

RESUME

Le 29 octobre 1997, la Chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie (TPIY) a arrêté que le Tribunal n'était pas investi du pouvoir de prendre des mesures coercitives contre des Etats et leurs représentants. Ce jugement mettait fin au débat commencé le 15 janvier 1997 lorsque le juge Mc Donald, siégeant alors en qualité de Président de la Chambre de Première Instance II, a décerné, à la requête du plaignant, une injonction de produire (*subpoena duces tecum*) à la République de Croatie et à son Ministre de la Défense dans le cadre de l'affaire du Croate Blaskic, accusé de crimes de guerre.

Un *subpoena duces tecum* (injonction de produire) peut être défini comme une ordonnance décernée par la Cour enjoignant un témoin en possession de certains documents de les présenter lors de l'audience. Le non-respect d'une telle ordonnance peut être considéré comme un " *contempt of court* " (outrage au Tribunal) passible d'amendes ou de peines d'emprisonnement. La compétence du tribunal de décerner de telles injonctions est prévue par l'article 54 du Règlement de Procédure et de Preuve (RPP). La Croatie a refusé de répondre à ladite injonction décernée par le Tribunal de Première Instance H, arguant que les documents demandés contenaient des informations confidentielles et que leur transmission constituait un danger pour la sécurité nationale.

La discussion qui a suivi l'injonction de produire décernée par la Chambre de Première Instance H fut pleine d'ambiguïtés dues, d'une part, aux différences culturelles entre les juristes de la *common law* (droit coutumier) et de la *civil law* (droit romain) et, d'autre part, à l'utilisation abusive de concepts juridiques nationaux dans le cadre international.

En dépit du fait que les onze juges ayant participé à la rédaction du Règlement de Procédure et de Preuve du TPIY étaient originaires d'états différents et étaient issus tant de systèmes de la *common law* que de la *civil law*, les règles de procédure ont acquis un caractère anglosaxon très marqué. Le *subpoena duces tecum* est un concept issu de la *common law*. Il en va de même pour la notion de «*contempt of court*» (outrage au Tribunal), que l'on retrouve à l'article 77 du Règlement de Procédure et de Preuve, qui peut entraîner une sanction en cas de non-respect d'une ordonnance. E n'est dès lors pas étonnant que les juristes et les *amici curiae* impliqués dans l'affaire Blaskic, qui sont familiarisés avec le système de la *common law*, affirment que, à l'instar de toute autre cour, le Tribunal devrait être habilité à décerner une injonction de produire et devrait pouvoir engager une procédure pour outrage au Tribunal en cas de non-respect de ladite injonction. Ce n'est pas une coïncidence si le juge qui a décerné l'injonction est américain. Il semble que le juge Mc Donald a estimé qu'il allait de soi que le TPIY était également investi d'un tel pouvoir à l'égard des Etats et de leurs représentants. La majorité des juristes de la *civil law* impliqués dans le procès Blaskic n'ont, quant à eux, pas admis que le Tribunal dispose d'un tel pouvoir.

Selon toute vraisemblance, il semble que la Chambre de Première Instance II ne s'attendait pas à ce que l'injonction soit contestée parce qu'étant une particularité des systèmes juridiques de la *common law*, ce qui est probablement dû au fait que le terme «*subpoena*» est surtout connu comme terme technique. Pour preuve, le changement de position de la Chambre de Première Instance H dans la " question des remèdes juridiques ". Lorsqu'il est apparu que non seulement la Croatie, mais aussi certains *amici curiae* (issus des systèmes juridiques de la *civil law*), avaient de sérieuses objections à l'encontre de cette compétence du Tribunal de décerner un *subpoena* à des Etats, ce qui sema le doute dans l'esprit de certains quant au mandat et aux compétences du Tribunal en général, la Chambre de Première Instance II fit volte-face et banalisa la problématique " *poena* " en affirmant que la question n'était pas " mûre " pour examen.

Les problèmes engendrés par cette discussion sur le terme «*subpoena*» ne sont pas uniquement dus aux différences culturelles entre les juristes de la *common law* et de la *civil law*. Le cœur du problème semble être tout autre : «l'analogie interne». Cette expression, introduite par la Chambre d'Appel, signifie transposer au plan de la

communauté internationale des institutions, interprétations ou approches juridiques prévalant dans le cadre national, ce qui, en principe, ne constitue pas un problème aussi longtemps que l'on ne perd pas de vue les circonstances particulières dans lesquelles une cour internationale est amenée à statuer. Toutefois, la Chambre de Première Instance II a perdu de vue ces circonstances particulières lorsqu'elle a affirmé que le Tribunal était investi du pouvoir de décerner un subpoena à un Etat et à ses représentants de la même manière qu'il est habilité à décerner une telle injonction à une personne agissant à titre privé. En outre, l'application de «la doctrine de la maturité» et de jugements nationaux tel le jugement rendu dans l'affaire *Etats-Unis contre Nixon*, tous deux issus de la coutume et de la doctrine américaines, par la Chambre de Première Instance II, est source de confusion et d'erreur car elle gomme les caractéristiques distinctives du droit national et du droit international, alors que celles-ci devraient rester bien nettes.

Le 29 octobre 1997, la Chambre d'Appel a mis fin à onze mois de discussion sur le subpoena par son jugement arrêtant que le terme «subpoena» à l'article 54 du RPP n'a jamais été utilisé en vue d'introduire la possibilité d'imposer des sanctions aux Etats. Selon la Chambre d'Appel, le terme «subpoena» signifie une ordonnance contraignante sans pouvoir prendre de mesures coercitives, ce qui exclut la possibilité d'adresser un subpoena à un Etat ou à ses représentants. La Chambre d'Appel a cependant admis que le Tribunal était bel et bien habilité à décerner des injonctions sous peine de sanctions à des personnes physiques agissant à titre privé. Il est clair que le Règlement de Procédure et de Preuve a fortement été influencé par la *common law*. En outre, il est manifeste que la Chambre de Première instance II s'est fortement inspirée de la coutume et de la doctrine américaines et il n'y a rien de mal à cela. Il est tout à fait normal que la principale source d'inspiration des juristes internationaux soit leur propre système juridique national. Toutefois, l'emploi de concepts dérivés d'un système juridique national peut être source de malentendus au niveau international. Après tout, le contexte de la communauté internationale est différent, avec pour conséquence que les juridictions internationales n'ont pas toujours les mêmes compétences que les juridictions nationales, conséquence qui est facilement oubliée.

Le 17 juillet 1998, le Statut de la Cour Pénale Internationale a été approuvé. Le Règlement de Procédure et de Preuve de la CCI doit encore être rédigé. Les systèmes juridiques nationaux serviront probablement de source d'inspiration lors de la rédaction de ces règles. Espérons seulement que la prise de conscience des dangers de l'analogie interne permettra d'éviter une autre confusion terminologique.

SAMENVATTING

Op 29 oktober 1997 bepaalde de Appeals Chamber van het Internationaal Tribunaal voor het voormalig Joegoslavië dat het Tribunaal niet de bevoegdheid heeft orders gericht aan staten en regeringsvertegenwoordigers af te dwingen. Hiermee kwam een einde aan een discussie die losbarstte toen op 15 januari 1997 rechter McDonald als president van Trial Chamber II, op verzoek van de aanklager, een *subpoena duces tecum* aan de republiek Kroatië en diens minister van Defensie gelastte in de zaak van de van oorlogsmisdaden verdachte Kroaat Blaskic.

De *subpoena duces tecum* kan gedefinieerd worden als een order van het hof om een getuige die in het bezit is van bepaalde documenten te gelasten deze documenten ter zitting te overleggen op straffe van een boete of gevangenisstraf. De bevoegdheid van het Tribunaal om dergelijke orders te gelasten is neergelegd in artikel 54 van de bewijs- en procedureregels van het Tribunaal. Kroatië weigerde te voldoen aan deze order met de reden dat de gevraagde documenten gevoelige informatie bevatten en overhandiging ervan de nationale veiligheid in gevaar zou brengen.

De discussie die volgde op de door Trial Chamber II gelaste subpoena-order werd gekenmerkt door onduidelijkheden. Dit was enerzijds het gevolg van rechtsculturele verschillen, die tussen common law en civil law juristen, en anderzijds van een onzuiver gebruik van nationaal juridische concepten op internationaal niveau.

Ondanks het feit dat de rechters die mee hebben gewerkt aan het opstellen van de bewijs- en procedureregels afkomstig waren uit zowel civil als common law systemen hebben de procedureregels een sterk Angelsaksisch karakter gekregen. De *subpoena duces tecum* is een common law concept. Hetzelfde geldt voor de « contempt of court » die te vinden is in artikel 77 van de bewijs- en procedureregels en welke als sanctie verbonden is aan het niet gehoor geven aan een subpoena-order. Het is niet verwonderlijk dat de civil law juristen die bij de Blaskic-zaak betrokken waren de subpoena-order enigszins onwennig bekeken en niet voetstoots aannamen dat het Tribunaal een dergelijke bevoegdheid *vis-a-vis* staten en regeringsvertegenwoordigers bezat. Rechter McDonald daarentegen is gezien haar afkomst en achtergrond verdund met het concept. Het leek dan ook bijna een vanzelfsprekendheid dat het Tribunaal de bevoegdheid zou hebben om subpoena's aan getuigen te gelasten.

Dat de subpoena-order op zoveel tegenstand zou stuitte had Trial Chamber II kennelijk niet verwacht. Dit blijkt onder meer uit de positieverandering van Trial Chamber II in de discussie over het sanctie-aspect van de subpoena-order. Toen niet alleen Kroatië, maar ook een aantal (uit civil law systemen afkomstige) *amici curiae* serieze bezwaren bleken te hebben en uiteindelijk de competentie van het Tribunaal ter discussie kwam te staan, gooide Trial Chamber II het roer om en werd de subpoena-order gepresenteerd als een « binding order ». Zo werd het sanctie-aspect van de subpoena *duces tecum*, met het argument dat de tijd daar nog niet « rijp » voor was, genegeerd waarmee de angel uit de discussie werd gehaald.

De tweede oorzaak van de onduidelijkheid die de subpoena-discussie kenmerkte, was wat de Appeals Chamber de « domestic analogy » noemde. Hiermee doelde de Appeals Chamber op het transponeren van nationaal rechtelijke begrippen en procedures op internationaal rechtelijk niveau. Dit is in beginsel geen probleem. Het enkele feit dat dit schijnbaar klakkeloos ging, zonder rekening te houden met de context waarin een internationaal tribunaal opereert, wekt echter enige verbazing. Trial Chamber II laaide op deze manier de verdenking op zich niet voldoende bewust te zijn geweest van de verschillen tussen een internationaal tribunaal en een nationaal rechtcollege. Het op straffe van een boete of gevangenisstraf gelasten van een order aan een staat of staatsvertegenwoordiger is immers niet hetzelfde als de gelasten van een order aan een individu in privé-hoedanigheid. Voorts werd door het toepassen van een nationale leer als de Amerikaanse « ripeness doctrine » en het gebruik van nationale uitspraken als

United States v. Nixon door Trial Chamber II de grens tussen nationale en internationale rechtsorde alleen maar vager, terwijl deze grenzen juist haarscherp dienen te blijven.

De Appeals Chamber maakte op 29 oktober 1997 een eind aan de elf maanden durende verwarring en interpreteerde de term « subpoena » van artikel 54 als een bindende order die, indien gelast aan staten en regeringsvertegenwoordigers, niet door het Tribunaal afgedwongen kan worden. Met betrekking tot subpoena-orders aan individuen in privé-hoedanigheid bepaalde de Appeals Chamber dat het Tribunaal wel een eigen handhavingbevoegdheid heeft.

Dat het common law systeem een inspiratiebron is geweest bij het opstellen van de bewijzen procedureregels en de interpretatie daarvan is voor een ieder duidelijk en niet per definitie onwenselijk. Het gevaar schuilt echter in de « domestic analogy » en de vanzelfsprekendheid waarmee nationale concepten naar een internationaal niveau worden getild.

Op 17 juli 1998 is er een statuut aangenomen voor een nieuw op te richten Permanent Internationaal Strafhof. De bewijs- en procedureregels van het hof moeten nog worden opgesteld. Naar alle waarschijnlijkheid zullen nationale rechtssystemen als inspiratiebron dienen. Hopelijk is men zich bij het opstellen van die procedureregels bewust van het gevaar van « domestic analogy ».

ZUSAMMENFASSUNG

Am 29. Oktober 1997 verkündete die Berufungskammer des Internationalen Strafgerichtshofes für das frühere Jugoslawien ihr Urteil in der Untersuchungsphase des Falles des Kroaten Tihomir Blaskic. Die Berufungskammer urteilte, dass der Gerichtshof gegenüber Staaten und seinen Vertretern keine Vollstreckungsbefugnis habe. Mit seinem Urteil beendete die Berufungskammer eine Diskussion, die am 15. Januar 1997 begann, als Richterin McDonald – zu der Zeit Vorsitzende der Untersuchungskammer 11 – eine Vorladung an Kroatien und seinen Verteidigungsminister erließ. Ein subpoena duces tecum ist eine gerichtliche Verfügung, mit der eine Person angewiesen wird, bestimmte, in seinem Besitz befindliche Gegenstände mitzubringen. Die Nichtbeachtung einer Vorladung kommt einer strafbaren „Missachtung des Gerichts“ gleich. Die Befugnis des Gerichts zum Erlass einer Vorladung ist in Regel 54 der Geschäfts- und Beweisführungsordnung festgelegt. Aus Gründen der nationalen Sicherheit weigerte sich Kroatien, die von der Untersuchungskammer 11 erlassene Vorladung einzuhalten, mit der Behauptung, die angeforderten Dokumente enthielten vertrauliche Informationen.

Die Diskussion im Anschluss an die Vorladung war voll von Missverständnissen. Einerseits rührten diese Missverständnisse her aus kulturellen Unterschieden zwischen Gewohnheitsrechts- und Zivilrechtsjuristen und andererseits aus der falschen Anwendung nationaler Begriffe durch einen internationalen Gerichtshof.

Trotz der Tatsache, dass elf Richter aus aller Welt und aus beiden Rechtssystemen bei der Festlegung der Geschäfts- und Beweisführungsordnung des Internationalen Strafgerichtshofes für das frühere Jugoslawien miteinander kooperierten, erhielt dieses Regelwerk einen ausgeprägten Gewohnheitsrechtscharakter. Das subpoena duces tecum ist ein Begriff aus dem Gewohnheitsrecht. Das gleiche gilt für „Missachtung des Gerichts“, gemäß Festlegung in Regel 77 (der Geschäfts- und Beweisführungsordnung). Es ist deshalb keine Überraschung, dass die am Fall Blaskic beteiligten Juristen und amici curiae, die mit dem Gewohnheitsrechtssystem vertraut sind, fordern, dass der Internationale Strafgerichtshof für das frühere Jugoslawien genau wie jedes andere Gericht die Befugnis haben sollte, eine „subpoena duces tecum“ zu erlassen und im Falle der Nichtbeachtung der Vorladung ein Verfahren wegen Missachtung des Gerichts einzuleiten. Es ist kein Zufall, dass die Richterin, die die Vorladung verfügte, Amerikanerin ist. Es schien, als hielte es Richterin McDonald für selbstverständlich, dass der Internationale Strafgerichtshof für das frühere Jugoslawien auch eine derartige Befugnis mit Bezug auf Staaten und seine Vertreter haben würde. Die Mehrheit der am Blaskic-Verfahren beteiligten Zivilrechtsjuristen akzeptierten eine derartige Befugnis dagegen nicht.

Allem Anschein nach rechnete man bei der Untersuchungsgerichtskammer 11 nicht damit, dass die Vorladungsverfügung als ein Instrument, das auf Gewohnheitsrechtssysteme beschränkt sei, abgelehnt werden würde. Dies ist wahrscheinlich auf die Vertrautheit mit dem Begriff „subpoena“ als Kunstbegriff zurückzuführen. Die Positionsänderung der Untersuchungskammer 11 in der „Rechtsmittelangelegenheit“ ist ein Beleg für die Überraschung. Als offenbar wurde, dass nicht nur Kroatien, sondern auch einige (zivilrechtliche) amici curiae ernste Einwände gegen die Befugnis des Internationalen Strafgerichtshofes für das frühere Jugoslawien hatten, eine Vorladung gegenüber Staaten zu verfügen, was Zweifel an seinem Mandat und an seiner Entscheidungsbefugnis im allgemeinen aufkommen ließ, änderte die Untersuchungskammer 11 ihre Position und spielte die „Vorladungsfrage“ durch die Aussage herunter, die Zeit sei für die Erörterung dieser Angelegenheiten noch nicht „reif“.

Die Probleme, die aus der Vorladungsdiskussion entstanden, waren nicht nur eine Folge kultureller Unterschiede zwischen Zivilrechts- und Gewohnheitsrechtsjuristen. Der Kern des Problems scheint ein anderer zu sein: die „innerstaatliche Analogie“. Dieses

von der Berufungskammer eingeführte Wort hat die Bedeutung der Übertragung nationaler Rechteinrichtungen, -konstrukte oder -ansätze auf eine internationalen Ebene. Im Prinzip ist dies kein Problem, solange man nicht die spezifischen Umstände aus den Augen verliert, unter denen ein internationaler Gerichtshof seine richterliche Funktion wahrnimmt. Indessen verlor die Untersuchungskammer 11 diese spezifischen Umstände aus dem Auge, als sie behauptete, der Internationale Strafgerichtshof für das frühere Jugoslawien habe die Befugnis, eine Vorladung gegenüber einem Staat und seinem Vertreter in der gleichen Weise zu erlassen, wie sie eine derartige Verfügung gegenüber einer Einzelperson in ihrer privaten Eigenschaft erlassen könne. Durch die Anwendung der „Reifedoktrin“ und den Fall Vereinigte Staaten gegen Nixon, die beide aus der Rechtspraxis und -lehre in den USA abgeleitet sind, verstärkte die Untersuchungskammer 11 außerdem die Verwirrung und das Missverständnis, indem sie den Unterschied zwischen dem Völkerrecht und nationalem Recht verwischte.

Die Berufungskammer beendete die Vorladungsdiskussion mit ihrem Urteil, worin entschieden wurde, dass der Begriff „Vorladung“ in Regel 54 der Geschäfts- und Beweisführungsordnung niemals bezweckte, die Möglichkeit der Verhängung von Strafen gegen Länder einzuführen. Der Berufungskammer zufolge hat „Vorladung“ die Bedeutung einer bindenden Anweisung ohne die Befugnis zur Vollstreckung. Dies schließt die Anwendung einer Vorladung auf einen Staat oder seinen Vertreter aus.

Es ist klar, dass die Geschäfts- und Beweisführungsordnung einen ausgeprägten Gewohnheitsrechtscharakter erhielt. Außerdem ist klar, dass die Untersuchungskammer 11 in starkem Maße durch die amerikanische Rechtspraxis und -lehre inspiriert wurde. Daran ist nichts zu kritisieren. Es ist ganz normal, dass die Hauptinspirationsquelle internationaler Juristen ihr eigenes nationales Rechtssystem ist. Allerdings kann die Verwendung von Begriffen, die einem nationalen Rechtssystem entstammen, eine Quelle für Missverständnisse auf der internationalen Ebene sein. Schließlich ist die Bildung einer Völkergemeinschaft etwas anderes. Die Folge ist, dass internationale Gerichtshöfe nicht immer die gleichen Befugnisse wie nationale Gerichte haben. Diese Folge wird leicht übersehen.

Zum Zeitpunkt dieser schriftlichen Darstellung ist das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs gerade einmal fünf Monate alt. Die Geschäfts- und Beweisführungsordnung des Internationalen Strafgerichtshofs muss noch festgelegt werden. Nationale Rechtssysteme werden wahrscheinlich als Inspirationsquelle für dieses Regelwerk dienen. Hoffen wir einfach, dass das Bewusstsein für die Gefahren der « innerstaatlichen Analogie » eine weitere Sprachverwirrung verhindert.

RESUMEN

El 29 de octubre 1997, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY) estableció que el Tribunal no estaba habilitado a tomar medidas coercitivas contra los Estados y sus representantes. Esta sentencia dio fin al debate empezado el 15 de enero 1997 cuando el juez Mc Donald, participando en éste en calidad de Presidente de la Sala de Primera Instancia II, a instancia del demandante, expidió una citación (subpoena duces tecum) dirigida la República de Croacia y a su Ministro de la Guerra con arreglo al caso del Croata Blaskic, acusado de crímenes de guerra.

Un subpoena duces tecum (mandamiento de administrar las pruebas) puede ser definido como una citación expedida por la Corte que requiere que un testigo venga a la audiencia llevando los documentos necesarios. El incumplimiento de tal mandamiento puede ser considerado como un "contempt of court" (desacato al Tribunal), que puede ser objeto de multas o de encarcelamiento. La competencia del tribunal de expedir tales mandamientos está prevista en el artículo 54 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Croacia rechazó responder al susodicho mandamiento expedido por la Sala de Primera Instancia II, arguyendo que los documentos mandados contenían informaciones confidenciales y que su transmisión comprometía la seguridad nacional.

La discusión que siguió la citación expedida por la Sala de Primera Instancia II fue llena de ambigüedades debidas, por una parte, a las diferencias culturales entre los juristas de la common law (derecho consuetudinario) y los de la civil law (derecho civil) y, por otra parte, a la utilización abusiva de conceptos jurídicos nacionales en el marco internacional.

A pesar de que los 11 magistrados que tomaron parte a la redacción de las Reglas de Procedimiento y Prueba eran naturales de estados diferentes y provenían tanto de los sistemas de la common law como de los de la civil law, las reglas de procedimiento adquirieron un carácter anglosajón muy marcado. El subpoena duces tecum es un concepto resultante de la common law. Lo mismo ocurre con la noción de "contempt of court" (desacato al Tribunal), que se encuentra en el artículo 77 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, y que puede acarrear una sanción en caso de incumplimiento de un mandamiento. Por lo tanto, no es de extrañar que los juristas y los amici curiae implicados en el caso Blaskic, acostumbrados con el sistema de la common law, aseguren que, al ejemplo de toda otra corte, el Tribunal debería estar habilitado a expedir un subpoena duces tecum y entablar un procedimiento por desacato al Tribunal en caso de incumplimiento del susodicho mandamiento. No es una coincidencia si el juez que expidió el mandamiento es Norteamericano. Obviamente el juez Mc Donald estimó que era evidente que el TPIY estaba igualmente investido de tal poder frente a los Estados y sus representantes. La mayoría de los juristas de la civil law involucrados en el proceso Blaskic rechazaron en cuanto a ellos, que el Tribunal disponía de tal poder.

Indudablemente no esperaba la Sala de Primera Instancia II que el mandamiento sea contestado, al ser una particularidad de los sistemas jurídicos de la common law, lo que se puede atribuir al hecho de que la palabra "subpoena" está sobre todo conocida como una palabra técnica. Por prueba, el cambio de posición de la Sala de Primera Instancia II en la "cuestión de los remedios jurídicos". Cuando apareció que no solamente Croacia, pero también algunos amici curiae (procedente de sistemas jurídicos de la civil law), tenían importantes objeciones en contra a esta competencia del Tribunal de expedir un subpoena a los Estados, lo que propagó la duda entre algunos en cuanto al mandato y los competencias del Tribunal en general, la Sala de Primera Instancia II dio media vuelta y minimizó la problemática "subpoena" afirmando que la cuestión no estaba para examen.

Las dificultades originadas por esta discusión sobre la palabra "subpoena" no se explican únicamente por las diferencias culturales entre los juristas de la common law y los de la civil law. El nudo de la cuestión parece ser todo otro: "la analogía interna". Esta expresión, introducida por la Sala de Apelaciones, significa transponer instituciones, interpretaciones o enfoques jurídicos que prevalecen en el marco nacional, al nivel del

derecho internacional. Esto no trae ningún problema en principio si aún no se pierde de vista las circunstancias particulares en las cuales una corte internacional está inducida a estatuir. No obstante, la Sala de Primera Instancia II perdió de vista las circunstancias particulares cuando demostró que el Tribunal estaba competente para expedir un subpoena a un Estado y a sus representantes de la misma manera que está habilitado a expedir tal mandamiento a una persona actuando a título privado. Además, la aplicación de " la doctrina de madurez " y de sentencias nacionales como la sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia II en el caso Estados Unidos contra Nixon, ambas fundados en la costumbre y la doctrina norteamericanas, fueron una fuente de confusiones y de errores porque eclipsaban los características distintivas del derecho nacional y del derecho internacional, aunque éstas deberían quedar claras.

El 29 de octubre 1997, la Sala de Apelaciones dio fin a once meses de discusión sobre el subpoena sentenciando que la palabra " subpoena " en el artículo 54 del RPP nunca había sido utilizada con objeto de introducir la posibilidad de imponer sanciones a los Estados. Según la Sala de Apelaciones, la palabra " subpoena " significa un mandamiento vinculante sin que se pueda tomar medidas coercitivas, lo que excluye la posibilidad de dirigir un subpoena a un Estado o a sus representantes. Sin embargo, la Sala de Apelaciones ha admitido que el Tribunal estaba plenamente habilitado a expedir mandamientos bajo pena de sanciones a personas físicas actuando a título privado.

Lo claro es que las Reglas de Procedimiento y Pruebas han sido fuertemente influenciadas por la common law es evidente. Tan evidente es que la Sala de Primera Instancia II se ha inspirado en la costumbre y la doctrina norteamericanas y no hay nada de malo en esto. Es lógico que la principal fuente de inspiración de los juristas internacionales sea su propio sistema jurídico nacional. No obstante, la utilización de conceptos derivados de un sistema jurídico nacional puede ser fuente de equivocaciones al nivel internacional. Después de todo, el contexto de la comunidad internacional es diferente, con la consecuencia que las jurisdicciones internacionales no tienen siempre las mismas competencias que las jurisdicciones nacionales, lo que se olvida fácilmente.

El 17 de julio 1998, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional fue aprobado. Las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la Corte Penal Internacional quedan todavía por redactar. Los sistemas jurídicos nacionales servirán probablemente de fuente de inspiración durante la redacción de estas reglas.

Ojalá permita la conciencia de los peligros de la analogía interna evitar otra confusión terminológica.

Riassunto

Il 29 Ottobre 1997, la Sezione d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia (TPIY) stabilì che il Tribunale non ha il potere di adottare delle misure coercitive contro gli Stati ed i loro rappresentanti. Questa sentenza ha concluso un dibattito cominciato il 15 gennaio 1997, quando il giudice Mc Donald, allora presidente della Sezione di Prima Istanza II, pronunciò con ordinanza, su richiesta dell'attore, ingiunzione di consegna (*subpoena duces tecum*) nei confronti della Croazia e del suo ministro della difesa nell'ambito del caso del croato Blaskic, accusato di crimini di guerra.

Un *subpoena duces tecum* (ingiunzione di consegna) può essere definito come un'ordinanza emanata dalla Corte ed intimante ad un testimone di produrre in udienza dei documenti dei quali si trova in possesso. Il mancato rispetto può essere considerato come "*contempt of Court*" (oltraggio alla Corte) passibile di sanzione pecuniaria o reclusione. La competenza del Tribunale ad emanare tali ordinanze è prevista dall'articolo 54 del Regolamento di Procedura e di Prova. La Croazia rifiutò di eseguire una simile ordinanza emanata dal Tribunale di Prima Istanza H, sostenendo che i documenti richiesti contenevano delle informazioni confidenziali la cui divulgazione avrebbe costituito un pericolo per la sicurezza nazionale.

La discussione che ne è derivata è risultata piena di ambiguità dovute, da un lato, alle differenze culturali tra i giuristi di *common law* (diritto consuetudinario) e di *civil law* (diritto romano) e, dall'altro, all'utilizzazione abusiva di nozioni giuridiche nazionali nell'ambito di un contesto internazionale.

Nonostante che gli undici giudici che parteciparono alla redazione del Regolamento di Procedura e di Prova del TPIY provenissero da Stati e sistemi giuridici diversi, tanto di *common law* che di *civil law*, le regole di procedura acquistarono un carattere marcatamente anglosassone. La *subpoena duces tecum* è un concetto derivante dalla *common law*. Lo è anche la nozione di <<*contempt of court*>> (oltraggio alla corte), che ritroviamo nell'articolo 77 del Regolamento di Procedura e di Prova, la quale prevede una sanzione in caso di mancato rispetto di un'ordinanza. Non c'è da stupirsi che i giuristi e gli *amici curiae* che si sono occupati del caso Blaskic e che hanno familiarità con il sistema di *common law* abbiano affermato che il Tribunale, così come altre Corti, abbia il potere di pronunciare con ordinanza ingiunzione di consegna, come anche quello di iniziare una procedura per oltraggio alla corte nel caso di mancato rispetto della suddetta. Non è una coincidenza che il giudice che ha emanato l'ordinanza sia americano. Sembra che il giudice Mc Donald abbia ritenuto ovvio che il TPIY abbia un tale potere anche nei confronti degli Stati e dei loro rappresentanti. La maggioranza dei giuristi di *civil law* coinvolti nel caso Blaskic hanno invece ritenuto che il tribunale non avesse tale facoltà.

Molto probabilmente, la Sezione di Prima Istanza non si aspettava che l'ordinanza fosse contestata in quanto particolarità del sistema giuridico di *common law*, cosa probabilmente dovuta al fatto che il termine <<*subpoena*>> è soprattutto conosciuto come termine tecnico. Ne è prova il cambio di posizione della Sezione di Prima Istanza H nella "questione dei rimedi giuridici". In seguito alle obiezioni avanzate non solo dalla Croazia, ma anche da certi *amici curiae* (provenienti da sistemi giuridici di *civil law*), contro la competenza del Tribunale ad emanare un *subpoena* nei confronti degli Stati, che hanno fatto sorgere dubbi in alcuni sia sul mandato sia sulle competenze del Tribunale in generale, la Sezione di Prima Istanza, cambiando posizione e sminuendo il problema "poena", affermò che la questione non era ancora "matura" per un esame.

I problemi derivanti dalla discussione sul tema "subpoena" non derivano soltanto dalle differenze culturali tra giuristi di *common law* e di *civil law*. Il nocciolo del problema sembrerebbe essere un altro: << analogia interna >>. Questa espressione, introdotta dalla Sezione d'Appello, indica la trasposizione sul piano della comunità internazionale di istituzioni, interpretazioni o approcci giuridici validi in un contesto nazionale; tale

atteggiamento, in linea di principio, non dovrebbe costituire un problema fintanto che non si perdono di vista le circostanze particolari con riferimento alle quali una corte internazionale ha statuito. Tuttavia, la Sezione di Prima Istanza ha perduto di vista tali circostanze laddove ha affermato che il Tribunale era investito del potere di emanare una subpoena nei confronti di uno Stato e dei suoi rappresentanti, nello stesso modo in cui è abilitato ad emanare una simile ordinanza nei confronti di una persona agente a titolo personale. Inoltre, l'utilizzo della <<dottrina della maturità>> e delle sentenze nazionali, come quella del caso *Stati Uniti contro Nixon*, entrambi derivanti dalla consuetudine e dalla dottrina americane, secondo la Sezione di Prima Istanza 11, è fonte di confusione e di errore in quanto cancella le caratteristiche distintive del diritto nazionale e di quello internazionale, laddove queste dovrebbero restare ben distinte.

Il 29 ottobre 1997, la Sezione di Appello ha posto fine a undici mesi di discussione sulla subpoena attraverso una sentenza che stabilisce che il termine <<subpoena>> indicato all'articolo 54 del RPP non è stato utilizzato al fine di introdurre la possibilità di imporre sanzioni agli Stati. Secondo la Sezione di Appello, il termine <<subpoena>> indica un'ordinanza vincolante che non fornisce alcun potere di adottare misure coercitive, cosa che esclude la possibilità di emanare una subpoena nei confronti di uno Stato o dei suoi rappresentanti. La Sezione di Appello ha tuttavia ammesso che il Tribunale è abilitato ad emanare delle ordinanze comportanti sanzioni nei confronti persone fisiche agenti a titolo personale. E' chiaro che il regolamento di Procedura e di Prova è stato fortemente influenzato dalla *common law*. Inoltre, è manifesto che la Sezione di Prima Istanza si è fortemente ispirata alla consuetudine e alla dottrina americana e non c'è nulla di male in questo. E', infatti, del tutto normale che la principale fonte di ispirazione dei giuristi internazionali sia il proprio sistema giuridico nazionale. Tuttavia, l'impiego di concetti derivanti da un sistema giuridico nazionale può risultare fonte di disguidi sul piano internazionale. Si dimentica facilmente che le giurisdizioni internazionali, in quanto diverse, non hanno sempre le stesse competenze delle giurisdizioni nazionali.

Il 17 luglio 1998, lo Statuto della Corte Penale Internazionale è stato approvato. Il Regolamento di Procedura e di Prova della CCI deve essere ancora redatto. I sistemi giuridici nazionali serviranno probabilmente da fonte di ispirazione per la redazione di tali regole. Speriamo soltanto che il riconoscimento dei pericoli dell'analogia interna permetterà di evitare un'altra confusione terminologica.