

La participation des victimes et les questions de parti pris au sein de tribunaux cambodgiens :

Décisions de la Chambre préliminaire dans l'affaire contre Nuon Chea

Cedric Ryngaert *

La Chambre préliminaire (CP) des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens (CETC), le tribunal qui jugera les responsables Khmer rouge pour leur présumé rôle dans les atrocités commises pendant la période de la République du Kampuchéa Démocratique (1975-1979), a récemment rendu un certain nombre de décisions intéressantes. Ces décisions se rapportent à des pourvois en appel contre des ordonnances de mise en détention provisoire rendues par les co-juges d'instruction suite au premier réquisitoire introductif présenté par les co-procureurs en juillet 2007. Dans l'affaire contre Duch, le directeur du célèbre centre de détention et de torture de Tuol Sleng à Phnom Penh, la CP a rejeté les arguments de l'accusé selon lesquels il devait être remis en liberté car ses droits auraient été violés *avant* qu'il ne soit transféré au CETC. Elle a de plus considéré que les conditions de mise en détention provisoire étaient remplies (décision du 3 décembre 2007)¹. Dans l'affaire contre Nuon Chea, l'idéologue du parti, connu sous le nom de « frère numéro deux », la CP considéra que les conditions étaient pareillement remplies (décision du 20 mars 2008)². C'est d'ailleurs cette affaire qui retiendra notre attention.

Dans ce commentaire, nous n'examinerons pas l'analyse faite par la CP concernant l'existence ou non des conditions nécessaires pour une mise en détention provisoire, c'est-à-dire la décision en appel contre l'ordonnance de mise en détention provisoire. Comme

* Chargé de cours en droit international aux universités d'Utrecht et de Louvain.

¹ CP, Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de KAING Guek Eav, alias Duch, dossier pénal n° 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP01), 3 décembre 2007. C. Ryngaert, « The Doctrine of Abuse of Process: a Comment to the Cambodia Tribunal's Decisions in the Case against Duch (2007) », à paraître dans le prochain Leiden JIL (2008).

² CP, Décision relative à l'appel interjeté par Nuon Chea contre l'ordonnance de placement en détention provisoire, dossier pénal n° 002/19-09-2007-CETC-BCJI (CP01), 20 mars 2008.

beaucoup de décisions semblables, cette analyse est principalement factuelle et ne soulève pas de questions juridiques saillantes. Nous nous concentrerons plutôt sur les questions de principe soulevées dans deux décisions de la CP *frappées* d'appel contre l'ordonnance de mise en détention provisoire dans l'affaire Nuon Chea. Ces décisions concernent le droit des victimes de participer en tant que parties civiles à une procédure d'appel à l'encontre d'une ordonnance de placement en détention provisoire (décision du 20 mars 2008) et la récusation d'un des juges de la CP, Ney Thol (décision du 4 février 2008). Des questions relatives à la participation des victimes lors de la phase préalable au procès et à la récusation d'un juge en raison d'un parti pris ont aussi été soulevées dans d'autres tribunaux pénaux internationaux/internationalisés. Cet article traitera donc des problématiques pertinentes dans un contexte plus large, traçant tant des parallèles que des distinctions entre les procédures devant les CETC et les procédures devant d'autres tribunaux.

Dans un premier temps, nous décrirons le rôle important que les victimes sont autorisées à jouer au sein des CETC et nous examinerons les réparations que le tribunal pourrait accorder. Ensuite nous étudierons le droit de pétition de la partie civile dans les procédures d'appel à l'encontre d'ordonnances de mise en détention provisoire, comme cela a été abordé par la CP dans sa décision du 20 mars 2008. Dans un deuxième temps, nous analyserons de façon critique la décision de la CP du 4 février 2008 suite à la requête aux fins de récusation du juge Ney Thol présentée par la Défense, selon laquelle il ne pouvait exister aucune appréhension de parti pris de la part du juge Ney Thol.

1. Décision relative à la participation des parties civiles à la procédure d'appel contre les décisions de détention provisoire (20 mars 2008)

a. Le rôle important des victimes dans les procédures devant le tribunal cambodgien

Comme on le sait, le succès d'un tribunal international ou internationalisé dépend en partie de la participation des victimes aux procédures. Cette participation permet aux victimes de faire entendre leur voix et d'être prises au sérieux. Cela peut rendre l'issue des procès plus acceptable pour celles-ci, panser de vieilles blessures et contribuer à la réconciliation entre victimes et auteurs de crimes. Par le biais de la participation des victimes, la justice punitive peut aussi se transformer en justice réparatrice³. Ce fut donc sans surprise que des règles sur la participation des victimes ont été insérées dans le statut de la CPI en 1998⁴. Dans les procédures devant la Cour pénale internationale (CPI), les victimes joueront un rôle beaucoup plus important que dans les procédures devant le

³ Voir *in extenso* Cambodian Human Rights and Development Association (ADHOC), « Comment on the right of the civil party in the proceedings of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia », disponible sur : http://www.adhoc-chra.org/?fn=full_text&id=181.

⁴ Articles 68 et 75 du statut de la CPI.

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ou devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

En ce qui concerne le tribunal cambodgien, la participation des victimes n'est pas incluse dans l'accord entre les Nations-Unies et le Cambodge sur les CETC ou dans la loi cambodgienne relative à la création des CETC. Cela ne signifie toutefois pas que les victimes soient *a priori* exclues de participer aux procédures des CETC. Au contraire, les victimes disposent en fait d'un droit de participation bien plus étendu dans les procédures devant les CETC que dans n'importe quelle autre procédure pénale internationale. Dans la mesure où les CETC fonctionnent au sein de la structure judiciaire cambodgienne préexistante, les règles cambodgiennes de procédure relatives à la participation des victimes s'appliquent. Ces règles, empruntées à la procédure pénale française, garantissent d'importants droits procéduraux aux victimes, comme le droit de se constituer partie civile pour toute victime d'un crime relevant de la juridiction de la cour⁵. Les victimes peuvent se constituer partie civile en déposant une demande devant les co-juges d'instruction de la cour ou devant la chambre de première instance⁶. Lorsque les victimes participent en tant que partie civile, elles deviennent partie aux poursuites, ce qui signifie qu'une protection de la part du tribunal peut leur être attribuée, qu'elles ont le droit d'être représentées par un avocat⁷ et qu'elles peuvent demander au co-juge d'instruction de recueillir des preuves en leur nom⁸.

Toutefois, des questions pourraient être soulevées quant à la pertinence et à l'efficacité de règles libérales sur la participation des parties civiles quand il s'agit de poursuivre des crimes graves comme pour ceux pour lesquels les CETC ont juridiction. Le système de la constitution de partie civile peut-il fonctionner pour de tels crimes, qui impliquent un grand nombre de victimes ? Le tribunal ne risquerait-il pas d'être submergé par les plaintes ? Ces questions ont été prises en compte dans le règlement intérieur des CETC (adopté en juin 2007)⁹. Alors que toutes les victimes ont le droit d'agir en tant que partie civile, c'est-à-dire de participer aux poursuites et de demander réparation, la représentation individuelle est fortement découragée afin d'éviter que la cour ne soit noyée sous les plaintes. Des avocats communs choisis sur la liste tenue par l'Unité des victimes des CETC¹⁰ sont supposés représenter les groupes de parties civiles. À défaut, les co-juges d'instruction ou les chambres peuvent organiser cette représentation¹¹. De plus, des victimes peuvent aussi choisir d'exercer leur action civile en devenant membres d'une association de victimes. Elles seront représentées par les avocats de l'association¹². Ces règles reflètent les règles relatives à la représentation des victimes contenues dans le

⁵ Règle 23 (2) du règlement intérieur.

⁶ Règle 23 (3)-(4) du règlement intérieur.

⁷ Règle 23 (6)-(7) du règlement intérieur.

⁸ Règle 59 (5) du règlement intérieur.

⁹ Tel qu'amendé le 1^{er} février 2008, disponible à partir du lien suivant <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/574.c2V0TGFuZz1GUiZMPUZS.html> ; Voir pour un commentaire : G. Acquaviva, « New Paths in International Criminal Justice? The Internal Rules of the Cambodian Extraordinary Chambers », (2008) 6 *JICJ* 129.

¹⁰ L'Unité des victimes a été mise en place par la règle 12 du règlement intérieur.

¹¹ Règle 23 (8) du règlement intérieur.

¹² Règle 23 (9) du règlement intérieur.

règlement de procédure et de preuve de la CPI¹³. Si les parties civiles sont regroupées en et autour d'un nombre relativement petit d'associations ou d'avocats, comme prévu dans ce système de représentation commune et si l'Unité des victimes fonctionne correctement, alors la participation des victimes aux procédures du tribunal semble réalisable¹⁴.

b. Réparations pouvant être accordées par le tribunal cambodgien

L'un des buts principaux de l'action de la partie civile est clairement d'obtenir une éventuelle réparation pour le dommage subi¹⁵. Au regard du nombre potentiellement élevé de plaintes, du dommage considérable causé et de l'indigence possible des personnes accusées qui seront reconnues coupables, il est peu probable que des réparations pécuniaires, payables par les accusés, soient accordées. À la place, un fonds sur le modèle de celui de la CPI, pour lequel des donateurs contribuent au profit des victimes et de leurs familles¹⁶, pourrait être envisagé. Un tel fonds ne peut être envisagé pour accorder des réparations individuelles mais peut permettre d'accorder des réparations collectives, voire même non pécuniaires. La construction de mémoriaux et l'accès à des services d'aide psychologique ont été envisagés comme des formes possibles de réparation collective. De plus, le transfert au fonds de toute propriété confisquée a été préconisé¹⁷. Lorsque le tribunal a adopté son règlement intérieur, il n'a toutefois pas envisagé la mise en place d'un tel fonds. Au lieu de cela, il a opté pour un système de réparations collectives et morales qui devront être accordées aux dépens et à la charge des condamnés¹⁸. Les réparations accordées par les CETC seront principalement symboliques et conformément au règlement intérieur, elles prendront la forme d'une ordonnance de publication du jugement dans un journal ou un autre media au frais du condamné, d'une obligation de financer une activité ou un service non lucratif au profit des victimes, ou toute autre forme appropriée ou similaire de réparation¹⁹. Selon ces règles et dans le cas où aucun fonds n'existerait, une réparation pourrait être accordée uniquement dans la mesure où le condamné dispose de ressources financières suffisantes²⁰.

¹³ Conformément à la règle 90.2 du règlement de procédure et de preuve de la CPI, « [l]orsqu'il y a plusieurs victimes, les Chambres peuvent, afin d'assurer l'efficacité des procédures, demander aux victimes ou à un groupe particulier de victimes de choisir, [...], un ou plusieurs représentants légaux communs. » Conformément à la règle 90.3 « [s]i les victimes ne sont pas en mesure de choisir un ou plusieurs représentants légaux communs dans le délai imparti par la Chambre, celle-ci peut demander au Greffier de désigner un ou plusieurs représentants légaux. »

¹⁴ Voir aussi Acquaviva, *supra* n. 9, p. 141.

¹⁵ Règle 23 (1) (b) du règlement intérieur. L'autre but est de « [p]articiper, en soutien à l'accusation, aux poursuites des personnes responsables d'un crime relevant de la compétence des CETC. »

¹⁶ Article 79 du statut de la CPI.

¹⁷ Voir D. Boyle, « The ECCC: the Rights of Victims », (2006) 4 *JICJ* 307, 312.

¹⁸ Règle 23 (11) du règlement intérieur.

¹⁹ Règle 23 (12) du règlement intérieur.

²⁰ En fait, sauf pour Duch, les « candidats à l'accusation » devraient avoir des fonds suffisants. Il existe des éléments de preuve indiquant que les Khmers rouges ont accumulé des sommes considérables après avoir été chassé du pouvoir en 1979. Ces sommes ont été générées par les revenus des fonds fournis par leurs alliés étrangers et par la vente de pierres précieuses en provenance de la région de Pailin, que les Khmers rouges ont contrôlée jusque dans les années 1990. Éventuellement, il serait possible de localiser et de confisquer

c. Participation des parties civiles à la procédure d'appels contre les décisions de détention provisoire

Le règlement intérieur du tribunal expose l'implication précise du mécanisme de l'action civile et des effets procéduraux que cela comporte²¹. Bien que la règle 23 énonce que le but de l'action civile soit de « [p]articiper [...] aux poursuites », il n'est pas clair de savoir jusqu'à quel point et à quel moment des procédures les parties civiles peuvent effectivement exercer leur droit de participation. Dans l'affaire contre Nuon Chea, la question soulevée fut de savoir si les parties civiles pouvaient également participer à une procédure d'appel contre une ordonnance de mise en détention provisoire émise par les co-juges d'instruction. À la lecture du règlement intérieur, les parties civiles n'avaient certainement pas le droit de faire appel d'une telle ordonnance²². Cependant, la règle 23 qui pourvoit la participation des parties civiles aux « poursuites », ne semble pas exclure que la partie civile puisse formuler des observations pendant les audiences devant la Chambre préliminaire une fois qu'un appel a été formulé, par exemple, par la Défense. En effet, il n'y a pas dans la règle 23, de distinction entre la phase préalable au procès et la procédure d'instance.

La CP siégeant dans l'appel en l'affaire *Nuon Chea*, adopta une interprétation littérale, téléologique et systématique de la règle 23 afin d'arriver à la conclusion selon laquelle les parties civiles avaient le droit de participer à toutes les poursuites y compris aux appels contre des ordonnances de mise en détention provisoire. De l'opinion de la Chambre préliminaire, non seulement ceci ressortait de la lecture du texte de la règle 23 mais c'était aussi soutenu par l'objectif de réconciliation cambodgienne ; objectif que la participation des parties civiles servait²³. De plus, le code de procédure pénale cambodgien prévoit de manière spécifique que les parties, y compris les parties civiles, peuvent déposer des mémoires devant la « chambre d'instruction » siégeant pour les appels contre des ordonnances de mise en détention provisoire²⁴. C'est sur le modèle de cette « chambre d'instruction » que la Chambre préliminaire a été créée (chambre préliminaire qui, en fin de compte, est un tribunal au sein du système juridique cambodgien) afin que les mesures relatives à la « chambre d'instruction » contenues dans le code de procédure pénale puissent guider la CP dans sa compréhension des procédures applicables à son propre fonctionnement²⁵.

l'argent des Khmers rouges aux mains des accusés et de l'utiliser dans l'intérêt collectif des victimes, c'est-à-dire dans l'absolu, l'ensemble du peuple cambodgien.

²¹ Règle 23 du règlement intérieur, comme exposé longuement dans les sous-sections 1(a) et 1(b).

²² Règle 74 (4) du règlement intérieur, *a contrario*, qui donne une liste limitée de moyens d'appel par les parties civiles lors de la phase préalable au procès.

²³ PTC, Decision on Civil Party Participation in Provisional Detention Appeals, Criminal Case File N° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC01), 20 March 2008, paras. 36-37. Decision on civil party petition, paras. 36-37.

²⁴ Articles 259 et 260 du code de procédure pénale cambodgien. Decision on civil party petition, paras. 29 et 38.

²⁵ *Id.*; article 2 de la loi relative à la création des CETC (« des chambres extraordinaires sont créées au sein de l'appareil judiciaire existant »), disponible sur <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/579.html> ; article 12.1 de l'accord entre l'ONU et le gouvernement royal cambodgien, sur le fait que les poursuites des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique est régie par le droit cambodgien (« la

Après avoir déclaré qu'au regard de la loi cambodgienne applicable et de sa logique, les parties civiles pouvaient participer aux appels devant la CP contre des ordonnances de mise en détention provisoire, la CP est allée plus loin en analysant cette conclusion à la lumière des normes internationales. Cette procédure d'analyse est conseillée bien que non obligatoire, par l'accord entre les Nations Unies et le gouvernement royal cambodgien, qui stipule que « si se pose la question de la compatibilité d'une règle du droit cambodgien avec les normes internationales, les règles de procédure établies au niveau international pourront aussi servir de référence »²⁶. Il est profitable à la CP de procéder à une analyse du droit international, car s'appuyer sur le droit procédural international permet manifestement de dissiper tout doute quant à l'injustice des procédures devant les CETC. On peut aussi noter que dans l'ordonnance de mise en détention provisoire contre Duch (le premier suspect contre lequel une enquête a été ouverte) et dans l'appel contre cette ordonnance, beaucoup de références ont été faites au droit international et aux solutions étrangères, même si cela est principalement dû à une lacune du droit cambodgien plutôt qu'à une possible divergence de ce droit avec les normes internationales²⁷.

Néanmoins, les règles de procédure pénale internationale ne semblent pas particulièrement corroborer le type de droits élargis accordé aux victimes par les règles de procédure des CETC. Comme nous l'avons déjà exposé, les victimes ont plus de droits dans les procédures devant les CETC que dans n'importe quelle autre procédure pénale internationale²⁸. Il n'est donc pas surprenant que la Chambre préliminaire n'ait pas cherché à s'appuyer sur les normes et l'usage des tribunaux pénaux internationaux en ce qui concerne la participation des victimes (hormis la CPI) lors de son analyse des standards internationaux. Elle s'est plutôt guidée à l'aide de deux résolutions (non contraignantes) de l'Assemblée générale de l'ONU exposant les principes de base de la justice pour les victimes et leur droit à un recours et à une réparation²⁹, et avec les statuts des tribunaux des territoires administrés de façon transitoire par l'ONU après de violents conflits, notamment au Timor Oriental (administré par l'ATNUTO) et au Kosovo (administré par la MINUK)³⁰. Le premier moyen prévoit l'accès à la justice pour les victimes de violations

procédure est régie par le droit cambodgien », disponible sur <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/575.c2V0TGFBuZz1GUiZMPUZS.html>

²⁶ Article 12.1 de l'accord entre l'ONU et le gouvernement royal cambodgien.

²⁷ Office des co-juges d'instruction, Ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias « Duch », 31 juillet 2007, disponible sur <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/576.TDIGUG.html> ; Chambre préliminaire, décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias « Duch », dossier pénal n° 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP01), 3 décembre 2007 (traitant de la théorie de l'abus de procédure).

²⁸ Acquaviva, *supra* n. 9, 140.

²⁹ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, Résolution 40/34, 29 novembre 1985 ; *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, Résolution 60/147, 16 décembre 2005 ; Decision on civil party petition, paras. 30-31, 40.

³⁰ Sur ces cours et tribunaux internationaux/internationalisés peu connus, voir : G. Naarden et J. Locke, « Peacekeeping and Prosecutorial Policy: Lessons From Kosovo », (2004) 98 *AJIL* 727 ; D. Cohen,

graves des droits de l'homme alors que le second prévoit le droit des victimes dans les procédures nationales (sous supervision internationale). Néanmoins, aucun des documents cités ne prévoient spécifiquement la participation des parties civiles aux appels contre des ordonnances de mise en détention provisoire³¹. Cela ne signifie pas que l'analyse juridique réalisée par la Chambre préliminaire soit inexacte : on peut, en effet, soutenir que ces documents témoignent d'un principe émergent accordant des droits plus étendus aux victimes dans les procédures pénales internationales/internationalisées. Ce principe s'applique particulièrement aux tribunaux hybrides tels que les tribunaux mis en place pour et au Kosovo, au Timor Oriental, au Cambodge et en Sierra Leone (bien que ce dernier tribunal ne soit pas cité par les CETC quant à la participation des victimes). Contrairement au TPIR et au TPIY, ces tribunaux ont été précisément créés dans l'État où les atrocités se sont déroulées afin que les victimes locales puissent être plus impliquées³².

Afin de soutenir le principe accordant des droits plus étendus aux victimes dans les poursuites pénales internationales/internationalisées, la Chambre préliminaire a invoqué, en sus des documents évoqués précédemment, l'article 68 (3) du statut de la CPI³³. Par la même occasion, elle a toutefois clarifié le fait que la règle 23 des CETC avait une portée plus large que l'article 68 (3) du statut de la CPI³⁴. En effet, alors que cette dernière disposition stipule que « la Cour permet que [les] vues et préoccupations [des victimes] soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés » uniquement « [l]orsque les intérêts personnels des victimes sont concernés », le règlement intérieur des CETC prévoit qu'une partie civile peut, une fois qu'elle a été admise, participer à toutes les étapes de la procédure sans avoir à démontrer un intérêt spécifique à chaque étape de cette procédure³⁵. Dans ce contexte, la chambre d'appel statua dans sa

« "Hybrid" Justice in East Timor, Sierra Leone, and Cambodia: "Lessons Learned" and Prospects For the Future », (2007) 43 *Stan JIL* 1.

³¹ Les décisions généralement encadrées de l'ONU ne traitent pas des formes spécifiques de participation des victimes aux procédures pénales. L'article 12.3 du règlement 2000/30 du 25 septembre 2000 relatif à la procédure criminelle transitoire au Timor oriental, UNTAET/REG/2000/30, cité par la CP indique pour sa part simplement que toute victime a le droit d'être entendue lors d'une audience relative à l'examen ou relative à une demande de mise en liberté provisoire. L'appel devant la CP en l'affaire Nuon Chea était relatif à une ordonnance de mise en détention provisoire et non pas à une ordonnance de mise en liberté provisoire. De plus, en application de la règle 63 (1) du règlement intérieur des CETC, les co-juges d'instruction ne peuvent entendre que « les co-procureurs, la personne mise en examen et son avocat », comme l'a admis la CP dans sa décision relative à la participation des parties civiles (Decision on civil party petition, para. 41). L'article 80 du code provisoire de procédure pénale du Kosovo (Provisional Criminal Procedure Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/26, Official Gazette, 6 juillet 2003, disponible sur <http://www.unmikonline.org/regulations/2003/RE2003-26.pdf>) est le seul qui pourrait être vu comme allant dans le sens d'une participation des parties civiles aux appels contre des ordonnances de mise en liberté provisoire. Il stipule qu'à tous les stades de la procédure pénale, la partie lésée a le droit d'attirer l'attention sur tout fait et de proposer des éléments de preuve. La CP n'a cependant pas présenté d'élément de preuve indiquant que les cours au Kosovo avaient interprété cette disposition comme autorisant les « parties lésées » (*injured parties*, le terme utilisé dans le code kosovar) à présenter des argumentations écrites ou orales devant la Chambre préliminaire lors d'audiences relatives à un appel contre une ordonnance de mise en détention provisoire.

³² Voir par exemple, Cohen, *supra* n. 30, 5-6.

³³ Decision on civil party petition, paras. 32, 40.

³⁴ *Id.*, para. 49.

³⁵ *Id.*

décision du 13 février 2007 en l'affaire *Lubanga*³⁶, sur la participation des victimes aux audiences d'appel relatives à une ordonnance de mise en détention provisoire, conformément à l'article 68 (3) du statut de la CPI. Suivant cette décision, pour que les victimes puissent participer aux appels, une demande de participation à cette fin doit être présentée³⁷. Les victimes doivent y joindre « [...] une déclaration qui précise si et dans quelle mesure leurs intérêts personnels sont concernés ... et qui explique pourquoi la Chambre d'appel doit déterminer qu'il est "approprié" de leur permettre d'exposer leurs vues et leurs préoccupations»³⁸. Dans sa décision du 13 février 2007, la chambre d'appel soutint que les intérêts personnels des victimes étaient affectés par les circonstances de l'affaire³⁹.

Au regard des règles de la CPI, la possibilité accordée aux victimes de participer n'est pas automatique⁴⁰. À la différence, à la lecture du règlement des CETC et en particulier la règle 23 telle qu'interprétée par la CP, les parties civiles *ont le droit de* participer. Cela ne signifie pas pour autant que la participation des parties civiles aux procédures d'appel contre les mises en détention provisoire devant les CETC soit nécessairement automatique. Comme l'a signalé la CP dans l'appel en l'affaire *Nuon Chea*, le règlement intérieur exige aussi que la procédure des CETC soit « équitable et

³⁶ Il doit être noté qu'il n'existe aucun élément indiquant que les victimes auraient été entendues par le procureur ou la CPI au sujet de la délivrance du mandat d'arrêt contre Thomas Lubanga Dyilo ; le mandat d'arrêt, délivré sous scellés, n'en fait pas mention. Voir *a contrario* les paragraphes du préambule dans *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Mandat d'arrêt, Affaire ICC-01/04-01/06-824, 10 février 2006.

Il faut comprendre que d'après le statut de la CPI, la détention provisoire qui suit l'exécution d'un mandat d'arrêt ne peut faire l'objet d'un appel (*a contrario*, article 82 du statut de la CPI ; il n'existe rien d'assimilable à une « ordonnance de mise en détention provisoire » de la CPI). Au lieu de cela, la personne arrêtée peut faire une demande de mise en liberté provisoire, en application de l'article 60 (2)(3) du statut de la CPI. La Chambre préliminaire réétudiera périodiquement sa décision relative à la mise en liberté ou en détention provisoire. Le 23 mai 2006, Lubanga a déposé une requête de remise en liberté. Les victimes ont été autorisées à jouer un rôle lors de la procédure relative à la requête de Lubanga (qui a été finalement rejetée par la Chambre préliminaire). *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06-586, Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 18 octobre 2008, faisant référence dans le préambule aux « Observations des victimes a/0001/06, a/0002/06 et a/0003/06 sur la demande de mise en liberté introduite par la Défense », 9 octobre 2006, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/07-01/06-530.

³⁷ Chambre d'appel de la CPI, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06-824, 13 février 2007, paras. 38-39.

³⁸ *Id.*, para. 44.

³⁹ *Id.*, para. 54. La décision du 13 février 2007 donne raison à la décision antérieure de la Chambre d'appel autorisant les victimes à participer à l'appel. Chambre d'appel de la CPI, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06-769, 12 décembre 2006, 3^e et 4^e décision.

Cependant, dans une décision apparentée du 13 juin 2007 relative à la possibilité de faire appel de la confirmation des charges contre Lubanga, la Chambre d'appel de la CPI a conclu que l'article 68 (3) du statut *excluait* la participation de victimes particulières aux procédures d'appel, parce qu'elles n'avaient pas montré que leurs intérêts personnels étaient affectés par les considérations préliminaires relatives à la question de savoir si l'appel avait été correctement formulé par l'appelant en application de l'article 82 (1) (b) du statut de la CPI. Chambre d'appel de la CPI, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06-925, 13 juin 2007, paras. 21-30.

⁴⁰ *Contra* Chambre d'appel de la CPI, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06, 13 février 2007, Opinion dissidente du juge Sang-Hyun Song concernant la participation des victimes (déclarant que la participation ne dépend pas d'une demande des victimes puis d'une autorisation par la Chambre d'appel).

contradictoire et préserve [...] l'équilibre des droits des parties »⁴¹. En l'espèce, la CP a indiqué que cet équilibre avait été préservé dans la mesure où la personne inculpée avait eu la possibilité de répondre à la version écrite du réquisitoire oral des parties civiles et avait effectivement répondu⁴².

Toutefois, la décision de la CP ne garantit pas une future participation des victimes à d'autres appels. Dans l'appel en l'affaire *Nuon Chea*, l'équilibre entre les parties peut avoir été préservé au regard des circonstances. Cependant, si un nombre considérable de parties civiles venaient à participer à la procédure d'appel, l'équilibre pourrait pencher en faveur de la Défense. La CP a laissé cette question ostensiblement ouverte⁴³. Il ressort cependant clairement de cette décision que, bien que les parties civiles n'aient pas besoin de montrer un intérêt particulier, leur participation aux procédures d'appel relatives à une mise en détention provisoire n'est pas automatique. Aussi, comme dans toute affaire, une analyse minutieuse de l'équilibre entre les droits de chaque partie et une prise en considération de l'efficacité procédurale est nécessaire⁴⁴. Le fait que la participation des victimes aux procédures d'appel ne soit pas automatique rend la référence faite par la CP à l'article 68 (3) du statut de la CPI compréhensible. L'article 68 (3) de la CPI et la règle 23 (*juncto* 21) des CETC élargissent tous deux l'étendue de la participation des victimes (en comparaison à d'autres tribunaux pénaux à caractère international). Néanmoins cela requière des cours qu'elles équilibrent les intérêts des victimes à participer avec d'autres intérêts allant contre cette participation des victimes. Dans l'affaire *Nuon Chea*, cet équilibrage a abouti à la participation effective des victimes.

Immédiatement après avoir rendu sa décision en l'affaire *Nuon Chea*, la CP autorisa les avocats des parties civiles dans les affaires Khieu Samphan et Ieng Tirth à présenter leurs réponses aux mémoires d'appel présentés par les personnes inculpées

⁴¹ Decision on civil party petition, para. 43, citant la règle 21 (1) (a) du règlement intérieur.

⁴² Les parties civiles n'avaient pas présenté d'argumentation écrite avant l'audience devant la CP des 7 et 8 février 2008. Cependant, le 12 février 2008, la CP a émis une ordonnance enjoignant toutes les parties aux procédures en instance relatives à la mise en détention provisoire (et pas uniquement l'appel formulé par Nuon Chea) et tous les *amicus curae* à déposer leurs mémoires relatifs à la question des parties civiles soulevée lors de l'audience. Les avocats des parties civiles ont dûment déposé une version écrite de leur exposé à laquelle les co-avocats de trois des personnes inculpées ont répondu. *Id.*, paras. 8-9, 13, 16-18, 46.

⁴³ *Id.*, para. 48, "The Pre-Trial Chamber has reflected upon the implications of its decision for the future. In exercising its jurisdiction, the Pre-Trial Chamber cannot speculate on facts that may or may not be presented to it in the future, as its jurisdiction is limited to only matters that have occurred and not those that may occur." (« La Chambre préliminaire a réfléchi aux implications que pourrait avoir sa décision dans le futur. En exerçant sa juridiction et dans la mesure où celle-ci est limitée aux affaires s'étant déjà produites et non à celles qui pourraient se produire, la Chambre préliminaire ne peut spéculer sur des faits qui pourront ou non avoir lieu dans le futur », traduction non officielle).

⁴⁴ *Id.*, para. 46, "This [decision] does not foreclose the possibility that the Civil Parties will in the future be encouraged or required to join their submissions where they share the same views in order to enhance the efficiency of the proceedings." (« Cette décision n'empêche pas que, dans le future, on encourage ou exige des parties civiles qu'elles groupent leurs argumentations lorsqu'elles partagent la même opinion afin d'accroître l'efficacité des procédures. », traduction non officielle).

contre une ordonnance de mise en détention provisoire⁴⁵. En limitant la longueur des réquisitoires des parties civiles, la CP semble avoir harmonisé le droit des victimes à participer aux procédures d'appel relatives aux personnes inculpées et le droit de la Défense et ce, au regard de l'efficacité procédurale.

2. Décision relative à la récusation du juge Ney Thol (4 février 2008)

Avant que la CP ne rende sa décision relative à l'appel interjeté contre l'ordonnance de placement en détention provisoire en l'affaire *Nuon Chea*, la CP a entendu les arguments de la Défense relatifs à sa demande aux fins de récusation d'un des membres de la Chambre, le juge Ney Thol. Dans l'affaire Duch, Ney Thol avait décidé de se récuser⁴⁶, probablement en raison de son implication en tant que juge au sein du Tribunal militaire cambodgien⁴⁷, mais il ne le fit pas dans l'affaire Nuon Chea. Cela peut s'expliquer par le fait que Duch ait été mis en détention provisoire à la demande du Tribunal militaire avant d'être transféré aux CETC, alors que Nuon n'a pas été détenu par les autorités cambodgiennes avant que les co-juges d'instruction des CETC n'ordonnent sa mise en détention provisoire le 19 septembre 2007. Cependant, Ney Thol était et reste un officier de l'Armée royale cambodgienne (RCAF) mais aussi un membre du parti politique cambodgien dominant, le Parti du peuple cambodgien (CPP), alors qu'il appartient à un système judiciaire qui n'est guère réputé pour son indépendance. Les co-avocats de Nuon Chea pensaient qu'il s'agissait là d'éléments suffisants pour prouver le parti pris de Ney Thol et ont en conséquence présenté une demande aux fins de récusation à la CP⁴⁸ qui devait se prononcer sur la mise en détention provisoire de Nuon Chea.

Évidemment, les juges des CETC, comme ceux des autres tribunaux pénaux internationaux/internationalisés et de toute juridiction fondée sur l'État de droit, sont présumés indépendants et impartiaux dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁹. De plus, les critères permettant de déterminer si un juge ne répond pas aux exigences d'impartialité et d'indépendance sont élevés. Comme l'ont statué le TPIY, le TPIR et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), les juges sont présumés impartiaux et c'est à la partie

⁴⁵ CP, *Instructions aux parties civiles relativement aux argumentations écrites*, Khieu Samphan, 002/19-09-2007-CETC-BCJI (CP 04), 24 mars 2008 et *Instructions aux parties civiles relativement aux argumentations écrites*, Ieng Tirth, 002/19-09-2007-CETC-BCJI (CP 02), 24 mars 2008.

⁴⁶ Public notification, 6 novembre 2007, voir http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/files/ptc/recusal_notification_061107.pdf

⁴⁷ Open Society Justice Initiative, *Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*: December 7, 2007 Update, p. 8, voir www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=18923.

⁴⁸ D'après la règle 34.2 du règlement intérieur des CETC, « un juge peut être récusé par une partie, alors qu'il est saisi d'une affaire dans laquelle il est ou a été impliqué personnellement ou financièrement, ou à laquelle il est ou a été associé dans des conditions de nature à porter objectivement atteinte à son impartialité ou à donner l'apparence d'un préjugé. » Voir également les articles 556 et 557 du code cambodgien de procédure pénale. Malheureusement, les CETC n'ont pas rendu public le mémoire de la défense.

⁴⁹ Articles 3.3 *juncto* 7.2 de l'accord entre l'ONU et le gouvernement royal cambodgien et l'article 10 de la loi relative à la création des CETC.

requérant la récusation de remettre en cause cette présomption⁵⁰. Cela semble logique dans la mesure où si des critères moins stricts étaient appliqués, les parties feraient systématiquement des demandes aux fins de récusation, ce qui entraverait le bon fonctionnement de la justice⁵¹.

En raison de ces critères élevés requis dans la procédure pénale internationale pour déterminer si un juge a un parti pris, les demandes aux fins de récusation n'ont que rarement abouti. Dans l'affaire *Furundžija*, dans laquelle l'accusé était entre autres inculpé pour viol comme crime de guerre, le TPIY statua que l'implication du juge Mumba (président) dans la Commission des Nations Unies de la condition de la femme (qui avait demandé à ce que le TPIY juge les viols systématiques commis dans l'ex-Yougoslavie) ne pouvait susciter « chez un observateur raisonnable et dûment informé une crainte légitime de partialité »⁵². Dans l'affaire *Karemera et al.*, le TPIR statua qu'on ne pouvait raisonnablement dire qu'il existe un parti pris en se basant sur certaines décisions prises par les juges dans la même affaire⁵³. Enfin, dans l'affaire *Norman*, le TSSL, qui devait se prononcer sur le fait de savoir si l'enrôlement d'enfants soldats était un crime en droit coutumier international, statua que l'implication du juge Winter dans un rapport de l'UNICEF ainsi que sa participation à un programme de master sur les droits des enfants, n'étaient pas des preuves de parti pris de sa part⁵⁴.

Cependant, dans une autre affaire devant le TSSL, la Défense est parvenue à obtenir la récusation du juge Robertson qui avait écrit dans un livre que le Front révolutionnaire unit (RUF), dont l'accusé était un membre, était coupable de crimes de guerre⁵⁵. La CP des CETC saisie de l'appel de Nuon Chea n'a (ostensiblement) pas cité cette affaire. Elle n'a pas non plus citée l'affaire *Čelebići* dans laquelle la Chambre d'appel du TPIY a signifié que l'exercice par un juge, d'une quelconque fonction exécutive dans son État d'origine alors qu'il ou elle est juge au Tribunal, pouvait raisonnablement

⁵⁰ TPIY, Chambre d'appel, *Procureur c. Furundžija*, IT-95-17/1-A, Arrêt, 21 juillet 2000, para. 196 ; ICTR, Trial Chamber, *Prosecutor v. Karemera, Rwamajuba, Ndirumapatse, Nzirorera*, 17 May 2004, para. 25 ; SCSL, *Prosecutor v. Norman*, SCSL-2004-14-PT, Decision on the Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the Preliminary Motion on the Recruitment of Child Soldiers.

⁵¹ TPIY, Chambre d'appel, *Procureur c. Delalić et al.* (« *Čelebići* »), Arrêt, IT-96-21-A, 20 février 2001, para. 707 (« La raison en est que, si une apparence réelle de parti pris de la part d'un juge ébranle la confiance dans l'administration de la justice, l'impartialité et l'équité de la justice seraient également menacées si les juges accusés sans raison ni preuve d'un parti pris apparent devaient se déporter. ») ; *Furundžija*, *supra* n. 50, para. 197.

⁵² *Furundžija*, *supra* n. 50, paras. 195-215. La CP s'est fondée sur ce critère de partialité, énoncé par le TPIY au para. 189, pour déterminer si Ney Thol avait un parti pris. *Voir* Decision on application for disqualification, para. 20.

⁵³ *Supra* n. 50.

⁵⁴ *Supra* n. 50 (se référant à *Furundžija* et *Karemera*).

⁵⁵ SCSL Appeals Chamber, *Prosecutor v. Sesay*, Decision on Disqualification of Justice Robertson from Appeals Chamber, SCSL-2004-15-PT058, 13 March 2004. Le juge Robertson n'a pas été totalement récusé. Il ne l'a été que pour ce qui est des motions impliquant des membres allégués du RUF et dont les décisions étaient pendantes devant la Chambre d'appel et pour les affaires impliquant le RUF lorsqu'elles arrivent devant la Chambre d'appel. Décision, para. 18, réaffirmant : Appeals Chamber, SCSL-2004-15-PT140, Decision on defence motion seeking clarification of the decision on the disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber, 25 May 2004, paras. 1-2.

soulever des appréhensions quant à son impartialité⁵⁶. Il transparait de ces deux affaires que, si les critères de détermination d'un parti pris sont élevés, ils n'en sont pas pour autant insurmontables. Compte-tenu des contextes politiques souvent difficiles dans lesquels opèrent les tribunaux internationaux/internationalisés et le rôle qu'ils sont censés jouer dans le renforcement de l'État de droit dans des sociétés en sortie de conflit, leurs juges seront vraisemblablement l'objet d'un examen scrupuleux justifié⁵⁷. Ils devraient donc se récuser ou être recusés si, comme l'a dit le TPIY dans l'affaire *Furundžija*, ils peuvent susciter « chez un observateur raisonnable et dûment informé une crainte légitime de partialité »⁵⁸.

S'appuyant sur les critères de l'affaire *Furundžija* pour répondre à la demande aux fins de récusation du juge Ney Thol, la CP des CETC a souligné que Ney Thol n'occupait pas cette fonction en tant qu'officier de la RCAF, mais à titre personnel⁵⁹ et que les éléments de preuve présentés par la défense étaient insuffisants pour remettre en cause la présomption d'impartialité⁶⁰. Quant au fait que le juge Ney Thol soit un membre du CPP, la CP a observé que ce simple fait ne permettait pas de déduire nécessairement que ses décisions sont orientées politiquement⁶¹. De plus, elle statua que l'analyse d'un juge dans une affaire n'implique pas l'impartialité de ce juge dans une autre affaire (comme le soutenait la Défense) et que des observations générales sur la compétence supposée et les motivations de l'organe judiciaire cambodgien dans son ensemble n'étaient pas des éléments permettant d'appréhender l'impartialité du juge Ney Thol dans l'affaire *Nuon Chea*⁶². La CP a donc rejeté la demande.

Cette décision peut faire l'objet de sérieuses critiques, notamment parce que le fait que se soit à titre personnel que Ney Thol occupe un poste de juge au sein des CETC alors qu'il est officier dans la RCAF, n'indique pas qu'il soit impartial. Comme l'a soutenu le TPIY dans l'affaire *Čelebići*, une preuve objective de partialité peut être vue dans le fait qu'un juge combine son poste de juge et une fonction exécutive dans son pays d'origine. La question se pose alors de savoir si le poste d'officier dans l'armée cambodgienne, qui fait partie du pouvoir exécutif cambodgien, est un poste de l'exécutif. Dans la mesure où

⁵⁶ *Čelebići*, *supra* n. 51, paras. 684 et 685 *a contrario*. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel du TPIY avait souligné que la juge Odio Benito n'exercerait aucune fonction exécutive au Costa Rica où elle venait d'être élue Vice-président, avant d'avoir rempli ses devoirs en tant que membre de la chambre de première instance dans l'affaire *Čelebići*. *Id.*

⁵⁷ Voir également T. Meron, « Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals », (2005) 99 *Am J Int'l L* 359, 361.

⁵⁸ *Furundžija*, *supra* n. 50, para. 189 ; soutenu par Meron, *supra* n. 57.

⁵⁹ Decision on application for disqualification, para. 24, rejetant, au para. 25 la comparaison avec l'affaire *Öcalan* devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Cour européenne statua que « certaines caractéristiques du statut des juges militaires siégeant au sein des cours de sûreté de l'État rendent sujette à caution leur indépendance vis-à-vis de l'exécutif » *Öcalan c. Turquie*, Jugement de la Grande Chambre, 12 mai 2005, para. 112, voir <http://www.echr.coe.int/echr/>. Contrairement à l'affaire *Öcalan*, le juge en l'affaire *Nuon Chea* n'occupait pas son poste de juge en sa qualité d'officier militaire, mais à titre personnel.

⁶⁰ *Id.*, para. 26.

⁶¹ *Id.*, para. 28.

⁶² *Id.*, paras. 31-32.

Ney Thol a le grade de général, on pourrait supposer que c'est effectivement le cas ; les officiers de haut rang ont généralement la même influence sur les prises de décisions que les civils de même importance⁶³. Le double loyalisme de Ney Thol soulève de sérieuses préoccupations⁶⁴ dans un pays comme le Cambodge, dépourvu de toute tradition d'indépendance de la justice, dans lequel le personnel cambodgien des CETC (à qui le devoir patriotique de chasser les Khmers rouges a été bien inculqué)⁶⁵ fait inmanquablement l'objet de nominations politiques⁶⁶. Il se pourrait que la présomption bien établie d'impartialité et d'indépendance des juges (présomption qui est apparue dans des systèmes juridiques matures et qui a ensuite été appliquée aux mécanismes de la justice pénale internationale) ne puisse être transposée directement dans les procédures conduites par des systèmes judiciaires émergents et sous-développés comme celui du Cambodge⁶⁷. Dans de tels systèmes, l'argument selon lequel les juges « sont en mesure de maintenir leur esprit libre de toute conviction ou inclination personnelle non pertinente »⁶⁸ pourrait sonner creux.

Aucune preuve d'un parti pris *tangible* contre Nuon Chea n'a cependant été présentée à la CP des CETC. En raison de cette incapacité à présenter suffisamment de preuves et citant la jurisprudence existante⁶⁹, la CP a rejeté la demande de Nuon Chea aux fins de récusation du juge Ney Thol⁷⁰. La CP a pu craindre que prendre une décision contraire, notamment en tenant compte de la (piètre) situation du pouvoir judiciaire au Cambodge et du rôle que Ney Thol a joué dans d'autres affaires en tant que membre de ce

⁶³ Voir Open Society Justice Initiative, Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, février 2008, p. 8, disponible sur http://www.osji.org/db/resource2?res_id=104050 (notant que « la Chambre n'avait pas expliqué de quelle manière les inquiétudes relatives à la continuation du service de Ney Thol en tant que général dans l'armée et président du Tribunal militaire étaient contrebalancées par le fait que, formellement, "il siégeait à titre personnel" », traduction non officielle).

⁶⁴ L'appartenance actuelle de Ney Thol au CPP et son ancienne appartenance au Comité central du CPP pourraient soulever des inquiétudes mais ne justifient pas à elles seules, une récusation. Voir Decision on application for disqualification, paras. 28-29. Pour comparaison, voir : Linton, *supra* n. 64, 334 (insistant sur la nécessité de prendre des mesures statutaires pour interdire aux juges en poste de devenir membres de partis politique). Quoiqu'il en soit, une fois combinées à son poste actuel de militaire de haut rang, ces appartenances justifient la récusation.

⁶⁵ Ph. Ambach, « Die "Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" – endlich Gerechtigkeit? Das lange Tauziehen zwischen den Vereinten Nationen und Kambodscha um wirkungsvolle internationale Strafgerichtsbarkeit », (2006/3) *Humanitäres Völkerrecht* 168, 171 n. 3 (définissant les méthodes de mise en accusation comme un outil tactique utilisé par le gouvernement cambodgien pour en finir avec les Khmers rouges) ; Linton, *supra* n. 64, 339.

⁶⁶ À propos de la faiblesse et de la corruption du système judiciaire cambodgien et les craintes de partialité qu'elles suscitent, voir entre autres : P.M. Wald, « Iraq, Cambodia, and International Justice », (2005-06) 21 *Am U Int'l L Rev* 541, 554 ; Open Society Justice Initiative (ed.), *The Extraordinary Chambers*, New York, Open Society Justice Initiative, 2006, pp. 34 et 105 ; M. Lieberman, « Salvaging the Remains: The Khmer Rouge Tribunal on Trial », (2005) 186 *Mil L Rev* 164, 173 ; S. Linton, « Safeguarding the Independence and Impartiality of the Cambodian Extraordinary Chambers », (2006) 4 *JICJ* 327, 329 (ce dernier traitant de « l'état catastrophique » du système judiciaire et pénal cambodgien).

⁶⁷ Voir également Open Society Justice Initiative, *supra* n. 63, p. 10 (notant que, malheureusement, la présomption d'indépendance est toujours sujette à caution au Cambodge).

⁶⁸ *Furundzija*, *supra* n. 50, para. 197.

⁶⁹ Decision on application for disqualification, paras. 19-20, s'appuyant sur la jurisprudence des tribunaux internationaux.

⁷⁰ *Id.*, para. 34 (conclusion).

pouvoir, aurait ouvert la porte à la récusation de l'ensemble du personnel cambodgien (qui est nommé politiquement)⁷¹. Cela aurait signifié le désaveu de la nature hybride même des CETC, qui donne la prépondérance au personnel cambodgien comme convenu entre le gouvernement et les Nations Unies⁷². Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la CP ait emphatiquement souligné que les CETC « sont une cour à part et indépendante, sans lien institutionnel avec aucune autre cour du Cambodge »⁷³. Les CETC, qui sont une cour cambodgienne (néanmoins sous contrôle international) à mille lieues des tribunaux cambodgiens ordinaires, est sans doute sous bien moindre influence politique que ces tribunaux cambodgiens en général. Cette apparence d'impartialité pourrait aider les CETC à mettre fin à la culture dominante de l'impunité et servir de point d'ancrage pour le renforcement de l'État de droit au Cambodge⁷⁴.

Cependant, même pour les CETC, la justice ne semblera avoir été rendue que si les liens entre les juges et le gouvernement ne sont pas suffisamment étroits pour pousser un observateur rationnel à mettre en doute leur capacité à rendre un jugement impartial (et indépendant)⁷⁵. La déclaration de la CP en l'affaire *Nuon Chea* selon laquelle un observateur objectif informé de toutes les circonstances relatives à la question posée aux CETC ne pourrait avoir la moindre appréhension de parti pris de la part du juge Ney Thol⁷⁶ est certainement ouverte à débat au regard de l'important rôle militaire de Ney Thol. De plus, le test objectif d'impartialité développé par les tribunaux internationaux ne permet pas d'exclure la possibilité que les circonstances dans lesquelles le procès de Nuon Chea devant les CETC se déroule, ne suscitent « chez un observateur raisonnable et dûment informé une crainte légitime de partialité » (c'est à dire le test *Furundzija* cité plus haut). Si ce test ne permet pas de récuser un juge pour des prises de position lors d'affaires antérieures⁷⁷, il n'est pas excessif d'avancer qu'un observateur raisonnable pourrait

⁷¹ Les juges cambodgiens sont nommés par le Conseil supérieur de la magistrature (article 11 de la loi relative à la création des CETC), lui-même un corps nommé selon les affiliations politiques. Linton, *supra* n. 64, 332.

⁷² Les inquiétudes quant au manque d'indépendance du système judiciaire cambodgien ont poussé le groupe d'experts à proposer un tribunal entièrement international en 1999. Voir le *Rapport du Groupe d'experts pour le Cambodge créé par la résolution 52/135 de l'Assemblée générale*, 18 février 1999, en annexe des *Lettres identiques datées du 15 mars 1999, adressées au Président de l'Assemblée générale et au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général*, A/53/850 and S/1999/231, 16 mars 1999. En raison de la vive opposition du gouvernement cambodgien, cette proposition a été abandonnée au bénéfice d'une cour hybride « intégrée » au système cambodgien. Sur l'historique des négociations relatives aux CETC, voir les contributions de C. Etcheson, « A "Fair and Public Trial": a Political History of the Extraordinary Chambers » et D. PoKempner, « The Khmer Rouge Tribunal: Criticisms and Concerns », in Open Society Justice Initiative, *supra* n. 64. Le moins que l'on puisse dire est que l'ONU n'a pas chaleureusement soutenu la structure actuelle de la cour dans laquelle les juges cambodgiens, qui sont perçus comme manquant d'indépendance, représentent la majorité des juges. Voir le *Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*, UN Doc. A/57/769, 31 mars 2003.

⁷³ Decision on application for disqualification, para. 30 (traduction non officielle).

⁷⁴ Voir également Open Society Justice Initiative, *supra* n. 64, 57-58; Lieberman, *supra* n. 64, 169.

⁷⁵ Meron, *supra* n. 57, 366.

⁷⁶ Decision on application for disqualification, para. 34.

⁷⁷ SCSL, *Prosecutor v. Sesay and others*, SCSL-04-15-T, Decision on Sesay and Gbao Motion for voluntary withdrawal or disqualification of Hon. Justice Bankole Thompson from the RUF case, 6 décembre 2007, para. 93 (soulignant que le fait que le juge ait entendu des éléments de preuve et pris position dans d'autres affaires relatives aux mêmes éléments de preuve n'est pas un motif de récusation).

légitimement avoir des craintes quant à l'impartialité de Ney Thol s'il était mis en face de la double loyauté ce dernier⁷⁸.

Quoi qu'il en soit, il est toujours possible, comme l'a observé Meron, de se rassurer avec le fait que tout parti pris peut être corrigé par la nature collégiale des cours. Ce mécanisme interne (la participation de plusieurs juges à la prise de décision) pourrait empêcher le juge partial d'influencer le résultat final des délibérations de la cour⁷⁹. Selon le règlement intérieur des CETC, les décisions ne peuvent être prises que par un vote de quatre juges au moins⁸⁰. Cela veut dire que même si les trois juges cambodgiens étaient tous partiiaux, une décision « partielle » ne pourrait être prise que si au moins un des juges internationaux votait en sa faveur⁸¹. Ce mécanisme de « majorité qualifiée » permettrait aux dommages d'être limités si Ney Thol ou d'autres juges cambodgiens étaient partiiaux. En fait, ce mécanisme a justement été conçu pour compenser les doutes persistants quant à l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire cambodgien. Si les juges cambodgiens devaient se révéler être effectivement des instruments politiques, on ne peut qu'espérer que les juges internationaux soient à même de résister à la pression qu'exerceraient leurs pairs cambodgiens. En dernière analyse, on serait tenté de conclure qu'étant donné la réputation du pouvoir judiciaire cambodgien, le caractère équitable des procédures devant les CETC dépendra de la minorité onusienne au sein du tribunal.

3. Remarques finales

Dans l'affaire *Nuon Chea*, la Chambre préliminaire des CETC a traité un certain nombre de questions conceptuelles ambitieuses. Ses décisions auront des répercussions au-delà de l'affaire *Nuon Chea* elle-même. On l'a déjà vu dans la décision de la CP d'autoriser les parties civiles à participer aux procédures d'appel dans d'autres affaires suite à sa décision rejetant la demande de Nuon Chea d'exclure les parties civiles des procédures relatives à la mise en détention provisoire. De même, la déclaration de la CP selon laquelle il n'existe pas d'appréhension objective en ce qui concerne l'impartialité du juge Ney Thol devrait exclure toute remise en cause future de l'indépendance et de l'impartialité des juges des CETC. Sa décision confirme que l'affirmation selon laquelle la double loyauté d'un juge (à la fois juge et militaire) ne soulève pas de crainte de parti pris.

Si cette dernière décision est peut-être controversée, cela n'a rien de surprenant au regard de l'histoire des négociations relatives aux CETC. Les problèmes de partialité étaient de fait connus de l'ONU au moment de rédiger le statut de la cour. Une décision a

⁷⁸ Voir également Open Society Justice Initiative, *supra* n. 63, at p. 10.

⁷⁹ Meron, *supra* n. 57, 361. Voir également *Sesay and others*, *supra* n. 77, para. 90 (sur la question de la présomption d'impartialité, il considère comme « significatif » que les juges de la chambre de première instance siègent en collège de trois juges).

⁸⁰ Article 4 de l'accord entre l'ONU et le gouvernement royal cambodgien.

⁸¹ La Chambre préliminaire est composée de cinq juges dont trois sont cambodgiens et deux sont étrangers. Voir l'article 9 de la loi cambodgienne relative à la création des CETC.

néanmoins été prise en connaissance de cause à l'injonction du Groupe des États intéressés, afin de pousser à l'établissement de ces CETC comme tribunal hybride à majorité cambodgienne. Il était clair dès le départ qu'un tel tribunal ne serait pas à la hauteur en termes d'impartialité et d'indépendance et par conséquent, il n'était pas raisonnable d'espérer que la cour remette en question la décision essentiellement politique d'établir un tribunal, fut-il imparfait⁸². Bien sûr, il était utile pour les CETC de traduire leur raisonnement en termes légaux, en appliquant les critères élevés d'impartialité qui doivent être rempli pour qu'un juge soit récusé, des critères peu controversés développés par les tribunaux internationaux.

La question de la participation des victimes, mise en lumière par la décision de la CP du 20 mars 2008, aurait pu être anticipée (mais ne l'a pas été) au moment de la conception du tribunal. Le rôle des victimes n'a été inclut que dans le règlement intérieur adopté mi-2007 et aucune disposition budgétaire n'a été initialement prévue pour l'unité des victimes⁸³. Au moment où a été écrit ce commentaire, l'unité des victimes ne disposait que d'un budget très restreint, avec l'espoir que des fonds supplémentaires lui seraient attribués sous peu. En termes de participation concrète des parties civiles aux procédures, la règle 23 du règlement intérieur se contente de déclarer, sans plus d'élaboration, que les parties civiles peuvent participer aux procédures pénales. Comme l'a montré l'affaire *Nuon Chea*, réconcilier ce droit de participation inconsistant et les droits de la Défense à un procès équitable, en prenant en considération les délais de procédure, a été un défi pour la CP. Le 4 février 2008, la CP a rendu un jugement équitable en accordant aux parties civiles le droit de participer aux audiences d'appel relatives à la mise en détention provisoire, après s'être assurée que la défense avait été en mesure de répondre aux argumentations écrites des parties civiles. Cette décision équilibrée a été en partie fondée sur la pratique de la CPI même s'il faut noter que contrairement aux victimes dans les procédures devant la CPI, les parties civiles dans les procédures des CETC n'ont pas à prouver que leur intérêt personnel est affecté. Cela fait des CETC une expérience unique en termes de participation des victimes à la justice pénale internationale et un improbable modèle de justice qui pourrait dessiner concrètement les formes de participation des victimes.

⁸² Linton, *supra* n. 64, at 330 (« À vrai dire, plus rien ne peut être fait pour revenir sur certaines décisions politiques [relatives à l'impartialité et à l'indépendance] qui ont été prises ». Traduction non officielle).

⁸³ Open Society Justice Initiative, Memorandum to the Group of Interested States, « Critical Issues Surrounding the Fundraising Drive of the ECCC », 16 Novembre 2007, disponible sur http://www.justiceinitiative.org/db/resource2?res_id=103943.