

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
UMR DE DROIT COMPARE DE PARIS ET CERDIN

Collection

CONTENTIEUX INTERNATIONAL

**INDEPENDANCE
ET
IMPARTIALITE
DES JUGES INTERNATIONAUX**

Sous la direction de

Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel

Editions A. Pedone
13, rue Soufflot
75005 Paris

LES JURIDICTIONS PENALES INTERNATIONALES ET HYBRIDES

Olivier DE FROUVILLE

En 1999, la Cour européenne des droits de l'homme fut saisie par Mladen Naletilić, détenu à Zagreb et accusé par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre : Naletilić cherchait à faire reconnaître que ce qu'il appelait son « extradition »¹ vers le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) était contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il alléguait, à cette fin, que le TPIY n'était pas un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. La Cour rejeta sa requête comme étant « manifestement mal fondée » par une décision du 4 mai 2000. Pour justifier sa décision, la Cour énonce de manière lapidaire : « l'intéressé a été livré à un tribunal international qui présente toutes les garanties nécessaires, y compris celles d'impartialité et d'indépendance, comme le montre la teneur de son statut et de son règlement de procédure »². Compte tenu du caractère extrêmement sommaire des allégations du requérant, on comprend que la Cour n'ait pas ressenti le besoin d'aller plus loin : il lui suffisait de lire le Statut et le Règlement de procédure et de preuves (RPP) pour constater que le Tribunal présentait toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité. Ces garanties statutaires sont – pour tout tribunal en général et pour tout tribunal pénal international en particulier³ – le premier rempart contre un procès inique. (I). Mais cela ne suffit évidemment pas. Il faut également instaurer, au sein même du tribunal, une

¹ L'« extradition » est la procédure qui s'impose dans les relations entre deux États également souverains et soucieux de faire respecter leur « souveraineté pénale ». Dans les relations entre un État et une juridiction internationale, on parle de « remise », car les conditions classiques de l'extradition n'ont pas à être respectées. De même pour les relations entre États dans la perspective de la construction d'un espace judiciaire commun, avec le mandat d'arrêt européen.

² Req. n°51891/99, 4 mai 2000.

³ Seront ici examinés les textes de référence et la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), du Tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR), de la Cour pénale internationale (CPI), du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (TSSL) et des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC). Les textes de références sont : pour le TPIY et le TPIR, le Statut (STPIY et STPIR) et le Règlement de procédure et de preuve (RPP/TPIY, RPP/TPIR) ; pour la CPI, le Statut (SCPI), le Règlement de procédure et de preuve (RPP/CPI) et le Règlement de la Cour ; pour le TSSL, l'Accord conclu entre l'ONU et la Sierra Leone en date du 16 janvier 2002 (Accord ONU/Sierra Leone), le Statut du Tribunal, annexé à l'Accord (STSSL), le Règlement de procédure et de preuve (RPP/TSSL) ; pour les CETC, l'Accord conclu entre l'ONU et le Cambodge, signé le 6 juin 2003 (en annexe de la résolution 57/228 B de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 mai 2003, ci-après Accord ONU/Cambodge), la loi cambodgienne relative à la création des CETC du 10 août 2001, telle qu'amendée par la loi du 27 octobre 2004 (Loi CETC) et le Règlement intérieur des CETC (RI/CETC).

garantie spécifique, autrement dit des voies de droit appropriées pour contrer toute dérive ou toute violation du Statut et préserver ainsi le droit de l'accusé à un tribunal indépendant et impartial (II).

I. LES GARANTIES STATUTAIRES DE L'INDEPENDANCE ET DE L'IMPARTIALITE

La garantie de l'indépendance et de l'impartialité du « tribunal » est en général envisagée sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité des juges ou des formations de jugement (A). Mais il y a une autre dimension, que l'on omet souvent dans l'étude des tribunaux de nos démocraties policées mais qui, s'agissant d'un tribunal international, a une importance de tout premier ordre : il s'agit de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction elle-même (B).

A. L'indépendance et l'impartialité des juges

On identifie classiquement différentes garanties statutaires, c'est à dire différentes caractéristiques du statut des juges qui permettent de préserver leur indépendance vis-à-vis des parties mais aussi d'autres pouvoirs, qu'il s'agisse de l'exécutif, du législatif ou des médias. On retrouve ce type de garanties à des formes et des degrés variables dans le statut des juges pénaux internationaux.

Avant d'examiner ces garanties, il y a toutefois une question préalable à régler, qui est celle de leur champ d'application : s'appliquent-elles uniquement aux « juges » *stricto sensu*⁴, ou également au Procureur ?

D'emblée il faut remarquer que le Procureur partage avec les juges un statut de stricte indépendance⁵. Les textes sont unanimes sur ce point. Il en résulte que le Procureur jouit d'un certain nombre de garanties équivalentes à celles des juges, de nature à assurer cette indépendance. Au-delà, la Cour pénale internationale (CPI) présente une spécificité dans la mesure où le Procureur remplit, dans toute la phase préliminaire au procès, les fonctions d'une sorte de juge d'instruction, avec le devoir explicite d'enquête à charge et à décharge sous le contrôle de la Chambre préliminaire. Il en résulte que le statut du Procureur est quasiment assimilé à celui des juges.

On peut dire que les garanties de l'indépendance des juges sont en même temps des garanties de leur impartialité : les pressions qui s'exercent de l'extérieur nuisent au jugement impartial⁶. Mais certaines garanties apparaissent plus spécifiquement orientées vers la préservation de l'impartialité du juge.

⁴ Ce qui, pour les CETC comprend bien évidemment les co-juges d'instruction.

⁵ Art. 16 § 2 STPIY : « Le Procureur, qui est un organe distinct au sein du Tribunal international, agit en toute indépendance. Il ne sollicite ni ne reçoit d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autre source. » De même : Art. 15 § 2 STPIR ; Art. 42 § 1 SCPI ; Art. 6 § 3 Accord ONU/Cambodge et art. 19 Loi CETC ; Art. 3 § 3 Accord ONU/Sierra Leone et art. 15 § 1 STSSL.

⁶ En ce sens, Serge Guinchard et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, p. 548. V. aussi opinion séparée du juge Geoffrey Robertson jointe à la décision de la Chambre d'appel du TSSL du 13 mars 2004 dans l'affaire *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Decision on preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence), p.

*Les garanties de l'indépendance et de l'impartialité des juges***a. Le mode de désignation⁷**

i) Pour ce qui est des juges permanents, le mode de désignation est conforme à l'usage prévalant pour les juridictions internationales s'agissant des TPI et de la CPI : le partage des compétences (nomination par les États / élection par l'Assemblée générale sur une liste constituée par le Conseil de sécurité ou par l'Assemblée des États parties) facilite le « filtrage » des candidatures et l'équilibre entre groupes d'intérêts. Les conditions substantielles posées pour la présentation des candidatures devraient permettre de limiter la nomination de personnels incompétents. On ne peut toutefois pas bannir la dimension « politique » de la nomination et éviter totalement que les États ne cherchent à placer des personnes qui les « représentent » ou qui tout simplement les arrangent (nominations honorifiques pour magistrats en fin de carrière ou diplomates à la retraite...) On est loin, toutefois, des règles qui régissaient la nomination des juges à Nuremberg et Tokyo et qui faisaient formellement de ces tribunaux des « tribunaux de vainqueurs ».

Les juges non permanents des TPI – dits juges *ad litem* – sont désignés selon le même principe que les juges permanents, à ceci près que leur élection ne suffit pas en faire des juges en exercice : elle leur permet de figurer sur une liste, sur laquelle le Secrétaire général nomme, à la demande du Président du Tribunal, les juges appelés à siéger dans une ou plusieurs affaires⁸.

Du côté des tribunaux hybrides, on peut estimer que la procédure du TSSL est peu satisfaisante⁹. C'est une procédure de nomination (et non d'élection) partagée entre le gouvernement Sierra Leonais et le Secrétaire général, sur proposition des États, « en particulier les États de la CEDEAO ». On a pu critiquer cette préférence accordée aux États de la CEDEAO, pour la plupart parties prenantes, de manière directe ou indirecte, au conflit¹⁰. On s'est surtout inquiété de ce que le gouvernement Sierra Leonais pourrait lui-même exprimer un parti pris dans la nomination des juges, ou tout au moins faire douter de l'impartialité des juges nommés par ses soins¹¹.

16 : « There is, of course, an overlap : judges who are not independent of the state will be perceived (and may actually become) partial to the state when it is a party to litigation ».

⁷ Art. 13, 13 bis, 13 ter, 16 STPIY ; Art. 12, 12 bis, 12 ter, 15 STPIR ; Art. 36, 37, 42 SCPI ; art. 2, 3 Accord ONU/Sierra Leone et 12, 13, 15 STSSL ; Art. 3, 6 Accord ONU/Cambodge et art. 10, 11 et 16 à 19 de la Loi CETC.

⁸ Certains estiment que la faculté des juges *ad litem* de siéger au sein du Tribunal devrait être limitée à un procès, pour éviter que le juge ne s'autocensure en vue d'assurer sa re-nomination pour un autre procès : v. William Schabas, « The Independence and impartiality of the international judiciary : Some Lessons learned, and some ignored », in Edel Hughes, William A. Schabas, Ramesh Thakur, « Atrocities and International Accountability. Beyond Transitional Justice », United Nations University Press, 2007, pp. 182-207, p. 194.

⁹ Selon William Schabas, *op. cit.*, « the SCSL (...) has the most primitive scheme of them all. » V. p. 191.

¹⁰ C. Denis, « Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone – quelques observations », *R.B.D.I.*, 2001, pp. 236-287, p. 245.

¹¹ W. Schabas, *op. cit.*, pp. 191-192.

La procédure est encore plus préoccupante s'agissant des autres juridictions hybrides et en particulier des CETC : c'est le Conseil supérieur de la magistrature cambodgien qui *nomme* l'ensemble des juges. De manière totalement autonome pour les juges cambodgiens et à partir d'une liste proposée par le Secrétaire général de l'ONU pour les juges internationaux. Or, le système judiciaire cambodgien n'est pas lui-même conforme aux garanties de l'indépendance et de l'impartialité de la justice.

ii) S'agissant du Procureur, on remarquera simplement que le Procureur est *nommé* dans le cadre des TPI, du TSSL et des CETC ; et qu'en revanche il est *élu* dans le cadre de la CPI, une telle élection étant évidemment de nature à renforcer son indépendance.

b. Le serment¹²

On peut considérer qu'il s'agit d'une simple formalité, mais elle joue un rôle important dans la mise en œuvre de la théorie des apparences (cf. *infra*). Il est symptomatique, au regard des remarques faites plus haut sur le rôle du Procureur, que le serment ne soit imposé qu'aux juges au sein des TPI et du TSSL et qu'en revanche il s'impose aussi au Procureur (et au Greffier) dans le cadre de la CPI.

c. La durée du mandat¹³

Elle est assez variable : 4 ans rééligibles pour les TPI, 3 ans rééligibles pour le TSSL, 9 ans non rééligibles pour la CPI. Les juges du CETC sont nommés « pour la durée de la procédure ». Incontestablement, c'est la CPI et les CETC qui offrent a priori le plus de garanties, dans des contextes très différents évidemment, puisque les CETC n'ont pas vocation à perdurer au-delà du jugement d'un nombre limité de personnes. En tout état de cause, le fait que l'on ne puisse pas faire une « carrière » de juge international pourrait amener les titulaires de mandats à penser aux lendemains : il y a là un problème structurel qu'il semble difficile de résoudre¹⁴.

d. L'inamovibilité et la révocation¹⁵

Dans le cadre des TPI et des CETC, l'inamovibilité est strictement (trop ?) garantie par le fait qu'il ne peut être mis fin aux fonctions d'un juge que par la démission ou le décès de celui-ci. Aucune procédure de révocation n'est prévue.

La Cour pénale internationale aménage au contraire une procédure de révocation (« perte de fonction ») justifiée soit par « une faute lourde ou un manquement grave aux devoirs que lui impose le (...) Statut », soit par une incapacité d'exercer ses fonctions. Cette procédure comporte de nombreuses garanties

¹² Art. 14 RPP/TPIY ; Art. 14 RPP/TPIR ; Art. 45 SCPI et R5 RPP/CPI ; Art. 14 RPP/TSSL ; CETC : aucune disposition.

¹³ Art. 13 bis STPIY ; Art. 12 bis STPIR ; Art. 36 § 9 SCPI ; Art. 2 § 4 TSSL ; Art. 3 Accord ONU / Cambodge, art. 12 Loi CETC.

¹⁴ V. W. A. Schabas, *op. cit.*, qui met le doigt sur cette difficulté p. 196.

¹⁵ Art. 16 RPP/TPIY ; Art. 16 RPP/TPIR ; Art. 46 SCPI, R23 à 37 RPP/CPI.

permettant a priori d'éviter des mises en cause abusives. La procédure concerne tout autant les juges que le Procureur, un procureur adjoint, le Greffier ou le Greffier adjoint.

Le TSSL a également mis en place une procédure de révocation pour cause d'« unfitness to sit » (art. 15 bis RPP/TSSL). Cette réforme du règlement intérieur suit de près la tentative de récusation du juge Robertson. Ce dernier était mis en cause pour ses écrits au sujet des crimes commis par le RUF. De toute évidence, la procédure de récusation était en l'espèce inappropriée, parce que le « préjugé » de Robertson à l'encontre du RUF était susceptible de lui être reproché dans presque toutes les procédures en cours devant le Tribunal. La requête revenait donc à demander sa démission, une éventualité qui n'était pas prévue par le Règlement¹⁶. L'article 15 bis vise à répondre à cette lacune.

e. Les incompatibilités¹⁷

Seul le Statut de la CPI en fait état explicitement, à deux reprises : dans un article consacré au principe d'indépendance des juges (art. 40) et dans la disposition consacrée au Bureau du Procureur (art. 42 § 5). Les questions relatives à l'indépendance des juges sont tranchées « à la majorité absolue des juges », le juge impliqué ne participant pas à la décision (art. 40 § 4).

Les incompatibilités ne sont pas prévues dans les autres Statuts. Il n'existe donc pas de règle spécifique. Le seul recours envisageable est la procédure de récusation ou l'appel du jugement de condamnation, en vue de faire constater un manquement à l'équité ou à la régularité de la procédure. Les deux voies ont été exploitées par les accusés dans l'affaire du *Camp de Čelebići* : les accusés mettaient en cause la nomination du juge Odio-Benito en tant que Vice-Président du Costa Rica¹⁸.

f. Les immunités¹⁹

L'ensemble du personnel judiciaire des tribunaux (juges, procureurs, greffiers) jouit des privilèges et immunités diplomatiques, sur le modèle de celles qui sont accordées aux chefs de missions diplomatiques en vertu de la Convention de Vienne de 1961.

2. Les garanties spécifiques de l'impartialité des juges

Les statuts comportent deux garanties complémentaires : d'abord, l'affirmation et la concrétisation – approximative pour les TPI, précise pour la CPI – du principe de séparation des fonctions judiciaires, de nature à prévenir tout préjugement de l'affaire par un juge. Ensuite, la faculté pour le juge de se

¹⁶ TSSL, Ch. App., *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay*, Decision on Defence Motion seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber », 13 mars 2004.

¹⁷ Art. 40 § 2 SCPI.

¹⁸ V. TPIY, Bureau, *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Decision of the Bureau on Motion to Disqualify Judges Pursuant to Rule 15 or in the Alternative that Certain Judges Recuse Themselves, 25 octobre 1999 ; Ch. App., *Le Procureur v. Zejnil Delalić et al.*, Arrêt 20 février 2001, §§ 651 et suiv.

¹⁹ Art. 30 STPIY ; Art. 29 STPIY ; Art. 48 SCPI ; Art. 12 Accord ONU/Sierra Leone ; Art. 20 Accord ONU/Cambodge et Chapitre XIII Loi CETC.

déporter, lorsqu'il estime que certains liens qu'il entretient avec l'affaire sont susceptibles de créer une apparence de préjugé.

a. Principe de séparation des fonctions judiciaires : garantie contre le préjugement²⁰

La séparation des fonctions judiciaires est une garantie « objective » de l'impartialité : elle permet non seulement de prévenir tout « préjugement » de l'affaire mais également de se conformer aux exigences de la théorie des apparences (*cf. infra* II. pour ces notions).

Au sein des TPI, une assez grande confusion a régné sur le sujet, en particulier au sujet de la compatibilité entre l'exercice de la fonction de juge de la confirmation de l'acte d'accusation et de celle de juge de première instance ou de juge d'appel dans la même affaire. Les règlements de procédure et de preuve partaient au départ du principe que ces fonctions étaient incompatibles. Après plusieurs modifications, la règle est désormais celle de la compatibilité (articles 15 C RPP/TPIY et RPP/TPIR²¹).

On retrouve la même règle dans le RPP/TSSL, calquée sur celle figurant dans le RPP/TPIR.

Au-delà de cette hypothèse spécifique de cumul, le RPP du TPIY établit deux règles complémentaires à l'art. 15 D) :

- « i) Aucun juge ne peut connaître en appel d'une affaire dont il a eu à connaître en première instance.
- ii) Aucun juge ne peut connaître d'une requête d'un État aux fins d'examen au titre de l'article 108 bis portant sur une question dont il a eu à connaître en qualité de membre de la Chambre de première instance qui a rendu la décision avant d'être examinée »²².

Au sein de la CPI, en ce qui concerne les juges, la question est réglée *a priori* par le mode plus rigide de répartition des juges dans les différentes sections (préliminaire, première instance, appel). L'art. 39 § 4 du Statut et la Norme 12 du Règlement envisagent toutefois deux hypothèses de remplacement temporaire d'un juge, susceptibles de poser des problèmes au regard du principe de séparation :

- affectation provisoire de juges de la Section de première instance à la Section préliminaire, ou inversement, « étant entendu qu'un juge qui a participé à la phase préliminaire d'une affaire n'est en aucun cas autorisé à siéger à la Chambre de première instance saisie de cette affaire » (art. 39 § 4).

²⁰ Art. 15 C et D RPP/TPIY ; Art. 15 C RPP/TPIR ; Art. 39 SCPI et Norme 12 du Règlement de la Cour ; Art. 15 D) RPP/TSSL ; R21 RI/CETC.

²¹ Mais l'art. 15 C du RPP/TPIY semble plus large : il autorise également le juge à siéger dans la chambre d'appel, alors que l'art. 15 C RPP/TPIR ne parle que de « siéger à la Chambre appelée à juger ultérieurement l'accusé » sans autre précision.

²² L'article 108 bis permet à un État « directement concerné par une décision interlocutoire d'une Chambre de première instance » de « demander son examen par la Chambre d'appel si cette décision porte sur des questions d'intérêt général relatives aux pouvoirs du Tribunal ».

- affectation provisoire de juges de la Section de première instance ou de juges de la Section préliminaire à la Chambre d'appel. Cependant : « [e]n aucun cas, un juge qui a participé à la phase préliminaire ou à celle de première instance d'une affaire ne peut siéger à la Chambre d'appel dans le cadre de la même affaire ». Et comme l'affectation n'est que temporaire et que le juge ainsi affecté à la chambre d'appel risque de revenir en première instance ou en phase préliminaire, il se peut que la question se pose dans l'autre sens. Aussi « un juge qui a participé, dans une affaire, à la phase d'appel ne peut siéger à la Chambre préliminaire ou à la Chambre de première instance dans le cadre de la même affaire » (Norme 12).

En ce qui concerne le Procureur, le cumul avec toute autre fonction assumée antérieurement dans la même affaire devant la Cour est compris parmi les motifs de récusation – très largement envisagés – de l'art. 42 § 7.

La Règle 21 du RPP des CETC stipule seulement que « [l]a procédure des CETC (...) doit garantir la séparation entre les autorités chargées de l'action publique et les autorités de jugement ».

b. L'obligation de déport et la demande de décharge : garantie contre le préjugé²³

Le déport est une obligation qui pèse sur le juge lorsque son affectation à une affaire le met dans une position susceptible de mettre en cause son impartialité objective ou subjective : au contraire de la récusation (demandée par les parties), il s'agit donc d'une démarche volontaire. Le juge, de son plein gré (en principe) demande à la présidence sa décharge de l'affaire pour éviter tout manquement au principe d'impartialité²⁴.

L'article 15 RPP/TPIY, TPIR et TSSL prévoient que lorsque le juge se déporte, le Président désigne un autre juge pour siéger à sa place (devant le TSSL, ce peut être le juge suppléant). Dans le cadre des CETC, « le co-juge d'instruction se trouvant dans ce cas informe le Président de la Chambre préliminaire » et les « autres juges informent la Chambre dont ils font partie ». Ce faisant, « le juge en question cesse immédiatement de participer à la procédure » (R34 RI/CETC). Sur ce dernier fondement, le juge Ney Thol a informé le Président de la Chambre préliminaire par lettre du 6 novembre 2007 qu'il se « récusait » dans l'appel interjeté contre l'ordonnance de mise en détention provisoire délivrée contre Kaing Guek Eav (alias « Duch »)²⁵.

Dans le cadre de la CPI, le déport est applicable tant aux juges qu'au Procureur et aux procureurs adjoints. Le Statut et le RPP laissent également le soin à l'intéressé de faire à la Présidence une demande de décharge (art. 41 § 1 et 42 § 6). La R33

²³ Art. 15 RPP/TPIY ; Art. 15 RPP/TPIR ; Art. 41 § 2 et 42 § 7 et 8 SCPI et R34 RPP/CPI ; Art. 15 RPP/TSSL ; R34 RI/CETC.

²⁴ Le déport peut parfois être la conséquence d'une demande en récusation qui, de ce fait, n'aboutit pas. Cf. TPIR, Bureau, *The Prosecutor v. Edouard Karemera et al.*, Decision on Motions by Nzirorera and Rwamabuka for Disqualification of Judge Vaz, 17 mai 2004 : demande de récusation puis auto-récusation du juge Vaz en raison des liens entretenus avec un membre du Bureau du Procureur.

²⁵ CETC, Ch. Prél., *Kaing Guek Eav*, Public Notification, 6 November 2007.

précise que la Présidence « considère la demande comme confidentielle et ne fait pas connaître publiquement les raisons de sa décision sans le consentement de l'intéressé ». La R35 rappelle toutefois que cette demande de décharge est une *obligation* lorsque le juge ou le Procureur a des raisons de croire qu'il existe dans son cas un motif de récusation.

Le manquement à l'obligation de déport peut conduire à la révocation du juge lorsqu'un tel manquement est susceptible d'être qualifié de « manquement grave aux devoirs de la charge » (R 24 § 2 a).

Les motifs qui obligent au déport sont les mêmes que ceux qui justifient la récusation. Les textes évoquent essentiellement des motifs liés à des circonstances susceptibles de créer chez le juge un *préjugé* sur l'affaire²⁶. Autrement dit, dans les textes tout au moins, le déport (comme la récusation) sanctionnent essentiellement une partialité ou une apparence de partialité personnelle. Dans la pratique, comme nous le verrons, ces textes sont également utilisés comme fondement pour résoudre des allégations de partialité fonctionnelle (le préjugement), en dehors des hypothèses qui sont explicitement envisagées par les RPP ou par le Statut de Rome (cf. a. *supra*)

B. L'indépendance et l'impartialité de la juridiction

Lorsqu'on applique les standards d'indépendance et d'impartialité du tribunal à une juridiction interne, on part souvent du principe que l'institution judiciaire elle-même est indépendante et impartiale. On ne voit pas toujours qu'il y a en réalité deux dimensions dans l'indépendance et l'impartialité du tribunal : une dimension interne à l'institution (les juges sont l'objet de pressions extérieures provenant des parties ou d'un autre « pouvoir ») et une dimension externe à l'institution (la juridiction est elle-même l'instrument d'une politique et, en ce sens, ne peut pas

²⁶ Article 15 A) RPP/TPIR et TPIY : « Un juge ne peut connaître en première instance ou en appel d'une affaire dans laquelle il a un intérêt personnel ou avec laquelle il a ou il a eu un lien quelconque de nature à porter atteinte à son impartialité. » Article 34 RI/CETC : « Un juge peut se récuser lui-même dans 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. » Art. 41 § 2 (v. aussi art. 42 § 7 pour le Procureur) : « Un juge ne peut participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle son impartialité pourrait raisonnablement être mise en doute pour un motif quelconque. Un juge est récusé pour une affaire conformément au présent paragraphe notamment s'il est intervenu auparavant, à quelque titre que ce soit, dans cette affaire devant la Cour ou dans une affaire pénale connexe au niveau national dans laquelle la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites était impliquée. Un juge peut aussi être récusé pour les autres motifs prévus par le Règlement de procédure et de preuve. » Art. 34 RPP/CPI : « 1. Outre les motifs prévus au paragraphe 2 de l'article 41 et au paragraphe 7 de l'article 42, les motifs de récusation d'un juge, du Procureur ou d'un procureur adjoint sont, notamment, les suivants : a) L'existence d'un intérêt personnel dans l'affaire dont il s'agit, notamment le fait d'être le conjoint, le père ou la mère de l'une des parties, ou d'avoir avec elle des liens familiaux, personnels ou professionnels étroits, ou une relation de subordination ; b) La participation à titre privé à toute action en justice, engagée avant que l'intéressé ne participe à l'affaire, ou engagée par celui-ci alors qu'il participe déjà à l'affaire, dans laquelle la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites était ou est une partie adverse ; c) Le fait d'avoir eu, avant de prendre des fonctions à la Cour, des attributions qui donnent à penser que l'intéressé s'est formé sur l'affaire, sur les parties ou sur leurs représentants légaux une opinion qui risque objectivement de nuire à l'impartialité à laquelle il est tenu ; d) L'expression, par le canal des organes d'information, par des écrits ou par des actes publics, d'opinions qui risquent objectivement de contredire l'impartialité à laquelle il est tenu ».

être considérée comme indépendante ou impartiale : elle a nécessairement un parti pris). L'instrumentalisation de la juridiction en vue d'atteindre un but politique peut être la conséquence de son mode de création ou de son mode de financement. Elle peut également être liée à la manière dont sa compétence est définie, aux types de conditions qui sont imposées pour la recevabilité des affaires, ou encore à la détermination des modes de saisine de la juridiction.

1. Le mode de création

On peut dire que le mode de création d'un tribunal assure à celui-ci son indépendance et son impartialité lorsqu'il lui permet de se détacher de son créateur et de vivre sa propre vie sans craindre que, par le jeu du parallélisme des formes, il ne soit décidé de sa suppression ou porté atteinte à son intégrité. À vrai dire, il n'y a guère, en théorie, que le procédé de la convention multilatérale qui assure une telle pérennité. Certes, les États peuvent se retirer du Statut de la CPI. Mais l'expérience des organisations internationales en général montre que ce type de retrait est extrêmement rare. Et en tout état de cause, à moins d'imaginer un retrait en masse, la continuité de l'institution ne s'en trouverait pas affectée.

La création par convention bilatérale ou par acte unilatéral autoritaire n'offre pas les mêmes garanties.

Il est facile pour les deux parties à une convention bilatérale de tomber d'accord sur l'extinction du traité, et donc de mettre fin de manière consensuelle au tribunal dont on jugerait qu'il ne remplit pas son mandat conformément à ce qui était voulu par elles. En l'absence de clause de dénonciation (ce qui est le cas pour les deux accords TSSL et CETC), on ne peut en revanche imaginer un retrait unilatéral d'une des deux parties qu'en établissant « qu'il entrait dans l'intention des Parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait » (art. 56 CVDT)²⁷. En l'occurrence, une telle intention ne peut pas être établie²⁸.

La création des TPI par le Conseil de sécurité pouvait sembler dangereuse a priori, car le Conseil exerce ses compétences de manière discrétionnaire et sans que ses décisions soient soumises à un contrôle juridictionnel : quelle garantie pouvait-on avoir qu'il ne changerait pas d'avis aux vu des résultats (positifs) des tribunaux et qu'il en vienne, usant de son pouvoir « législatif », à brider leurs initiatives, voire à en décréter la suppression ? Rétrospectivement, ces craintes semblent infondées : une fois installés dans le paysage international, il semblait difficile de remettre les tribunaux en cause. Le veto paraît ici sous un jour positif, en exigeant qu'aucun État membre permanent ne s'oppose à ce qui constituerait une atteinte à l'indépendance du Tribunal. Certes, depuis plusieurs années, le Conseil fait nettement pression sur les Tribunaux pour qu'ils concluent leurs travaux

²⁷ La deuxième hypothèse de l'article 56 ne rentre pas en ligne de compte ici, nous semble-t-il : le droit de dénonciation ou de retrait peut être déduit de la nature du traité.

²⁸ L'Accord ONU/Sierra Leone prévoit dans son article 23 les conditions de son extinction : « This Agreement shall be terminated by agreement of the Parties upon completion of the judicial activities of the Special Court » (nous soulignons). L'Accord ONU/Cambodge contient une clause de « cessation de coopération » au bénéfice de l'ONU, mais seule est envisagée l'interruption de l'assistance financière ou autre (art. 28) et non l'extinction du traité.

(programme de la Stratégie d'achèvement des travaux) : mais plutôt qu'une atteinte à l'indépendance, on peut y voir une préoccupation légitime du Conseil face à des procès qui sont encore en cours, plus de quinze ans après les faits constitutifs de « menace à la paix et la sécurité internationales » ayant justifié leur lancement.

2. *Le mode de financement*

C'est le nerf de la guerre ! Un financement régulier et désintéressé est évidemment nécessaire pour garantir l'indépendance et l'impartialité de la juridiction. Si celle-ci se révèle trop dépendante de certains bailleurs de fond, elle risque, même de manière passive et presque inconsciente, d'orienter son comportement en fonction des exigences de ces bailleurs.

Une distinction doit à cet égard être faite entre les TPI et la CPI d'une part, et le TSSL et les CETC d'autre part.

Les TPI sont financés sur le budget des Nations Unies²⁹ ; la CPI par les contributions des États parties, calculées à partir du barème de l'ONU, ainsi que par les « ressources financières fournies par l'ONU, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, en particulier dans le cas des dépenses liées à la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité »³⁰. La Cour *peut* également recevoir et utiliser « à titre de ressources financières supplémentaires » des contributions volontaires de tous horizons. C'est évidemment la méthode de financement la plus respectueuse de l'indépendance d'un tribunal.

À l'inverse, le TSSL et les CETC sont essentiellement financés par des contributions volontaires, le plus souvent accordées par les États sous forme d'engagement, qui ne sont pas toujours – ou alors bien tardivement – suivis par des paiements effectifs ! Avec cette conséquence que le TSSL s'est trouvé plusieurs fois au bord de la faillite, obligeant l'Assemblée générale des Nations Unies à venir à son secours en offrant la contribution de l'ONU³¹. Rien ne dit que les CETC ne se retrouveront pas demain dans une situation semblable³².

3. *La compétence, la recevabilité et le mode de saisine*

Puisque le diable est dans les détails, ce sont dans ces dispositions que se cachent peut-être les menaces les plus grandes pour l'indépendance et l'impartialité des tribunaux.

²⁹ Art. 32 STPIY ; Art. 30 STPIR.

³⁰ Art. 115 et 117 SCPI.

³¹ Pour l'aider dans sa mission de *fundraising*, le Tribunal est assisté par un Comité de gestion (Management Committee) composé des principaux États donateurs et du Secrétariat des Nations Unies. Si cette aide est appréciable, elle constitue également un canal par lequel les États donateurs peuvent exercer leur influence sur le Tribunal. À propos de la création du Comité, cf. Phakiso Mochocholo, Giorgia Tortora, « The Management Committee for the Special Court for Sierra Leone », in C. P. R. Romano, A. Nollkaemper, J. K. Kleffner, *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, pp. 141-156.

³² Cf. Thordis Ingadottir, « The financing of Internationalized Criminal Courts and Tribunals », in C. P. R. Romano et al, *Internationalized Criminal Courts...*, *op. cit.*, pp. 271-287 et « Financial Challenges and their possible effects on proceedings », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, May 2006, pp. 294-299.

La compétence *ratione temporis* tout d'abord. L'article 7 du Statut du TPIR limite la compétence du Tribunal « à la période commençant le 1^{er} janvier 1994 et se terminant le 31 décembre 1994 » : cette limitation empêche le Tribunal de connaître des crimes commis par des citoyens rwandais au-delà de cette date, y compris sur le territoire d'États voisins (la compétence *ratione loci* du Tribunal s'étend à ces territoires) : c'est ainsi une partie des crimes commis par le FPR sur le territoire du Rwanda qui échappe à sa compétence, ainsi que tous les crimes perpétrés par le nouveau régime en place à Kigali sur le territoire de la RDC pendant les deux guerres du Congo.

Par contraste, la compétence du TPIY (article 1^{er}), prenant pour point de départ 1991 mais sans limite pour l'avenir a permis au Tribunal de connaître des crimes commis au Kosovo.

La compétence de la CPI est en partie tributaire de la nature conventionnelle du Statut, mais en partie seulement : en dehors même des cas de saisine par le Conseil de sécurité ou d'acceptation ponctuelle de sa compétence par l'État concerné, elle est compétente pour connaître non seulement des crimes commis par le national d'un État partie, mais aussi de crimes commis *sur le territoire d'un État partie* (art. 12 SCPI). Ce deuxième titre permet d'élargir quelque peu ses perspectives et d'atténuer le reproche qu'on pourrait lui faire de n'être en mesure de juger que les ressortissants d'États vertueux, les autres se gardant bien entendu de ratifier le Statut.

De manière plus positive, le principe de complémentarité et les conditions de recevabilité font de la Cour la gardienne du principe d'indépendance et d'impartialité des juridictions nationales, lorsqu'elles jugent des personnes que la Cour aurait compétence et vocation, également, à juger (art. 17 SCPI).

Le mode de « saisine » des TPI a pu être critiqué en ce qu'il relève entièrement de la responsabilité du Procureur. Aucun autre acteur n'est en mesure de susciter l'ouverture d'une enquête. Ce qui explique l'examen attentif et critique de la *politique pénale* définie par le Procureur : l'indépendance et l'impartialité de la juridiction pourrait d'une certaine manière être évaluée à l'aune de la décision du Procureur d'engager ou de ne pas engager des poursuites dans telle ou telle circonstance. On a pu ainsi s'interroger à juste titre : sur la tentative d'établir un « équilibre ethnique » parmi les personnes poursuivies dans le cadre des conflits yougoslaves³³ ; à l'inverse, sur l'absence de toute poursuite à l'encontre des membres de l'ethnie Tutsie au Rwanda et notamment des dirigeants du FPR³⁴ ; sur l'absence de toute poursuite, après étude, diligentée à l'encontre des

³³ Avec le double écueil de poursuivre des accusés-alibi et de ne pas refléter correctement les responsabilités respectives de chaque ethnie dans les crimes commis. Pour le premier écueil, voir les moyens d'appel de l'un des accusés condamnés dans le procès du *Camp de Čelebići* : Landžo se plaignait d'avoir fait l'objet de la part de l'Accusation de « poursuites discriminatoires », au motif qu'il aurait été le seul Musulman non gradé détenu et jugé et par le Tribunal. Cf. TPIY, Ch. App., *Zejnir Delalić et al.*, Arrêt du 20 février 2001, §§ 596 et suiv.

³⁴ V. les griefs formulés dans ce sens dans TPIR, Ch. A., *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, Arrêt, 1^{er} juin 2001, §§ 93-97 (« poursuite sélective ») et dans Ch. A., *Le Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Motifs de l'arrêt, 1^{er} juin 2001, §§ 52-62 (« l'indépendance du tribunal »).

dirigeants des pays de l'OTAN pour certains actes qualifiables de crimes de guerre dans le cadre des bombardements menés au Kosovo en 1999³⁵...

Enfin, les modes de saisine de la CPI sont susceptibles, là aussi, de mettre en cause l'indépendance et l'impartialité de la juridiction³⁶.

Cela tient d'abord au rôle joué par le Conseil de sécurité. Ce rôle est double, comme on le sait : le Conseil peut *saisir* la Cour comme il l'a fait à propos de la situation au Darfour (art. 13-b), mais il peut aussi bloquer la poursuite de la procédure de manière totalement discrétionnaire et cela pour une durée indéfinie (art. 16). Cette dernière faculté est apparue comme un des échecs des négociations de Rome. On peut se rassurer en se disant que, là aussi, le veto peut avoir un effet paradoxalement bénéfique, dans la mesure où il se trouvera toujours un membre permanent pour refuser de porter atteinte à la procédure judiciaire³⁷. En même temps, on doit bien remarquer qu'à deux reprises, les États-Unis sont parvenus à faire voter une résolution qui, sur le fondement de l'article 16, garantissait une immunité aux ressortissants d'États participant à des opérations de maintien de la paix (résolutions 1422 et 1487).

On porte toutefois moins d'attention, en général, aux risques liés à la faculté de saisine par le Conseil. Il est vrai qu'en soi, si l'on y pense, la saisine par le Conseil ne porte pas plus atteinte au principe d'indépendance et d'impartialité – appréhendé dans une perspective globale – que la création d'un tribunal *ad hoc*. La seule différence, c'est que l'institution préexiste à sa saisine. Mais l'effet est le même, en ce sens que les poursuites et le châtement trouvent leur impulsion dans la démarche d'un organe politique, qui considère comme inadmissibles les crimes commis au Soudan mais qui s'accommode de ceux qui sont perpétrés en Tchétchénie, en Irak ou dans les Territoires occupés.

La saisine par les États n'est pas non plus exempte de tout soupçon : les trois premières saisines de la Cour en ont d'ailleurs donné une démonstration éclatante, puisqu'elles sont le fait des États sur le territoire desquels les crimes ont été commis³⁸. Avec ces saisines, les gouvernants de ces États n'entendaient évidemment pas soumettre à la juridiction de la Cour les crimes commis sous leurs ordres, mais plutôt ceux perpétrés par les groupes armés d'opposition ou par les anciens gouvernants aujourd'hui déchus. On peut se demander si, en procédant de la sorte, ces États ont fait preuve de naïveté ou de réalisme. Une fois la Cour saisie d'une situation, l'indépendance du Procureur rend la machine difficile à stopper : il n'existe pas de procédure de « désaisine » !

³⁵ V. le rapport d'Amnesty International dénonçant la commission de crimes de guerre lors de l'attaque : *NATO/Federal Republic of Yugoslavia : Collateral Damage or unlawful Killings ? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, 6 June 2000. Et le rapport du BdP du TPIY : <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>

³⁶ V. A. K. A. Greenawalt, « Justice without Politics ? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court », *New York University Journal of International Law and Politics*, Spring 2007, p. 583 et suiv.

³⁷ En ce sens : A. Pellet, « Pour la Cour pénale internationale, quand même ! Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 5, 1998, pp. 143-163 et ici p. 162.

³⁸ Ouganda (janvier 2004), République démocratique du Congo (avril 2004) et République centrafricaine (janvier 2005).

II. LA GARANTIE DU DROIT A UN TRIBUNAL INDEPENDANT ET IMPARTIAL

Le droit à un tribunal indépendant et impartial est une composante du droit de toute personne à un procès équitable, reconnu notamment par les articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP. Ce droit est garanti aux accusés en matière pénale. Il implique l'existence d'un recours effectif contre des atteintes éventuelles aux principes d'indépendance et d'impartialité (A). Il amène également les juridictions à élaborer leur propre interprétation des notions d'indépendance (B) et d'impartialité d'un tribunal (C).

A. Le recours effectif contre les atteintes à l'indépendance ou à l'impartialité du tribunal

Au-delà des procédures permettant de dénoncer la partialité ou la dépendance d'un juge ou d'un procureur, il faut s'interroger sur l'existence de procédures équivalentes qui s'adresseraient à la situation du personnel administratif des tribunaux.

1. Procédure de récusation, appel, exceptions préjudicielles

a. Récusation³⁹

Qui peut saisir d'une demande en récusation ? « Toute partie » (art. 15 RPP/TPIY, RPP/TPIR, RPP/TSSL), « une partie » (art. 34 RPP/CETC), « le Procureur ou la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites » s'agissant de la demande de récusation d'un juge (art. 41 § 2-b SCPI), « la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites » pour la demande de récusation du Procureur ou d'un procureur adjoint (art. 42 § 8-a SCPI).

Qui peut être saisi d'une demande de récusation ? En l'état :

- devant le TPIY, la demande est d'abord adressée au Président de la Chambre (de première instance ou d'appel) qui, après avoir conféré avec le juge en question, rend compte au Président du Tribunal. Celui-ci « constitue, si nécessaire, un collège de trois juges appartenant à d'autres chambres qui lui fait part de la décision qu'il a prise quant au bien fondé de la demande ».
- devant le TPIR, la demande est adressée au Président de la Chambre. Après concertation avec le juge en question, « le Bureau statue si nécessaire »⁴⁰.
- devant le TSSL, la demande est adressée à la Chambre dans laquelle siège le juge.
- devant les CETC, la demande est adressée à la Chambre préliminaire lorsqu'elle concerne l'un des deux juges d'instruction ou, pour tout autre juge, devant la Chambre à laquelle ce juge appartient.

³⁹ Art. 15 RPP/TPIY ; Art. 15 RPP/TPIR ; Art. 41 et 42 § 7 et 8 SCPI et R34 RPP/CPI ; Art. 15 RPP/TSSL ; Art. 34 RI/CETC.

⁴⁰ Cf. TPIR, Bureau, *The Prosecutor v. Edouard Karemera et al.*, Decision on Motion by Ngirumpatse for Disqualification of Judge Vaz, 17 mai 2004 : irrecevabilité de la motion, faute d'avoir été déposée préalablement auprès du Président de la Chambre.

L'article 34 RI/CETC établit des règles supplémentaires sur le *moment* approprié pour déposer une requête, ainsi que sur les modalités de remplacement du juge mis en cause et sur l'exercice de ses droits de la défense.

Dans le cadre du TPIY, les décisions du collège de trois juges ne peuvent faire l'objet d'un appel interlocutoire (art. 15 B-i)⁴¹. Les autres RPP ne se prononcent pas sur cette question : les règles générales relatives à l'appel des décisions interlocutoires sont donc applicables (c'est à dire qu'il faut, en général, que l'appel soit certifié par la Chambre qui a rendu la décision).

Un juge ne peut pas « échapper » à une demande de récusation. En particulier, la chambre de première instance du TSSL dans l'affaire du RUF a précisé qu'un juge ne pouvait pas invoquer ses immunités judiciaires pour se soustraire à une accusation de partialité⁴².

b. Appel

Une fois le procès en première instance achevé, l'accusé peut faire valoir ses objections quant à l'indépendance ou à l'impartialité du tribunal *dans le cadre de la procédure d'appel*.

Devant les TPI, le TSSL et la CPI, les violations du droit à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal sont susceptibles d'affecter « l'équité ou la régularité de la procédure » (art. 81 § 1-b) iv SCPI)⁴³.

En tant que telles, elles peuvent être soulevées comme moyen en appel d'un jugement sur la culpabilité. Une requête en récusation présentée au Président de la Chambre puis au Bureau en vertu de l'article 15 RPP après la condamnation de l'accusé est *tardive* : dans ce cas, cette question ne peut être traitée que dans le cadre de l'appel du jugement de condamnation⁴⁴.

Devant les CETC, l'appel a un effet dévolutif et la Cour suprême ne connaît donc d'autres limites à sa compétence que celles qui sont « fixées par l'acte d'appel et par la qualité de l'appelant » (R110 RI/CETC).

⁴¹ V. TPIY, Ch. App., *The Prosecutor v. Stanislav Galić*, Arrêt, 30 novembre 2006, §§ 30-32 : Galić conteste le caractère équitable de la procédure de récusation de l'article 15, en raison de l'impossibilité d'interjeter appel de la décision du Bureau. La Chambre rejette : le Bureau opère déjà un examen *de novo* après la décision du Président de Chambre.

⁴² TSSL, Ch., *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Decision on Sesay and Gbao Motion for Voluntary withdrawal or Disqualification of Hon. Justice Bankole Thompson from the Ruf Case, 6 décembre 2007. L'accusé reprochait au juge Bankole son opinion dissidente dans l'affaire des CDF, dans laquelle il défendait l'idée selon laquelle les crimes avaient été commis par état de nécessité pour éviter un plus grand mal (le RUF et l'AFRC) et favoriser le retour à la démocratie. « A judge can never enjoy immunity from allegations of bias. (...) To deny the right of an accused person to challenge the impartiality of a Judge would be inconsistent with the rules of natural justice » (§ 28).

⁴³ V. parmi d'autres TPIR, Ch. App., *Ferdinand Nahimana et al. c/ Le Procureur*, Arrêt, 28 novembre 2007, p. 6 et suiv. les moyens relatifs à l'indépendance et impartialité du tribunal.

⁴⁴ TPIY, Bureau, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Decision on Post-Trial Application by Anto Furundžija to the Bureau of the Tribunal for the Disqualification of Presiding Judge Mumba, Motion to Vacate Conviction and Sentence, and Motion for a New Trial, 11 mars 1999.

c. Exceptions préjudicielles ou « autres motions »

Plus rarement – et en vertu d’une interprétation douteuse des RPP – certaines décisions examinent ce grief au titre des exceptions préjudicielles.

Le cas s’est présenté devant le TPIY et devant le TSSL⁴⁵. Dans les deux cas, les chambres saisies ont fait une interprétation excessivement large des dispositions de leur RPP, qui définissent de manière limitative les exceptions préjudicielles pouvant être soulevées⁴⁶.

On peut en revanche penser qu’une demande de récusation pourrait être présentée au titre des « autres requêtes » ne présentant pas le caractère d’une exception préjudicielle (art. 73 RPP/TPIY/TPIR/TSSL ; art. 57 § 3 b) et art. 64 § 6 a) et f SCPI). Cependant, la procédure de récusation reste la *lex specialis* et – en tout cas devant les TPI – l’accusé ne peut pas présenter deux requêtes simultanées ou successives sur deux fondements différents : la requête introduite au titre de la procédure de récusation sera la seule prise en compte⁴⁷.

2. Recours applicable au personnel non judiciaire du tribunal

On l’a vu, les textes sur la récusation ne s’appliquent *a priori* qu’aux juges participant à la formation de jugement et, dans le cadre de la CPI, au Procureur. On sait toutefois que la « théorie des apparences » s’étend également à d’autres acteurs du procès : le commissaire du gouvernement ou l’avocat général en sont des exemples notoires devant les juridictions françaises. Même s’ils font en quelque sorte office de conseils ou d’éclaireurs juridiques neutres auprès de la juridiction, leur rôle ne les conduit pas moins à exprimer une opinion dans une affaire, constitutive d’un préjugement ou éventuellement révélatrice d’un préjugé. Un pas supplémentaire consiste à se demander si la théorie des apparences doit également s’imposer au personnel non judiciaire du tribunal, c’est à dire à des personnes qui ne participent pas formellement à la procédure, mais qui fournissent une assistance ou un conseil aux participants directs. La question se pose vraisemblablement moins devant les juridictions de tradition inquisitoire que devant les juridictions de *common law*, qui font intervenir plus systématiquement des « conseillers juridiques » en titre ou des « référendaires ». En droit international pénal, elle n’avait jamais été posée avant certains développements récents intervenus successivement devant la CPI et devant les CETC⁴⁸.

⁴⁵ Pour le TPIY : Ch., *Le Procureur c/ Slobodan Milošević*, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001 : où les *amici curiae* assurant la défense de Milošević soulèvent d’une part « l’illégalité » du Tribunal du fait de son manque d’indépendance, et d’autre part la « partialité » du Tribunal. Tout en remarquant qu’une telle allégation « n’entre pas dans le cadre de l’article 72 », la Chambre y répond. Pour le TSSL, Ch. App., *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence), 13 March 2004.

⁴⁶ V. art. 72 RPP/TPIY et RPP/TSSL.

⁴⁷ TPIY, Ch., *The Prosecutor v. Vidoje Blagojević et al.*, Decision on Vidoje Blagojević’s Motion for Disqualification of the trial Chamber and concomitant request for certification to appeal, 31 mars 2003 : irrecevable car fondée sur l’article 73 RPP/TPIY (« autres motions ») alors qu’une décision a été rendue par le Bureau sur la même question sur le fondement d’une requête formulée au titre de l’article 15.

⁴⁸ Signalons toutefois que la question a été soulevée par Laurent Semanza dans le cadre de l’appel de son jugement de condamnation. L’accusé pointait du doigt le transfert d’un employé du BdP aux Chambres du TPIR et ceci pendant la période où se tenait le procès. L’allégation est toutefois

Le 31 août 2006, le Bureau du Procureur de la CPI dépose deux requêtes identiques devant la Chambre préliminaire I – chargée de la situation en République démocratique du Congo et de l'affaire *Lubanga* – et devant la Chambre préliminaire II – saisie de la situation en Ouganda et de l'affaire *Joseph Kony et autres* – requêtes « tendant à ce qu'il soit interdit au juriste hors classe de la Section préliminaire de donner des avis juridiques dans le cadre » de ces deux affaires. Ces requêtes, explique le Procureur, sont déposées après avoir épuisé les autres recours éventuellement disponibles : auparavant, le Procureur s'était en effet adressé, sans succès, au Président de la Cour et avait également reçu une réponse négative du Président de la Section préliminaire⁴⁹.

Les requêtes concernent la situation particulière de M. Gilbert Bitti, « juriste hors classe de la Section préliminaire » employé au sein de cette formation depuis octobre 2005, après avoir travaillé au sein du Bureau du Procureur pendant 21 mois, à partir du 1^{er} janvier 2004, en qualité de « Legal Adviser » auprès de la « Advisory Section of the OPT ».

À ce premier poste, M. Bitti aurait rédigé ou participé à la rédaction de nombreux avis juridiques pour le compte du Procureur dans le cadre des enquêtes menées par celui-ci sur les situations en RDC et en Ouganda. Pour le Procureur, il y a là un terrain d'application de la théorie des apparences, c'est-à-dire que les règles relatives à la séparation des fonctions judiciaires s'appliquent non seulement aux juges et aux procureurs en titre, mais également à ceux qui leur fournissent un soutien juridique⁵⁰.

La situation est différente devant les CETC : dans ce cadre, c'est la défense de Ieng Sary qui, le 4 mars 2008, présente aux co-juges d'instruction une « Request for information concerning the apparent bias and potential existence of a conflict of interest of OCIJ Legal Officer David Boyle ». La défense dit en effet avoir découvert des écrits de l'enquêteur qui pourraient refléter de sa part certains préjugés à l'encontre de Ieng Sary. Elle demande toutefois aux co-juges d'instruction de fournir des informations supplémentaires qui, selon elle, permettraient de confirmer ou d'infirmer ce soupçon. Les co-juges d'instruction rejettent la demande par une décision (confidentielle) du 26 mai 2008. La défense décide de faire appel de cette décision de la Chambre préliminaire, par une requête (publique) en date du 6 juin 2008. Les co-procureurs en sont informés et présentent une réponse aux arguments de Ieng Sary dans un

rapidement écartée, dans la mesure où cet employé fut intégré au sein de l'équipe de la Chambre de première instance II, alors que Semanza était jugé par la Chambre de première instance III : TPIR. Ch. A., *Laurent Semanza c/ The Prosecutor*, arrêt du 20 mai 2005, §§ 55-56.

⁴⁹ Ch. Prél. II, *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, Prosecutor's Application to Separate the Senior Legal Adviser to the Pre-Trial Division from Rendering Legal Advice Regarding the Case, 31 August 2006, pp. 3-4 et 10-15.

⁵⁰ Le Procureur motive sa démarche a) par le rôle que lui confère l'article 54 § 1 du Statut en tant que « minister of justice who carries the responsibility of acting objectively and ensuring the fairness and integrity of the proceedings. » Prosecutor's Application to Separate the Senior Legal Adviser, *op. cit.*, § 59. En tant que tel, il souligne les risques d'atteinte aux droits de la défense (§ 60) et aux droits des victimes (§ 61); b) par la nécessité de préserver la confidentialité d'un certain nombre de renseignements relatifs aux stratégies et aux plans développés au sein du BdP (§ 63).

document en date du 23 juin 2008. En dépit de la richesse du débat, la Chambre préliminaire y met un terme de manière abrupte sur le fondement d'un argument purement formel : les articles 73 et 74 du Règlement intérieur ne lui confèrent pas compétence pour connaître de ce type d'appel.

Ces deux affaires posent en réalité deux problèmes qui sont débattus dans les documents rendus publics : le fondement d'une éventuelle extension du principe de séparation au personnel administratif du tribunal et les modalités de sa mise en œuvre.

a. Fondement de l'extension du principe de séparation

Selon le Procureur de la CPI, la théorie des apparences, et donc le principe de séparation des fonctions de poursuites et de jugement, s'applique non seulement aux personnel judiciaire (juges et procureur) mais également à l'ensemble du personnel « administratif » ou non judiciaire de la Cour. Une première base juridique à cette extension réside dans le « statut du personnel de la Cour » adopté par l'Assemblée des États parties. Ce document, qui « énonce les conditions fondamentales d'emploi et les droits et devoirs essentiels des fonctionnaires de la Cour pénale internationale », fixe un certain nombre de règles très strictes (plus détaillées, à vrai dire, que celles posées par le Statut pour les juges, le procureur et le greffier) ayant pour objet de garantir l'indépendance, l'impartialité, l'honnêteté etc. des fonctionnaires de la Cour⁵¹. Le devoir d'impartialité est notamment mentionné à plusieurs reprises.

Au-delà de ce statut du personnel, l'extension repose sur la perception du lien causal entre l'impartialité des fonctionnaires et l'impartialité des juges ou du procureur : l'idée est que la partialité (réelle ou apparente) d'un fonctionnaire qui participe à l'élaboration des décisions prises par les organes judiciaires finit par rejaillir sur ces derniers. Autrement dit, la manière dont un fonctionnaire se comporte fait partie de l'« apparence » prise en compte pour évaluer l'impartialité d'un juge. Il peut être reproché au juge le lien qu'il entretient avec une personne lorsque ce lien est susceptible de l'amener à préjuger le cas qui lui est soumis. Le Procureur cite un certain nombre de législations nationales de pays de *civil law* et de *common law* qui imposent explicitement un devoir d'impartialité aux « clerks, staff or advisers ». Le Procureur remarque toutefois – et cela est important quant au champ d'application de cette obligation – que celle-ci ne lie que les fonctionnaires « who function like the legal officers and advisers in this Court »⁵². Sur ce fondement, la portée de l'obligation semble donc moins étendue qu'elle ne pourrait l'être sur la base du « statut du personnel » de la CPI, qui impose les mêmes contraintes à tous les fonctionnaires de la Cour.

⁵¹ V. not. art. 1.2 intitulé « Valeurs fondamentales » dans lequel il est stipulé (b) que « [l]es fonctionnaires de la Cour doivent faire preuve des plus hautes qualités d'efficacité, de compétence et d'intégrité. Par intégrité, on entend surtout, mais non exclusivement, le respect de l'obligation de réserve édictée par la Cour, la probité, l'impartialité, l'équité, l'honnêteté et la bonne foi dans tout ce qui a trait à leur activité et à leur statut. » V. aussi, Art. 1.2 d), e), f), h), i), m).

⁵² Prosecutor's Application to Separate the Senior Legal Adviser..., *op. cit.*, p. 30, § 51.

Placé dans une situation bien différente (consistant à s'opposer aux arguments de la défense, qui est à l'origine de la demande de récusation de l'employé), les co-procureurs des CETC tiennent un discours inverse, mais tout aussi bien argumenté. Selon eux, les enquêteurs sont des employés des CETC et, en tant que tels, sont soumis aux règles administratives applicables à ces organes et au pouvoir disciplinaire de leurs supérieurs. Dès lors « proceedings for disqualification of Investigators are administrative in nature and are not subject to judicial determination »⁵³. Au-delà, les co-procureurs font valoir, parmi d'autres, deux arguments qui paraissent importants :

- la défense n'a pas montré en quoi l'enquêteur mis en cause était en mesure d'influencer les décisions des co-juges d'instruction « where there are more than a dozen investigative and legal personnel working on the national and international sides of that Office »⁵⁴ ;
- les enquêteurs « do not make judicial decisions and work strictly under rogatory letters »⁵⁵.

À vrai dire, seule le deuxième argument se place sur le terrain du principe, tandis que le premier est propre au cas d'espèce. Il suffirait en effet de démontrer que tel enquêteur a eu une influence décisive sur un juge, qui lui-même a participé activement à la formation de jugement qui a rendu la décision, pour établir un lien entre l'impartialité du juge et celle de son conseiller. En revanche, on ne peut pas contester que le personnel administratif du tribunal ne rédige pas lui-même des décisions : rien ne permet donc de penser que celles-ci pourraient être affectées par ses préjugés, à partir du moment où sa contribution est « filtrée » par le juge ou les juges. Si partialité il y a ou il y a eu, elle devrait être uniquement reprochée aux juges, qui ont la paternité de la décision et qui en assument la responsabilité.

b. Modalités de mise en œuvre

Après s'être placé sur le terrain de l'impartialité des juges, le Procureur de la CPI semble se contredire en soutenant que sa requête pose avant tout un problème d'« administration de la Cour », raison pour laquelle il la fait parvenir au Président de la Cour sur le fondement de l'article 38 § 3 a) du Statut⁵⁶. Il s'agit bien entendu d'une manière diplomatique de présenter les choses : demander le règlement d'un problème « administratif » fâche moins que de mettre en cause l'impartialité de la formation de jugement. Aussi le Procureur propose-t-il aux juges de recourir en priorité à un remède administratif⁵⁷, à savoir que la Chambre

⁵³ CETC, Ch. Prél, *Co-prosecutors' response to Ieng Sary's Submission on Conflict of Interest of an OCJ Investigator*, 23 Juin 2008, p. 13, § 35.

⁵⁴ *Id.*, p. 11, § 30.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 13, § 36, d).

⁵⁶ Art. 38 § 3 a) : « Le Président, le Premier Vice-Président et le Second Vice-Président composent la Présidence, laquelle est chargée : a) De la bonne administration de la Cour, à l'exception du Bureau du Procureur. »

⁵⁷ Prosecutor's Application to Separate the Senior Legal Adviser..., *op. cit.*, p. 15, § 25 : « ... the application itself need not become the subject of judicial decision-making. Instead, this application might merely serve as the impetus for the imposition of administrative relief, which once made

(les juges) ou encore le Président de la Cour ou le Président de la Section préliminaire devraient prendre les dispositions nécessaires pour modifier les attributions du fonctionnaire en cause, de manière à ce que celles-ci ne puissent plus faire douter de son impartialité⁵⁸.

Mais, alternativement, le Procureur soutient que de telles mesures « administratives » pourraient également être fondées sur les dispositions du Statut relatives à la récusation (art. 41 § 2) et au déport (art. 41 § 1) : l'objectif de sauvegarde de l'impartialité des juges implique que ceux-ci aient les pouvoirs nécessaires pour résoudre les problèmes suscités par le comportement de leur équipe⁵⁹.

Quelle réponse les juges font-ils à ces arguments ?

Tout d'abord, les juges des Chambres préliminaires I et II conviennent « par excès de prudence (*ex abundanti cautela*) de relever temporairement le juriste hors classe de toutes les fonctions qu'il pourrait exercer » dans le cadre des affaires visées⁶⁰. En conséquence de quoi le Président de la Section préliminaire adopte le 20 octobre 2006 deux décisions : une décision « judiciaire » relevant le juriste hors classe de ses fonctions en relation avec les deux affaires ; et une décision « administrative » par laquelle il est donné instruction au Greffe de ne plus transmettre à M. Bitti aucune notification ni aucun document soumis dans les deux affaires.

Ensuite, les chambres rejettent, par deux décisions identiques, les requêtes du Procureur, aux motifs : a) que le Président de la Section préliminaire s'est prononcé sur la question dans sa décision du 20 octobre ; b) « en outre, que la Requête du Procureur peut être interprétée comme équivalant à une requête aux fins de récusations des juges ou comme "une question relative à la récusation d'un juge" qui, à ce titre, doit être tranchée à la majorité absolue des juges, conformément à l'article 41-2 du Statut »⁶¹.

Enfin, le Président de la Section préliminaire prépare un mémorandum à l'intention du Président de la Cour dans lequel il retrace l'historique de la procédure et demande au Président de convoquer une réunion plénière extraordinaire des juges pour examiner et, éventuellement, dire « whether in light of the foregoing and the procedural history set out above, the "Application[s]" of the Prosecutor of 31 August 2006 and the "Réponse" by the Defence Counsel of 5 October 2006 amount to a request for disqualification of the Judges of Pre-Trial Chambers I and II under Article 41 (2) of the Statute, or to a "question as to the disqualification of a judge" within the meaning of Article 41 (2) of the

known to the parties might even eliminate any need for adjudication. »

⁵⁸ *Id.*, pp. 17-18, §§ 29-33.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁶⁰ V. lettres de Claude Jorda, Président de la Chambre préliminaire I et de Mauro Politi, Président de la Chambre de préliminaire II en date du 20 octobre 2006.

⁶¹ Ch. Prél. I, *Situation en République Démocratique du Congo. Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, et Ch. Prél. II, *Situation en Ouganda. Affaire Le Procureur c/ Joseph Kony et autres*, Décision relative à la requête du Procureur tendant à ce qu'il soit interdit au juriste hors classe de la section préliminaire de donner des avis juridiques concernant l'affaire, deux décisions, 31 octobre 2006.

Statute, and if so, to decide on the matter »⁶². La question reste donc, finalement, en suspens. Cela d'autant plus qu'il semble qu'aucune réunion plénière extraordinaire des juges n'ait été convoquées sur ce sujet...

La requête adressée par la défense de Ieng Sary était, à l'origine, une simple « demande d'information ». Mais les avocats prennent soin de préciser qu'ils considèrent possible l'utilisation de l'article 34 RI/CETC aux fins de la récusation d'un membre du personnel des chambres. En appel, la requête est présentée comme pouvant être interprétée procéduralement de deux manières différentes : soit comme un appel de la décision de rejet des co-juges d'instruction en vertu des articles 73 et 74 ; soit comme une demande (en premier ressort) de récusation, sur le fondement de l'article 34⁶³. Pour les co-procureurs, en revanche, il est bien clair que « [t]he Internal Rules (...) do not provide for the disqualification of an investigator »⁶⁴. Dès lors, la seule procédure utilisable serait celle de l'article 34 : mais alors, la défense devrait explicitement et exclusivement mettre en cause l'impartialité d'un juge et non, directement, de l'employé visé. Il faudrait alors prouver que la partialité du juge trouve son origine qui dans le préjugé d'un des enquêteurs. Ici aussi, malheureusement, l'affaire se termine en queue de poisson, la Chambre préliminaire n'ayant pas daigné traiter de la question au fond, se retranchant derrière son incompétence pour connaître de ce type de requête au titre des articles 73 et 74.

*

Après avoir envisagé les recours, essayons maintenant, à partir de la jurisprudence, de dégager la conception que se font les juridictions pénales internationales et internationales du droit à un tribunal indépendant et impartial.

B. Le droit à un tribunal indépendant

On a vu qu'avec les juridictions internationales, le droit à un tribunal indépendant se dédouble : il s'agit à la fois du droit à une *jurisdiction* indépendant et du droit à un *juge* indépendant.

1. Mise en cause de l'indépendance de la jurisdiction

Les demandes fondées sur la mise en cause de l'indépendance des juridictions pénales internationales ont, jusqu'ici, toutes été rejetées. D'une manière générale, on peut dire que ces décisions sont justifiées, dans la mesure où les accusations formulées par la défense étaient assez peu circonstanciées. Cela ne rend pas pour autant sans pertinence certaines des questions posées.

⁶² Judge Hans-Peter Kaul, President of the Pre-Trial Section, Internal Memorandum, *Request by the President of the Pre-Trial Division, on behalf of the Judges of the Pre-Trial Chamber and Pre-Trial Chamber II, to the President of the Court to convene the Plenary*, 20 Octobre 2006.

⁶³ CETC, Ch. Prél., Appeal of Mr Ieng Sary against the OCIJ's Decision on the Defence Request for Information concerning the Apparent Bias & Potential Existence of Conflict of Interest of OCIJ Legal Officer David Boyle, 6 Juin 2008, p. 5, § 12.

⁶⁴ CETC, Ch. Prél., *Co-Prosecutors' Response to Ieng Sary's Submission...*, p. 2, § 2-b.

Ainsi, dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, la Chambre d'appel du TPIR peut écarter sans difficulté l'accusation selon laquelle le Tribunal ne pourrait pas être indépendant ayant été créé par l'ONU et l'ONU étant elle-même « responsable du génocide qui a eu lieu au Rwanda »⁶⁵. Ne prenant même pas la peine de relever cette accusation vague et pour le moins excessive « la Chambre d'appel estime que le rôle de l'O.N.U. dans les événements du Rwanda est étranger à la présente affaire et, en conséquence, il n'y a donc pas lieu d'examiner cette question » (§ 59).

Elle prend en revanche plus de soin à répondre à l'allégation selon laquelle le Tribunal agirait sous la pression et l'influence du gouvernement rwandais, thèse soutenue dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* mais aussi et surtout dans l'affaire dite des « médias de la haine », *Nahimana, Ngze et Barayagwiza*.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire, la Chambre d'appel se voit contrainte de justifier tant bien que mal ses incohérences dans le traitement du cas de Barayagwiza⁶⁶. On se souvient que par un arrêt du 3 novembre 1999, la Chambre avait décidé de la libération immédiate de l'accusé, en conséquence des nombreuses irrégularités et des retards qui avaient émaillé la procédure d'arrestation, de transfert et de mise en accusation. Cette décision avait soulevé l'ire du gouvernement rwandais, mais aussi du Procureur, qui avait immédiatement demandé la suspension de son exécution, puis introduit une requête en révision. Lors de la procédure en révision, le Rwanda était intervenu en tant qu'*amicus curiae* en menaçant le Tribunal de cesser toute coopération, tandis que le Procureur avait déclaré que si une telle décision devait être mise en œuvre, le tribunal n'aurait plus qu'à fermer ses portes, ayant perdu toute crédibilité. Le 31 mars 2000, la Chambre décida de la révision de l'arrêt du 3 novembre 1999, au prix d'une manipulation pour le moins douteuse des critères de recevabilité du recours en révision : ayant jugé qu'un certain nombre de faits nouveaux faisaient apparaître les violations des droits de Barayagwiza comme étant d'une gravité moindre, elle décida que sa libération ne s'imposait plus. Ainsi Barayagwiza fut maintenu en détention.

Accusée d'avoir cédé aux pressions du Rwanda et du Procureur (qui lui-même aurait agi pour le compte du Rwanda), la Chambre d'appel rappelle certains passages de son arrêt sur la révision du 31 mars 2000, dans laquelle elle protestait vivement de son indépendance⁶⁷. Elle s'appuie surtout sur le caractère vague des allégations de l'accusé :

« La Chambre d'appel conclut que l'Appelant Barayagwiza se borne à faire l'inventaire des pressions exercées selon lui par le gouvernement du Rwanda sur le Tribunal et à affirmer qu'elles ont eu pour résultat "l'annulation" de l'Arrêt du 3 novembre 1999. Il ne démontre cependant à aucun moment que les juges qui ont rendu l'Arrêt du 31 mars 2000 se sont laissés influencer par ces pressions »⁶⁸.

⁶⁵ TPIR, Ch. App., *Le Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Motifs de l'arrêt, 1^{er} juin 2001, §§ 50-62.

⁶⁶ TPIR, Ch. App., *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, Arrêt, 28 novembre 2007, §§ 18-46.

⁶⁷ Arrêt, § 44.

⁶⁸ Arrêt, § 36. On retrouve exactement le même raisonnement dans *Kayishema et Ruzindana*, § 64 :

Mais le raisonnement le plus difficile à tenir est celui de la Chambre d'appel du TSSL, devant répondre aux accusations de l'accusé Sam Hinga Norman, selon lesquelles le Tribunal ne serait pas « indépendant » parce que sous l'influence de ses principaux bailleurs de fond⁶⁹. En 2004, l'accusé met le doigt sur le système de contributions volontaires qui finance le tribunal – par opposition au financement sur le budget des Nations Unies des deux tribunaux *ad hoc* – et sur le rôle du Comité de gestion, composé notamment des principaux bailleurs de fond (et en particulier des trois plus importants : États-Unis, Grande-Bretagne, Pays-bas). La Chambre se fonde sur une jurisprudence classique de la Cour suprême des États-Unis qui recherche si le mode de financement peut être raisonnablement perçu comme de nature à exercer une pression sur les juges en vue de condamner les accusés. Or, toujours en suivant la Cour suprême, ce cas de figure ne se rencontre guère que lorsqu'il est avéré que les juges ont, du fait de ce mode de financement, un intérêt direct, personnel, substantiel de nature pécuniaire à condamner les accusés⁷⁰. Cela signifierait que les bailleurs ont une influence sur les salaires des juges. Rien de tel ne peut être constaté au sein du TSSL parce que les salaires sont fixes et qu'en cas de financements insuffisants en provenance des contributions volontaires, l'ONU s'est engagée à apporter le complément nécessaire au fonctionnement du Tribunal⁷¹. Cette vision de l'indépendance du tribunal en lien avec son financement peut apparaître assez restrictive. Elle paraît même douteuse lorsque la Chambre se croit obligée d'ajouter, à titre surabondant, quelques commentaires relatifs à la « bonne moralité » et à « l'intention droite » des bailleurs de fonds du Tribunal :

« Undoubtedly, states which have contributed to the funds of the Court must have done so because they believe in due process of law and the rule of law. It is far-fetched, preposterous and, almost, bad taste to suggest that donor states, which in their national practice promote and respect human rights and the rule of law and promote such values internationally, would be committed to funding and sustaining a court in the expectation that it will operate contrary to those same values »⁷².

La phrase est maladroite : elle donne l'impression que la Chambre prend la défense de ses bailleurs de fond ! Le juge Robertson, dans son opinion séparée, exprime un peu mieux la même idée :

« So far as the Sierra Leone Special Court is concerned, the purpose is to put on trial those credibly accused of bearing the greatest responsibility for war crimes and crimes against humanity committed in the country in recent years. That purpose would not be served by prosecutorial incompetence or judicial delay, and not would it be served by unfair trials or biased verdicts of guilt.

« La Chambre d'appel souligne que même si c'était le cas, le simple fait d'exercer des pressions ne signifierait point que le Tribunal y céderait. Kayishema fait état d'allégations sans en rapporter la preuve ».

⁶⁹ TSSL, Ch. App., *The Prosecutor against Sam Hinga Norman*, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Judicial Independence), 13 Mars 2004

⁷⁰ *Id.*, §§ 32-36.

⁷¹ *Ibid.*, §§ 37-38.

⁷² *Ibid.*, § 41.

The donors have paid for a court : all they can expect is that it will do justice to every defendant according to law »⁷³.

Même sous cette forme, cette argumentation ne convainc pas : en tenant « les cordons de la bourse » et en participant directement à la gestion du tribunal, les contributeurs ont nécessairement une influence sur les juges. Celle-ci ne se traduit pas et n'a d'ailleurs pas pour objet la condamnation de tel ou tel accusé : elle a plutôt pour cible la formulation de la politique des poursuites par le Procureur ou la manière qu'ont les juges d'organiser l'instance, avec la place et le statut accordée aux témoins par exemple.

2. Mise en cause de l'indépendance d'un juge

Les griefs formulés pour manque d'indépendance d'un juge ont été traités par les juridictions saisies sous l'angle de l'impartialité. Peut-être parce qu'au fond, la seule question pratique qui se pose *in concreto* dans chaque affaire est de savoir si le statut particulier d'un juge peut éventuellement l'amener à manquer d'impartialité ou à être perçu comme n'étant pas impartial.

Dans l'affaire du *Camp de Čelebići*, les accusés demandèrent la récusation du juge Odio-Benito, siégeant au sein de la Chambre d'appel au motif que celui-ci avait été nommé Vice-Président du Costa Rica⁷⁴. La Chambre rejeta ce grief au terme d'un raisonnement peu clair, que l'on peu grosso modo résumer en deux arguments principaux. Tout d'abord, le juge Odio-Benito avait pris explicitement l'engagement, auprès du Président du Tribunal, de ne pas exercer ses fonctions de vice-président « aussi longtemps qu'il n'en aurait pas fini avec le procès *Čelebići* »⁷⁵ La Chambre vérifia simplement que le juge avait bien respecté cet engagement dans les faits. Ensuite, la Chambre opposa aux accusés, qui invoquaient le principe de « séparation des pouvoirs », une interprétation restrictive de ce principe :

« La doctrine vise principalement à garantir l'exercice distinct et indépendant des différents pouvoirs au sein d'une même sphère ou d'un même système politique. L'indépendance du judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs a pour but d'éviter tout conflit d'intérêts. Lorsque les pouvoirs en question relèvent de systèmes ou de sphères distincts, par exemple nationaux et internationaux, le risque de conflit de compétence matérielle entre ces pouvoirs, et donc de conflit d'intérêts, est considérablement réduit ».

La Chambre en déduit qu'« un tel conflit ne pourrait venir que de ce que le Costa Rica était membre du Conseil de sécurité à l'époque en question ». Mais en l'espèce, une telle supposition reposait, selon la Chambre, « sur des hypothèses aussi invraisemblables qu'extravagantes », à savoir que le Conseil de sécurité aurait pu exercer des « fonctions administratives vis-à-vis du Tribunal afin de peser sur les décisions judiciaires de ce dernier », que le Costa Rica aurait été en mesure d'influencer les décisions du Conseil sur ce point, et que le Vice-

⁷³ Separate Opinion, p. 29, § 24.

⁷⁴ TPIY, Ch. App., *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et al.*, Arrêt, 20 février 2001, §§ 651 et suiv.

⁷⁵ Arrêt, § 684.

Président, en dépit de son engagement de ne pas exercer sa fonction, aurait eu la possibilité de donner des instructions dans ce sens au représentant du Costa Rica à New-York. La Chambre note par ailleurs « que rien ne permet de penser que la République du Costa Rica ait quelque intérêt direct que ce soit dans l'issue de la présente affaire ». Elle en conclut, selon le « test » de l'impartialité du tribunal qu'aucun observateur impartial n'aurait pu estimer que le Juge Odio-Benito aurait un conflit d'intérêt l'empêchant de siéger en tant que juge du Tribunal⁷⁶.

Le moins que l'on puisse dire est que le Tribunal adopte ici une conception assez souple à la fois du principe d'indépendance, mais aussi du principe de l'impartialité selon la théorie des apparences et des incompatibilités qui s'imposent à tout membre d'un organe juridictionnel : une conception que l'on pourrait qualifier de fonctionnelle, plutôt qu'organique, et qui s'éloigne de ce fait, justement, de la théorie des apparences, en accordant très peu d'importance à la position officielle pour se concentrer sur l'exercice, dans les faits, d'une fonction éventuellement conflictuelle. On peut se demander dans quelle mesure cet arrêt ne s'écarte pas de la règle posée par la Chambre elle-même dans son arrêt de principe en matière d'impartialité, l'arrêt *Furundžija*⁷⁷.

La deuxième décision pertinente est celle rendue par la Chambre préliminaire des CETC à propos de la demande de récusation du juge Ney Thol dans l'affaire Nuon Chea⁷⁸. La demande de récusation s'appuie sur l'article 34 du RI/CETC et se situe donc essentiellement sur le terrain de l'impartialité du juge. En fait, les deux aspects – indépendance et impartialité – étaient présents et intrinsèquement mêlés : il était reproché au juge Ney Thol à la fois son statut de militaire, son appartenance au parti au pouvoir et sa participation antérieure à certains procès « politiques » en tant que Président de la Cour militaire, procès à l'occasion desquels il aurait démontré sa tendance à soumettre son interprétation des normes à des considérations politiques⁷⁹.

La Chambre rejette la première allégation en distinguant le cas qui lui est soumis de l'affaire *Öcalan*, jugée par la Cour européenne des droits de l'homme et ici invoquée par la Défense : la différence proviendrait, selon elle, du fait que le juge militaire dans la Cour nationale de sûreté de l'État turque aurait siégé en tant qu'officier, tandis que Ney Thol siégerait à titre personnel et civil. Cet argument n'est guère convaincant : dans l'affaire *Incal*, la Cour européenne notait, au titre des garanties d'indépendance des juges militaires, que ceux-ci siégeaient « à titre individuel » et jouissaient de « garanties constitutionnelles identiques à celles dont bénéficient les juges civils »⁸⁰. Mais elle n'en constatait pas moins une appréhension légitime du requérant, en relevant « que les intéressés sont des militaires continuant d'appartenir à l'armée, laquelle dépend à

⁷⁶ Arrêt, §§ 690-692.

⁷⁷ Cf. *infra* C.

⁷⁸ CETC, Ch. Prél., *Les co-procureurs c/ Nuon Chea*, Public Decision on the Co-Lawyers' urgent Application for Disqualification of Judge Ney Thol pending the Appeal against the Provisional Detention Order in the Case of Nuon Chea.

⁷⁹ Décision, §§ 23-28.

⁸⁰ CEDH, *Affaire Incal c/ Turquie*, 9 juin 1998, § 67.

son tour du pouvoir exécutif. Ensuite ils restent soumis à la discipline militaire et font l'objet de notations par l'armée à cet égard. Quant à leur désignation et nomination, elles requièrent pour une large part l'intervention de l'administration et de l'armée. Enfin, leur mandat comme juge à la cour de sûreté de l'État n'est que de quatre ans et peut se voir renouvelé »⁸¹.

Quant aux autres allégations, la Chambre les rejette également, en s'appuyant sur le caractère vague des allégations de la défense et sur le caractère « séparé et indépendant » des chambres par rapport au système judiciaire cambodgien : le fait que Ney Thol ait été président de la Cour militaire ne pouvait légitimement faire craindre à l'accusé de ne pas être soumis à un juge impartial, à partir du moment où la Cour militaire n'avait pas eu à connaître de l'affaire Nuon Chea auparavant⁸². Dans son mémoire, Ney Thol rappelait de son côté que, par contraste, il s'était récusé dans l'affaire Duch, en raison du fait que la cour militaire en avait été saisie antérieurement⁸³.

C. Le droit à un tribunal impartial

Dans son arrêt *Furundžija* du 21 juillet 2000, la Chambre d'appel du TPIY donne une interprétation constructive de l'article 15 A) de son RPP relatif aux motifs de récusation ou de déport. Ce faisant, il fixe la jurisprudence qui va être appliquée par la suite non seulement par les chambres du TPIY, mais également par les autres tribunaux pénaux internationaux ou internationalisés. Sur la base de cette jurisprudence vont être sanctionnés les deux types de violations du droit à un tribunal impartial : le préjugé, lié à l'impartialité personnelle ; et le préjugement, qui se rapporte à l'impartialité fonctionnelle.

1. La jurisprudence *Furundžija*

Il s'agit de l'arrêt de principe en matière d'évaluation de l'impartialité d'un juge. Cette jurisprudence est reprise non seulement par les chambres des TPIY et du TPIR mais également par la Chambre d'appel du TSSL. Le Procureur de la CPI, dans la procédure de mise en cause de Gilbert Bitti, mais aussi la défense de Ieng Sary et le Procureur des CETC, à l'occasion de la demande d'information visant David Boyle, s'y sont également largement référés.

Dans cette affaire, l'accusé mettait en cause l'impartialité du Juge Mumba, présidente de la Chambre de première instance. Il lui reprochait sa participation antérieure à la Commission de la condition de la femme des Nations Unies, en raison des travaux menés par cette Commission sur le viol des femmes en ex-Yougoslavie. Il pointait également du doigt ses liens supposés avec les membres d'un groupe d'experts, réunis après la conférence mondiale de Beijing sur les femmes pour réfléchir à la définition du viol et à sa qualification comme crime de guerre : les travaux de ce groupe de travail avaient abouti à une définition

⁸¹ *Id.*, § 68.

⁸² CETC, Ch. Prél, Decision on the Co-Lawyers' urgent Application for Disqualification of Judge Ney Thol..., §§ 29-34.

⁸³ CETC, Ch. Prél., *Nuon Chea*, Judge Ney Thol's Brief in Response to Application for Disqualification from Nuon Chea's Co-Lawyers, 31 janvier 2008, p. 4.

« élargie » du viol. Or, trois de ces experts étaient les auteurs d'un mémoire d'*amicus curiae* déposé dans l'affaire, et un autre était juriste de l'Accusation.

Saisie pour la première fois d'une demande de récusation sur le fondement de l'article 15 RPP, la Chambre procède à l'examen de la jurisprudence internationale et nationale en la matière. Elle relève d'abord la double conception de l'impartialité – objective et subjective – explicitée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence *Piersack-Hauschildt*⁸⁴. S'agissant de l'impartialité « objective », elle se penche sur la jurisprudence dans cinq pays de *common law* – Grande-Bretagne, Australie, Canada, Afrique du Sud et États-Unis – avant de mentionner les tendances, selon elles convergentes, de la jurisprudence dans les pays de tradition romano-germanique, en s'appuyant seulement sur les exemples allemands et suédois. « À la lumière de cette jurisprudence », elle en arrive aux principes suivants, qui recouvrent la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective :

« A. Un juge n'est pas impartial si l'existence d'un parti pris réel est démontrée.

B. Il existe une apparence de partialité inacceptable :

i) si un juge est partie à l'affaire, s'il a un intérêt financier ou patrimonial dans son issue ou si sa décision peut promouvoir une cause dans laquelle il est engagé aux côtés de l'une des parties. Dans ces circonstances, le juge est automatiquement récusé de l'affaire ;

ii) si les circonstances suscitent chez un observateur raisonnable et dûment informé une crainte légitime de partialité »⁸⁵.

Le « standard » de l'observateur raisonnable couvre un grand nombre d'hypothèses : toute « apparence » pouvant amener à douter de l'impartialité du juge est prise en compte.

Mais la Chambre d'appel complète et, ce faisant, restreint la portée de son propre principe lorsqu'elle en fait application au cas d'espèce. S'inspirant de la jurisprudence sud-africaine, la Chambre estime en effet « qu'un juge bénéficie d'une présomption d'impartialité » et que cette présomption « ne peut être réfutée facilement »⁸⁶. En particulier, l'observateur raisonnable s'entend d'une

⁸⁴ CEDH, *Piersack c/ Belgique*, 1^{er} octobre 1982, A. 53 ; *Hauschildt c/ Danemark*, 24 mai 1989, GACEDH, n° 30, § 48.

⁸⁵ TPIY, Ch. App, *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, arrêt du 21 juillet 2000, § 189. Cf. également les « déclarations » des juges Patrick Robinson et Shahabuddeen. Les deux juges s'accordent sur la nécessité d'interpréter et de préciser l'article 15 RPP en vue de son application aux cas d'espèce et ils se rallient aux « critères » établis par la Chambre. Cependant, pour le juge Robinson, le principe d'impartialité judiciaire est une règle du droit international coutumier, dont la mise en œuvre nécessite la détermination d'une « sous norme », ayant elle-même une valeur coutumière. Or le juge s'accorde avec la Chambre sur la valeur coutumière du A et du B-i, mais pas du B-ii. Au contraire, le juge Shahabuddeen estime que le principe d'impartialité judiciaire est un principe général de droit (et non une norme coutumière) que le Tribunal est autorisé à interpréter et à appliquer à toutes circonstances. Pour ce faire, il lui suffit de « s'inspirer scientifiquement » de l'expérience des autres juridictions pour en tirer ses propres conclusions, ce qu'a fait la Chambre en l'espèce. Elle n'est pas, de ce point de vue, limitée ou contrainte par une norme de droit international coutumier.

⁸⁶ Arrêt, §§ 196-197.

« personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris des traditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter »⁸⁷. Il en résulte que si l'ensemble des motifs susceptibles de susciter la récusation est extrêmement large, le seuil à atteindre pour démontrer la partialité est extrêmement élevé.

Cette double dimension de l'interprétation choisie dans l'arrêt *Furundžija* explique le *profil* de la jurisprudence des tribunaux pénaux en matière de récusation : les tribunaux admettent très largement la pertinence des allégations qui sont formulées par les parties au regard du principe d'impartialité ; en revanche, elle ne reconnaît quasiment jamais le bien-fondé de ces allégations, faute pour elles d'atteindre le seuil élevé fixé pour renverser la présomption d'impartialité dont bénéficient les juges.

2. Le préjugé : impartialité personnelle

Il s'agit de la première dimension de l'impartialité : le *préjugé* que la personne mise en cause a sur l'affaire ou sur certains aspects de l'affaire⁸⁸. Ce préjugé ressort soit d'éléments subjectifs (conviction du juge), soit d'éléments objectifs (apparence).

Plusieurs cas de figure seront examinés en s'appuyant sur la jurisprudence.

a. Préjugé tenant à des fonctions occupées antérieurement ou simultanément

C'est en partie l'hypothèse évoquée dans l'arrêt *Furundžija*, mais aussi dans l'arrêt *Delalić et al.*⁸⁹ Rappelons que dans la première affaire, l'accusé reprochait au juge Mumba d'avoir été représentante de son État (la Zambie) au sein de la Commission pour la condition de la femme, qui avait étudié et pris position sur le viol des femmes en ex-Yougoslavie. Il lui reprochait également ses « liens » supposés avec les auteurs d'un *amicus curiae* et avec une juriste de l'Accusation, qui auraient participé à un groupe d'experts constitué à la Conférence de Beijing et dont les conclusions auraient abouti à une proposition de définition « élargie » du viol. Dans la deuxième affaire, la défense mettait en cause le juge Odio-Benito qui, tout en exerçant ses fonctions juridictionnelles, était simultanément membre du conseil d'administration du Fonds pour les victimes de la torture des Nations Unies, siégeant à titre personnel.

Selon la Chambre d'appel, le fait de siéger dans un organe en qualité de représentant de son État et non à titre personnel est un premier élément à prendre en compte : cela signifie, dans le cas du juge Mumba, au regard de sa participation à la Commission de la condition de la femme, qu'elle ne parlait pas en son nom propre, mais au nom de son gouvernement⁹⁰. Mais, même s'il était

⁸⁷ *Id.*, § 190.

⁸⁸ Sur la distinction entre « préjugé » et « préjugement » ainsi qu'entre « impartialité personnelle » et « impartialité fonctionnelle », v. S. Guinchard et al., *Droit processuel*, *op. cit.*, pp. 574-575.

⁸⁹ TPIY, Ch. App., *Zejnlić Delalić et al.*, 20 février 2001, §§ 694-709.

⁹⁰ Arrêt *Furundžija*, § 199 : « La Chambre d'appel (...) estime que le Juge Mumba a agi en qualité de représentant de son pays et donc à titre officiel. (...) un membre de la Commission est soumis aux

démontré qu'elle partageait les buts et objectifs de la Commission quant à la protection des droits fondamentaux de la femme, « cette inclination, de par sa nature générale, diffère de l'inclination à mettre en œuvre ces buts et objectifs en tant que juge saisi d'une affaire particulière » (§ 200). Qui plus est, ces objectifs « ne faisaient que refléter les buts des Nations Unies » (§ 201) et « [d]éfendre l'idée que le viol est un crime horrible dont les responsables devraient être poursuivis en justice dans les limites imposées par le droit ne saurait constituer en soi un motif de récusation » (§ 202).

Le même type de raisonnement est exposé s'agissant du juge Odio-Benito qui, elle, siégeait à titre personnel au sein du Fonds pour les victimes de la torture. D'une part, en effet, la réprobation de la torture ne peut pas être comprise comme un préjugé, mais plutôt comme une opinion conforme au droit international et aux buts des Nations Unies⁹¹. D'autre part, condamner la torture ne signifie pas que l'on ait un quelconque préjugé à l'égard de celui qui, en l'espèce, est accusé d'avoir commis ce crime⁹².

Quant aux « liens » supposés du juge Mumba avec les membres du groupe d'experts, aucun élément ne permettait de montrer que le juge Mumba, ou la Chambre de première instance dans son ensemble, avait été influencés par les conclusions de ce groupe d'expert. En fait, la qualification du viol comme crime de guerre et l'adoption d'une définition « élargie » résultait de la jurisprudence antérieure, et plus particulièrement du jugement *Akayesu*.

Enfin, la Chambre d'appel souligne dans les deux affaires qu'il serait paradoxal de reprocher à un juge d'avoir des qualifications dans le domaine des droits de l'homme et du droit international pénal, alors même que de telles qualifications font partie des conditions d'éligibilité : « Il serait étrange que l'application d'une condition d'éligibilité aboutisse à une suspicion de partialité »⁹³.

instructions et au contrôle de son gouvernement. Quand il prend la parole, c'est au nom de son pays. Il se peut que dans certaines circonstances, un représentant partage l'opinion de son gouvernement, mais rien ne laisse penser que c'était le cas en l'espèce. En tout état de cause, l'opinion présentée par le Juge Mumba à la tribune de la Commission serait considérée comme celle de son gouvernement. » V. dans le même sens l'ordonnance de la CIJ du 30 janvier 2004, dans le cadre de la demande d'avis consultatif sur les *Conséquences juridique de l'édification d'un Mur en territoire palestinien occupé*, § 8.

⁹¹ Arrêt *Delalić*, § 699 : pour la Chambre, les convictions et opinion personnelles des juges ne permettent pas en soi de conclure à un manque d'impartialité. En l'occurrence « [u]n observateur raisonnable et éclairé, sachant que la torture est un crime aussi bien en droit international qu'en droit interne attendrait des juges non pas qu'ils soient moralement neutres vis-à-vis de la torture mais qu'ils estiment que les personnes responsables d'actes de torture doivent être poursuivies ».

⁹² *Id.*, § 700 : « On pourrait attendre d'une personne opposée à la torture qu'elle estime que les individus responsables d'un tel crime devraient être sanctionnés, mais autre chose est d'être prévenu contre une personne accusée de torture. Cela vaut tout particulièrement pour les juges qui sont, comme il a été dit, présumés impartiaux, et professionnellement armés, du fait de leur formation et de leur expérience, pour trancher en tout équité les questions qui leur sont soumises en étudiant les éléments de preuve présentés en l'espèce. » La Chambre note également, sous un angle un peu différent que « le Fonds n'a, aux termes de son mandat, d'autres objectifs que de collecter des fonds afin d'apporter une assistance matérielle aux victimes de la torture (...) on ne saurait raisonnablement considérer que l'attachement du Juge Odio Benito aux objectifs et aux activités du Fonds est d'une manière ou d'une autre incompatible avec un jugement équitable et impartial dans une affaire de torture » (§ 698).

⁹³ Arrêt *Furundžija*, § 205. V. de même arrêt *Delalić et al.*, § 702.

b. Préjugé tenant à des propos ou à des écrits antérieurs à l'affaire

Cette hypothèse est parfaitement illustrée par deux demandes de récusation présentées dans le cadre du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Le premier cas est l'une des rares demande ayant effectivement abouti à la récusation d'un juge : l'impartialité du juge Robertson était mise en cause par Issa Hassan Sesay, dans le cadre du procès RUF, en raison de ses propos sur les crimes commis par ce groupe armé et en particulier par son chef – Foday Sankoh – dans un livre publié deux ans plus tôt. La décision, rédigée par le juge Gelaga King, se fonde sur l'arrêt *Furundžija* et aussi sur la décision rendue par les Lords dans l'affaire *Pinochet* pour répondre à la mise en cause de Lord Hoffmann⁹⁴. Sur le fondement du critère de l'observateur raisonnable, il estime que les propos du Juge Robertson sont susceptibles de créer chez l'accusé une crainte légitime de partialité⁹⁵. La décision impose au juge Robertson de se déporter dans toute procédure impliquant le RUF⁹⁶.

Le deuxième cas se situe toujours dans le contexte du procès RUF : cette fois, les accusés reprochaient au juge Bankole Thompson son opinion dissidente jointe au jugement rendu l'affaire des CDF. Dans cette opinion, le juge sierra léonais estimait que les accusés des CDF auraient dû être acquittés de tous les chefs d'accusation sur le fondement de l'état de nécessité, parce qu'ils avaient pris les armes en vue de sauver la démocratie et l'État du péril qui les menaçaient (implicitement : le RUF et l'AFRC). Aux termes d'un raisonnement tortueux, la Chambre de première instance parvient à la conclusion que des « indices d'appréhension de partialité » peuvent effectivement être relevés dans l'opinion dissidente. Pour autant, elle estime que ces « indices » ne sont pas suffisants pour renverser la présomption d'impartialité dont bénéficie le juge, en vertu de la jurisprudence *Furundžija*⁹⁷. Sur appel interjeté par les accusés, la Chambre d'appel casse la décision en droit, tout en confirmant la solution au fond. Elle estime que le fait de relever des « indices de partialité » suffit à justifier la récusation. En revanche, elle considère qu'en l'espèce, l'opinion dissidente ne contenait pas de tels indices : écrite dans le cadre d'une affaire distincte de celle du RUF, elle ne contenait aucune référence explicite ou implicite aux accusés et

⁹⁴ *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex. p. Pinochet Ugarte (n° 2)* [2000] 1 A.C. 119 (HL). Pour un commentaire v. T.H. Jones, « Judicial Bias and Disqualification in the Pinochet case », *Public Law*, 1999, Autumn, pp. 391-399.

⁹⁵ TSSL, Ch. A., *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay*, Decision on Defence Motion seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber, 13 March 2004, p. 7, § 15 : « I have no doubt that a reasonable man will apprehend bias, let alone an accused person and I so hold. »

⁹⁶ V. aussi TSSL, Ch. A., *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay*, Decision on Defence Motion Seeking Clarification of the Decision on the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber, 25 mai 2004 : demande tendant à ce que le juge Robertson ne puisse pas prendre part aux décisions de l'Assemblée plénière des juges pour ce qui a trait ou concerne « in any way » le RUF. La Chambre réaffirme seulement son dispositif de la décision du 13 mars.

⁹⁷ TSSL, Ch., *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Decision on Sesay and Gbao Motion for Voluntary withdrawal or Disqualification of Hon. Justice Bankole Thompson from the RUF Case, 6 décembre 2007, § 94. En effet, si les propos du juge pouvaient effectivement être perçus ou compris comme étant offensifs ou injurieux à l'égard des membres du RUF (§72), en même temps « Justice Thompson did not make any findings with regard to the criminality of the actions of the AFRC and the RUF (§ 77).

aucune référence *au RUF en tant que groupe*. Ce dernier élément peut sans doute être compris comme distinguant ce cas de celui du juge Robertson qui, lui, se référerait explicitement sinon à l'accusé, du moins au RUF. La Chambre conclut en admettant qu'il existe, bien entendu, un lien entre les deux affaires (celle des CDF et celle du RUF), mais elle considère qu'un tel lien, consubstantiel au conflit en cause, ne suffit pas à faire naître une crainte de partialité⁹⁸.

c. Préjugé résultant de propos tenus lors de l'audience de l'affaire

Le juge est devenu de plus en plus actif dans le cadre de la procédure pénale internationale, ne se contentant pas de statuer sur les demandes ponctuelles des parties : il pose des questions et intervient le cas échéant dans les contre-interrogatoires pour recadrer ou réorienter les débats. Cet interventionnisme peut donner lieu à paroles déplacées. Dans deux affaires devant le TPIR, les accusés ont tenté de démontrer la partialité de certains juges en relevant leurs propos tenus à l'audience : pris isolément ou ensemble, ces propos auraient été révélateurs d'un préjugé à l'encontre de l'accusé, ou au moins d'une volonté de faciliter le travail de l'accusation.

Ainsi, dans l'affaire *Rutaganda*, l'accusé n'avance pas moins de quarante-deux allégations de partialité en relation avec des propos tenus en première instance, essentiellement par le juge et président Kama lors des interrogatoires, contre-interrogatoires et de son audition comme témoin. La Chambre d'appel décortique soigneusement ces propos, en revenant aux comptes rendus de séance⁹⁹. Replacées dans leur contexte, la plupart des paroles paraissent anodines ou pertinentes. Certes, la Chambre relève des « attitudes inopportunes ou des appréciations erronées de la part de la Chambre de première instance, mais considère qu'un observateur raisonnable et éclairé conclurait que ces dernières ne sont pas de nature, ou à tout le moins ne suffisent pas, à renverser la présomption d'impartialité des juges »¹⁰⁰.

⁹⁸ TSSL, Ch. App., *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Public Decision on Sesay, Kallon and Gbao Appeal Against Decision on Sesay and Gbao Motion for Voluntary Withdrawal or Disqualification of Hon. Justice Bankole Thompson from the RUF case, 24 Janvier 2008, p. 5, § 15 : « It is inevitable that some connection can be made between judicial opinion in cases before the Special Court because each case ultimately relates to the same period of conflict. But a judicial opinion that merely has some connection to a case can not raise a question of bias nor can it raise a substantive claim for disqualification ».

⁹⁹ TPIR, Ch. App., *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c/ Le Procureur*, Arrêt, 26 mai 2003, 36-125.

¹⁰⁰ *Id.*, § 94. Par exemple, le juge Kama, interrogeant un témoin et obtenant, après quelques efforts, une réponse claire, a coutume de dire : « C'est la réponse que je voulais que vous me donniez » (§ 115) ou : « c'est ce que nous voulions entendre » (§ 117). Sur ce point, « la Chambre d'appel considère que si l'expression utilisée est malheureuse en ce qu'elle pourrait prêter à confusion, un observateur raisonnable ayant suivi les débats et notamment les efforts du juge pour obtenir des réponses concises et claires, conclurait qu'il s'agissait en l'espèce de la façon dont le président exprime sa satisfaction d'obtenir une réponse précise à sa question » (§ 115) et « que le juge Kama semble familier à ce type de commentaire traduisant sa satisfaction devant l'obtention d'une réponse précise à une question, qu'il s'agisse de l'Appelant ou de tout autre témoin » (§ 117). De le même esprit, le juge interrompt l'accusé lors de son contre-interrogatoire par le Procureur et montre des marques d'impatiences : « Bien que regrettables, de telles marques d'impatience, auquel il convient d'ajouter celle exprimée par le juge Kama à l'occasion du témoignage de l'Appelant sur l'impact de la guerre sur le MRND, ne dénotent pas l'hostilité à l'égard de l'Appelant mais davantage un

De même, dans l'affaire *Semanza*, l'accusé cite une phrase du juge et président Ostrovsky qui, remise dans son contexte, se révèle être seulement une petite pique d'humour un peu déplacée, ce que la Chambre d'appel ne manque pas de noter, tout en considérant que cela ne saurait suffire à mettre en doute l'impartialité du juge : « The Appeals Chamber does not consider that a reasonable observer would have apprehended bias because of Judge Ostrovsky's statement. Nevertheless, the Appeals Chamber advises that statements on potentially serious matters made in jest, and which risk being misinterpreted, should be avoided »¹⁰¹.

d. Préjugé tenant à la motivation du jugement, aux décisions prises ou à aux appréciations faites par la juridiction lors du jugement de l'affaire

Dans plusieurs affaires, les accusés estiment que les décisions prises par les chambres ou les motifs de leurs jugements traduisent un préjugé à leur rencontre. Ainsi, dans l'affaire *Bagosora et autres*, les accusés mettaient en cause une décision de la Chambre de première instance portant sur la modification des mesures de protection des témoins, dans laquelle la Chambre avait, parmi plusieurs facteurs, pris en compte le « high profile » et l'influence des accusés. Selon ces derniers, de telles appréciations exprimaient un préjugé à leur rencontre. Le Bureau, saisi par le Président de la Chambre estime qu'il n'y a rien d'anormal à ce que la Chambre, ayant à déterminer des mesures de protection, soit amenée à évaluer la potentielle dangerosité des accusés pour les témoins : « It is incorrect to conclude that in undertaking the exercise of weighing the probabilities, judges are forming preconceptions on the personalities and guilt of accused persons »¹⁰².

Aucune allégation de ce type n'a jusqu'ici permis d'aboutir à la récusation d'une formation de jugement. À l'appui de leurs demandes, les accusés ont invoqué, parmi d'autres : des décisions de rejet de demandes formulées par la défense¹⁰³, et notamment d'une demande tendant à ce que les propos du Procureur lors de l'interrogatoire d'un témoin ne soient pas pris en compte¹⁰⁴ ; des décisions avec lesquelles l'accusé était, tout simplement, en désaccord¹⁰⁵ ; une succession de

agacement dû à la longueur du procès et la difficulté de le mener à son terme dans un délai raisonnable. Ces manifestations ne sauraient, en tant que telles, établir une attitude partielle ou discriminatoire de la part du Président de la Chambre de première instance » (§ 124).

¹⁰¹ TPIR, Ch. A., *Laurent Semanza*, Arrêt, 20 mai 2005, §§ 15-23 et ici § 18. L'accusé cite la phrase suivante : « But I think that we can start and then if you have some problems we can deal with them. To plead guilty, well, it's unfortunate that your client did not follow your example ». Qui répond en fait au propos suivant de l'avocat de la défense : « Your Honours, I plead guilty, guilty in the sense that I am a little crazy, I forgot my badge in Brussels and I've been given another one indicating that I'm a visitor, but also I forgot my diary in Brussels... »

¹⁰² TPIR, Bureau, *The Prosecutor v. Bagosora et al.*, Determination of the Bureau pursuant to Rule 15 (B), 20 février 2002, § 11.

¹⁰³ V. les trois décisions du 17 mai 2004 rendues par le Bureau du TPIR dans l'affaire *Le Procureur c/ Edouard Karemera et al.*, Decision on Motion by Nzirorera for Disqualification of Trial Judges ; Decision on Motion by Karemera for Disqualification of Trial Judges ; Decision on Motion by Ndirumutse for Disqualification of Trial Judges.

¹⁰⁴ TPIR, Ch. A., *Eliezer Niyitegeka c/ Le Procureur*, Arrêt, 9 juillet 2004, §§ 43-46.

¹⁰⁵ TPIY, President, *The Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, Decision on Motion for Disqualification, 16 février 2007.

décision sur une période de six mois qui auraient révélées, selon la défense, un préjugé à l'encontre de l'accusé¹⁰⁶ ; un ensemble de faits, de décisions et d'appréciation qui, pris comme un tout, mettrait en lumière la partialité de la Chambre¹⁰⁷.

e. Préjugé tenant aux liens entretenus avec l'une des parties au procès

C'était l'argument soulevé à l'encontre du juge Vaz dans l'affaire *Karemera et autres* par deux des accusés, Nzirorera et Rwamabuka. Selon eux, le juge Vaz cohabitait avec un des procureurs menant l'accusation dans l'affaire : « While close friendship with counsel for a party in the case is not always a basis for a reasonable apprehension of bias, the combination of friendship and cohabitation for some period at the pre-trial stage gives rise to a reasonable apprehension in the present case »¹⁰⁸. Le Bureau jugea toutefois la requête irrecevable, par défaut d'objet, ayant été informé entretemps que le juge Vaz avait décidé de se retirer de l'affaire.

f. Préjugé tenant aux liens entretenus avec une organisation ou une personne ayant un intérêt dans le procès

Ces cas se rapportent essentiellement à la première hypothèse d'apparence de partialité évoquée dans le test *Furundžija* : « Il existe une apparence de partialité inacceptable : i) si un juge est partie à l'affaire, s'il a un intérêt financier ou patrimonial dans son issue ou si sa décision peut promouvoir une cause dans laquelle il est engagé aux côtés de l'une des parties ».

Le lien peut être personnel, comme dans l'affaire d'outrage à l'encontre de Milka Maglov, ancienne membre de l'équipe de défense de Radoslav Brdjanin. L'avocate cherchait à faire récuser les juges de la Chambre de première instance appelée à se prononcer sur son cas, au motif que, siégeant dans la Chambre Brdjanin, ils auraient eu des préjugés à son encontre. Elle alléguait notamment qu'un tel préjugé résulterait des liens entretenus entre les juges et le chef de l'équipe de la défense, Me Ackerman, appelé à témoigner pour l'Accusation. La décision écarte – un peu trop facilement – ces allégations¹⁰⁹.

¹⁰⁶ TPIR, Bureau, *The Prosecutor v. Theoneste Bagosora et al.*, Decision on motion for disqualification of judges, 28 mai 2007.

¹⁰⁷ TPIR, Ch. App., *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, Arrêt, 28 novembre 2007, §§ 51-62 (dénaturation des éléments de preuves) ; §§ 63 (défaut de réponse aux thèses centrales de la Défense) ; §§ 68-75 (Décision orale du 11 septembre 2000 par laquelle deux juges refusent de se récuser) ; pp. 30-72 (absence de l'accusé aux audiences) ; pp. 73-78 (appréciation par la Chambre des éléments de preuve).

¹⁰⁸ TPIR, Bureau, *The Prosecutor v. Edouard Karemera et al.*, Decision on Motions by Nzirorera and Rwamabuka for Disqualification of Judge Vaz, 17 mai 2004, § 3.

¹⁰⁹ TPIY, Bureau, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, Decision on Application for Disqualification, 11 juin 2004, §§ 14-17, § 17 : « The fact that an attorney who has appeared before a Chamber as counsel then appears as a prosecution witness is not sufficient to rebut the presumption of impartiality accorded to Judges. It is quite common in most jurisdictions for Judges to form professional relationships with counsel and for Judges and counsel to show signs of mutual respect for each other. That the Judges of the Chamber have expressed appreciation for lead counsel's professional conduct in the Defence of Brdjanin does not mean, given the responsibilities of their office, those Judges would be unable to bring an unbiased mind to the assessment of evidence lead-counsel gives in relation to allegation against Maglov ». Lors du procès Brdjanin, il est apparu que Maglov était l'avocate, dans une autre affaire, d'un des témoins cité par l'Accusation. Ackerman était appelé à

Lorsqu'il est allégué que le ou les juges ont un lien avec une organisation, la décision rendue par les Lords dans l'affaire *Pinochet* relative au cas de Lord Hoffmann est citée comme précédent par les accusés¹¹⁰. C'est le cas dans l'affaire *Furundžija* (21 juillet 2000) en raison de son ancienne appartenance à la Commission de la condition de la femme et de ses liens, prétendus, avec un juriste de l'accusation et les auteurs d'un *amicus curiae*, anciens membres d'un groupe de travail ayant travaillé sur la question du viol. Pour la Chambre, le « lien étroit » existant entre Lord Hoffmann et Amnesty International n'est pas établi en l'espèce. De même, dans l'affaire *Delalić et autres* (20 février 2001, §§ 694-709), la Chambre juge que l'appartenance du juge Odio-Benito au conseil d'administration du Fonds pour les victimes de la torture n'est pas comparable à la situation de Lord Hoffmann, compte tenu de la différence de nature entre les deux organisations en cause. En l'espèce, le Fonds pour les victimes de la torture n'était pas partie à l'affaire *Čelebići* en quelque qualité que ce soit : « Les appelants n'ont présenté aucun élément de preuve ni fourni aucune indication donnant à penser que le Fonds était lié à une partie au procès ou agissait en coordination avec elle ».

Dans le même esprit, devant le TSSL, l'accusé Sam Hinga Norman tenta d'obtenir la récusation du juge Winter au sein de la formation de jugement de la Chambre d'appel appelée à se prononcer sur l'exception préjudicielle qu'il avait soumise au regard de la « légalité » de l'infraction de recrutement d'enfants. Le juge Winter, alléguait-il, entretenait des liens étroits avec l'UNICEF et avait notamment participé à la rédaction d'un rapport publié en 2002, intitulé *International Criminal Justice and Children* comprenant des passages relatifs à la compétence du TSSL en matière de recrutement d'enfants. La Chambre souligne que le juge Winter faisait partie des quelques cinquante personnes ayant participé à la révision du rapport : ce lien est trop ténu pour franchir le seuil exigé par le test *Furundžija*, compte tenu de la présomption dont bénéficient les juges¹¹¹.

3. Le préjugement : impartialité fonctionnelle

Il s'agit de la deuxième dimension de l'impartialité : le préjugement ou impartialité fonctionnelle. Sur le fondement de la théorie des apparences, elle interdit la participation simultanée ou successive à certaines instances ayant des points communs, ainsi que le cumul simultané ou successif de certaines fonctions.

a. Participation simultanée ou successive à une autre instance dans laquelle des faits ont été constatés ou des questions de droit jugées qui sont à nouveau soumises dans le cadre de l'instance en cours

Le problème se pose d'abord lorsque le *contexte* est commun à deux ou plusieurs affaires dans lesquelles siègent les mêmes juges. Dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, les accusés demandèrent la récusation des Juges Jorda et Riad, au motif qu'ils

certifier qu'il avait bien donné instruction aux membres de son équipe de n'avoir aucun contact avec les témoins de l'accusation.

¹¹⁰ V. *supra* note n° 94.

¹¹¹ TSSL, Ch. A., *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Decision on the Motion to Recuse Judge Winter from the Deliberation in the preliminary motion on the Recruitment of child Soldiers, 28 mai 2004.

siégeaient simultanément dans le procès *Blaskic*. Le Bureau, saisi de la demande, estime que la présomption d'impartialité dont bénéficie un juge ne peut être renversée du seul fait d'avoir siégé ou de siéger dans deux ou plusieurs procès mettant en jeu les mêmes événements. Elle appuie cette affirmation par une considération d'opportunité : « The nature of the Tribunal's jurisdiction is such that the cases before it inevitably overlap. On the one hand, the same issues and the same evidence are often involved. On the other hand, the Tribunal possesses a finite number of judges. On a view opposite to that reached in this case, the work of the Tribunal would soon grind to a halt »¹¹². Bien que les deux arguments (« juridique » et d'opportunité) soient présentés séparément, on peut légitimement se demander dans quelle mesure le premier n'est pas sur-déterminé par le second.

On retrouve la même question, mais de manière peut-être plus sensible encore, lorsque des juges, ayant participé à une formation de jugement qui s'est prononcée sur des *éléments de faits ou de droit*, est appelée à connaître des mêmes éléments dans le cadre d'une nouvelle formation.

Ainsi dans l'affaire *Brdjanin et Talić*, les accusés demandaient à ce que le juge Mumba soit récusée, en raison de sa participation au procès *Tadic* et en particulier à la formation de la Chambre d'appel ayant rendu l'arrêt de 1999 portant condamnation : dans cet arrêt, en effet, la Chambre qualifiait d'international le conflit s'étant déroulé sur le territoire de la municipalité de Prijedor. Or la Chambre de première instance jugeant Brdjanin et Talić allait être amenée à se pencher à son tour sur la qualification du conflit dans la même région et à la même époque : selon les accusés, le juge Mumba ne serait pas en mesure de se départir de l'opinion qu'elle s'était faite dans le cadre du procès *Tadic*. Après un raisonnement emmêlé, les juges de la Chambre de première instance considèrent qu'ils ne sont « pas convaincus qu'un observateur impartial estimerait que le Juge Mumba n'est pas susceptible de trancher les questions soulevées en l'espèce de manière impartiale et sans préjugés »¹¹³.

On retrouve le même type d'hypothèses lorsqu'un juge participe simultanément à deux procès, et que l'acte d'accusation de l'un des accusés mentionne le second accusé comme ayant participé à une entreprise criminelle commune¹¹⁴ ; ou encore lorsque l'accusé met en cause l'impartialité du juge pour avoir, auparavant, confirmé l'acte d'accusation d'un autre accusé, alors que les crimes

¹¹² TPIY, Bureau, *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, Decision on the application of the Accused for Disqualification of Judges Jorda and Riad, 4 mai 1998. Cette décision du Bureau est confirmée par la Chambre de première instance une première fois : TPIY, Ch., *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, Decision on the application of the Accused for Disqualification of Judges Jorda and Riad, 21 mai 1998. Puis une deuxième fois sur nouvelle demande des accusés : TPIY, Ch., *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, Decision on the Application for Disqualification of Judges Jorda and Riad, 8 octobre 1998.

¹¹³ TPIY, Ch., *Le Procureur c/ Radoslav Brdjanin et Momir Talić*, Décision relative à la demande de récusation d'un juge de la Chambre de première instance présentée par Momir Talić, 18 mai 2000, § 20.

¹¹⁴ TPIY, President, *The Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, Decision on Motion for Disqualification, 16 février 2007 : participation au procès *Babić*, l'acte d'accusation mentionnant Šešelj comme participant à une entreprise criminelle commune. V. § 26 de la décision : « What Šešelj seems to completely underestimate is the integrity of the judicial office and the professionalism of judicial office holders ».

reprochés aux deux accusés sont étroitement liés¹¹⁵ : aucune de ces situations n'est de nature, selon les instances saisies, à renverser la présomption d'impartialité dont bénéficie le juge.

Plus problématique encore, dans l'appel contre le jugement rendu dans l'affaire des *Médias de la haine*, les accusés mettaient en cause l'impartialité du juge Pillay pour sa participation au procès *Akayesu* et des juges Pillay et Møse pour leur participation au procès *Ruggiu*. Dans ces deux procès, en effet, les chambres de première instance auxquelles avaient participé ces deux juges étaient arrivés à la conclusion que les émissions de la RTLM (dans les affaires *Akayesu* et *Ruggiu*) et les écrits publiés dans le journal *Kangura* (dans l'affaire *Akayesu*) étaient constitutifs du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide et du crime contre l'humanité de persécution. La Chambre d'appel reprend les propos du Bureau dans l'affaire *Kordić et Čerkez* selon lesquels le fait que des juges soient appelés à se prononcer sur des affaires qui se recoupent ne suffit pas à renverser la présomption d'impartialité dont ils bénéficient. Elle estime que les juges ne se sont pas contentés de reprendre les conclusions factuelles établies dans les jugements précédents mais ont procédé à un examen minutieux des éléments de preuve qui leur étaient soumis en l'espèce¹¹⁶. Pourtant, on est ici très proche de l'hypothèse, évoquée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, où un juge se prononce sur le cas d'un accusé, alors même qu'il a participé précédemment à la condamnation d'un co-accusé dont le cas avait été disjoint du premier¹¹⁷.

On retrouve la même problématique, plus récemment, dans l'affaire *Karadžić*, même si en l'espèce, l'écueil a été esquivé de justesse. En l'espèce, l'affaire avait été dans un premier temps assignée à la Chambre de première instance I, présidée par le juge Orić¹¹⁸. Celui-ci s'était désigné comme président de la section de trois juges chargée de juger *Karadžić* en même temps que comme juge de la mise en état¹¹⁹. Or, le juge Orić avait auparavant présidé la Chambre ayant condamné Momčilo Krajišnik, le troisième membre de la présidence collective de la République des Serbes de Bosnie, aux côtés de *Karadžić* et de Biljana Plavšić. Le problème fut soulevé dans une tribune signée Göran Sluiter et parue sur le site *The Hague Justice Portal*¹²⁰. Peu de temps après, *Karadžić* formula auprès du Président du Tribunal une demande de récusation du juge Orić. Le même jour, le Président du Tribunal réassignait l'affaire à la Chambre de première instance III en présentant cette décision sous le dehors d'une mesure

¹¹⁵ TPIY, Ch. App., *The Prosecutor v. Stanislav Galić*, Arrêt, 30 novembre 2006, §§ 34-45 : demande de récusation du juge Orić pour avoir confirmé l'acte d'accusation amendé à l'encontre de Mladić, accusé de crimes liés à ceux reprochés à Galić.

¹¹⁶ TPIR, Ch. App., *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, Arrêt, 28 novembre 2007, §§ 76-87.

¹¹⁷ CEDH, *Ferrantelli et Santangelo c/ Italie*, 7 août 1996, cité par F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 408.

¹¹⁸ TPIY, Président, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Order assigning a case to a Trial Chamber, 22 Juillet 2008.

¹¹⁹ TPIY, ChPI I, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Order composing a Trial Chamber and Designating a Pre-Trial Judge, 30 Juillet 2008.

¹²⁰ Göran Sluiter, « *Karadžić on Trial : Two Procedural Problems* », *The Hague Justice Portal* - <http://www.haguejusticeportal.net/>, 2 août 2008.

d'administration du Tribunal¹²¹ ; et rejetait la demande de Karadžić pour incompétence (elle aurait dû être adressée au Président de la Chambre), indiquant par ailleurs qu'il était inutile de reformuler la demande de manière appropriée, la question ayant été réglée par la réassignation¹²².

b. Cumul de fonctions au sein de la même juridiction

La partialité pour préjugement peut également être soulevée en cas de cumul au sein de la juridiction de plusieurs fonctions qui devraient en principe être séparées. On vu que les Statuts comportaient d'ailleurs, sur ce point, certaines garanties formelles, qui n'épuisent pourtant évidemment pas tous les cas de figure.

C'est le cas notamment de la séparation entre fonctions juridictionnelles d'une part et fonctions législative, administrative ou institutionnelle d'autre part.

Ainsi, quant aux *fonctions législatives*, dans l'affaire *Nyramasuhuko et autres (affaire de Butare)*, les requérants mettaient en cause l'application rétroactive à leur propre cas de l'article 15BIS(D) tel qu'amendé et contestaient également l'impartialité des deux juges de la Chambre de première instance ayant décidé cette application, au motif qu'ils auraient participé à la plénière ayant adopté l'amendement. La Chambre écarte un peu trop facilement l'argument : « The argument overlooks the fact that judges can in a legislative capacity make rules without prejudice to their right to pronounce in a judicial capacity on the *vires* or operation of the rules so made. In this case, article 14 of the Statute, which gives a rule-making competence to the judges of the Tribunal, does not prevent them from later deciding in their judicial capacity on the *vires* or operation of the rules adopted »¹²³. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme juge contraire au principe d'impartialité le cumul des fonctions législatives et juridictionnelles¹²⁴. En l'occurrence, il y a là, sans doute, une difficulté structurelle propre aux TPI, que l'on ne retrouve évidemment pas devant la CPI, dont le RPP est rédigé par les États parties.

S'agissant des *fonctions administratives*, dans l'affaire *Delalić*, les accusés demandaient la récusation de juges de la Chambre d'appel qui avaient auparavant entériné, au sein de l'assemblée plénière, la décision du Président d'autoriser le juge Odio-Benito à siéger dans ce procès, sous condition de ne pas remplir ses fonctions de Vice-Président du Costa Rica jusqu'à la fin de la procédure. Les accusés souhaitaient en effet poser la question de l'impartialité du juge Odio-Benito en tant que moyen d'appel de leur jugement. La Chambre résout la question en procédant à une distinction spacieuse entre la décision

¹²¹ TPIY, Président, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Order reassigning a case to a Trial Chamber, 21 août 2008. V. ensuite l'ordonnance du Président de la Chambre de première instance III sur la composition de la section et la désignation du juge de la mise en état : TPIY, Président Trial Chamber III, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Order on composition of Pre-Trial Bench, 22 août 2008.

¹²² TPIY, Président, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Decision on Disqualification of Judges, 21 août 2008.

¹²³ TPIY, Ch. App., Decision in the matter of proceedings under rule 15BIS(D), 24 septembre 2003, § 9.

¹²⁴ CEDH, *McGonnell c/ Royaume-Uni*, 8 février 2000 et *Pabla Ky c/ Finlande*, 22 juin 2004, cités par F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 410, n° 214-3.

administrative prise par l'assemblée plénière des juges – à laquelle les juges Riad, Wang et Nieto-Navia avaient participé – et la décision *judiciaire* de la Chambre de première instance qui suivit, à laquelle ces trois juges n'avaient pas pris part¹²⁵. Il semblait pourtant difficile d'ignorer que les deux décisions, administrative et judiciaire, répondaient à la même question : celle de la compatibilité des fonctions de juge (en général ou dans une affaire en particulier) et des fonctions de Vice-Président du Costa Rica. N'est-il pas possible d'appliquer ici, par analogie, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de cumul des fonctions consultatives et judiciaires¹²⁶ ?

Quant aux *fonctions institutionnelles*, enfin, le risque de conflit est illustré dans l'affaire des *Médias*. Devant la Chambre d'appel, l'appelant Barayagwiza faisait valoir que « peu avant la date prévue pour l'ouverture de son procès, les Juges Pillay et Møse se sont rendus au Rwanda "dans le but de renforcer les liens entre le Gouvernement rwandais et le Tribunal, liens qui s'étaient dégradés en raison de [l'Arrêt du 3 novembre 1999]" »... La Chambre relève que « les déplacements officiels dans les États susceptibles de devoir coopérer avec le Tribunal font partie des fonctions du Président et du Vice-Président du Tribunal, postes respectivement occupés, à l'époque de la visite » par les deux juges mis en cause. En l'occurrence, « cette visite ne saurait être assimilée à une descente sur les lieux des crimes allégués dans la présente affaire ». Elle en conclut par conséquent « qu'un observateur raisonnable et dûment informé ne serait pas amené à mettre en doute l'impartialité des juges Pillay et Møse en raison de leur visite au Rwanda peu avant le début du procès, et que l'Appelant Barayagwiza n'a pas réussi à renverser la présomption d'impartialité dont ces juges bénéficient »¹²⁷.

Reste les cas plus classiques dans lesquels un juge est soupçonné de préjugement pour être intervenu à différents stades de la procédure dans une même affaire. Une bonne illustration à cet égard est donnée dans l'affaire d'outrage, déjà citée, de Milka Maglov. Rappelons que l'avocate, ancienne membre de l'équipe de la

¹²⁵ TPIY, Bureau, *Le Procureur c/ Zejnir Delalić et autres*, Decision of the Bureau on Motion to disqualify judges pursuant to Rule 15 or in the alternative that certain judges recuse themselves, 25 octobre 1999, § 14 : « It follows from the above that the three judges concerned by the Motion for disqualification currently under discussion took part only in the *administrative* decision made on 11 March 1998 concerning the *general question* of whether, pursuant to Article 13 of the Statute of the ICTY and Article 16 of the Statute of the International Court of Justice, Judge Odio Benito was entitled to continue to exercise her functions as a Judge of the International Tribunal. They did not pronounce upon, nor did they contribute to the taking of, any *judicial decision*, on a *specific judicial matter* that at the time had not yet arisen : the question of whether Judge Odio Benito should be disqualified from sitting in Celebici on the basis that her election to the position of Second Vice-President of Costa Rica entailed an interest in or an association with that case, thus creating a lack of impartiality. This question, raised in the Defence Motion of 25 May 1998, was decided by the Bureau, on which *none* of the three aforementioned Judges was serving, in its decision of 4 September 1998 ».

¹²⁶ La Cour européenne ne condamne pas en tant que tel le cumul entre les fonctions consultatives et judiciaires, existant par exemple au sein du Conseil d'État français. Mais elle recherche si l'avis rendu par la formation consultative n'a pas constitué une sorte de « préjugement » de la cause examinée par la formation contentieuse. Il en est ainsi lorsque la Cour constate que les deux formations ont eut à connaître de la « même affaire » ou de « questions analogues ». Cf. *Kleyn et al. c/ Pays-Bas*, 6 mai 2003 ; *Sacilor-Lormines c/ France*, 9 novembre 2006. V. F. Sudre, *op. cit.*, p. 409, n° 214-3.

¹²⁷ TPIR, Ch. App., *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, Arrêt, 28 novembre 2007, §§ 64-67.

défense de Brdjanin, est accusée d'outrage en raison de ses liens avec un témoin de l'accusation (dont elle était l'avocate dans une autre affaire). Elle saisit le Bureau pour demander la disqualification de ses juges, au motif qu'ayant déclenché la procédure, ils seraient en fait parties au litige. Le Bureau rejette la requête en se fondant essentiellement sur la « légalité » de la procédure au regard du RPP : l'article 77-C-iii permet en effet expressément à une chambre de première instance de déclencher la procédure d'outrage elle-même, lorsqu'elle a des raisons de croire qu'une personne s'en est rendue coupable. Le Bureau souligne que, pour le reste, la Chambre reste cantonnée dans sa fonction de jugement : l'enquête est confiée à un *amicus curiae* nommé pour la circonstance, tandis que l'accusation pendant le procès est confiée à un procureur *amicus curiae*. Aucune partialité, réelle ou apparente, ne ressort donc de la procédure¹²⁸. Pour rappel, dans l'affaire *Kyprianou*, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré contraire à l'article 6 une procédure de *contempt*, déclenchée puis jugée par la même formation de jugement. Mais il faut dire que, dans cette espèce, il s'agissait d'une procédure sommaire : une fois l'outrage relevé, les juges s'étaient retirés pour délibérer et n'étaient revenus que pour infliger une peine d'emprisonnement à l'avocat mis en cause¹²⁹.

*

*

*

Peut-on juger, à l'issue de cette étude – comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme à propos du TPIY dans l'affaire Naletilić – que tout grief fondé sur le manque d'indépendance ou d'impartialité des tribunaux pénaux internationaux et hybrides est « manifestement mal fondé » ? On serait tenté de répondre par l'affirmative, à partir du moment où l'on a pu constater, en effet, que les Statuts et les RPP de ces juridictions présentaient non seulement des garanties statutaires d'indépendance et d'impartialité, mais également des voies de recours de nature à permettre aux accusés de soumettre de tels griefs et de les faire juger directement par ces tribunaux. Certes, l'examen dans le détail de la jurisprudence peut parfois laisser penser que les juges ont évacué ces griefs avec une trop grande légèreté. Cependant, on n'a relevé peu de décisions de nature à porter gravement préjudice aux droits de l'accusé : on pense aux griefs légitimes de Barayagwiza relatifs à l'indépendance du Tribunal – mais on est là dans le

¹²⁸ TPIY, Bureau, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, Decision on Application for Disqualification, 11 juin 2004.

¹²⁹ CEDH, Grande Chambre, *Kyprianou c/ Chypre*, 15 décembre 2005, cité par F. Sudre, *op. cit.*, p. 409. V. en particulier les §§ 127-128 de l'arrêt : « La présente espèce concerne un cas de *contempt* commis devant les juges et dirigé contre eux personnellement. Directement visés par les critiques du requérant, qui portaient sur la manière dont ils conduisaient l'instance, ceux-ci ont alors eux-mêmes pris la décision d'engager des poursuites, examiné les questions soulevées par la conduite du requérant, jugé l'intéressé coupable et infligé la sanction, en l'occurrence une peine d'emprisonnement. En pareil cas, la confusion des rôles entre plaignant, témoin, procureur et juge peut à l'évidence susciter des craintes objectivement justifiées quant à la conformité de la procédure au principe établi en vertu duquel nul ne peut être juge en sa propre cause et, en conséquence, quant à l'impartialité du tribunal. (...) en conséquence, la démarche objective mène à la conclusion que la cour d'assise ne répondait pas aux normes exigées par la Convention ».

cadre d'une procédure qui, dès le départ, présentait des vices extrêmement graves – et également, toujours dans l'affaire des *Médias de la haine*, à la mise en cause de l'impartialité des juges Pillay et Møse en raison de leur participation antérieure aux procès *Akayesu* et *Ruggiu*. Au contraire, on peut souligner que, dans certains cas limites, les recours ont été effectifs, soit qu'ils aient conduit à la récusation d'un juge (le cas du juge Robertson devant le TSSL), soit qu'ils aient amené le juge mis en cause – par réaction ou par anticipation – à se déporter volontairement (les cas du juge Vaz devant le TPIR ou du juge Ney Thol devant les CETC dans l'affaire *Duch*). Reste certaines interrogations. Il en est ainsi s'agissant du statut particulier des employés des tribunaux chargés d'une fonction de conseil (les cas de Gilbert Bitti devant la CPI et de David Boyle devant les CETC). Leur conduite est-elle vraiment de nature à affecter l'impartialité d'une formation de jugement ? Et si c'est le cas, quels recours doivent être exercés pour remédier à cette situation ? Enfin, la question de l'indépendance des juridictions reste posée, mais il s'agit là, en quelque sorte, d'une question structurelle, propre aux conditions dans lesquelles ces juridictions voient le jour et exercent leurs compétences : dans une société internationale encore largement décentralisée, la justice pénale internationale semble vouée à rester intrinsèquement partielle, voire partiale. Il y a là de toute évidence un vice qu'il faut accepter, sans pour autant que l'on puisse s'y résigner. Sous ce jour, l'objectif de ratification universelle du Statut de la CPI revêt une importance primordiale. La Cour ne pourra prétendre à une totale indépendance qu'une fois cet objectif atteint.