

**UNITED
NATIONS**



International Tribunal for the
Prosecution of Persons
Responsible for Serious Violations of
International Humanitarian Law
Committed in the Territory of the
Former Yugoslavia since 1991

Case No.: IT-99-36-AR73.9
Date: 11 December 2002
Original: French

IN THE APPEALS CHAMBER

Before: Judge Claude Jorda, President
Judge Mohamed Shahabuddeen
Judge Mehmet Güney
Judge Asoka de Z. Gunawardana
Judge Theodor Meron

Registrar: Mr. Hans Holthuis

Decision of: 11 December 2002

PROSECUTOR

v.

**RADOSLAV BRĐANIN
MOMIR TALIĆ**

DECISION ON INTERLOCUTORY APPEAL

Counsel for the Appellant Jonathan Randal:
Mr. Geoffrey Robertson
Mr. Steven Powles

Counsel for Radoslav Brđanin:
Mr. John Ackerman

Counsel for the Prosecution:
Ms. Joanna Korner
Mr. Andrew Cayley

Counsel for the Amici Curiae:
Mr. Floyd Abrams
Mr. Joel Kurtzberg
Ms. Karen Kaiser

I. Background

1. The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (“Appeals Chamber” and “International Tribunal” respectively) is seised of the “Motion to Appeal the Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’” filed on 26 June 2002 (“Appeal”) by counsel for Mr. Jonathan Randal (“Appellant”), pursuant to Rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal (“Rules”).

2. The Appeal concerns a subpoena issued by Trial Chamber II to compel the testimony of a war correspondent concerning an interview he conducted while reporting on the conflict in the former Yugoslavia. The questions presented are whether this International Tribunal should recognize a qualified testimonial privilege for war correspondents, and, if so, whether the privilege requires the quashing of the subpoena.

3. The Appellant served as a correspondent for the *Washington Post* in Yugoslavia. On 11 February, 1993, the *Washington Post* carried a story (“Article”) by the Appellant containing quoted statements attributed to Radislav Brđanin, one of the Accused, about the situation in Banja Luka and the surrounding areas.¹ The Article described Brđanin as a “housing administrator” and “avowed radical Serb nationalist.” He was quoted as saying that “those unwilling to defend [Bosnian Serb territory] must be moved out” so as “to create an ethnically clean space through voluntary movement.” According to the article, Brđanin said that Muslims and Croats “should not be killed, but should be allowed to leave – and good riddance.” The article also quoted Brđanin as saying that Serb authorities paid “too much attention to human rights” in an effort to please European governments and that “[w]e don’t need to prove anything to Europe anymore. We are going to defend our frontiers at any cost . . . and wherever our army boots stand, that’s the situation.” The Article claimed that Brđanin said that he was preparing laws to expel non-Serbs from government housing to make room for Serbs. The Appellant, who does not speak Serbo-Croatian, carried out the interview with the assistance of another journalist, who does speak Serbo-Croatian.

¹ Jonathan C. Randal, “Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing; Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Process as Beyond Reversal”, *Washington Post*, Feb. 11, 1993, p. A34. The quotations in this paragraph are from the article. See also *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No. IT-99-36-T, “Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence”, 7 June 2002, para. 28.A.ii.

4. Brđanin was charged in a 12-count indictment with, among other things, crimes against humanity and grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 involving deportation, forced transfer, and appropriation of property. The Prosecution sought to have the Article admitted into evidence, claiming that it was relevant to establishing that the Accused possessed the intent required for several of the crimes charged. The Defense objected on several grounds, including that the statements attributed to Brđanin were not accurately reported. The Defense stated that, if the article were admitted, they would seek to examine the Appellant so as to call into question the accuracy of the quotations noted above. The Prosecution then requested that the Trial Chamber issue a subpoena (“Subpoena”) to the Appellant, and the Trial Chamber complied on 29 January 2002.

5. On 26 and 28 February 2002, 1 March 2002 and 18 March 2002, the Subpoena was discussed during sessions in the Trial Chamber. At these sessions, the Prosecution informed the Trial Chamber that the Appellant had refused to comply with the Subpoena. On 9 May 2002, the Appellant filed a written motion to set aside the Subpoena.² On the same day, the Prosecution filed its response.³ On 10 May 2002, the Trial Chamber heard oral argument on this motion. On 7 June 2002, the Trial Chamber rendered its decision (“Impugned Decision”). Refusing to recognise a testimonial privilege for journalists when no issue of protecting confidential sources was involved, the Trial Chamber upheld the Subpoena. It also found that the *Article* was admissible.

6. On 14 June 2002, the Appellant sought certification for leave to appeal from the Trial Chamber.⁴ The Trial Chamber granted it on 19 June 2002.⁵ On 26 June 2002, the Appellant filed the Appeal. On 4 July 2002, the Appellant filed written submissions in support of the Motion to Appeal.⁶ The Prosecution responded on 15 July 2002 and the Appellant replied on 6 August 2002.⁷

² *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-T, “Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002”, 9 May 2002.

³ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-T, “Prosecution’s Response to ‘Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002;’, 9 May 2002.

⁴ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-T, “Application for Certification from Trial Chamber to Appeal ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’”, 14 June 2002.

⁵ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-T, “Decision to Grant Certification to Appeal the Trial Chamber’s ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’”, 19 June 2002.

⁶ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-AR73.9, “Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’”, 4 July 2002.

⁷ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-AR73.9, “Appellant’s Reply to ‘Prosecution’s Response to Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’ Filed 4 July 2002’”, 6 August 2002.

7. On 1 August 2002, pursuant to Rules 74 and 107 of the Rules, the Appeals Chamber granted the request of 34 media companies and associations of journalists to file a brief as *Amici Curiae* supporting the Appellant, which was filed on 16 August 2002.⁸ On 4 September 2002, the Appeals Chamber issued a scheduling order granting the request made in the briefs of the Appellant and the *Amici Curiae* for an oral hearing.⁹ On 3 October 2002, the Appeals Chamber heard the arguments of the parties and of the *Amici Curiae*.¹⁰

II. Impugned Decision and Submissions of the Parties and the *Amici Curiae*

(a) The Impugned Decision

8. The Trial Chamber acknowledged that “journalists reporting on conflict areas play a vital role in bringing to the attention of the international community the horrors and realities of the conflict”¹¹ and that they should not be “subpoenaed unnecessarily.”¹² It took the view, however, that, whatever the proper approach when confidential materials or sources are at issue¹³, when the testimony sought concerns already published materials and already identified sources, compelling the testimony of journalists poses only a minimal threat to the news gathering and news reporting functions. Indeed, the Trial Chamber found that a published article is the equivalent of a public statement by its author and that when such a statement is entered in evidence in a criminal trial and its credibility challenged, the author, like anyone else who makes a claim in public, must expect to be called to defend its accuracy.¹⁴

9. In determining whether to issue a subpoena to compel the testimony of a journalist concerning already public materials and sources, the Trial Chamber thus held that it is sufficient if the testimony sought is “pertinent” to the case.¹⁵ The Trial Chamber also considered whether requiring the Appellant to testify would place him in physical danger. Noting that the Appellant was retired from being a war correspondent and was living in France, the Trial Chamber found that

⁸ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-AR73.9, “Décision relative à la requête aux fins de prorogation de délai et autorisant à comparaître en qualité d’*amici curiae*”, 1 August 2002.

⁹ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No.: IT-99-36-AR73.9, “Scheduling Order”, 4 September 2002.

¹⁰ Mr. Ackerman, counsel for the accused, had informed the Appeals Chamber that he would attend the hearing. Without explanation, he failed to appear.

¹¹ Impugned Decision, para. 25.

¹² *Id.* para. 27.

¹³ The Trial Chamber implied that a qualified privilege was warranted to protect journalists from having to reveal confidential sources or materials. *Id.* para. 31.

¹⁴ *Id.* para. 26.

¹⁵ *Id.* para. 32.

he faced no prospect of harm from testifying about the contents of his article. The Trial Chamber thus upheld the validity of the Subpoena.

(b) The Appellant

10. The Appellant seeks the reversal of the Impugned Decision and the setting aside of the Subpoena. The Appellant submits that the Trial Chamber erred: (i) in not recognising a qualified testimonial privilege for journalists; and (ii) in not finding, on the facts of this case, that the Appellant should not be compelled to appear for testimony.

11. With regard to the first ground, the Appellant submits that the Trial Chamber erred in law by not recognising a qualified privilege for journalists. Such a privilege is warranted, the Appellant contends, in order to safeguard the ability of journalists to investigate and report effectively from areas in which war crimes take place. Without a qualified privilege, journalists may be put at risk personally, may expose their sources to risk, and may be denied access to important information and sources in the future. The result, in the Appellant's view, will be less journalistic exposure of international crimes and thus the hindering of the very process of international justice that international criminal tribunals such as this Tribunal are designed to serve. In support of these contentions, the Appellant submits statements from two journalists, the general secretary of the International Federation of Journalists, and the publisher of the *Washington Post*.

12. The Appellant suggests that the International Tribunal has recognised testimonial privileges for certain other classes of individuals. Rule 97 establishes a privilege for communications between attorneys and their clients. In *Simić*,¹⁶ a Trial Chamber afforded an absolute immunity from testifying to a former employee of the International Committee of the Red Cross ("ICRC") in order to protect the impartiality of the ICRC. Trial Chambers have also granted or recognized privileges against testifying to employees and functionaries of the ICTY¹⁷ and to the Commander in Chief of the United Nations Protection Force.¹⁸

13. The Appellant also points to certain international legal materials in support of the qualified privilege he urges the Tribunal to adopt. He recalls that Rule 73 of the International Criminal Court

¹⁶ *Prosecutor v. Simić et al.*, "Decision on The Prosecution Motion Under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness", Case No.: IT-95-9-PT, 27 July 1999 ("ICRC Decision").

¹⁷ *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No.: IT-96-21-T, "Decision on the Motion *Ex Parte* by the Defence of Zdravko Mucić Concerning the Issue of a Subpoena to an Interpreter", 8 July 1997.

¹⁸ *Prosecutor v. Blaškić*, Case No.: IT-95-14-T, "Decision of Trial Chamber I on Protective Measures for General Philippe Morillon, Witness of the Trial Chamber", 12 May 1999.

(“ICC”) recognises that certain relationships and classes of professionals should be granted some form of testimonial privilege. He suggests that Article 79 of the 1977 Protocol I Additional to the Geneva Conventions recognises that journalists are exposed to great dangers and thus have a special position in conflict zones, as do several documents produced by the European Council’s Committee of Ministers to Member States on the Protection of Journalists in Situations of Conflict and Tension. He also contends that the decision of the European Court of Human Rights in *Goodwin v. United Kingdom*, supports the establishment of a qualified privilege.¹⁹

14. The Appellant claims that certain judicial decisions from the United States and the United Kingdom support the establishment of a qualified privilege for journalists. The Appellant also draws the Tribunal’s attention to the internal guidelines of the United States Department of Justice visualising that subpoenas will be issued against members of the news media. Those guidelines, in the Appellant’s view, recognize the importance of seeking subpoenas against members of the press only as a last resort when the information sought is crucial to the case and cannot reasonably be acquired by other means.

15. The Appellant submits that in determining whether to issue a subpoena to a journalist, it is not sufficient merely to find, as the Trial Chamber did, that the evidence is “pertinent” to the case. Rather, he asserts that a Trial Chamber should issue a subpoena only if it determines that the compelled journalist’s testimony would provide admissible evidence that: (1) is “of crucial importance” to determining a defendant’s guilt or innocence; (2) cannot be obtained “by any other means or from any other witness”; (3) will not require the journalist to breach any obligation of confidence; (4) will not place the journalist, his family, or his sources in reasonably apprehended personal danger; and (5) will not serve as a precedent that will “unnecessarily jeopardise the effectiveness or safety of other journalists reporting from that conflict zone in the future.”²⁰

16. The Appellant’s second contention is that the Trial Chamber erred in fact when it found the Appellant’s testimony to be pertinent to the Prosecution’s case. According to the Appellant, his testimony cannot materially assist the Prosecution or the Defence. He does not speak Serbo-Croatian, and the interview in question was thus conducted through another journalist, who does. Hence, the Appellant asserts that he can only comment on *Brdanin*’s demeanor during the interview and cannot vouch for the accuracy of the translations of *Brdanin*’s statements as they appeared in his Article.

¹⁹ *Goodwin v. United Kingdom*, Judgement of 22 February 1996, 22 EHRR 123.

²⁰ Para. 18.

17. Moreover, the Appellant asserts that the Trial Chamber should have undertaken a careful analysis of the importance of the Appellant's testimony before issuing the subpoena, not just after the fact.

(c) The Amici Curiae

18. The *Amici Curiae* make largely the same arguments as the Appellant concerning the importance of a qualified privilege to ensuring journalists' ability to investigate in and report from areas where war crimes are taking place. Compelling journalists to testify against their own sources, confidential or otherwise, will make news sources less likely to come forward, less likely to speak freely, and more likely to fear that journalists are acting as possible agents of their future prosecutor. It will rob war correspondents of their status as observers and transform them into participants, undermining their credibility and independence and thus their ability to gather information. The *Amici Curiae* contend that this will curtail the important benefits that journalists provide to the public and to the courts.

19. The *Amici Curiae* assert that the Trial Chamber on the basis that the evidence need merely "be pertinent", permits the Tribunal to compel journalists to testify even when the relevance of their testimony is uncertain. According to the *Amici Curiae*, the standard applied by the Trial Chamber is so vague that it will inevitably lead to unease and confusion in the journalistic community and result in journalists being subpoenaed unnecessarily.

20. Those arguments lead the *Amici Curiae* to offer a simpler and somewhat less demanding test for the proposed qualified privilege than does the Appellant. According to the *Amici Curiae*, a Trial Chamber should not issue a subpoena to compel the testimony of a journalist unless the Trial Chamber determines that: (1) the testimony is essential to the determination of the case; and (2) the information cannot be obtained by any other means. For the testimony to be essential, "its contribution to the case must be critical to determining the guilt or innocence of a defendant."²¹

21. Applying this test, the *Amici Curiae* assert that the Appellant should not be compelled to testify. His testimony, in their view, is not absolutely essential to the case. Even if it were, the Prosecution has not demonstrated that his testimony is the only means of obtaining the same information.

(d) The Prosecution

22. The Prosecution submits that the Trial Chamber: (i) correctly declined the Appellant's invitation to create a precise journalistic privilege; and (ii) correctly determined, on the facts of this case, that the Appellant should be compelled to testify.

23. The Prosecution argues that, whatever beneficial effects a privilege for the protection of confidential sources and confidential information may have in promoting vigorous reporting and thus ultimately the cause of international justice, no such benefits accrue from a privilege protecting testimony concerning published materials and openly identified sources. The Prosecution stresses that this case fits in the latter category. In the Prosecution's view, what creates the admittedly significant risks for journalists operating in war zones – of physical harm and of loss of access to sources – is the publication of their stories exposing the conduct of parties to the conflict, not the later possibility that they might be called to testify about matters they have already revealed to the public in their stories.²²

24. The Prosecution maintains that adoption of the privilege advocated by the Appellant would undermine the International Tribunal's ability to reach accurate judgements by requiring the exclusion of essential evidence. Moreover, the Prosecution contends that too generous a privilege could compromise the due process rights of accused persons.²³

25. The Prosecution argues that the testimonial privileges extended by the International Tribunal to certain other classes of persons are distinguishable from the journalists' privilege proposed here. Those other privileges rest on concerns about confidentiality (ICRC), have long-established roots in national legal systems (attorney-client), or have independent bases in international law (ICRC, functional immunity for state officials). By contrast, according to the Prosecution, a privilege for journalists concerning non-confidential matters would be unprecedented in international or national legal systems.

26. The Prosecution asserts that the Trial Chamber was correct in interpreting the decision of the European Court of Human Rights in *Goodwin*²⁴ and the case law from the United States and the

²¹ Para. 43.

²² Paras. 6-8, 25.

²³ Para. 26.

²⁴ *Supra* n.14.

United Kingdom as being concerned largely, if not exclusively, with the protection of confidential sources.

27. The Prosecution submits that no precise journalists' privilege is warranted. Rather, the Appeals Chamber should endorse the approach of the Trial Chamber, which, in its view, was to balance "the legitimate interests of journalists" against "the interests of the international community and the victims of crime in ensuring the availability of all relevant and probative evidence" and, when appropriate "the interest of the Accused in exercising his right to examine witnesses against him."²⁵ Engaging in such a balancing, and considering that the statements by the Accused in question have already been published and attributed to him and that the Appellant himself faces no risk of physical harm or loss of journalistic access in the area of the former Yugoslavia, the Trial Chamber correctly found that there was no basis for exempting the Appellant from his duty to testify.

28. Further, the Prosecution argues that even under the tests proposed by the Appellant and the *Amici Curiae*, the Trial Chamber would still have been correct to issue a subpoena for the Appellant's testimony. First, the statements by the Accused in the Article are essential to the Prosecution's case because they constitute direct evidence of the intent required for the establishment of some of the offences with which he is charged. Secondly, the evidence at issue is unavailable from other sources, as the only other witness to the Accused's statements was the journalist who served as an interpreter for the Appellant.

III. Discussion

(a) Preliminary Considerations

29. At the outset, the Appeals Chamber notes that, although the parties and the *Amici Curiae* frame the issue before the Appeals Chamber as one concerning journalists in general, it is important to appreciate that the case really concerns a smaller group, namely, war correspondents. It is the particular character of the work done and the risks faced by those who report from conflict zones that it is at stake in the present case. By "war correspondents," the Appeals Chambers means individuals who, for any period of time, report (or investigate for the purposes of reporting) from a conflict zone on issues relating to the conflict. This decision concerns only this group.

30. The issue of compelled testimony by war correspondents before a war crimes tribunal is a novel one. There does not appear to be any case law directly on point. War correspondents who have previously testified at the International Tribunal did so on a voluntary basis.²⁶ War correspondents are of course free to testify before the International Tribunal, and their testimony assists the International Tribunal in carrying out its function of holding accountable individuals who have committed crimes under international humanitarian law. The present ruling concerns only the case where a war correspondent, having been requested to testify, refuses to do so.

31. Neither the Statute nor the relevant Rules offer much guidance on the issue being considered here. Under Rule 54 of the Rules, a Trial Chamber may, at the request of either party or on its own initiative, issue a subpoena when it finds that doing so is “necessary for the purposes of an investigation or for the preparation or conduct of the trial.” The discretion of the Trial Chambers, however, is not unfettered. They must take into account a number of other considerations before issuing a subpoena. Subpoenas should not be issued lightly, for they involve the use of coercive powers and may lead to the imposition of a criminal sanction.

32. In determining whether to issue a subpoena, a Trial Chamber has first of all to take into account the admissibility and potential value of the evidence sought to be obtained. Under Rule 89(C) of the Rules, a Trial Chamber “may admit any relevant evidence which it deems to have probative value,” and under Rule 89(D) may “exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial.” Secondly, the Trial Chamber may need to consider other factors such as testimonial privileges. For instance, Rule 97 of the Rules states that “all communications between lawyer and client shall be regarded as privileged, and consequently not subject to disclosure at trial, unless: (i) the client consents to such disclosure; or (ii) the client has voluntarily disclosed the content of the communication to a third party, and that third party then gives evidence of that disclosure.” Similarly, in the *Simic* case, the Trial Chamber made it clear that the ICRC has a right under customary international law to non-disclosure of information so that its workers cannot be compelled to testify before the International Tribunal.²⁷

33. In this decision, the Appeals Chamber will address the factors that need to be considered before the issuance of a subpoena to war correspondents.

²⁵ Para. 58.

²⁶ E.G. Martin Bell (BBC), Jacky Rowland (BBC), and Ed Vulliamy (The Observer/Guardian).

(b) Analysis

34. In the Appeals Chamber's view, the basic legal issue presented raises three subsidiary questions. Is there a public interest in the work of war correspondents? If yes, would compelling war correspondents to testify before a tribunal adversely affect their ability to carry out their work? If yes, what test is appropriate to balance the public interest in accommodating the work of war correspondents with the public interest in having all relevant evidence available to the court and, where it is implicated, the right of the defendant to challenge the evidence against him? The Appeals Chamber will consider each of these questions in turn.

(i) Is there a public interest in the work of war correspondents?

35. The Appeals Chamber is of the view that the answer to the first question is clearly "Yes," as the Trial Chamber expressly recognised. Both international and national authorities support the related propositions that a vigorous press is essential to the functioning of open societies and that a too frequent and easy resort to compelled production of evidence by journalists may, in certain circumstances, hinder their ability to gather and report the news. The European Court of Human Rights has recognised that journalists play a "vital public watchdog role" that is essential in democratic societies and that, in certain circumstances, compelling journalists to testify may hinder "the ability of the press to provide accurate and reliable information."²⁸ National legislatures and courts have recognised the same principles in establishing laws or rules of evidence shielding journalists from having to disclose various types of information. As one federal court of appeals in the United States has put it, "society's interest in protecting the integrity of the newsgathering process, and ensuring the free flow of information to the public, is an interest 'of sufficient social importance to justify some incidental sacrifice of sources of facts needed in the administration of justice.'"²⁹

36. The Appeals Chamber is of the view that society's interest in protecting the integrity of the newsgathering process is particularly clear and weighty in the case of war correspondents. Wars necessarily involve death, destruction, and suffering on a large scale and, too frequently, atrocities of many kinds, as the conflict in the former Yugoslavia illustrates. In war zones, accurate information is often difficult to obtain and may be difficult to distribute or disseminate as well. The transmission of that information is essential to keeping the international public informed about

²⁷ *Supra* n.11, in particular paras 73-74 and disposition.

²⁸ *Supra* n.14, para. 40.

matters of life and death. It may also be vital to assisting those who would prevent or punish the crimes under international humanitarian law that fall within the jurisdiction of this Tribunal. In this regard, it may be recalled that the images of the terrible suffering of the detainees at the Omarska Camp that played such an important role in awakening the international community to the seriousness of the human rights situation during the conflict in Bosnia Herzegovina were broadcast by war correspondents. The Appeals Chamber readily agrees with the Trial Chamber that war correspondents “play a vital role in bringing to the attention of the international community the horrors and reality of conflict.”³⁰ The information uncovered by war correspondents has on more than one occasion provided important leads for the investigators of this Tribunal.³¹ In view of these reasons, the Appeals Chamber considers that war correspondents do serve a public interest.

37. The public’s interest in the work of war correspondents finds additional support in the right to receive information that is gaining increasing recognition within the international community. Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights provides that “Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.” This principle is reproduced in all the main international human rights instruments.³² As has been noted,³³ the right to freedom of expression includes not merely the right of journalists and media organizations freely to communicate information. It also incorporates a right of members of the public to receive information. As the European Court of Human Rights put it in its decision in *Fresso and Roire v. France*: “Not only does the press have the task of imparting information and ideas on matters of public interest: the public also has a right to receive them.”³⁴

38. Recognition of the important public interest served by the work of war correspondents does not rest on a perception of war correspondents as occupying some special professional category. Rather, it is because vigorous investigation and reporting by war correspondents enables citizens of the international community to receive vital information from war zones that the Appeals Chamber

²⁹ *Schoen v. Schoen*, 5 F.3d 1289, 1292 (9th Cir. 1993).

³⁰ Impugned Decision at para 25.

³¹ See, e.g., Exhibit A to *Amici* Brief, Affidavit of Elizabeth Neuffer.

³² Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 3 September 1953; Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 23 March 1976; Article 13 of the American Convention on Human Rights of 18 July 1978; and in Article 9(1) of the African Charter on Human and Peoples Rights of 26 June 1981.

³³ Weramantry C.G., “Access to Information: A New Human Right. The Right to Know”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 4, 1995, pp. 99-111.

³⁴ See *Fresso and Roire v. France*, Judgement of 21 January 1999, ECHR, para 51, *Erdogdu and Ince v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, ECHR, para 48 and *Sener v. Turkey*, Judgment of 18 July 2000, ECHR, para 41-42;

considers that adequate weight must be given to protecting the ability of war correspondents to carry out their functions.

(ii) ***Would compelling war correspondents to testify in a war crimes tribunal adversely affect their ability to carry out their work?***

39. The Trial Chamber took the view that since the case at hand concerns only published information and not confidential sources, compelling the Appellant to testify posed no threat to the ability of war correspondents to carry out their newsgathering role. Thus, the Trial Chamber held that it “fail[ed] to see how the objectivity and independence of journalists can be hampered or endangered by their being called upon to testify, [. . .] especially in those cases where they have already published their findings.”³⁵

40. The *Amici Curiae*, by contrast, insist that “[e]ven when findings are published and sources are known, the link between the forced disclosure and the loss of journalist’s independence is compelling, as it significantly changes the tone of journalist’s work and the willingness of sources to comply with reporters’ requests for interviews.”³⁶ The Appellant similarly argues:

If it becomes known in conflict zones that reporters may be compelled to testify about crimes they may witness or have been incautiously confessed to them by officials, they will not be accorded important interviews and facilities. They will increasingly be excluded from conflict zones and from places or positions where they might witness war crimes. Some guilty parties will cease to boast about criminal acts, or to give interviews at all.³⁷

The Appeals Chamber acknowledges that it is impossible to determine with certainty whether and to what extent the compelling of war correspondents to testifying before the International Tribunal would hamper their ability to work. However, in the opinion of the Appeals Chamber, it is not a possibility that can be discarded lightly, as the Trial Chamber found, simply because the evidence sought concerned published information and not confidential sources. The potential impact upon the newsgathering function and on the safety of war correspondents as submitted by the Appellant and the *Amici Curiae* is great.

41. The Appeals Chamber recognises, as did the Trial Chamber, that many national jurisdictions afford a testimonial privilege for journalists only when it comes to protecting confidential sources.³⁸

³⁵ Impugned Decision at para 26.

³⁶ *Amici* Brief at para. 36.

³⁷ Appellant’s Brief at para. 9.

³⁸ See, e.g., Contempt of Court Act 1981, Section 10, (United Kingdom); *Code de Procedure Penale* Art.109 (France) and *Codice di Procedura Penale* Art. 200(2) (Italy).

It notes, however, that in some countries some privilege from testifying is also given in cases of non-confidential information.³⁹ In either case, the scope of the privilege rests on the legislature's or the courts' assessment of the need to protect the newsgathering function. By analogy, the Appeals Chamber considers that the amount of protection that should be given to war correspondents from testifying before the International Tribunal is directly proportional to the harm that it may cause to the newsgathering function.

42. The Appeals Chamber considers reasonable the claims of both the Appellant and the *Amici Curiae* that, in order to do their jobs effectively, war correspondents must be perceived as independent observers rather than as potential witnesses for the Prosecution. Otherwise, they may face more frequent and grievous threats to their safety and to the safety of their sources. These problems remain, contrary to what was held by the Trial Chamber, even if the testimony of war correspondents does not relate to confidential sources.

43. What really matters is the perception that war correspondents can be forced to become witnesses against their interviewees. Indeed, the legal differences between confidential sources and other forms of evidence are likely to be lost on the average person in a war zone who must decide whether to trust a war correspondent with information. To publish the information obtained from an interviewee is one thing -- it is often the very purpose for which the interviewee gave the interview - - but to testify against the interviewed person on the basis of that interview is quite another. The consequences for the interviewed persons are much worse in the latter case, as they may be found guilty in a war crimes trial and deprived of their liberty. If war correspondents were to be perceived as potential witnesses for the Prosecution, two consequences may follow. First, they may have difficulties in gathering significant information because the interviewed persons, particularly those committing human rights violations, may talk less freely with them and may deny access to conflict zones. Second, war correspondents may shift from being observers of those committing human rights violations to being their targets, thereby putting their own lives at risk.

44. In view of the foregoing, the Appeals Chamber is of the view that compelling war correspondents to testify before the International Tribunal on a routine basis may have a significant impact upon their ability to obtain information and thus their ability to inform the public on issues

³⁹ See *Strafprozessordnung* § 53 (Germany), as amended on 15 February 2002; *United States v. LaRouche Campaign*, 841 F.2d 1176, 1181-82 (1st Cir. 1988); *United States v. Cuthbertson*, 630 F.2d 139, 147-48 (3d Cir. 1980) (United States). The Appeals Chamber also notes that the United States Department of Justice has established internal guidelines cautioning federal prosecutors to seek subpoenas against members of the media only when the information sought is essential and cannot reasonably be acquired from non-media sources. The guidelines appear to apply to subpoenas for non-confidential as well as confidential materials. See 28 C.F.R. § 50.10 (2002)."

of general concern. The Appeals Chamber will not unnecessarily hamper the work of professions that perform a public interest. In the next section, the Appeals Chamber will determine how the course of justice can be adequately assured without unnecessarily hampering the newsgathering function of war correspondents.

(iii). ***What test is appropriate to balance the public interest in accommodating the work of war correspondents with the public interest in having all relevant evidence available to the court?***

45. The Appellant proposes a five-part test for the issuance of subpoenas to war correspondents.⁴⁰ In the Appeals Chamber's view, that test amounts to a virtually absolute privilege. The *Amici Curiae* propose a more lenient test. In their view, war correspondents should be compelled to testify only if their evidence is essential to the case and cannot be obtained from another source. By "essential" they mean vital to the finding of guilt or innocence of the accused on a given charge.⁴¹ The Prosecution asserts that both of these proposed tests are overly restrictive. For its part, the Trial Chamber in the Impugned Decision justified the issuing of the Subpoena on the ground that the evidence sought was "pertinent" to the Prosecution's case.

46. The Appeals Chamber considers that in order to decide whether to compel a war correspondent to testify before the International Tribunal, a Trial Chamber must conduct a balancing exercise between the differing interests involved in the case. On the one hand, there is the interest of justice in having all relevant evidence put before the Trial Chambers for a proper assessment of the culpability of the individual on trial. On the other hand, there is the public interest in the work of war correspondents, which requires that the newsgathering function be performed without unnecessary constraints so that the international community can receive adequate information on issues of public concern.

47. The test of "pertinence" applied by the Trial Chamber appears insufficient to protect the public interest in the work of war correspondents. The word "pertinent" is so general that it would not appear to grant war correspondents any more protection than that enjoyed by other witnesses. Thus, the Trial Chamber's test, while supposedly accounting for the public interest in the work of war correspondents, would actually leave that interest unprotected. On the other hand, the test proposed by the Appellant, as noted above, would amount to a virtually absolute privilege. Even

⁴⁰ See *supra* para. 13; Appellant's Brief, para. 18.

⁴¹ See *supra* para. 17; Amici Brief, para. 43.

the criteria proposed by *Amici Curiae* may be too stringent in that they may lead to significant evidence being left out.

48. In the opinion of the Appeals Chamber, it is only when the Trial Chamber finds that the evidence sought by the party seeking the subpoena is direct and important to the core issues of the case that it may compel a war correspondent to testify before the International Tribunal. The adoption of this criterion should ensure that all evidence that is really significant to a case is available to Trial Chambers. On the other, it should prevent war correspondents from being subpoenaed unnecessarily.

49. Furthermore, if the evidence sought is reasonably available from a source other than a war correspondent, the Trial Chamber should look first to that alternative source. The Trial Chamber did not do that here.

50. In view of the foregoing, the Appeals Chamber holds that in order for a Trial Chamber to issue a subpoena to a war correspondent a two-pronged test must be satisfied. First, the petitioning party must demonstrate that the evidence sought is of direct and important value in determining a core issue in the case. Second, it must demonstrate that the evidence sought cannot reasonably be obtained elsewhere.

51. Finally, the Appeals Chamber will not address the submissions of the parties on the second ground of the appeal, that is, the application of the proper legal test to the facts. Having determined the principles governing the testimony of war correspondents before the International Tribunal, the Appeals Chamber considers that it is the role of the Trial Chamber to apply those principles in the particular circumstances of the case. The Appeals Chambers would, however, offer the following observations.

52. First, contrary to the Trial Chamber's apparent fear,⁴² even if the Trial Chamber were to decide that the Appellant should not be subpoenaed to testify, that need not mean that the Article must be excluded (and the Prosecution disadvantaged to that extent). The admissibility of the Article depends principally on its probative value under Rule 89(C) and the balance between that probative value and its potential to undermine the fairness of the trial under Rule 89(D). Because the Article is hearsay, the Trial Chamber will also want to examine what indicia of reliability or

⁴² Impugned Decision, para. 32.

unreliability it carries.⁴³ As with many pieces of hearsay evidence, the inability of a party to challenge its accuracy by cross-examining the declarant (in this case the Appellant) does not mean that it must be excluded.⁴⁴ Rather, that inability would diminish the confidence the Trial Chamber could have in its accuracy and thus the weight the Trial Chamber would give it.

53. At the same time, and contrary to the Trial Chamber's apparent counterbalancing fear,⁴⁵ admitting the Article without subpoenaing the Appellant need not prejudice the Accused. The Defence may still question the Article's accuracy, and the Trial Chamber will have to take account of the unavailability of the Appellant in determining how much weight to give the Article.

54. Finally, whatever evidentiary value the Article may have, it is the Trial Chamber's task to determine whether the Appellant's testimony *itself* will be of direct and important value to determining a core issue in the case. The Defence has offered two justifications for seeking the Appellant's testimony. The first is that his testimony will enable the Defence to challenge the accuracy of the statements attributed to Brđanin in the Article. The second is that the Appellant may place Brđanin's statements in a context that will cast them in a more favourable light for the Defence. With regard in particular to the first justification -- concerning accuracy -- given that the Appellant speaks no Serbo-Croatian, and thus that he relied on another journalist for interpretation, the Appeals Chamber finds it difficult to imagine how the Appellant's testimony could be of direct and important value to determining a core issue in the case.⁴⁶ In any event, determining whether the Appellant's testimony on either score may have direct and important value to a core issue in the case requires a factual determination that is properly left to the Trial Chamber.

55. Therefore, should the Prosecution (or the Defence) still desire that the Appellant be subpoenaed to testify before the International Tribunal, it will have to submit a new application before the Trial Chamber to be considered in the light of the principles set out in the present decision.

⁴³ See *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-AR73.5, Decision on Appeal Regarding Statement of A Deceased Witness, paras. 23-24.

⁴⁴ See, e.g., *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-AR73.5, Decision on Prosecution's Appeal on Admissibility of Evidence, para. 27.

⁴⁵ Impugned Decision, para. 32.

⁴⁶ The Appeals Chamber makes this observation while recognising that the Appellant's inexplicably inconsistent claims concerning his ability to vouch for the accuracy of the quoted statements in the Article left the Trial Chamber in an unenviable position.

Disposition

56. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber:

1. allows the Appeal;
2. reverses the Impugned Decision;
3. consequently, sets aside the Subpoena.

Done in both English and French, the French text being authoritative.

[signed]

Claude Jorda
Presiding Judge

Judge Shahabuddeen appends a separate opinion.

Dated this 11th day of December 2002

At The Hague,
The Netherlands.

[Seal of the Tribunal]

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE SHAHABUDDÉEN

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

A. Le régime juridique général

2. En posant la question de savoir si les correspondants de guerre jouissent d'une dispense relative leur permettant de déroger au « principe reconnu de longue date selon lequel "le public [...] a le droit d'entendre le témoignage de chacun" »¹, M. Randal soutient, dans le cadre de cette action, que la dérogation est acceptable même lorsque la comparution forcée n'entraîne pas la violation d'une obligation de confidentialité, la divulgation de l'identité de sources confidentielles ou la mise en danger du correspondant de guerre ou de ses sources.

3. Reconnaisant le caractère inédit de l'action introduite par son client, le conseil de M. Randal affirme que « c'est parce que la présente instance ne concerne pas directement les sources qu'elle revêt une telle importance, car il n'existe aucun précédent en droit international »². Pour leur part, les *amici curiae* « prient instamment ce Tribunal de poser des lignes directrices claires pour aider les juridictions à mener à bien le délicat exercice d'arbitrage entre les droits des journalistes, d'une part, et les besoins des affaires dont elles connaissent, d'autre part », ajoutant que « [q]uel que soit le critère appliqué par ce Tribunal, il constituera un précédent, non seulement dans les instances judiciaires mais également sur les champs de bataille »³.

4. L'absence de précédent en droit international ne joue pas nécessairement contre M. Randal. Bien évidemment, le Tribunal ne saurait légiférer en instaurant un code à l'usage de la profession, mais le fait que d'autres correspondants de guerre puissent s'inspirer de la décision de la Chambre d'appel coupe court à l'argument, soulevé en l'espèce, selon lequel la question serait d'ordre purement théorique. Il nous faut rechercher s'il existe une quelconque source de droit à laquelle le Tribunal pourrait puiser pour établir un « précédent » dans les circonstances de l'espèce.

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

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

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

5. Le droit que le Tribunal est autorisé à appliquer pourrait faire l'objet d'un débat nourri. Aux fins de la présente espèce, nous nous limiterons aux pouvoirs dont l'a implicitement investi le Conseil de sécurité. En définissant les attributions judiciaires du Tribunal, le Conseil de sécurité lui a notamment conféré le pouvoir (assorti d'un devoir correspondant) d'agir en toute équité, comme il se doit pour un organe judiciaire, vis-à-vis de tous ceux qui se présentent devant ses Chambres. Ainsi d'un correspondant de guerre faisant l'objet d'une injonction de comparaître. L'obligation de faire preuve d'équité vis-à-vis du correspondant de guerre permettrait à une Chambre de lui accorder ou non une dispense relative, en fonction des circonstances. À des fins de recherche, la Chambre peut se référer à l'expérience d'autres organes judiciaires et s'inspirer des réponses qu'ils ont données à des questions similaires, mais la responsabilité d'exercer ce pouvoir reste la sienne ; elle peut user de celui-ci comme bon lui semble, même si sa solution diffère de celle adoptée dans tel ou tel système juridique.

6. Les conséquences du devoir d'équité en matière de liberté d'expression sont exposées dans les instruments applicables. Il est admis que, sous réserve des modifications découlant de sa situation particulière, le Tribunal doit se conformer aux normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme. On considère que le principe pertinent est exposé à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte »). Aux termes de la première :

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

7. Aux fins de l'espèce, on peut considérer que cette disposition (sur laquelle s'est fondé le conseil de M. Randal) est incluse dans l'article 19 du Pacte, lequel énonce également les restrictions acceptables. Le paragraphe 2 de cet article du Pacte dispose que « [t]oute personne a droit à la liberté d'expression », et il est affirmé au paragraphe suivant que :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« nécessaire » pour la protection d'un intérêt public, il faut inévitablement en passer par une étape préliminaire d'arbitrage entre des intérêts contradictoires.

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

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

12. Il faut cependant faire face à une conséquence particulière. Bien que les mots puissent servir à obscurcir le propos, l'exercice de la liberté d'expression peut s'avérer préjudiciable à l'administration de la justice et *vice versa* ; pourtant, le préjudice encouru pourrait être jugé acceptable par la société si, dans les circonstances particulières, il paraissait secondaire par rapport à la liberté d'expression ou à l'administration de la justice, selon le cas¹⁰. Lorsque, comme en l'espèce, la législation ne précise pas à partir de quand le préjudice social est acceptable, il appartient aux tribunaux de le faire.

13. Nous l'avons vu, les tribunaux s'acquittent de cette tâche en recherchant quel degré de restriction à l'exercice du droit de s'exprimer librement est « nécessaire » pour la protection de l'un

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

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

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

des intérêts publics spécifiés. Pour savoir quel sens il convient de donner à ce terme, il peut être utile de se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux dispositions de l'article 10 2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il appert de cette jurisprudence que le mot « nécessaire » dénote un « besoin social impérieux »¹¹. Il faut non seulement que toute restriction à l'exercice du droit de s'exprimer librement se fonde sur un besoin social impérieux mais aussi que les « exceptions [soient interprétées] strictement, et [que] la nécessité de restrictions quelconques [soit] établie de manière convaincante »¹².

14. Ce régime semble largement peser en faveur de M. Randal. Pourtant, on comprend que la Chambre de première instance en soit venue à considérer que la dispense relative qu'il revendiquait n'était pas justifiée. Les informations fournies par l'informateur (y compris son identité) ont été rendues publiques et il est raisonnable de supposer que l'informateur savait qu'il en serait ainsi. En substance, le témoignage était demandé pour établir l'exactitude des déclarations attribuées à l'informateur dans les informations publiées. On comprend que la Chambre de première instance ait eu du mal à apprécier comment, dans ces circonstances, l'obligation de témoigner pouvait porter un préjudice disproportionné à l'exercice du droit à la liberté d'expression.

15. De surcroît, et bien qu'il y ait des exceptions (particulièrement dans certains cas aux États-Unis d'Amérique), les jurisprudences nationales tendent généralement à ne pas reconnaître pareille dispense aux journalistes lorsque, comme en l'espèce, l'obligation de témoigner n'entraîne pas de violation de la confidentialité ou n'expose pas le journaliste ou ses sources à un danger personnel. Cela est conforme au principe fondamental selon lequel « en droit, l'octroi d'une dispense de témoigner n'est généralement pas privilégié »¹³ et que, de ce fait, les tribunaux « partent de l'idée que la dispense de témoigner revendiquée n'existe pas »¹⁴.

16. Il est vrai que la presse joue un rôle important en exposant au grand jour les violations graves du droit international humanitaire commises dans les zones de combat ; on pourrait en

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

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

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

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

conclure que l'intérêt public s'attachant à la libre circulation de l'information plaide pour que les journalistes soient dispensés de l'obligation de témoigner. Il est cependant tout aussi vrai que les juridictions nationales bénéficient du soutien de tout l'appareil étatique de prévention et de répression. Le Tribunal ne bénéficie, en revanche, d'aucun soutien de ce type et, en conséquence, il se peut qu'il dépende plus que les juridictions nationales du témoignage des journalistes pour établir la vérité dans une affaire donnée. On pourrait en déduire que l'intérêt public s'attachant à la bonne administration de la justice plaide pour que les journalistes soient contraints à témoigner devant le Tribunal.

17. Cependant, à l'exception d'une seule affaire¹⁵, les juridictions nationales ne se sont pas penchées sur la situation particulière des correspondants de guerre. Les motifs exposés par la Chambre d'appel (sur lesquels je ne reviendrai pas en détail) me convainquent, tout bien considéré, que l'exercice du droit à la liberté d'expression doit être limité dans pareils cas. Je le formule ainsi parce que si une comparution forcée ne restreint aucunement l'exercice du droit à la liberté d'expression, alors, par hypothèse, on ne se posera pas la question de savoir si un besoin social impérieux justifie une restriction ; cette question ne se pose en effet que lorsque la comparution forcée cause pareille restriction. Cependant, contraindre un correspondant de guerre à témoigner limite immanquablement l'exercice du droit à la liberté d'expression ; c'est pourquoi il ne doit être contraint à témoigner que si un besoin social impérieux commande sa comparution. J'en arrive donc à l'examen du critère permettant de déterminer s'il existe en l'espèce un besoin social impérieux.

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

18. Pour déterminer si une Chambre de première instance peut décerner une injonction de comparaître à un correspondant de guerre, la Chambre d'appel a adopté un critère comportant deux conditions. Toutes deux doivent être remplies pour qu'un correspondant de guerre puisse être privé de sa dispense relative de témoigner. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 50 de la décision, il faut premièrement que « la partie requérante démontre[...] que le témoignage demandé présente un intérêt direct et d'une particulière importance pour une question fondamentale de l'affaire donnée »¹⁶. La Chambre d'appel considère que la Chambre de première instance n'a pas rempli cette condition lorsqu'elle a qualifié l'éventuel témoignage de M. Randal de « pertinent » (*pertinent*). En outre, M. Randal a critiqué la décision de la Chambre de première instance en ce

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

¹⁶ Voir aussi le paragraphe 54 de la décision.

qu'elle qualifiait le témoignage d'« utile » (*useful*). Je ne suis pas tout à fait d'accord avec ces points de vue.

19. Il est admis que certaines limites s'imposent face à l'exigence d'un besoin social impérieux pour toute restriction à la liberté d'expression résultant d'une comparution forcée. La condition de pertinence ne saurait constituer pareille limite, dans la mesure où elle s'applique à tous les témoignages. Si c'est la pertinence (*relevance*) que la Chambre de première instance avait à l'esprit en recourant aux mots « pertinent » (*pertinent*) et « utile » (*useful*), elle avait tort ; mais je ne pense pas que telle était son intention. L'autre extrême implique des risques de préjugés. Je veux dire par là qu'une Chambre de première instance doit veiller à ce que l'on ne puisse pas lui reprocher de préjuger du poids à accorder au témoignage, tout particulièrement lorsqu'elle est juge des faits. C'est ce qu'illustre l'évolution de la pensée judiciaire dans un système juridique en particulier.

20. Dans l'affaire *Attorney-General v. Mulholland*¹⁷, des journalistes s'opposaient à la divulgation de leurs sources. Lord Denning, Président de la *Court of Appeal* d'Angleterre, a estimé qu'en cas de problèmes de confidentialité, le juge ne devait pas contraindre les témoins à répondre « à moins que question et réponse soient non seulement pertinentes mais également appropriées et même nécessaires à la bonne administration de la justice ». La condition de nécessité a ainsi été proposée. Cela étant, dans la même affaire, après avoir rappelé que « la question doit d'abord être pertinente pour être même admissible », le Juge Donovan a déclaré : « il doit s'agir d'une question dont la réponse servira un but utile en l'espèce — je préfère cette expression au terme “nécessaire” »¹⁸. Le Juge Scarman s'est rangé à cette opinion dans l'affaire *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News, Ltd*¹⁹ : « L'affaire *Mulholland* révèle jusqu'où les tribunaux peuvent aller — c'est-à-dire, à mon avis, pas au delà de l'interprétation que le Juge Donovan a donnée des propos de Lord Denning ».

21. Depuis que ces affaires ont été jugées, la juridiction qui en était saisie a adopté une attitude plus progressiste en matière de droits de l'homme, si bien qu'elles peuvent avoir quelque peu perdu de leur valeur en tant que précédents²⁰ ; leur signification juridique générale reste cependant intacte. Bien qu'il s'agisse d'une question d'appréciation — d'un point au demeurant subtil — cet élément

¹⁷ [1963] 1 All ER, CA, p. 771C.

¹⁸ *Ibid.*, p. 772.

¹⁹ [1976] Q.B., C.A., p. 42.

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

doit nécessairement être pris en compte pour déterminer jusqu'où un juge peut aller sans se fourvoyer.

22. On a fait valoir au nom de M. Randal, que les termes applicables étaient « nécessaire », « essentiel », « absolument essentiel », « crucial », « capital » ou encore « vital ». Si ces termes ou d'autres, similaires, ont été utilisés dans certaines affaires, la Chambre d'appel a choisi, avec raison, de ne pas les reprendre à son compte. Ainsi qu'elle l'a affirmé au paragraphe 47 de sa décision, « le critère proposé par l'Appelant [...] reviendrait à accorder une dispense quasi absolue ». Ces termes vont au-delà de la formulation choisie par la Chambre d'appel. Je crains qu'ils n'impliquent de préjuger quelque peu du poids à accorder au témoignage proposé. On comprend que la pertinence s'apprécie en présumant que le témoignage correspond à la vérité. Tout autre est la question du poids à accorder au témoignage ; celui-ci, et notamment sa fiabilité véritable, peuvent dépendre de tous les autres témoignages — déjà présentés ou à venir — en l'espèce. Rien donc d'étonnant à ce qu'il ait été dit dans une affaire que « [j]usqu'à ce que la source d'information [c'est-à-dire le témoignage proposé en l'espèce] soit divulguée, on ne peut pas savoir avec certitude jusqu'à quel point elle se révélera nécessaire. Bien qu'*a priori*, elle puisse sembler être de la plus haute importance, elle peut, dans les faits, se révéler sans intérêt aucun »²¹.

23. Par conséquent, le Président de la Chambre de première instance en l'espèce ne devrait pas être critiqué, comme on l'a fait au nom de M. Randal, pour avoir dit : « on va peut-être finir par avoir une situation où on aura entendu [M. Randal] mais où on conclurait que finalement sa déposition ne sera pas d'un grand intérêt pour nous »²². La fin d'un processus ne saurait en affecter le commencement. Le Président de la Chambre n'a pas non plus eu tort, comme on l'a affirmé, de dire : « je pense que cette déposition pourrait apporter des éclaircissements éventuellement sur la *mens rea*, sur l'intention délictueuse éventuelle de l'accusé en 1992, d'avril à décembre. Si ce n'est pas le cas, manifestement, je vais renvoyer ce témoin chez lui »²³. À ce stade préliminaire, le seul élément dont la Chambre pouvait dûment tenir compte pour déterminer si M. Randal avait le droit d'être exempté était la réponse à la question de savoir si son témoignage *pouvait* apporter des éclaircissements sur l'état d'esprit de l'accusé à l'époque des faits, et non pas celle de savoir s'il les *apporterait nécessairement*.

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

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

²³ *Ibid.*, p. 2535.

24. C'est pourquoi le Président de la Chambre a précisé qu'il pensait que le témoignage proposé « serait utile »²⁴, ajoutant : « je ne sais pas si son témoignage serait essentiel, c'est une autre question »²⁵. M. Randal rejette le mot « utile », lui préférant « nécessaire », « essentiel », ou tout autre terme plus fort. Au sujet du mot « nécessaire » figurant dans les dispositions relatives à la liberté d'expression inscrites à l'article 10 2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que :

si l'adjectif « nécessaire » [...] n'est pas synonyme d'« indispensable », il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun » et implique l'existence d'un « besoin social impérieux »²⁶.

25. Cette opinion judiciaire ne saurait toutefois être érigée en forteresse imprenable. En anglais, le mot « utile » (*useful*) peut signifier « avantageux, profitable » (*advantageous, profitable*)²⁷ et, dans une acception plus familière, il peut aussi signifier « très méritoire ou efficace » (*highly creditable or efficient*)²⁸. C'est le contexte qui indique le sens approprié. Pour identifier ce sens, il faut tenir compte de l'opportunité judiciaire. Il n'était pas question ici de la nécessité, par exemple, d'instaurer, sous une forme ou une autre, un contrôle étatique sur une publication, ou de soumettre des journalistes à l'obtention préalable d'une licence professionnelle. En pareilles matières, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la recevabilité d'un témoignage proposé dans une affaire pénale et le risque de préjuger du poids à lui accorder est inexistant ; ces facteurs n'auraient en l'occurrence aucun effet limitatif. En revanche, l'espèce qui nous intéresse commandait aux juges de se prononcer sur la question et le risque était bien réel : le Président de la Chambre de première instance ne pouvait pas utiliser des termes donnant à penser qu'il préjugerait du poids à accorder au témoignage proposé.

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

²⁵ *Ibid.*, p. 2289.

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

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

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

26. Le mot « nécessaire » figure également à l'article 19 3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais, dans ce contexte, il s'agit de savoir si une restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression est « nécessaire » à la protection de l'un des intérêts publics spécifiés. La question de la « nécessité » de la restriction ne revient pas à se demander si le témoignage est « nécessaire » du point de vue de l'administration de la preuve. On donne généralement comme exemple un élément de preuve dans une affaire ordinaire : le témoignage peut être très nécessaire — d'une nécessité vitale — au regard de l'intérêt public s'attachant à ce que justice soit rendue dans l'affaire considérée, mais cette nécessité pourrait conduire à imposer une restriction disproportionnée à l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression. Aussi, l'emploi du mot « nécessaire » dans ces dispositions du Pacte ne justifie-t-il pas sa transposition dans le contexte de la détermination de l'importance juridique d'un témoignage dans une affaire²⁹.

27. Venons-en maintenant au terme « pertinent » (*pertinent*). La Chambre de première instance n'a pas remis en question l'affirmation de l'Accusation selon laquelle les déclarations attribuées par Randal à Brđanin avaient trait « au cœur de cette affaire »³⁰ ; ces mots dénotent davantage qu'une simple pertinence³¹. La Chambre de première instance s'est montrée plus prudente en recourant à l'adjectif « pertinent ». Cependant, la Chambre d'appel affirme au paragraphe 47 de sa décision que le « mot “pertinent” est si général que ce critère ne semblerait pas conférer aux correspondants de guerre une protection plus étendue que celle dont bénéficient les autres témoins ».

28. En anglais, le mot « *pertinent* » peut aussi connoter le caractère accessoire (*appendage*) de ce qu'il qualifie mais clairement, il n'offrirait alors aucune protection. Mais comme le signalent les dictionnaires³², *pertinent* peut également signifier « en rapport avec la question posée » (*to the point*), et j'estime que c'est ici le cas. À mon avis, il n'y a aucune différence entre « en rapport avec la question posée », ce qui est l'un des sens de *pertinent*, et l'expression « présente un intérêt direct » utilisée dans le libellé du critère adopté par la Chambre d'appel. Ainsi envisagés, les propos que l'article attribue à l'accusé présentent « un intérêt direct » ; ils revêtent aussi une particulière importance pour une question fondamentale en l'espèce, car avérés, ils constitueraient un aveu de la part de l'accusé quant à son état d'esprit pour ce qui est de certains des actes graves qui lui sont

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

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

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

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

reprochés — il s'agit là d'un point d'une importance capitale qui, nous l'avons vu, a été dûment relevé par la Chambre de première instance³³.

29. Le témoignage de M. Randal était censé aider à prouver la véracité des déclarations attribuées par l'article à l'accusé. Partant, vu l'intérêt du public à ce que les crimes ne restent pas impunis, toute restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression, telle qu'elle résulterait d'une obligation de témoigner, se justifiait par l'existence du besoin social impérieux que M. Randal témoigne dans le cadre d'une affaire pénale grave.

30. Il n'est, bien sûr, nul besoin d'invoquer une formule particulière, le critère décisif ayant trait au fond de la question. Si l'on envisage les termes « utile » et « pertinent » dans leur contexte, et notamment à la lumière de ce qu'a dit le Président de la Chambre concernant la capacité de l'article publié à prouver l'état d'esprit de l'accusé par rapport à certains des chefs d'accusation, il apparaît assez clairement que la Chambre de première instance a estimé que le témoignage proposé était « avantageux » (*advantageous*) et « en rapport avec la question posée » (*to the point*) s'agissant de trancher des questions fondamentales dans une affaire pénale grave, ce qui répond au critère de fond actuellement adopté par la Chambre d'appel.

31. Examinant l'emploi par la Chambre de première instance du mot « pertinent », la Chambre d'appel a affirmé au paragraphe 47 de sa décision que le « critère de la “pertinence” appliqué par ladite Chambre semble insuffisant pour protéger l'intérêt que présente le travail du correspondant de guerre pour le public ». C'est là le seul mot de la décision de la Chambre de première instance que la Chambre d'appel a spécifiquement étudié. En raison de ce qui précède, je considère que la Chambre de première instance n'a pas eu tort d'y recourir. Mais en raison de ce qui suit, le témoin en question aurait pu être contraint à comparaître.

C. Une autre source était cependant raisonnablement disponible

32. Selon la deuxième condition incluse dans le critère retenu, telle qu'exposée au paragraphe 50 de la décision de la Chambre d'appel, la partie requérant la délivrance d'une injonction de comparaître à un correspondant de guerre doit « prouver que ce témoignage ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source ». C'est en effet exact : si le témoignage pouvait raisonnablement être obtenu d'autres sources, on pourrait penser qu'aucun besoin social impérieux

³³ Compte rendu d'audience, Chambre de première instance, 1^{er} mars 2002, p. 2535, lorsque le Président de la Chambre a affirmé : « je pense que cette déposition pourrait apporter des éclaircissements sur la *mens rea*, sur l'intention

ne justifiait la restriction imposée à l'exercice de la liberté d'expression par l'obligation de comparaître³⁴. Il ressort de la jurisprudence que la disponibilité relative du témoignage dépend des circonstances de l'espèce considérée ; partant, la disponibilité du témoignage auprès d'autres sources n'empêche pas nécessairement la délivrance d'une injonction de comparaître³⁵. J'estime qu'en l'espèce toutefois, tel était bien le cas.

33. La question de savoir s'il était nécessaire d'épuiser toutes les autres sources possibles a été soulevée par le conseil de M. Randal devant la Chambre de première instance, lorsqu'il a affirmé que « le Tribunal doit être convaincu que la seule manière d'obtenir ces moyens de preuve, ces éléments de preuve, c'est d'obtenir le témoignage de ce témoin en particulier »³⁶. Ce qui était donc en question, c'était le témoignage particulier que l'on attendait de M. Randal. Il devait porter sur l'exactitude des déclarations qui auraient été faites par l'accusé dans le cadre d'une certaine interview. Telle était la question de fond soumise à la Chambre de première instance. Il ressort du dossier d'instance qu'outre l'accusé et M. Randal, un certain M. « X » était également présent en cette occasion. À la différence de M. Randal, M. « X » comprenait la langue dans laquelle se déroulait la conversation ; c'est lui qui fournissait l'interprétation nécessaire. Par conséquent, pour ce qui est d'obtenir le témoignage en question, M. « X » constitue une source de rechange raisonnablement disponible. Certes, M. « X » était lui-même correspondant de guerre et pouvait donc également prétendre à une dispense relative. Mais, s'agissant du témoignage à apporter, on peut dire au vu des faits établis qu'il n'y avait, à part lui, aucune autre source de rechange raisonnablement disponible.

34. Un correspondant de guerre ne perd le bénéfice de sa dispense relative de témoigner que si les deux conditions du critère retenu par la Chambre d'appel sont remplies par la partie requérant la délivrance de l'injonction de comparaître. En l'espèce, il était satisfait à la première condition mais non à la seconde. Je conviens donc que la dispense relative de M. Randal l'emporte.

délictueuse éventuelle de l'accusé en 1992, d'avril à décembre ».

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

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

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

D. Conclusion

35. En invoquant une dispense de témoigner, on présume que le témoignage est pertinent et donc, *a priori*, recevable ; en dépit de sa pertinence, le témoignage est exclu en raison de la dispense. Si l'on affirme, comme la Chambre d'appel le laisse entendre au paragraphe 54 de sa décision, que M. Randal ne peut témoigner sur l'exactitude des déclarations, on pose la question de la pertinence de son témoignage et non celle de savoir si le fait de l'obliger à comparaître transgresse la dispense relative dont il jouit. Un témoignage qui n'est pas pertinent est à exclure sur la seule base de son défaut de pertinence ; point n'est besoin d'invoquer une quelconque dispense.

36. Des doutes subsistent quant à la pertinence du témoignage de M. Randal. Il a peu à dire sur l'exactitude des déclarations et ne peut parler que de l'attitude de l'accusé pendant l'interview. On a prétendu que son témoignage était nécessaire à l'examen du contexte dans lequel l'accusé s'était exprimé. Cette allégation n'a été ni étayée ni maintenue ; comme il a été rappelé dans la décision de la Chambre d'appel (paragraphe 7, note 10), le conseil de la défense, qui était à l'origine de cette allégation, ne s'est pas présenté à l'audience tenue par la Chambre d'appel le 3 octobre 2002, bien qu'on lui en ait offert la possibilité. Si le témoignage de M. Randal n'était pas pertinent, l'injonction qui lui a été décernée pouvait être annulée sur la seule base du défaut de pertinence³⁷, sans qu'il soit même question d'invoquer une dispense.

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

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

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

/signé/

Mohamed Shahabuddeen

Fait le 11 décembre 2002,

La Haye (Pays-Bas)