'un conseil s'inscrit dans la logique d'un système de contradiction où des intérêts opposés se confrontent et où la vérité est censée émerger des tumultes d'un débat libre et éclairant pour le juge. Elle n'est donc pas un luxe pour le défendeur au procès pénal ⁽²¹⁾. Elle fait partie, par ailleurs, des garanties nécessaires pour rendre une bonne justice. Le droit au silence permet au suspect et à l'accusé, s'ils le souhaitent, de ne s'engager dans les dédales du procès qu'une fois épaulés par la précieuse expérience d'un spécialiste en droit. Un atout destiné, entre autre, à leur faire prendre conscience de la gravité de tout propos inconsidéré.

Les réflexions précédentes demeurent essentiellement théoriques. Elles appellent de ce fait une réflexion sur la mise en œuvre pratique du droit au silence. Cette mise en œuvre pratique sera envisagée en droit pénal comparé puis en droit international pénal.

II. — MANIFESTATIONS DU DROIT AU SILENCE EN DROIT COMPARÉ

12. La configuration juridique des deux systèmes juridiques romano-germanique et *common law* s'avère très complexe et partant rebelle aux schématisations hâtives. La difficulté de comparaison entre les deux systèmes découle, entre autre, du caractère composite de chacun d'eux (plusieurs codes pénaux émanant de législateurs souverains), de leurs influences réciproques constantes l'un sur l'autre et de l'évolution permanente des droits positifs dont ils constituent la synthèse ⁽²²⁾.

de l'avocat de l'espace pénal (cf. Charlotte GIRARD, *op. cit.*, pp. 71 et s. Dans cette perspective il est possible de lier le droit au silence à la règle de l'égalité des armes entre le ministère public et la défense.

(21) Compte tenu du désarroi psychologique généralement provoqué par le contact d'un individu avec le système judiciaire en qualité de suspect ou d'accusé cette remarque reste valable même pour des juristes avertis.

(22) Même dans des pays considérés, jusqu'à nos jours, comme des bastions du système inquisitoire la dernière décennie a connu un alignement remarquable de certaines dispositions sensibles de la procédure pénale sur le mode accusatoire. Nous pensons notamment aux réformes de la procédure pénale italienne en 1989 et française en 1993. Cet alignement est favorisé par le rayonnement

13. Cela dit, la procédure en *common law* tend à être essentiellement de type accusatoire avec quelques rares touches de type inquisitoire. On peut citer comme exemple de ces touches : l'étatisation de la fonction du procureur. En revanche, et d'une manière très générale, la procédure pénale moderne dans les pays de tradition romano-germanique est essentiellement d'inspiration inquisitoire, notamment aux premières phases de la poursuite judiciaire (enquêtes policières et instruction préparatoire). Elle est — sans écarter quelques tempéraments remarquables — basée sur des investigations où prédominent le secret, l'écrit et la non-contradiction. En revanche, elle apparaît nettement d'inspiration accusatoire durant la phase du procès. Ce dernier est, en principe, public oral et contradictoire ⁽²³⁾.

14. La règle accordant au suspect un droit au silence est généralement consacrée d'une manière explicite et formelle par les codes faisant partie du système juridique anglo-saxon, et ce depuis les premières phases de l'entrée en contact du suspect avec la justice pénale. De même, le système pénal d'inspiration latino-germanique n'ignore pas le droit au silence. Cependant, il est encore assez souvent loin de le consacrer avec la vigueur et la clarté du système anglo-saxon.

A. — *Consécration du droit au silence par le système pénal anglo-saxon*

15. Le système pénal anglo-saxon est de nature fondamentalement accusatoire. Certes, la police y joue — comme dans le système d'inspiration inquisitoire — un rôle important dans la recherche des preuves des infractions et l'appréhension des délinquants. Mais les impératifs dictés par le caractère accusatoire de la procédure depuis ses premiers stades commandent d'entourer les

actuel des normes internationales des droits de l'homme relatives à la notion de procès équitable. Ces normes de tendance plutôt libérales sont souvent d'inspiration accusatoire; voir sur cette dernière question Mohammed AYAT, Rapport de synthèse du colloque sur « Le procès équitable » organisé par l'Ordre des avocats de la ville de Kénitra au Maroc publié dans *La revue juridique marocaine* « *Al Ichaa* », n° 15, janvier 1997 et dans les quotidiens marocains *Al Alam* en date du 29/6/96 et du 11/7/96 et *Al Ittihad Al Ichiraki* en date du 30/6/96.

(23) Cf. Mohammed AYAT, *Traité de procédure pénale marocaine*, Tome I, Editions Babel, Rabat, 1991, 34 et s.

investigations policières d'un certain nombre de garanties en faveur de la défense. Parmi les garanties les plus saillantes, on trouve le droit du suspect au silence et son corollaire le droit à l'assistance d'un conseil. Comme exemple du système anglo-saxon nous retiendrons la situation actuelle de deux pays : la Grande-Bretagne et les Etats-Unis.

a) *L'exemple de la Grande-Bretagne*

16. En Grande-Bretagne, les fameux (*Judges Rules*) élaborés par les juges du Banc du Roi entre 1912 et 1930 retiennent expressément le droit au silence du suspect devant la police. La police a la faculté de recueillir les preuves de l'infraction y compris les déclarations des témoins. Mais dès qu'elle s'avise à s'adresser à un individu en tant que suspect elle doit immédiatement l'informer de son droit absolu de ne pas répondre aux questions qui lui sont adressées par l'officier de police. L'enquêteur en l'occurrence doit avertir le suspect avant de l'interroger dans les termes clairs suivants : « Désirez-vous dire quelque chose en réponse à cette accusation? Vous n'y êtes pas obligé et vous répondrez seulement si vous le désirez. Mais si vous parlez, tout ce que vous diriez sera consigné et, le cas échéant, pourra servir de preuve »⁽²⁴⁾.

L'esprit profond de cette mise en garde solennelle vise à réduire la tentation de recourir à des méthodes douteuses pour obtenir l'aveu du suspect. L'objet de l'enquête policière se trouvant par là même orienté non vers l'obtention (coûte que coûte) d'une confession mais plutôt vers la recherche de preuves matérielles de l'infraction; des preuves susceptibles de rendre compte de la vérité et éventuellement de confondre le coupable devant le tribunal.

Actuellement, en Grande-Bretagne, selon les dispositions du *Police and Criminal Evidence Act*, lorsqu'un suspect arrêté n'est pas informé de ses droits les preuves obtenues à la suite de cette omission et notamment les confessions du suspect peuvent être exclues par le tribunal. Cette exclusion n'est pas automatique; elle est soumise à la discrétion du juge⁽²⁵⁾.

(24) Mohamed JALAL ESSAÏD, *op. cit.*, p. 223.

(25) P. ALLBRIDGE, « Reform Movements in Criminal Procedure and the Protection of Human Rights in England », in *Movements to Reform Criminal Proce-*

17. Toujours en Grande-Bretagne le droit au silence de l'accusé devant le tribunal qui le juge est respecté. D'abord, même si cette question est controversée, le silence du suspect devant la police ne peut pas être retenu contre lui comme une preuve de culpabilité⁽²⁶⁾. Ensuite, l'accusé traduit devant le tribunal a le droit de parler ou de se taire s'il le désire. Mais s'il choisit de parler ses dépositions sont recueillies en tant que témoin et sous serment. Il est donc traité comme un simple témoin et interrogé à la fois par son avocat (*examination in chief*) et par le ministère public (*cross examination*). Il faut noter alors qu'il n'a pas le droit de mentir (sous peine d'une condamnation pénale; très peu appliquée en fait à l'encontre des accusés). Il faut noter également qu'il n'est plus protégé contre l'auto-accusation qui pourrait être déduite de ses déclarations. Mais si l'accusé opte pour ne point témoigner le ministère public n'a pas le droit de faire des commentaires sur son silence. Cela signifie notamment qu'il n'a pas à en tirer des conclusions dans un sens appuyant la culpabilité. Cependant le juge peut le faire « pourvu que ce soit d'une façon discrète »⁽²⁷⁾.

b) *L'exemple des Etats-Unis*

18. Aux Etats-Unis le droit au silence est un droit constitutionnel. Il est en rapport étroit avec le cinquième et le quatorzième amendement de la Constitution américaine. Le premier amendement visé en l'occurrence concerne l'interdiction de forcer la personne à témoigner contre elle-même (ce qui est désigné couramment par « *privilege against self-incrimination* »). Le second amendement visé a trait au droit à un jugement équitable (*due process of law*)⁽²⁸⁾. Et dans l'ensemble, la règle du silence est destinée à

due and to Protect Human Rights, Revue internationale de droit pénal, 64^e année, 3^e et 4^e trimestre, 1993, pp. 1115-1125 et notamment pp. 1121 et s.

(26) John SPENCER, « La preuve en droit pénal anglais », in *La preuve en procédure pénale comparée*, op. cit., pp. 84-103, p. 91.

(27) Stephen J. SHULLHOFFER, Frank & Bernice J. GREENBERG, « Rapport de synthèse pour les pays du Common Law » in *La preuve en procédure pénale comparée*, op. cit., pp. 35-42, p. 39.

(28) John J. PATRICK and Richard C. REMY, *Lessons on the Constitution*, Project 87 and the Social Science Education Consortium, Washington D.C., 1987, pp. 13 et 14.

protéger le suspect contre les abus possibles de l'investigation policière tendant à lui extorquer l'aveu ⁽²⁹⁾.

19. Dans la célèbre affaire *Miranda v. Arizona* (1966) la Cour suprême américaine décida que selon les dispositions du cinquième amendement de la Constitution le suspect doit être avisé par la police des prérogatives dont il dispose pour éviter de s'accuser lui-même. Cette information obligatoire doit être prodiguée au suspect dès que la police entend le mettre en état d'arrestation ⁽³⁰⁾. L'aveu obtenu en violation de cette règle est entaché de nullité ⁽³¹⁾.

Le contenu de la règle de *Miranda* (*Miranda Rule*) est devenu célèbre à travers les films et les feuilletons télévisés américains. Elle comporte quatre volets interdépendants. Le suspect après avoir été informé qu'il est en état d'arrestation doit être averti : 1) qu'il a le droit de demeurer silencieux, 2) que tout ce qu'il dira désormais pourrait être utilisé contre lui, 3) qu'il a le droit d'être assisté par un avocat et 4) que s'il désire une telle assistance sans avoir les moyens de se l'offrir elle peut lui être prodiguée gratuitement. Ceci dit, le suspect peut ne pas utiliser ces prérogatives et répondre immédiatement aux questions qui lui sont adressées par la police. Par ailleurs, de très rares cas d'extrême urgence peuvent valablement fonder l'irrespect temporaire de la violation de la règle de *Miranda* ⁽³²⁾.

20. Aux Etats-Unis si l'accusé choisit de se taire devant le tribunal cette attitude ne peut être en aucun cas interprétée contre lui par les magistrats. Sous cette optique le procureur et le juge sont tenus de ne pas faire de commentaires défavorables sur son silence. Et pour plus de sûreté l'accusé est en droit de demander que les

(29) B.J. GEORGE, Jr., « Due Process Rights of the Criminal Defendant in the Pre-Trial Phase », in *Protection of the Human Rights in the Criminal Procedure of Egypt, France and the United States*, pp. 12-66, p. 28.

(30) Sur la règle de *Miranda* voir Freda ADLER, Gerhard O.W. MUELLER & William S. LAUFER, *Criminal Justice*, Mc Graw Hill, New York, 1996, pp. 113 et s. et George F. COLE, *The American System of Criminal Justice*, Brooks/Cole Publishing Company, Monterey, California, 1983, pp. 185 et s.

(31) Mais un aveu ultérieur du suspect venant à la suite d'une nouvelle procédure ayant respecté l'obligation d'information violée précédemment peut être retenu s'il n'a résulté d'aucune sorte de contrainte B.J. GEORGE, Jr., « Due Process Rights of the Criminal Defendant in the Pre-Trial Phase », *op. cit.*, p. 31.

(32) *Op. cit.*, p. 30.

jurés soient avertis que son silence ne doit engendrer aucune présomption négative contre lui ⁽³³⁾.

B. — *Consécration du droit au silence
par le système latino-germanique*

21. Dans les codes criminels d'inspiration inquisitoire le droit au silence risque d'être oublié par le législateur au profit de la suprématie traditionnelle reconnue à l'Etat au sein du procès pénal. En fait, la situation est plus complexe dans ce domaine. Rappelons qu'il existe depuis la fin du XVIII^e siècle une tendance à rapprocher le système inquisitoire de la « transparence » du système accusatoire. Et cette tendance s'est accélérée récemment sous l'effet entraînant de la culture américaine et l'impact de certaines normes internationales en matière des droits de l'homme (*due process*, procès équitable). Dès lors il nous est apparu que la consécration du droit au silence dans les codes latino-germaniques varie considérablement d'un pays à l'autre. Certains pays se situent presque au niveau du système anglo-saxon. D'autres se trouvent dans une phase intermédiaire ou carrément à la traîne dans ce domaine.

Les consécutions textuelles explicites du droit au silence se situent à des stades divers du déroulement de la procédure d'investigation pénale. Certaines ont l'avantage d'être placées aux premières phases de celle-ci ; d'autres ne sont retenues qu'à une phase ultérieure. La première formule (précoce) a l'avantage par rapport

(33) Stephen J. SHULLHOFFER, Frank & Bernice J. GREENBERG, *op. cit.*, p. 40.

Similaire à celle de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis la situation du Canada mérite d'être rapidement mentionnée. Au Canada le droit au silence de l'accusé est prévu par la Charte des droits et des libertés intégrée dans la Constitution de 1982. L'article 7 de la Charte protège explicitement l'accusé contre l'auto-incrimination. Des arrêts de la Cour suprême en ont déduit le droit au silence de l'accusé qui couvre toutes les phases du procès pénal (depuis l'arrestation du suspect par la police jusqu'à son jugement définitif. cf. Pierre BÉLIVEAU, « La preuve en droit canadien », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, pp. 117, 145, 149 et 158 et s.

Cf. également pour le Japon où le droit au silence est prévu explicitement par les textes répressifs durant toutes les phases de la procédure d'investigation et de poursuite, voir Yuji SHIRATORI, « La preuve en procédure pénale japonaise », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, pp. 237-249 et notamment p. 242 et p. 244.

à la seconde (plutôt tardive) de contribuer à réduire le champ de la controverse sur l'étendue de l'admission du droit au silence.

a) *Consécration précoce du droit au silence*

22. Nous retiendrons, en l'occurrence, pour leur grand intérêt à notre sens, les exemples portugais et allemand ⁽³⁴⁾.

§ 1^{er}. *Exemple du droit pénal portugais*

Une des consécrationes les plus explicites que nous avons pu trouver du droit au silence est prévue par le Code de procédure pénale portugais. Son article 61-1 accorde à l'accusé « en toute phase du procès » le droit de ne pas répondre aux questions qui lui sont adressées sur les faits qu'on lui reproche et sur le contenu des déclarations qu'il émet à leur propos quelle que soit l'autorité qui les pose ⁽³⁵⁾. Le droit de se taire concerne ici toutes les phases de la procédure y compris celle relative à l'enquête policière (qui pose en principe le plus de problèmes à la défense) ⁽³⁶⁾. Par ailleurs, l'article 345-1 du même Code précise que le président [du tribunal] informe l'accusé qu'il est libre à tout moment de faire des déclarations à l'audience, à condition qu'elles concernent l'objet du procès et que s'il choisit de se taire son silence ne lui portera point préjudice ⁽³⁷⁾. En outre, durant l'interrogatoire par les juges et les jurés l'article 345-2 permet à l'accusé de refuser de répondre à une partie ou à la totalité des questions, sans que cela lui porte préjudice ⁽³⁸⁾.

Il importe de souligner cette insistance textuelle sur le fait que le silence en soi ne doit pas être interprété contre l'accusé. Elle aurait à notre sens une double portée; d'un côté elle s'adresse à l'accusé pour lui permettre d'assurer librement sa défense et d'un autre côté aux juges qui sont censés respecter le silence en question et éviter de le lui attribuer quelque signification négative.

(34) Et nous ne ferons allusion à d'autres exemples que dans nos renvois.

(35) A. RODRIGUEZ, « La preuve en procédure pénale portugaise », in *La preuve en procédure pénale comparée*, op. cit. pp. 289-319 et notamment pp. 306-307.

(36) *Op. cit.*, p. 307.

(37) *Op. cit.*, p. 308.

(38) *Op. cit.*, p. 308.

Comme le droit pénal portugais le droit pénal allemand, lui aussi, fait preuve d'une sensibilité particulière à toutes ces questions.

§ 2. *Exemple du droit pénal allemand*

23. L'article 136 du Code de procédure pénale allemand oblige la police avant de commencer à interroger le suspect de l'informer sur son droit au silence et à l'assistance d'un conseil⁽³⁹⁾. Il ressort du même article que le suspect a également le droit de consulter un avocat à tout moment de la procédure y compris avant le premier interrogatoire effectué par la police. La présence de l'avocat durant l'interrogatoire du suspect par la police n'est pas prévue par les textes. Cependant, la police la tolère parfois et notamment face à l'attitude du suspect qui refuse de parler sauf en présence de son défenseur⁽⁴⁰⁾. La loi oblige également le juge à l'audience d'avertir l'accusé de son droit au silence (art. 243 al. 4). En définitive, on peut affirmer que le droit pénal allemand semble être tout à fait conscient de la nécessité de protéger le justiciable devant les juridictions répressives contre l'auto-accusation⁽⁴¹⁾.

24. Il convient de souligner à l'occasion que certaines législations latino-germaniques tendent, dans certains cas sous la menace d'une sanction pénale, à interdire à l'accusé de se défendre par des mensonges. A titre d'exemple cette obligation est sanctionnée par le Code pénal italien en cas de déclaration d'une fausse identité (art. 66), de mensonge sur ses antécédents, de fausses auto-

(39) Le Code de procédure pénale allemand date du 7 avril 1953 et a été modifié à plusieurs reprises. Les dispositions auxquelles nous nous référons dans le corps du texte datent de 1964, voir dans ce sens Roger MERLE, « Le rôle de la défense en procédure pénale comparée », *Revue de Science Criminelle*, 1970.

(40) Peter HÜNERFELD, « La preuve en procédure pénale allemande », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, pp. 57-81 et notamment pp. 64-65.

(41) Cf. situation comparable en Suisse, voir dans ce sens Henri Pierre BOLLE, « La preuve en procédure pénale suisse », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, pp. 345-364 et notamment p. 359.

accusations et notamment celle d'avoir perpétré une infraction qualifiée de crime (art. 368-369) ⁽⁴²⁾.

b) *Consécration tardive du droit au silence*

25. Nous retiendrons ici à titre d'exemple les droits criminels français et marocain. Les liens historiques tissés entre les deux ont longtemps fait que le premier (datant de 1958) soit une source de très vive d'inspiration pour le second (datant du 10/2/1959), même si en fin de compte leurs évolutions se sont souvent faites dans des directions et à des vitesses différentes.

§ 1^{er}. *Exemple du droit pénal français*

26. En ce qui concerne le droit pénal français nous avons été très étonnés de constater que Merle et Vitu ne consacrent dans leur célèbre traité de droit criminel qu'une seule phrase au droit du silence :

« La personne poursuivie peut toujours se refuser à répondre si elle estime cette attitude plus confortable aux intérêts de sa défense et sous réserve pour les magistrats et jurés, du droit de tirer de cette attitude toute conséquence utile à la formation de leur conviction » ⁽⁴³⁾.

Doit-on pour autant affirmer que le droit au silence est un parent pauvre de la procédure pénale française? Il semble plus prudent d'adopter une attitude plus nuancée.

27. Certes, le droit au silence n'est affirmé explicitement nulle part dans le Code de procédure pénale française lors de la phase d'investigation policière. C'est en vain que l'on cherche dans les garanties accordées aux suspects gardés à vue une telle prérogative (voir notamment les articles 63, 64 et 65 P.P. tels que modifiés par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993). En outre, si l'officier de la police judiciaire est habilité à entendre toute personne sur les faits ou sur les objets ou documents saisis (art. 62), le procès-verbal de l'audi-

(42) Piermaria CORSO, « La preuve en procédure pénale italienne », in *La preuve en procédure pénale comparée*, *op. cit.*, pp. 205-236 et notamment p. 214, cf. le droit criminel suisse in Henri Pierre BOLLE, *op. cit.* pp. 359 et s., cf. également A. RODRIGUEZ, *op. cit.*, 306.

(43) R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 166.

tion sous garde à vue doit mentionner la durée des interrogatoires auxquels la personne a été soumise, les repos qui ont séparé ces interrogatoires, la date exacte et l'heure du début de la fin de la garde à vue (art. 64). Par ailleurs, en tant que moyen de preuve l'interrogatoire doit respecter les impératifs de loyauté qui devraient normalement empêcher de contraindre le suspect à déposer s'il le refuse ⁽⁴⁴⁾.

28. Le droit au silence n'est prévu explicitement par les textes qu'une fois la personne suspecte déférée devant un juge d'instruction. Ce magistrat lors de la première comparution du mise en examen devant lui doit l'avertir qu'il ne peut être interrogé immédiatement sans son accord. L'accord en question doit alors être recueilli devant son avocat. Cela dit, si le mis en examen désire faire des déclarations, renonçant ainsi à son droit au silence elles sont régulièrement consignées par le juge d'instruction (art. 115 al. 2). Dans un système où l'interrogatoire est un moyen primordial d'obtenir l'aveu et où l'aveu reste une preuve très appréciée par les juges nous ne pouvons qu'associer notre voix à celle de Maurice Garçon qui dénonça (en 1949 déjà!) la garantie hypocrite qui consiste à exiger la présence d'un avocat lors de l'interrogatoire du juge d'instruction à la suite d'un long interrogatoire effectué par la police sans aucun contrôle ⁽⁴⁵⁾.

29. Devant le tribunal l'accusé bien entendu peut choisir de se taire. Assurément, c'est là où il risque le moins d'être maltraité ou contraint à parler vu en principe le caractère public des audiences. Mais là aussi si l'on se tient à l'avis, cité plus haut, de deux orfèvres du droit pénal français il le fera à ses risques et périls. Le juge peut interpréter son silence comme il l'entend selon son intime conviction.

Exception faite des innovations très récentes en procédure pénale française, les similitudes entre le droit criminel marocain et le droit criminel français sont patentées.

(44) Cf. *op. cit.*, pp. 139 et s.

(45) Maurice GARÇON, *Le Monde* du 13/4/1949 cité dans J.C. LAURET et R. LASIERA, *La torture et les pouvoirs*, Balland, Paris, 1973, p. 35.

§ 2. *Exemple du droit pénal marocain*

30. Comme en France le droit du suspect au silence n'est pas prévu explicitement par la procédure pénale marocaine durant l'enquête policière (préliminaire ou en flagrance). En outre, l'assistance d'un avocat devant la police n'est pas autorisée ⁽⁴⁶⁾. Or, les investigations policières sont très importantes pour la recherche de la vérité, surtout si l'on considère la force probante de certains procès-verbaux devant les tribunaux et les difficultés réelles qui se dressent devant toute tentative d'infirmer leur contenu. Tout ceci n'empêche point de poser la question de savoir si oui ou non le suspect peut se prévaloir dans notre pays d'un droit au silence devant la police? A notre sens le silence du législateur sur cette question ne devrait pas être interprété d'une manière restrictive. Ce qui est tout à fait conforme à la règle d'interprétation extensive des lois pénales de forme et notamment quand elles sont en faveur de l'accusé.

31. Théoriquement donc on peut apporter à notre question une réponse positive. Ce qui ne peut être que réconforté par le fait qu'on n'a absolument pas le droit d'extorquer un aveu ou toute autre déclaration au suspect qui se réfugie dans le silence ⁽⁴⁷⁾. La même solution, libérale si l'on peut s'exprimer ainsi, devrait être adoptée, à notre sens, durant l'interrogatoire du suspect par le ministère public (dans le cadre des articles 76 C.P.P. et 2 des dispositions transitoires).

32. Cela dit, le législateur marocain a consacré le droit au silence pendant l'instruction préparatoire. Lorsqu'une personne est présentée pour la première fois pour être interrogée en tant qu'inculpée devant le juge d'instruction (interrogatoire préalable), le magistrat instructeur doit l'aviser, sous peine de nullité textuelle, d'un certain nombre de droits. Après vérification d'identité, le juge informe l'inculpé des faits qui lui sont reprochés et de la possibilité dont il dispose légalement de garder le silence lors de ce premier interrogatoire et enfin de la possibilité d'être assisté par un avocat, quitte à ce qu'il soit désigné d'office par le juge dans le cadre de

(46) Assistance qui ne pouvait être demandée en France par le suspect qu'après 20 heures d'arrestation depuis la loi du 4 janvier 1993 (art. 63, al. 4).

(47) Sous peine de sanctions disciplinaires et pénales (cf. art. 225 et 231 C.P.).

l'assistance judiciaire si l'inculpé le désire (art. 127 P.P.). Cette consécration explicite du droit au silence pendant l'instruction préparatoire est importante en soi, mais elle souffre la critique pertinente d'être tardive, ce qui risque de la rendre totalement inutile et quasi formelle pour la défense.

33. Enfin, relevons que durant tout le procès pénal l'accusé ne dépose jamais sous serment. On lui accorde ainsi le droit de ne pas s'accuser, voire à la limite, un droit au mensonge. Reste à savoir si le silence est adopté par l'accusé comment les juges doivent-ils l'interpréter? Une question aussi fondamentale ne peut être que controversée. Mais, à notre sens, le silence en soi ne doit jamais porter préjudice à la présomption d'innocence. Ce point de vue, comme on le constatera plus loin, emporte la faveur de certaines dispositions du droit international pénal.

III. — MANIFESTATIONS DU DROIT AU SILENCE EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

34. A première vue le droit au silence est loin d'être un enfant gâté des instruments juridiques régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme⁽⁴⁸⁾. Le droit au silence y semble silencieux⁽⁴⁹⁾. Cependant, ces textes consacrent un espace consistant à la notion de procès équitable. C'est ainsi qu'ils énumèrent souvent certaines garanties nécessaires à l'existence d'un tel procès. Or, la liste qu'ils adoptent ne semble pas être limitative. Trois considérations, au moins, militent en faveur de ce point de vue. D'un côté, la notion de procès équitable, arrachée petit à petit à la souveraineté jalouse de l'Etat s'inscrit dans une perspective évolutive. Elle est, par conséquent, perméable aux améliorations de son objectif. D'un autre côté, l'absence de formulation explicite du droit au silence ne signifie pas nécessairement son exclusion. En fait, le droit au silence peut être partiellement déduit de la garantie contre l'auto-incrimination souvent retenue par les instruments interna-

(48) Nous mentionnons plus particulièrement les instruments relatifs aux droits de l'homme car c'est là où on s'attend le plus à trouver des dispositions relatives aux garanties d'un procès équitable.

(49) L'expression s'inspire de Patricia VOLO, « Le silencieux droit au silence », *Petites affiches*, 19 juillet 1993.

tionaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme. Par ailleurs, il y a une tendance, au sein du droit international pénal, à faire ressortir explicitement le droit au silence comme une composante du droit, plus large, à un procès équitable. Faisant œuvre de pionniers dans ce domaine, les statuts et les RPP du TPIR et du TPIY ainsi que le statut du Tribunal pénal international permanent tendent admirablement la perche à cette nouvelle conception.

35. Il convient donc de sonder la présence tacite du droit au silence dans les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme(A) et de tracer le profil de sa consécration explicite par les statuts et les RPP du TPIR et du TPIY et du statut du Tribunal pénal international permanent(B).

*A. — Le droit au silence dans les instruments
internationaux et régionaux des droits de l'homme*

36. Ce paragraphe, comme son titre le suggère, survolera les instruments, les plus importants, de droits de l'homme de portée internationale puis régionale à la recherche du statut accordé au droit au silence.

*a) Le droit au silence dans les instruments internationaux des
droits de l'homme*

37. A la tête des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne on trouve la Déclaration universelle des droits de l'homme. Sa valeur normative reste essentiellement d'ordre moral⁽⁵⁰⁾. Elle a, toutefois, fortement inspiré les conventions internationales et régionales subséquentes relatives aux droits de l'homme. Sa valeur symbolique est d'une telle force qu'on a pu soutenir, non sans raison, qu'il s'agit d'une codification des normes coutumières des droits humains⁽⁵¹⁾.

(50) Cf. William A. SCHABAS, *Précis du droit international des droits de la personne*, Editions Yvon Blais, Québec, 1997, p. 57.

(51) John HUMPHREY, « La nature juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Revue générale de droit*, 12, 1981, pp. 387 et s. Cette conception cadre bien avec la philosophie du droit naturel; lequel revendique une existence antérieure à sa reconnaissance par le droit positif et indépendamment de cette reconnaissance.

38. Sur le droit au silence la Déclaration des droits de l'homme est muette. Cependant, elle s'est sérieusement préoccupée de la situation des personnes accusées d'avoir perpétré une infraction à la loi pénale. Ces personnes doivent être jugées (droit à un procès) et elles doivent l'être équitablement, par un tribunal indépendant et impartial (procès équitable)(art. 10). L'article 11 de la Déclaration proclame le principe de la présomption d'innocence et le droit de la défense, en soulignant les garanties qui doivent l'entourer. Or, nous savons déjà qu'il s'agit là de deux piliers de l'édifice du droit au silence ⁽⁵²⁾.

La Déclaration des droits de l'homme est un texte général, concentré et succinct. Il aspirait, manifestement, à couvrir l'essentiel sans se perdre dans les détails. Dans ce sens, il a joué le rôle d'un phare qui a indiqué le bon chemin aux instruments internationaux et régionaux, relatifs aux droits de l'homme, adoptés ultérieurement.

39. Le droit au silence n'est pas explicitement proclamé par le Pacte international relatif aux droits civiques et politiques; néanmoins, il est possible de le déduire aisément de son article 14. L'article 14 du Pacte se présente comme une véritable charte du procès équitable. Cet article met en exergue, entre autres :

- l'égalité devant la justice,
- le droit pour les personnes accusées d'une infraction pénale à un procès équitable et, en principe, public devant un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi ⁽⁵³⁾,
- la présomption d'innocence ⁽⁵⁴⁾,
- les garanties minimums dont un accusé doit bénéficier : il s'agit notamment, pour ce qui en rapport étroit avec le droit au silence, du droit à l'assistance d'un conseil et du droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable ⁽⁵⁵⁾,

(52) Se référer à la première partie de cette communication relative aux fondements du droit au silence.

(53) Art. 14, ali. 1 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques.

(54) Art. 14, ali. 2 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques.

(55) Art. 14, ali. 3 *e, d* et *g* du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques.

- le droit de recours devant une juridiction supérieure établie par la loi (double degré de juridiction) ⁽⁵⁶⁾,
- et le droit de ne pas être jugé plus qu'une fois à raison des mêmes faits (*non bis in idem*) ⁽⁵⁷⁾.

40. Même si l'article 14 du PIDCP ne prévoit pas explicitement le droit au silence il contient les ingrédients juridiques suffisants pour reconnaître ce droit. Il s'agit du droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable, du droit à l'assistance d'un conseil et du principe de la présomption d'innocence.

Cette interprétation est loin d'être forcée. La pratique judiciaire l'épaula parfaitement. Aux Etats-Unis la règle Miranda (qui a posé aux forces de l'ordre l'obligation de rappeler au suspect ses droits, dont le droit de se taire, avant de l'arrêter ou de l'interroger) émane de la Cour suprême de ce pays. Cette construction jurisprudentielle a été fondée sur la garantie contre l'auto-incrimination, inscrite dans le cinquième amendement de la Constitution américaine ⁽⁵⁸⁾. Dans le même sens, comme nous allons l'exposer plus loin, le droit de l'accusé de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été tiré, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la notion de procès équitable retenue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽⁵⁹⁾. Ceci nous

(56) Art. 14, ali. 5 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques.

(57) Art. 14, ali. 7 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques.

(58) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 136 (), voir Freda ADLER, Gerhard MUELLER and William LAUFER, *Criminal Justice*, McGraw-Hill Inc, New York, 1994, p. 214. Voir Robert M. BOHM and Keith N. HALEY, *Introduction to Criminal Justice*, Glencoe McGraw-Hill, New York, 1996, pp.133 et s.

(59) Cour européenne des droits de l'homme, *Funke c. France*, 25 février 1993, aff. 82/1991/334/407. Série A, vol. 256-A.

De même au Canada le droit au silence de l'accusé est prévu par la Charte des droits et des libertés intégrée dans la Constitution de 1982. L'article 7 de la Charte protège explicitement l'accusé contre l'auto-incrimination. Des arrêts de la Cour suprême en ont déduit le droit au silence de l'accusé qui couvre toutes les phases du procès pénal (depuis l'arrestation du suspect par la police jusqu'à son jugement définitif. cf. Pierre BÉLIVEAU, « La preuve en droit canadien », in *La preuve en procédure pénale comparée, op. cit.*, pp. 117, 145, 149 et 158 et s.

amène à envisager la situation du droit au silence dans quelques instruments régionaux des droits de l'homme.

b) *Le droit au silence dans les instruments régionaux des droits de l'homme*

41. Au niveau régional, trois instruments des droits de l'homme méritent de retenir, même brièvement, notre attention. Il s'agit des Conventions européenne et américaine des droits de l'homme et de la Charte africaine relative aux droits de l'homme et des peuples⁽⁶⁰⁾. Aucun de ces textes ne fait mention explicite du droit au silence. Néanmoins, la Convention européenne insiste sur la notion de procès équitable, elle retient le principe de présomption d'innocence, le droit à l'assistance d'un conseil et le droit à disposer du temps et des facilités pour préparer sa défense⁽⁶¹⁾. La Convention américaine intitule son article 8 « *Right to a fair trial* » (Le droit à un procès équitable). Outre les garanties énumérées plus haut retenues par la Convention européenne, l'article 8 de la Convention américaine prévoit le droit de ne pas être forcé à témoigner contre soi-même ou à s'avouer coupable et insiste sur le fait que l'aveu n'est valable que lorsqu'il a été obtenu sans aucune forme de contrainte⁽⁶²⁾. Les dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme, relatives au droit à un procès équitable, sont manifestement plus laconiques et moins fournies que celles des deux autres textes régionaux objet de ce survol descriptif. Néanmoins, on y trouve une consécration explicite de la présomption d'innocence et du droit à l'assistance d'un conseil⁽⁶³⁾.

42. A notre avis, l'absence de référence directe au droit au silence dans les instruments régionaux précités n'empêche point de l'inférer de leur adoption des normes fondamentales dont il n'est qu'une modalité. Il s'agit, notamment, encore une fois, de la pré-

(60) La Convention européenne des droits de l'homme date du 4 novembre 1950. La Convention américaine adoptée le 22 novembre 1969 est entrée en vigueur en 1978. La Convention africaine des droits de l'homme a été adoptée le 26 juin 1991 est entrée en vigueur le 2 octobre 1986, The United Nations and Human Rights 1945-1995 The United Nations Blue Book Series, volume VII.

(61) Respectivement articles 6 (1) et art 6 (2).

(62) Respectivement art. 8 (2 g) et article 8 (3).

(63) Art. 7 de la Convention africaine des droits de l'homme.

somption d'innocence, du droit de se défendre et de disposer des facilités nécessaires à cette fin, du droit de ne pas être forcé à s'incriminer et du droit plus global à un procès équitable. Dans ce sillage la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu le droit au silence sur la base d'un double fondement : l'équité du procès et la présomption d'innocence ⁽⁶⁴⁾. De même, la Cour européenne des droits de l'homme constate que le non-respect du droit au silence est une atteinte au droit à un procès équitable ⁽⁶⁵⁾. Cela dit, les développements récents du droit international pénal tendent à donner plus de souffle (*expressis verbis*) au droit au silence. On trouve ces nouveaux développements, notamment, dans les RPP du TPIR et du TPIY et dans le statut du Tribunal pénal international (permanent).

B. — *Le droit au silence et les normes
des Tribunaux pénaux internationaux*

43. Les statuts et les RPP du TPIR et du TPIY semblent, au premier abord, très soucieux des droits des suspects et des accusés. Les droits du suspect sont prévus dans les articles 17 (3) du statut et 42 RPP du TPIR et les articles 18 (3) du statut et 42 du RPP du TPIY. Les droits de l'accusé sont mis en exergue par les articles 20 du TPIR et 21 du TPIY.

44. La nature et l'étendue des droits du suspect diffèrent selon les codes de procédure pénale de chaque pays. L'espace qui leur est réservé dépend de l'histoire des législations nationales. Il reflète, entre autres, le degré de libéralisme de chacune d'elles et l'importance qu'elles attachent à l'individu et à ses droits fondamentaux. En revanche, il convient de souligner qu'il n'existe pas de standards internationaux relatifs aux droits des suspects. Les dispositions des instruments internationaux et régionaux que nous avons survolées plus haut régissent en premier lieu la situation des

(64) Com., Saunders 1994 n° 19187/91, § 68 et 72 et Com., *Murray c. Royaume-Uni* 1994 n° 18731/91, § 35 et 65.

(65) Cour européenne des droits de l'homme, *Funke c. France*, 25 février 1993, aff. 82/1991/334/407. Série A, vol. 256-A. Voir commentaire des arrêts *Funke* par MM. GARNON, *JCP*, 1993, II, 22073, p. 244.

personnes accusées d'avoir commis une infraction⁽⁶⁶⁾. Elles ne concernent point, en principe, la situation des suspects⁽⁶⁷⁾. Aussi, il nous semble important de souligner que l'intérêt porté au suspect dans les statuts et RPP du TPIR et du TPIY et dans le statut du Tribunal pénal international permanent constitue une avancée louable en matière des droits de l'homme et de la consolidation de la notion de procès équitable⁽⁶⁸⁾.

Les développements suivants seront articulés autour de deux paragraphes qui traiteront successivement du droit au silence du suspect puis du droit au silence de l'accusé à partir des textes du TPIR, TPIY et du statut du Tribunal pénal international permanent.

a) Le droit au silence du suspect dans les textes des Tribunaux pénaux internationaux

45. Les droits du suspect sont mis en exergue par l'article 17 (3) du statut du TPIR et 18 (3) du statut du TPIY et par l'article 42 du RPP des deux Tribunaux. Par ailleurs, ils sont prévus dans l'article 56 du statut du Tribunal pénal international permanent.

(66) Les articles 2 A du RPP du TPIR et du TPIY définissent l'accusé comme étant « Toute personne physique faisant l'objet d'un acte d'accusation conformément à l'article 47 ci-après » [article 47 du RPP].

(67) Les articles 2 A du RPP du TPIR et du TPIY définissent le suspect comme étant « Toute personne physique au sujet de laquelle le procureur possède des informations fiables qui tendent à montrer qu'elle aurait commis une infraction relevant de la juridiction du Tribunal ».

Soulignons, en l'occurrence, que les normes internationales, sur lesquelles un certain consensus des Etats membres de l'ONU, peut être atteint restent souvent en deçà des préoccupations des juristes d'avant-garde. L'attention de ces derniers porte, à juste titre, aussi bien sur le sort des suspects que sur celui des accusés. Cela dit, chaque norme adoptée par la communauté internationale est un acquis qui balise la voie à d'autres.

(68) Ni la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg ni les règles de procédure de ce tribunal ne prévoient la garantie contre l'auto-incrimination et le droit au silence (Traité de Londres du 8 août 1945 par. IV art. 16 et les règles de procédure datant du 29 octobre 1945). Dans le même sens art. 9 de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (La Charte date du 19 janvier 1946).

§ 1^{er}. *Le droit au silence du suspect dans les statuts du TPIR et du TPIY*

46. Les articles 17 (3) du statut du TPIR et 18 (3) du statut du TPIY sont ainsi libellés :

« Tout suspect interrogé a le droit d'être *assisté d'un conseil* de son choix, y compris celui de se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer et de bénéficier, si nécessaire, de services de traduction dans une langue qu'il parle et comprend et à partir de cette langue ».

Cette formulation retient le droit à la défense qui est, à notre sens, un des fondements du droit au silence ⁽⁶⁹⁾. Elle retient aussi le droit du suspect de communiquer avec les personnes qui l'interrogent dans une langue qu'il parle et comprend en ayant recours, si nécessaire, aux services d'un interprète. Sans cette seconde garantie le suspect risque de se trouver l'objet d'une investigation sans savoir ni ce qui lui est reproché ni quels sont ses droits, dont celui de se taire. La possibilité d'une assistance judiciaire à un stade aussi précoce de la procédure, celui de la simple suspicion, est une option novatrice en procédure pénale comparée ⁽⁷⁰⁾. Elle s'explique, très probablement, par la gravité des charges qui risquent d'être imputées au suspect et par la volonté des rédacteurs des statuts du TPIY et du TPIR de les doter des normes les plus protectrices possibles des droits de l'homme. Il faut noter également, en l'occurrence, l'influence du droit pénal américain.

Il est, toutefois, clair que ni le statut du TPIR ni celui du TPIY ne prévoient d'une manière explicite un droit au silence en faveur du suspect. Il faut se tourner vers les règlements des deux Tribunaux pour trouver une option différente en la matière.

§ 2. *Le droit au silence du suspect dans les RPP du TPIR et du TPIY :*

47. Les RPP du TPIR et du TPIY ont posé les droits du suspect pendant l'enquête dans les termes suivants :

« (A) Avant d'être interrogé par le procureur, *le suspect est informé de ses droits* dans une langue qu'il parle et comprend, à savoir :

(69) Voir les développements du paragraphe I (B) de ce papier.

(70) Nous disons la possibilité puisque le suspect peut renoncer à l'assistance d'un conseil article (42 B) du règlement du TPIR et du TPIY.

- (i) son droit à l'assistance d'un conseil de son choix ou s'il est indigent à la commission d'office d'un conseil à titre gratuit;
- (ii) son droit à l'assistance gratuite d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue utilisée lors de l'interrogatoire et;
- (iii) *son droit de garder le silence et d'être averti que chacune de ses déclarations sera enregistrée et pourra être utilisée comme moyen de preuve.*

(B) L'interrogatoire d'un suspect ne peut avoir lieu qu'en présence de son conseil, à moins que le suspect n'ait renoncé à son droit à l'assistance d'un conseil. L'interrogatoire doit néanmoins cesser si un suspect qui a initialement renoncé à son droit à l'assistance d'un conseil, s'en prévaut ultérieurement, l'interrogatoire ne doit reprendre que lorsque le suspect a obtenu de son chef ou d'office l'assistance d'un conseil »

48. Les dispositions de cet article semblent aller plus loin que celles qu'on trouve dans les statuts du TPIR et du TPIY en prévoyant, noir sur blanc, le droit du suspect de se taire. En fait, cette prérogative n'a pas été reconnue au suspect dans la première version du RPP du TPIY adoptée le 11 février 1994. Le droit au silence du suspect n'est pas encore reconnu dans de nombreuses législations pénales et notamment dans celles de forte inspiration romano-germanique. Il est probable, si ce n'est un oubli, qu'il n'ait pas emporté le consensus des juges lors de l'élaboration initiale du RPP du TPIY. Cela dit, les magistrats ont rapidement reconsidéré la question. L'article 42 (A) a été amendé lors de la cinquième session plénière du TPIY en janvier 1995 afin d'élargir les droits des personnes suspectes et ou accusées ⁽⁷¹⁾. Le sous-paragraphe (iii) y a introduit explicitement le droit au silence. L'amendement a été motivé par l'importance primordiale du droit au silence qui commande de le mentionner expressément dans le RPP du TPIY ⁽⁷²⁾. Nous pensons que les juges n'ont fait que ressortir davantage l'esprit du statut ⁽⁷³⁾. Bien entendu, le RPP du TPIR adopté le 5 juil-

(71) Second rapport annuel du TPIY. Par. 26, note 9.

(72) Voir « Rules of Procedure and Evidence Annotated », Editor John R.W.D. JONES, *The Practice of ICTY*, 1st Edition 1996 (commentaire sous article 42).

(73) Car, comme nous l'avons affirmé à plusieurs reprises dans ce papier, le droit de silence est une prérogative qui se profile en filigrane derrière le privilège contre l'auto-incrimination, la présomption d'innocence et les droits de la défense retenus par les statuts du TPIR et du TPIY. Néanmoins, même les choses qui n'ont pas besoin d'être dites gagnent en clarté si elles sont ouvertement exprimées.

let 1996 a bénéficié de cette sollicitude à l'égard d'un droit perçu comme étant fondamental par les juges du TPIY ⁽⁷⁴⁾.

49. Par ailleurs, il convient de souligner que l'article 42 des RPP du TPIR et du TPIY requiert d'informer le suspect de ses droits dans une langue qu'il parle et comprend. Ce qui devrait donner plus de signification et plus d'effectivité à ces droits si l'information est prodiguée d'une manière adéquate.

Selon le paragraphe (B) de l'article 42 l'interrogatoire du suspect ne peut se dérouler qu'en présence de son avocat. La présence d'un conseil durant l'interrogatoire limite les risques d'atteintes aux droits légitimes du suspect. Cependant, le suspect peut y renoncer; auquel cas le procureur devrait agir avec circonspection et loyauté. Les déclarations du suspect doivent être volontaires et libres et le respect de son silence, s'il choisit de se taire à n'importe quel moment, reste de mise. L'article 42 des RPP du TPIR et du TPIY prévoit l'enregistrement de l'interrogatoire du suspect. La procédure, très formalisée, de consignation de ses propos vise, entre autres, à fournir aux juges un moyen concret de contrôler la manière dont se déroulent les interrogatoires du procureur.

50. Toujours dans les RPP du TPIR et du TPIY l'intérêt porté par les rédacteurs des deux règlements aux droits du suspect s'aiguise, à juste titre, à des moments très sensibles de la procédure. Il s'agit, notamment, du cas de transfert du suspect détenu par un Etat vers la prison du Tribunal pénal international où il sera mis en détention provisoire. Cette procédure est régie par les dispositions du fameux article 40*bis*. Le paragraphe (D) de cet article pose les conditions formelles et fondamentales de l'ordonnance de transfert. Parmi les conditions requises l'ordonnance de transfert doit être accompagnée d'un document rappelant les droits du suspect tels qu'indiqués par les articles 40*bis*, 42 et 43 du RPP. Le document en question qui met en exergue, entre autres, le droit du suspect à se taire doit lui être lu dans une langue qu'il comprend au moment de son arrestation ⁽⁷⁵⁾. Le greffier doit donner des ins-

(74) Puisque les juges du TPIR n'ont fait dans un premier temps qu'adopter le RPP du TPIY comme le prévoit le statut du TPIR dans son article 14.

(75) Art. 40*bis* I qui renvoie aux articles 55 (B) à 59 du RPP.

tructions dans ce sens aux autorités nationales compétentes pour effectuer l'arrestation ⁽⁷⁶⁾.

La situation du droit au silence du suspect tend vers une certaine amélioration dans les statuts du Tribunal pénal international permanent. Bien sûr cette institution, qui n'est pas encore en place, en attendant les 60 ratifications des Etats membres de l'ONU du texte adopté à Rome, ne dispose pas encore de règlement de procédure et de preuve ⁽⁷⁷⁾.

§ 3. *Le droit au silence du suspect dans le statut du Tribunal pénal international permanent*

51. Le statut du Tribunal pénal international adopté à Rome le 17 juillet 1998 énumère lui aussi les droits des personnes lors d'une investigation menée par le procureur (art. 55). Il est intéressant de noter qu'il n'emploie point le terme « suspect ». Certes, il y a parfois un moment où la personne prise dans le filet d'une investigation se trouve entre le statut d'un simple témoin et celui de suspect, ce dernier qualificatif étant alors inadéquat pour la désigner.

En tout cas, le texte analysé met en tête de liste le droit de la personne objet d'une investigation de ne pas s'incriminer ou de s'avouer coupable (art. 55 (1a)). C'est dire qu'il accorde une place d'honneur à une des normes fondatrices du droit au silence. Il ajoute, dans le même sillage, que la personne ne doit subir aucune forme de contrainte, de menace, de torture, ou tout autre forme de traitement ou de châtement cruel ou dégradant (art. 55 (1b) ⁽⁷⁸⁾). L'on doit ainsi respecter aussi bien son silence que sa parole.

(76) Les Etats requis ont une obligation de collaborer avec le Tribunal en vertu de l'article 28 du statut du TPIR et 29 du TPIY et des articles 56 à 59 des RPP.

(77) Article 126 du statut du TPIP.

(78) La défense de Gratién Kabiligi avait allégué que celui-ci a avait fait l'objet de contraintes équivalentes à la torture et aux traitements inhumains et de menaces proférées par des enquêteurs du TPIR lors de son arrestation durant l'opération NAKI et de son transfert à Arusha. La défense a demandé au Tribunal l'ouverture d'une enquête sur les faits allégués pour en tirer les conséquences qui s'imposent. Le Tribunal a rejeté la requête de la défense par une décision du 5 octobre 1997 dont la défense a fait appel le 5 janvier 1998.

Par ailleurs, lorsqu'il y a des raisons de croire qu'une personne pourrait avoir commis une infraction relevant de la compétence du Tribunal elle devrait être informée de son droit au silence et du fait que l'exercice de ce droit n'entre point en compte dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence (art. 55 (2b)). On peut se demander à ce niveau si les rédacteurs de ce texte n'ont pas choisi d'éviter le terme « suspect ». Il a été, probablement, jugé trop stigmatisant au regard d'une conception respectueuse de la présomption d'innocence. Si notre hypothèse s'avère juste cette conception reflète un regard criminologique et de politique criminelle innovateur ⁽⁷⁹⁾.

b) *Le droit au silence de l'accusé dans les textes des Tribunaux pénaux internationaux*

52. Là aussi nous allons suivre les traces du droit au silence dans les textes du TPIR et du TPIY, les statuts puis les règlements. Ensuite, nous nous arrêterons brièvement devant les nouveaux développements dans le statut du Tribunal pénal international permanent.

§ 1^{er}. *Le droit au silence de l'accusé dans les statuts du TPIR et du TPIY*

53. Les articles 20 du statut du TPIR et 21 du statut du TPIY sont intitulés « Les droits de l'accusé ». Ils posent les règles suivantes :

- « 1. Tous sont égaux devant le Tribunal international pour le Rwanda.
2. Toute personne contre laquelle des accusations sont portées a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, sous réserve des dispositions de l'article 21 du statut [21 dans le statut du TPIR et 22 dans celui du TPIY] ⁽⁸⁰⁾.
3. Toute personne accusée est *présumée innocente* jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie conformément aux dispositions du présent statut.

(79) Sur la notion de stigmatisation en criminologie voir Mohammed AYAT, *Crime et société*, Collection Savoir Criminologique, n° 2, Editions Annajah Almaarif, Rabat, 1996, pp. 119 et s.

(80) Ce qui se trouve entre les deux accolades est ajouté par l'auteur. Les articles de renvoi rappellent la nécessité de protéger les victimes et les témoins en ayant recours, entre autres, aux audiences en huis clos.

4. Toute personne contre laquelle une accusation est portée en vertu du présent statut a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes :
- a) à être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle.
 - b) A disposer du temps et des *facilités nécessaires à la préparation de sa défense* et à communiquer avec le conseil de son choix;
 - c) A être jugée sans retard excessif.
 - d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée du droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer;
 - e) A interroger ou faire interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
 - f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;
 - g) *A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* »

54. L'inspiration de cet article de l'article 14 du PIDCP est patente. Ses dispositions, en relation avec le droit au silence, appellent les remarques suivantes :

L'égalité devant le Tribunal y est proclamée en termes généraux (al. 1). Elle englobe de ce fait, à notre sens, aussi bien la non-discrimination entre les justiciables traduits ou susceptibles de l'être devant le Tribunal que la nécessité d'équilibrer les armes entre les parties : le procureur d'un côté et l'accusé épaulé par sa défense d'un autre côté (principe d'égalité des armes). Ce qui est, à coup sûr, à tous les stades de la procédure, en faveur du droit au silence. L'équité du procès se présente comme un principe général, non exhaustif en lui-même (al. 2). Il est donc susceptible de s'accommoder de toute protection supplémentaire de l'accusé tendant à améliorer l'administration de la justice⁽⁸¹⁾. La présomption d'innocence, comme nous l'avons affirmé plus haut, est un des fondements majeurs du droit au silence (al. 3). Il faut souligner avec force, en l'occurrence, que l'alinéa 4 avant d'énumérer les garanties

(81) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme soutient ce point de vue. Cour européenne des droits de l'homme, *Funke c. France*, 25 février 1993, aff. 82/1991/334/407. Série A, vol. 256-A. Voir commentaire des arrêts *Funke* par MM. GARNON, *JCP*, 1993, II, 22073, p. 244.

accordées à l'accusé relève leur caractère minimal. Parmi ces garanties minimales figurent le droit à la défense et l'octroi des facilités concrètes pour l'exercer (notamment al. *d* et *b*). Il s'agit d'un des fondements de droit au silence⁽⁸²⁾. On trouve également la protection contre l'auto-incrimination (al. *g*). C'est la règle la plus facile à rattacher au droit au silence. Elle en a été la source logique en droit américain (al. *g*)⁽⁸³⁾.

Le droit au silence trouve également sa consécration dans plusieurs dispositions du RPP du TPIR et du TPIY. Il est rappelé, notamment, à des moments délicats où la procédure suscite vivement la parole de l'accusé.

§ 2. *Le droit au silence de l'accusé dans les RPP du TPIR et du TPIY*

55. Il convient de respecter le droit au silence aux moments où des paroles irréfléchies de l'accusé risquent de nuire aux exigences nobles d'un procès équitable. Les rédacteurs des RPP du TPIY et du TPIR ont été attentifs à cet impératif, notamment, lors de l'interrogatoire de l'accusé par le procureur, au cours de l'exécution d'un mandat d'arrêt décerné par le Tribunal et plus subtilement, à notre sens, lorsque l'accusé comparait initialement devant une Chambre de première instance.

56. L'article 63 des RPP du TPIR et du TPIY relatif à l'interrogatoire de l'accusé par le procureur dispose que :

« Après la comparution initiale de l'accusé, le procureur ne peut l'interroger qu'en présence de son conseil et pour autant que l'interrogatoire soit consigné sous forme sonore ou vidéo conformément à la procédure prévue à l'article 43. Le *procureur informe* en outre l'accusé préalablement à l'interrogatoire de ce *qu'il n'est pas obligé de parler et que, s'il choisit de parler, ce qu'il dira pourra être retenu contre lui* ».

La procédure manifestement accusatoire de cet article, où l'interrogatoire se fait par le procureur et non par le juge, méritait certainement d'être entourée de garanties assurant le respect de l'équilibre entre les parties au procès. La présence d'un avocat à côté de l'accusé en est le pivot. L'information de l'accusé de ses droits, et

(82) Voir les développements du paragraphe I (B) de ce papier.

(83) Relevons également la garantie contre l'auto-incrimination accordée aux témoins par les RPP du TPIR et du TPIY (article 90 (E)).

notamment celui de se taire, est un de ses jalons les plus importants. L'enregistrement des propos tenus lors de l'interrogatoire est une modalité qui permet ultérieurement aux juges de contrôler la conformité de la procédure aux normes appliquées par le Tribunal. Le respect rigoureux des droits de l'accusé lors de son interrogatoire pose en faveur du procureur une présomption simple concernant les aveux obtenus lors de l'interrogatoire. Ces aveux sont réputés avoir été obtenus librement et volontairement jusqu'à preuve du contraire(art. 92 du RPP).

57. L'article 55 pose des règles assez strictes relatives à l'exécution des mandats d'arrêts lancés par le Tribunal. L'article en question dispose que :

« (A) Tout mandat d'arrêt doit être signé par un juge et revêtu du sceau du Tribunal. *Il est accompagné d'une copie de l'acte d'accusation et d'un document rappelant les droits de l'accusé.* Au titre de ces droits figurent ceux qui sont énoncés à l'article 20 du statut et, *mutatis mutandis*, aux articles 42 et 43 ci-dessus, ainsi que *le droit de conserver le silence* et la mise en garde selon laquelle toute déclaration faite par l'accusé peut être retenue contre lui.

(B) Le greffier transmet le mandat aux fins d'arrestation et l'ordonnance de déferrement de l'accusé aux autorités nationales de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside ou à la dernière résidence connue. *Ce mandat est accompagné d'instructions selon lesquelles au moment de son arrestation, l'acte d'accusation, le document rappelant les droits de l'accusé et la mise en garde prévues au paragraphe(A) ci-dessus, doivent lui être lus dans une langue qu'il comprend.*

(C) Lorsqu'un mandat d'arrêt émis par le Tribunal est exécuté, un membre du Bureau du procureur peut être présent à compter du moment de l'arrestation ».

58. L'exécution d'un mandat d'arrêt est une procédure très grave qui a trait à l'arrestation, ordonnée par un juge, d'un accusé qui demeure protégé par la présomption d'innocence. Les droits légitimes de l'accusé à organiser sa défense doivent alors y être strictement respectés. Le paragraphe (A) de l'article 55, après avoir précisé la forme du mandat d'arrêt, exige qu'il soit accompagné d'un document rappelant les droits de l'accusé. A relever que le texte, sans exclure aucun des droits de l'accusé, n'insiste explicitement que sur le droit au silence. Le paragraphe (B) commande au greffier de donner des instructions aux autorités nationales susceptibles d'exécuter le mandat d'arrêt d'informer l'accusé ses droits en

lui lisant le contenu du document qui les rappelle dans une langue qu'il comprend.

La présence d'un membre du Bureau du procureur lors de l'exécution du mandat d'arrêt par les autorités nationales requises est fortement souhaitable. Le paragraphe (C) permet cette présence au moment de l'arrestation. Elle n'est donc pas obligatoire. En pratique des membres du Bureau du procureur sont souvent présents lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt lancé par le Tribunal. Cette présence pousse à se poser des questions sur le rôle joué par les collaborateurs du Bureau du procureur dans cette procédure. S'agit-il de simples observateurs passifs en quelque sorte? Encore une fois, le texte ne parle que de présence qui ne revêt même pas un caractère obligatoire. Néanmoins, il convient de souligner ici la gravité de la procédure d'exécution d'un mandat d'arrêt et son impact sur le reste du déroulement ultérieur du procès. Voilà qui milite pour une réflexion approfondie sur la possibilité d'exploiter cette présence afin d'améliorer la qualité juridique et déontologique du travail effectué lors de l'arrestation d'un accusé en vertu d'un mandat d'arrêt international ⁽⁸⁴⁾.

59. Nous pensons, par ailleurs, que l'une des trois hypothèses d'introduction d'un plaidoyer sur la culpabilité prévues par le RPP répond à l'esprit que commande le respect du droit au silence de l'accusé. En effet, lors de la comparution initiale de l'accusé devant une Chambre de première instance celui-ci est invité par les juges à plaider coupable ou non coupable pour chacun des chefs d'accusation portés contre lui. Il peut alors y plaider coupable ou non coupable. Mais, il peut arriver aussi qu'il préfère n'introduire aucun plaidoyer. Dans cette hypothèse en vertu de l'article 62 (iii) du RPP la Chambre inscrit un plaidoyer de non-culpabilité. Le refus ou l'abstention de plaider, coupable ou non coupable, sont ainsi équivalents à un plaidoyer de non-culpabilité. Cette solution pratique évite le blocage qui risque d'être engendré par l'attitude

(84) Les mandats d'arrêts délivrés par le TIPR et le TPIY sont des mandats d'arrêts internationaux au sens propre du terme. Les mandats d'arrêts lancés par une autorité nationale et diffusés en suite par les soins d'Interpol sont des mandats d'arrêts nationaux qui sont diffusés à une échelle internationale. Ce qui revêt un caractère international dans ce dernier cas c'est la diffusion du mandat et non le mandat lui-même.

passive de l'accusé. Nous pensons, par ailleurs, que l'équivalence retenue entre l'absence de plaider et un plaider de non-culpabilité tire son origine du respect de la présomption d'innocence et du droit au silence de l'accusé. L'exercice du droit de se taire par l'accusé ne doit pas, en principe, lui porter préjudice.

§ 3. Le droit au silence de l'accusé dans le statut du Tribunal pénal international permanent

60. Les droits de l'accusé sont spécifiés dans l'article 67 du statut du TPIP. Ce texte souligne le droit de l'accusé à un procès équitable (par. 1). Ensuite, il énumère les garanties minimales auxquelles un accusé peut prétendre. Parmi ces garanties minimums il évoque le droit à être assisté, gratuitement si nécessaire, par un conseil et le droit d'avoir les facilités requises pour préparer sa défense (par. d et b). En outre, le texte prévoit explicitement le droit à ne pas être forcé de s'incriminer ou d'avouer sa culpabilité et celui de se taire. Il précise que l'exercice de cette dernière prérogative ne doit pas être pris en considération pour déterminer la culpabilité ou l'innocence (par. g). Et toujours en rapport avec le droit au silence l'article 66 du TPIP consacre la présomption d'innocence et précise que le fardeau de la preuve de la culpabilité de l'accusé est à la charge du procureur (art. 66 (1 et 2)). Dans le même esprit, le statut ne permet pas de contourner cette règle en essayant d'imposer à l'accusé un renversement de la charge de la preuve (art., 1 (i)).

CONCLUSION

61. Qu'advient-il lorsque le droit au silence d'un suspect ou d'un accusé n'est pas respecté par ceux qui ont le devoir de le faire? L'analyse approfondie de cette question mérite, à elle seule, une communication séparée. Cela ne nous empêche pas d'en frôler quelques éléments de réponse.

62. En bref, la théorie des nullités en procédure pénale comparée procède par gradation. Les violations les plus graves de la procédure sont souvent textuelles. Cependant, les textes sont forcément incapables de recenser à l'avance toutes les formes de violations graves de la procédure. C'est pourquoi ils ménagent souvent

une certaine marge de discrétion à la jurisprudence pour en déterminer d'autres et les sanctionner. En tous cas, le fait de ne pas informer un suspect ou un accusé de ses droits ou de leur porter atteinte s'élève dans plusieurs législations au niveau des nullités textuelles ⁽⁸⁵⁾.

63. La situation ne devrait pas être fondamentalement différente en droit international pénal. On pourrait même, théoriquement, s'attendre à ce que les droits des suspects et des accusés soient bien mieux respectés devant des tribunaux internationaux en comparaison avec des juridictions nationales. De toutes les manières des sauvegardes sont érigées dans les RPP du TPIR et du TPIY pour essayer d'atteindre cet objectif. L'article 5 du RPP permet aux parties au procès de soulever des exceptions fondées sur la violation du règlement ou des règlements internes. L'exception est accueillie et l'acte annulé s'il s'avère que l'acte visé est incompatible avec les principes fondamentaux de l'équité et qu'il a, en outre, entraîné un mauvais fonctionnement de la justice. Par ailleurs, et d'une manière plus générale, les moyens de preuves obtenus par des procédés qui entament sérieusement leur fiabilité ou dont l'admission irait à l'encontre d'une bonne justice et lui porterait gravement atteinte sont irrecevables devant le TPIR et TPIY (art. 95).

64. Après avoir ouvert une parenthèse sur la sanction de l'atteinte éventuelle au droit au silence il importe de conclure en soulignant les enjeux profonds de ce droit.

Le droit de se taire n'est pas un simple enjoliveur du procès pénal. En fait, quelque part, il permet de tracer une ligne de démarcation entre la justice et l'acharnement. Sa simple existence rappelle que la justice ne doit jamais retourner à l'âge où elle tendait à se confondre avec une machine à extorquer la parole. En outre, c'est un outil qui permet au défendeur au procès pénal de prendre du recul face à une situation fortement traumatisante pour lui. Une situation où les événements risquent de se précipiter à une vitesse incompatible avec une administration sereine de la justice. C'est un outil qui donne également l'occasion à l'investigateur de prendre du recul face à ses relents probables d'inquisition. Le droit

(85) Revoir nos développements précédents relatifs au droit comparé.

de se taire recèle ainsi une dimension morale aussi prépondérante que sa dimension juridique.

Il est incontestable, dans ce sens, que la consécration et la mise en œuvre du droit au silence nécessitent chez l'investigateur certaines qualités humaines et professionnelles exceptionnelles. Il s'agit, notamment, du respect absolu de la dignité humaine et d'une maîtrise profonde des techniques d'enquête. Le droit au silence force l'investigateur à être plus intègre et à mieux soigner son travail. C'est un obstacle supplémentaire sur la voie de ceux qui croient que la fin justifie les moyens oubliant que la justice se manifeste aussi dans la manière.

Y a-t-il un revers de la médaille à cet impératif de respect de la forme? La question est légitime. Certains auteurs américains l'ont posée et se sont empressés d'affirmer que la célèbre Miranda Rule instaurée par la Cour suprême allait affaiblir considérablement la répression pénale. Or, des études scientifiques sérieuses ont démontré que l'effet désastreux escompté ne s'est pas vérifié aux Etats-Unis ⁽⁸⁶⁾. La police américaine semble faire preuve du même degré d'efficacité avant et après l'instauration de la règle du silence. Mieux encore, depuis lors, un tournant décisif y a été pris sous forme d'exigence d'une bonne sélection et d'une bonne formation du corps policier ⁽⁸⁷⁾. C'est un constat à méditer par les juristes éclairés.

(86) Sue Titus REID, *Criminal Justice : Procedure and Issues*, West New York, 1987, p. 165.

(87) Cf. Samuel WARKER, in Sue Titus REID, *op. cit.*, p. 166.