

**DEVANT LES CHAMBRES EXTRAORDINAIRES
AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

No. du dossier : 002/14-08-2006

Nom du dossier : KANG GUEK EAV

Soumis devant : Chambre Préliminaire

Date de soumission : 3 octobre 2007

Soumis par : The Center for Social Development (*Centre pour le Développement Social*) et The Asian International Justice Initiative (*Initiative asiatique de justice internationale*)

Langue : français

**MÉMOIRE D'AMICUS CURIAE RELATIF À L'APPEL À L'ENCONTRE DE
L'ORDONNANCE DE MISE EN DÉTENTION PROVISOIRE DU 31 JUILLET 2007**

TABLE DES MATIÈRES

Observations Préliminaires

Introduction

Opinion

- I. **La détention antérieure de l'appelant constituait une violation de ses droits qui doit être reconnu par les CETC.**
- II. **Un examen des principaux précédents jurisprudentiels et de la preuve donne à penser que la détention antérieure de l'appelant n'a pas empêché ou fait hésiter le Bureau des Co-Juges d'Instruction (BCJI) de rendre l'ordonnance de détention provisoire.**
 - a) *Le BCJI avait le droit d'ordonner la détention provisoire en l'absence d'action concertée entre les CETC et le Tribunal Militaire de Phnom Penh.*
 - b) *Le BCJI ne devrait décliner l'exercice de son pouvoir d'ordonner la détention provisoire que si la détention antérieure a entraîné tortures ou mauvais traitements graves.*
 - c) *La détention antérieure par le Tribunal Militaire de Phnom Penh devrait être prise en considération lors du prononcé de la sentence.*
- III. **Une revue des principaux précédents jurisprudentiels suggère que la norme de contrôle judiciaire requise pour renverser l'ordonnance du BCJI de mise en détention provisoire et accorder le placement sous contrôle judiciaire n'est pas facilement atteinte.**
 - a) *Ordonner et, si nécessaire, revoir la détention provisoire ou le placement sous contrôle judiciaire est une décision discrétionnaire qui relève uniquement du BCJI.*
 - b) *Aucune omission de nature factuelle dans le raisonnement conduisant à la décision de détention provisoire par le BCJI ne peut être une cause valable d'appel.*
 - c) *Il appartient à l'appelant de prouver qu'une ordonnance de mise sous contrôle judiciaire devrait remplacer l'ordonnance de mise en détention provisoire.*
 - d) *Le procès de l'appelant est imminent.*

Conclusion

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

1. Nous nous référons à l'avis public du Bureau de la Chambre Préliminaire du 4 septembre 2007 (« l'avis public ») invitant des mémoire d'*amicus curiae* d'organisations et d'individuels, relatifs à la demande d'appel déposée par M. Kaing Guek Eav, alias Duch (« l'appel ») à l'encontre de l'ordonnance de mise en détention provisoire du Bureau des Co-Juges d'Instruction (BCJI) daté du 31 juillet 2007 (« l'ordre de détention provisoire »).
2. Les présentes soumissions écrites constituent le mémoire d'*amicus curiae* des organisations suivantes :
 - a) *The Center for Social Development* (Centre pour le Développement Social), une organisation non-gouvernementale locale, *inter alia*, pour le respect des Droits de l'Homme, la justice, et la réconciliation nationale au Cambodge, et
 - b) *L'Asian International Justice Initiative*, (Initiative asiatique de justice internationale) un projet conjoint du Centre d'études des crimes de guerre (*War Crimes Studies Center*) de l'université de Californie à Berkeley et du Centre Est-Ouest (*East-West Center*) de l'université d'Hawaï, établi pour générer des initiatives de justice et de programmes de développement de capacités dans toute la région de l'Asie Pacifique.
3. Outre le fait que l'avis public invitait les mémoires d'*amicus curiae* à être déposés avant le 3 octobre 2007, en réponse et « relatifs à tout ce qui est relatif à « l'appel », le mémoire d'appel de l'appelant daté du 5 septembre 2007 (« le mémoire d'appel ») n'a été accessible au public que le 26 septembre 2007, nous laissant seulement **4 jours francs** pour préparer une action en la matière ! Nous demandons que, dans le futur, il soit donné aux organisations et au public un laps de temps adéquat pour répondre par mémoires d'*amicus curiae*, et nous réservons le droit d'amender ou de compléter ce mémoire le cas échéant.
4. Nous insistons sur le fait que ce mémoire, constituant un document *amicus curiae*, exprime une opinion légale neutre et indépendante sur des points de droit soulevés par l'ordonnance de mise en détention provisoire et le mémoire d'appel. Dans le but d'éliminer tout doute à ce sujet, il se limite à assister cette Honorable Chambre à juger sur ces points en toute indépendance et sans préjudice de l'innocence ou de la culpabilité de l'appelant de tout crime pour lequel il est accusé devant les CETC. Nous avons limité notre intervention à des points de droit international, et ne commentons en aucun cas les points légaux ou de procédure relatifs à la détention provisoire qui pourrait être soulevés dans le cadre des lois du Cambodge. Notre revue se référera, *inter alia*, à la jurisprudence et aux pratiques des tribunaux pénaux internationaux¹ et hybrides, ainsi que de la Cour Pénale Internationale (CPI).
5. Nous reconnaissons le fait que, en plus d'appliquer les lois du Cambodge, la loi d'établissement des CETC, incluant ses amendements, datée du 27 octobre 2007 (« la loi sur les CETC »), et le Règlement Intérieur des CETC daté du 22 juin 2007 (« le Règlement Intérieur »), les CETC doivent exercer leurs fonctions « dans le respect des normes

¹ Tribunal pénal international pour l'ancienne Yougoslavie (TPIY) et Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

internationales de justice, équité, et respect des lois, comme établi par les articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte ») » selon l'article 12 de l'accord du 6 juin 2003 entre les Nations Unies et le Gouvernement Royal du Cambodge.

INTRODUCTION

6. Les CETC ne considèrent que les crimes les plus odieux et révoltants connus de l'homme, c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité, et les plus graves des crimes de guerre. A ce premier stade, les CETC, et en fait toutes les autres cours criminelles internationales ou hybrides ayant pouvoir de juger des personnes accusées de tels crimes, doivent adresser et peser certaines considérations contradictoires dans la détermination de la décision d'ordonner ou non la mise en détention provisoire ou la mise sous contrôle judiciaire des personnes accusées.
7. La Chambre d'Appel d'une autre cour criminelle hybride, la Cour Spéciale pour la Sierra Leone, a résumé ces considérations contradictoires comme suit dans Fofana :

« Vu les difficultés pratiques auxquelles la justice pénale internationale doit faire face actuellement, les cours doivent faire preuve de résolution à assurer que les suspects arrêtés comparaissent devant la justice en temps utile et ne bénéficient pas de la mise sous contrôle judiciaire dans le cas où il y a un réel risque qu'ils s'enfuient, menacent des témoins de l'accusation, ou continuent d'adopter la conduite pour laquelle ils sont accusés. Ne pas agir ainsi serait une moquerie envers les victimes des crimes horribles dont ils sont accusés...

Ceci étant dit, le droit international des droits de la personne, sur lequel repose en partie le droit pénal international, ne manquent pas de souligner avec force le principe que toute personne privée de liberté a le double droit de contester cette détention et, si elle est légale, de demander la mise en liberté provisoire jusqu'à la conclusion du procès.

Ce dernier droit n'est pas, suivant le droit international des droits de la personne, un « droit de mise sous contrôle judiciaire » dans le sens où l'accusé a le droit d'être libéré à moins que la poursuite ne puissent prouver des allégations particulières à son égard ; c'est un droit de demander de la mise sous contrôle judiciaire à une cour ouverte à se laisser persuader la détention provisoire de l'accusé n'est pas nécessaire pour assurer la bonne marche du procès ou pour toute autre raison publique »².

8. Ces considérations sont à la base de toutes les décisions du Bureau des co-juges d'instruction d'ordonner la détention provisoire, la liberté provisoire ou le placement sous contrôle judiciaire selon les règles 63-65 du Règlement Intérieur. Bien que le Règlement Intérieur ne fasse pas de la liberté une règle et de la détention une exception, il est significatif qu'il ne demande pas qu'un accusé prouve que des circonstances exceptionnelles existent avant qu'il ne soit relâché, contrairement aux règles de procédure du TPIR³. Le

² *Le Procureur vs. Fofana*, SCSL 04-14-AR-65, « Appel à l'encontre de la décision de mise sous contrôle judiciaire », 11 mars 2005, paragraphes 31-32.

³ La règle 65 (B) du Règlement de la Procédure et des Preuves du TPIR stipule que « la mise sous contrôle judiciaire ne peut être ordonnée par une Cour que dans des circonstances exceptionnelles, après audience avec le pays hôte, et uniquement s'il est certain que l'accusé paraîtra devant la Cour et si, une fois libéré, il ne posera pas de danger à toute victime, témoin, ou autre personne ».

BCJI ne peut ordonner la détention préventive que si, *inter alia*, il la considère comme une mesure nécessaire. Même si une personne est en détention, le BCJI peut ordonner, qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire à tout moment, s'il le juge souhaitable. En d'autres termes, « *l'attention doit être portée sur les circonstances particulières de chaque cas individuel, sans considération du fait que la décision éventuelle constitue une règle ou une exception* »⁴.

9. En règle générale, « *la décision de libérer un accusé doit être alors basée sur une appréciation si des éléments d'intérêt public, démontrés par le Procureur, qui se doivent d'être supérieurs à la nécessité de respecter le droit à la liberté de l'accusé* »⁵. En d'autres termes, dans la prise de décision d'ordonner ou non la mise sous contrôle judiciaire, il appartient au BCJI d'exercer sa prérogative et de statuer entre les besoins d'intérêt public d'une part et le droit à la liberté de la personne accusée d'autre part.
10. Etant donné qu'il s'agit là de décisions discrétionnaires, elles ne devraient être renversées en appel par cette Honorable Chambre que si elles sont basées sur une interprétation erronée de la loi régissant le sujet, sur une conclusion de faits manifestement erronée, ou si elles sont tellement injustes et déraisonnables qu'elles constituent un abus des prérogatives du BCJI⁶.
11. Les principes guidant les décisions ainsi exposées s'appliquent avec la même force au cas présent.
12. Notre mémoire adresse trois points légaux séparés, qui, nous l'espérons, aideront cette Honorable Chambre dans ses prises de décision. En premier, après avoir étudié le côté légal du présent dossier en ce qui concerne ces sujets, nous souhaitons commenter sur la discrétion du BCJI dans sa prise de décision, et si cette discrétion a, en droit, été correctement exercée. Il semble clair que la décision du BCJI de placer l'accusé en détention provisoire dans le but de préserver l'intérêt public était bien dans ses prérogatives. De plus, vu les normes de contrôle judiciaires strictes imposées aux autres tribunaux internationaux, il est au minimum questionnable que cette décision puisse faire l'objet d'un appel, considérant toutes les circonstances et les réalités opérationnelles du Cambodge décrites brièvement dans les paragraphes 22 et 23 de l'ordonnance de mise en détention provisoire.
13. En second argument, relié au premier, nous souhaitons commenter la détermination du BCJI quant à sa juridiction sur la détention antérieure de l'appelant. Après avoir caractérisé la détention antérieure sans procès de l'appelant par le Tribunal Militaire de Phnom Penh (« le Tribunal Militaire ») du 10 mai 1999 jusqu'au jour où il fût amené devant les CETC le 30 juillet 2007 (« la détention antérieure ») de « *problématique* » au regard du droit international de la personne, le BCJI a conclu que, selon la loi⁷, il « *n'avait pas juridiction pour déterminer la légalité de la détention antérieure de DUCH* ». En tout respect, cette conclusion étudie l'importance de la détention antérieure de l'appelant et, comme nous l'expliquerons, limite sa propre discrétion. Il semble clair de la jurisprudence que le BCJI, et en fait cette Honorable Chambre, doit exercer, et non éluder, sa discrétion et reconnaître que la détention antérieure constitue une violation du droit de l'appelant à être jugé sans délai

⁴ Le Procureur vs. Sesay, SCSL 04-1-PT-069, décision d'application de mise sous contrôle judiciaire, paragraphe 39. Voir également Le Procureur vs. Miodrag Jokic et le Procureur vs. Rahim Ademi, IT-01-42-PT et IT-01-46-PT, ordonnances à l'encontre de motions pour mise en contrôle judiciaire, Chambre de Première Instance, 20 février 2002.

⁵ Le Procureur vs. Sesay, SCSL-04-15-PT-069, « décision d'application de mise sous contrôle judiciaire », paragr. 39.

⁶ Voir *Slobodan Milaovic vs. le Procureur*, décision d'appel préliminaire de la décision de la Chambre de Première Instance sur la nomination d'un avocat de la défense, TPIY, dossier No. IT-02-546AR7.3.7, 1 novembre 2004, paragr. 10.

⁷ Ordonnance de détention, paragr. 2 et 20.

déraisonnable, en accord avec, *inter alia*, l'article 14(3)(c) du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

14. Troisièmement, nous posons la question : étant donné que la détention antérieure est une violation des droits de l'appelant, quel est le remède approprié ? Alors qu'une violation des droits demande un certain remède, la Chambre d'Appel du Tribunal pénal international pour la Yougoslavie (TPIY) a rappelé que, dans l'examen du remède approprié à apporter à une violation présumée des droits de l'accusé, un « *équilibre doit être maintenu entre les droits fondamentaux de l'accusé et les intérêts essentiels de la communauté internationale dans la poursuite judiciaire de personnes accusées de violations sérieuses de la loi humanitaire internationale* »⁸. L'appelant insiste sur le fait que sa remise en liberté immédiate est le seul remède à une telle violation. Cependant, en arrivant à cette conclusion, l'appelant n'a pas adressé le problème de déterminer si cette violation est directement imputable aux CETC et, en conséquence, susceptible de restreindre légalement la discrétion du BCJI à ce stade de la procédure. Dans l'alternative, l'appelant recherche son remède dans le cadre d'une sentence (si condamné) ou compensation (si acquitté), non d'une remise en liberté, dans les paragraphes 127 à 133 de son mémoire d'appel. Au vu de nos recherches sur la jurisprudence applicable et de notre compréhension de l'intention du Règlement Intérieur, nous suggérons que cette alternative pourrait s'accorder avec des précédents internationaux en la matière.
15. En résumé, trois points sont à considérer par cette Honorable Chambre dans le jugement d'appel, à savoir :
- a) Si la détention antérieure par le Tribunal Militaire constituait une violation des droits de l'appelant et, si oui, si elle aurait dû être déclarée comme telle par cette Honorable Chambre ;
 - b) Si une telle violation empêchait ou limitait la juridiction du BCJI dans sa prise de décision d'ordonner la détention provisoire ; et
 - c) Si le BCJI avait le droit d'exercer sa discrétion à ce sujet, l'exercice de cette discrétion devrait-il être revu ?

OPINION

I. La détention antérieure de l'appelant par le Tribunal Militaire a violé ses droits et cette violation doit être reconnue par les CETC.

16. Une distinction fondamentale doit être faite, d'une part entre le droit du BCJI d'*examiner, déterminer, et déclarer* la légalité de la détention antérieure de l'appelant par le Tribunal Militaire, et d'autre part le droit du BCJI d'*ordonner* la détention provisoire ou la mise sous contrôle judiciaire de l'appelant.
17. La doctrine d'abus de procédure (que nous étudierons plus avant) et la question liée de savoir si un abus de procédure relatif à la détention antérieure de l'appelant peut être attribuée aux CETC est pertinente relativement à la seconde forme de juridiction du BCJI, et non relativement à la première.

⁸ *Procureur vs. Nikolic*, IT-94-2-AR73, décision sur appel préliminaire concernant la légalité d'arrestation, 5 juin 2003, paragr. 30, et *Procureur vs. Nikolic*, IT-99-36-T, décision sur l'objection de la défense d'intercepter des preuves, 3 octobre 2003, paragr. 61, appliquent le même principe aux autres violations de droits alléguées.

18. Le BCJI paraît confondre ces deux formes distinctes de juridiction dans le paragraphe 20 de son ordonnance de détention (souligné et discuté ci-dessus). La question préalable et pertinente que le BCJI aurait dû se poser est : avons-nous le pouvoir de déterminer la légalité de la détention antérieure de l'appelant alors que les CETC ne sont devenues opérationnelles que le 22 juin 2007 et, en conséquence, ne peuvent être tenues directement responsables de cette détention ?
19. La chambre d'appel du TPIR a répondu par l'affirmative dans sa décision *Barayagwiza*, qui déclare qu'une violation des droits d'une personne accusée doit être reconnue par un tribunal pénal international devant lequel elle cherche remède, même si cette violation ne peut lui être attribuée *per se*.

« Dans le cas présent, l'appelant a été détenu pendant 11 mois avant d'être informé de la nature générale des accusations portées contre lui par le Procureur. Bien que nous reconnaissons que 35 jours seulement sur les 11 mois sont clairement attribuables au Tribunal (les périodes du 17 avril au 16 mai 1996 et du 4 au 10 mars 1997), il n'en reste pas moins vrai que l'appelant a passé un temps excessif en détention provisoire sans être informé de la nature générale des accusations portées contre lui.

En l'état, le fait que seule une courte période de la durée totale de la détention provisoire est imputable au Tribunal n'est pas pertinent, étant donné que c'est ce Tribunal, et non une autre entité, qui juge actuellement les plaintes de l'appelant. Sans considération de qui peut être responsable, la conclusion inévitable est que le droit de l'appelant d'être promptement informé des accusations portées contre lui a été violé »⁹.

(La mise en caractères gras est de notre fait)

20. Il en résulte que le BCJI a la compétence de déterminer et de déclarer si oui ou non la détention antérieure de plus de 8 ans constitue une violation des droits de l'appelant.
21. La jurisprudence suggère à ce sujet qu'il n'y a pas de règle d'or pour déterminer si une certaine période de détention avant procès peut être qualifiée de délai inconsidéré en violation, *inter alia*, de 14(3)(c) du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Aucune des décisions du Comité des Droits de l'Homme ou de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (« CEDH ») citées par l'appelant dans les paragraphes 3 à 18 de son mémoire d'appel n'applique une approche mécanique de la détention provisoire ou détermine une limite arbitraire ou fixe applicable dans tous les cas où il y a eu retard ; chacune considère plutôt les faits sur leurs mérites individuels. En fait, la CEDH a éliminé les limites déterminées et a approché les dossiers concernant la détention provisoire en considérant une série de circonstances propres à chaque cas particulier¹⁰.
22. Ceci mis à part, et bien que nous n'ayons pas eu l'occasion de lire la Réponse des Co-Procureurs ou le dossier de le Tribunal Militaire relatif aux arguments de l'appelant sur ce point, nous sommes enclins à penser que la détention antérieure de l'appelant constitue une

⁹ Procureur vs. Barayagwiza, TPIR, décision de la Chambre d'Appel du 3 novembre 1999, paragraphe 85

¹⁰ Voir le « Document contenant les accusations suivant l'article 61(3) (a) et la liste des preuves relatives à la règle 121(3) » (ICC-01/06-356 et annexes, 28 août 2006. « De tels faits incluent, *inter alia*, la complexité du dossier, la gravité du crime et la peine probable en cas de conviction, l'ensemble des preuves et les difficultés d'enquête, et la conduite des autorités judiciaires ».

violation *prima facie* de son droit garanti par la loi à un procès dans un délai raisonnable ou à sa remise en liberté. Nous agréons avec les autorités citées dans les paragraphes 38-55 du mémoire d'appel de l'appelant dans la mesure où elles supportent cette proposition (et celle-ci uniquement).

23. Ayant reconnu que la détention antérieure de l'appelant était « *problématique* » au vu de la loi applicable au paragraphe 2 de l'ordonnance de détention, le BCJI aurait du procéder plus avant en reconnaissant que cela constituait une violation de ses droits suivant la loi. Au lieu de ce faire, le BCJI a contourné le problème en déclarant qu'il n'avait aucune juridiction pour examiner cette affaire. En conséquence, nous demandons instamment à cette Honorable Chambre d'examiner, déterminer, et déclarer la légalité de la détention antérieure de l'appelant dans sa décision.

II. Une revue des principaux précédents jurisprudentiels suggère que la détention antérieure n'a pas empêché ou fait hésiter le BCJI de délivrer l'ordonnance de détention.

24. En supposant que la détention antérieure est une violation de ses droits, en quoi affecte-t-elle (si effet il y a) la question de décider si oui ou non il devrait être gardé en détention provisoire jusqu'au procès devant les CETC ?
25. L'appelant insiste sur le fait que la conséquence et le seul remède à cette violation est sa remise en liberté immédiate ¹¹.
26. L'appelant invoque le dossier *Barayagwiza* comme précédent pour suggérer que la violation de ses droits pendant la détention antérieure empiète sur la discrétion du BCJI d'accorder ou de refuser la liberté provisoire. Cependant, il faut se rappeler que, dans ce cas particulier, la Chambre d'Appel du TPIR prenait ses décisions dans le contexte d'un jugement et de la prononciation d'une sentence. En d'autres termes, il est nécessaire de considérer la période à laquelle la décision est prise : il est important de souligner que la Chambre a limité ses remarques et décisions à ce moment ou étape de l'enquête (voir extrait ci-dessus, paragraphe 19). Ceci est particulièrement significatif, en vertu de cette attribution, ou le besoin d'établir un lien entre une violation ou abus de procédure et les CETC, devient, comme nous allons l'expliquer, une considération décisive pour déterminer si le BCJI a le droit d'ordonner la détention provisoire.
27. L'appelant ne s'est pas référé à une décision récente et fondamentale dans le cas *Lubanga*, où la Chambre d'Appel de la CPI s'est penché sur exactement la même question celle dont cette Honorable Chambre doit maintenant disposer à savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles une violation antérieure des droits de la personne peut empêcher ou restreindre l'exercice de la discrétion d'un tribunal pénal international d'ordonner la détention provisoire ¹².
28. Les faits du dossier *Lubanga* sont analogues à ceux du dossier de l'appelant. Dans ce cas-là, Lubanga a été arrêté et détenu suite à une procédure menée devant les Cours Militaires de la République Démocratique du Congo (« RDC ») jusqu'à son transfert à la CPI comme partie intégrale de son propre processus judiciaire et conformément à la demande de coopération de la CPI datée du 14 mars 2006. Un point de droit posé à la Chambre d'Appel de la CPI était la question de savoir si une quelconque violation des droits de la personne reconnus

¹¹ Dossier d'appel, paragraphe 84.

¹² *Le Procureur vs. Lubanga*, dossier ICC-01/04-01/06, paragraphes 42-43.

internationalement, relativement à son arrestation et sa détention par la RDC avant le 14 mars 2006 affecte la juridiction de la CPI d'ordonner la détention provisoire.

29. Après un examen très attentif de la jurisprudence et des pratiques d'autres tribunaux pénaux internationaux et hybrides, la Chambre d'Appel de la CPI a établi, *inter alia*, les principes suivants :

- (a) Toute violation des droits d'un accusé relative à son arrestation antérieure et détention provisoire par des autorités extérieures ne devient la responsabilité du tribunal pénal que s'il a été au préalable établi qu'il y avait eu action concertée entre le tribunal pénal et ces autorités en ce qui concerne ces violations¹³.
- (b) Même s'il n'y a pas d'action concertée entre le tribunal pénal et ces autorités extérieures, le principe d'abus de procédure constitue une garantie additionnelle des droits de l'accusé¹⁴.
- (c) Nonobstant ceci, l'application du principe d'abus de procédure (qui supposerait que le tribunal pénal décline sa juridiction dans un cas particulier)¹⁵ est restreint aux cas de torture ou de mauvais traitements graves de la part des autorités extérieures ou relatifs aux conditions de l'arrestation et du transfert de la personne au tribunal pénal¹⁶.

30. Etant donné qu'il n'y avait aucune preuve indiquant que l'arrestation et la détention de Lubanga avant le 14 mars 2006 résultaient d'une action concertée entre la CPI et les autorités de la RDC, ou qu'il n'y a eu ni torture ni mauvais traitements graves à aucun moment, la Chambre d'Appel de la CPI a conclu qu'il lui était possible de placer Lubanga en détention provisoire et a agi en conséquences.

a) *Le BCJI était autorisé à ordonner la détention provisoire en l'absence d'action concertée entre les CETC et le Tribunal Militaire de Phnom Penh.*

¹³ Voir *Stocké vs. Allemagne* devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, 11755/85 [1991] CEDH 25 (1 mars 1991), paragr. 51-54 : CEDH, *Klaus Altman vs. France*, décision du 4 juillet 1984 sur l'admissibilité de l'application, application No. 10689, 1984, P. 234. En outre, le TPIR a établi sans cesse qu'il ne pouvait être tenu responsable de l'arrestation et de la détention provisoire illégales de l'accusé dans l'état où il est gardé si lesdites arrestations et détention n'avaient pas été exécutées à la demande du tribunal. Voir en particulier le dossier *Semanza* de la Chambre d'Appel, 31 mai 200, dossier No. TPIR-97-20-A, paragraphe 79, où une distinction est faite entre le temps pendant lequel Semanza était détenu à la demande des autorités du Rwanda et celui où il était détenu à la demande du TPIR. Voir également le dossier *Rwamabika*, Chambre de Première Instance I, 12 décembre 2000, « décision sur la motion de la défense relative à l'arrestation illégale et la détention illégale de l'accusé », dossier No. TPIR-98-4-T, paragr. 30, établissant que « La Chambre de Première Instance ne considère donc pas que, du 2 août 1995 au 2 décembre 1995, lorsque le Procureur a notifié les autorités namibiennes de leur connaissance du fait que l'accusé était sous leur garde, le tribunal était responsable de la détention de l'accusé. Le tribunal n'ayant pas juridiction sur les conditions de cette période de détention, toute contestation relative est du ressort de la juridiction namibienne ».

¹⁴ Voir *Procureur vs. Dragan Nikolic*, « Décision sur l'appel préliminaire concernant la légalité de l'arrestation », 5 Juin 2003, dossier No. IT-94-2-AR73, paragr. 30. Voir également *Juvenal Kajelijeli vs. Le Procureur*, dossier No. TPIR-98-44A-A, paragr. 206 et *Procureur vs. Slavko Dokmanovic*, « Décision sur la motion d'élargissement de l'accusé », 22 Octobre 1997, dossier No IT-95-13a-PT, paragr. 70-75.

¹⁵ Voir *Jean Bosco Barayagwisa vs. le Procureur*, Chambre d'Appel, 3 novembre 1999, dossier No. ICTR-97-19-AR72, paragr. 74- 77. Voir également *Juvenal Kajelijeli vs. Procureur*, 23 mai 2005, dossier No. ICTR-98-44A- A paragr. 206.

¹⁶ Voir dossier *Procureur vs. Dragan Nikoli*, « Décision sur appel préliminaire concernant la légalité d'arrestation », 5 Juin 2003, dossier No. IT-94-2-AR73, paragr. 30. Voir également *Juvenal Kajelijeli vs Procureur*, dossier No. ICTR-98-44A-A, paragr. 206, et *Procureur vs. Slavko Dokmanovic*, « décision sur motion d'élargissement de l'accusé », 22 Octobre 1997, dossier No IT-95-13a-PT, paragr. 70-75.

31. L'appelant ne semble pas établir qu'il y ait eu action concertée entre les CETC et le Tribunal Militaire.
32. L'appelant :
- i. souligne des références à la loi sur les CETC dans des ordonnances de détention antérieures délivrées par le Tribunal Militaire ;
 - ii. déclare que le Tribunal Militaire ne lui a donné aucune explication sur les raisons de sa détention,
 - iii. spécule sur la raison qu'aurait eue le Tribunal Militaire de prolonger la détention provisoire de l'appelant, et
 - iv. déclare que la détention antérieure peut être imputée aux autorités judiciaires cambodgiennes, les CETC incluses.

dans le but d'affirmer que les CETC ont une responsabilité dans sa détention antérieure.

33. Cependant, le fait que les CETC sont une partie intégrante du système judiciaire cambodgien ne doit pas nécessairement conduire à conclure que ce tribunal internationalisé d'exception a agi en accord avec une autorité judiciaire différente, le Tribunal Militaire, qui n'est pas responsable du dossier de l'appelant devant les CETC. Nous ne disputons pas le fait que la détention antérieure du Tribunal Militaire constitue une violation *prima facie* des droits de l'appelant, mais, étant donné qu'elle ne peut pas être clairement attribuée aux CETC, le litige soulevé par l'appelant est avec le Tribunal Militaire et non avec les CETC. L'appelant a le droit de rechercher auprès des CETC un remède à une telle violation (voir ci-après), mais la jurisprudence internationale tend à suggérer que l'appelant ne peut pas soulever ce fait comme un bouclier contre l'exercice de la discrétion des CETC à ordonner la détention provisoire.
34. Des faits dont nous avons connaissance, il semble clair qu'il y a un lien entre les accusations auxquelles l'appelant a fait face devant le Tribunal Militaire et celles que les CETC ont portées contre lui. Cependant, ce fait ne démontre pas une action concertée ou une collusion entre ces deux entités judiciaires différentes, ce qui d'ailleurs ne semble pas être suggéré explicitement par l'appelant. S'il y avait eu preuve d'action concertée ou de collusion, la détention provisoire aurait dû avoir été prise en considération à ce stade¹⁷. Il semble donc, après étude de la jurisprudence pertinente, que c'est au stade du prononcé de la sentence qu'il pourra être remédié au tort causé (nous nous étendons plus longuement sur le sujet dans les paragraphes 36 et 37 ci-après). Comme souligné par la Chambre de Première Instance dans *Kajelijeli*, un défendeur doit avoir le droit à un crédit représentant la durée totale de sa détention, incluant la période pendant laquelle il a été détenu uniquement sous un mandat d'arrêt de l'Etat, dans la mesure où le mandat est « *basé sur les mêmes accusations que celles à l'origine du procès* »¹⁸.

¹⁷ Dossier No. ICTR-98-44A-T, *Juvenal Kajelijeli vs. Procureur*, jugement et sentence, 1 décembre 2003, paragr. 208 – 233. Dans ce dossier, plusieurs autres droits de l'accusé avaient été également violés, incluant ses droits en tant que suspect et (une fois accusé) son droit à une première audience dans un laps de temps adéquate, ce qui, sujet à débat, n'est pas le cas en ce qui concerne notre affaire.

¹⁸ Dossier No. ICTR-98-44A-T, *Juvenal Kajelijeli vs. Procureur*, jugement et sentence, 1 décembre 2003, paragr. 967. Au procès, l'accusé a bénéficié d'une remise de peine pour la détention servie de cinq ans, cinq mois et vingt-cinq jours. En appel, la période de détention que l'accusé avait passée dans l'attente de son transfert du Bénin au TPIR à Arusha a été ajoutée à la remise initiale, réduisant ainsi la peine de prison de 306 jours supplémentaires. La Chambre d'Appel a également considéré que la Chambre de Première Instance avait fait un erreur dans sa décision préliminaire rejetant le

b) *Les CETC ne devraient récuser sa discrétion d'ordonner la détention provisoire que si la détention antérieure a entraîné tortures ou mauvais traitements graves.*

35. L'appelant n'apporte aucune preuve qu'il a été victime de toute forme de torture ou de mauvais traitements graves pendant sa détention antérieure, de la part du Tribunal Militaire ou des autorités en charge d'appliquer la décision de détention. En l'absence de telles preuves, le précédent international *Lubanga* suggère que, dans les circonstances, la doctrine d'abus de procédure ne peut être invoquée. En d'autres termes, la détention antérieure, bien qu'elle constitue une violation des droits de l'appelant, ne peut être considérée comme un abus de procédure des CETC requérant que le BCJI décline son pouvoir d'exercer sa juridiction en la matière. Il semblerait que ce précédent récent soit particulièrement significatif du fait qu'il provient de la CPI, dont le Statut de Rome a été ratifié à ce jour par 105 pays, y compris le Cambodge.

c) *La détention antérieure par le Tribunal Militaire de Phnom Penh devrait être prise en considération lors du prononcé de la sentence.*

36. Nous ne voulons pas suggérer que l'appelant devrait être laissé sans remède contre sa détention antérieure, qui constitue une violation *prima facie* de ses droits à un procès dans un délai raisonnable ou à sa remise en liberté. Comme la Cour d'Appel du TPIR a déclaré dans *Kajelijeli* :

« Lorsque les droits d'un suspect ou d'un accusé ont été violés pendant la période de sa détention illégale dans l'attente de son transfert et de son procès, l'article 2 (3) (a) du Pacte relatif aux droits civils et politiques stipule que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente ont été violés bénéficiera d'un remède efficace, sans tenir compte du fait que la violation a été commise par des personnes agissant dans une capacité officielle » »¹⁹.

37. A ce sujet, nous enjoignons cette Honorable Chambre de considérer comme autorité les décisions de la Chambre d'Appel du TPIR dans *Barayagwiza* (sur lesquelles l'appelant s'appuie) et *Kajelijeli*, lorsqu'elle prendra sa décision sur le troisième et dernier argument d'appel, mais uniquement dans la mesure où cela est lié aux remèdes alternatifs possibles lors du prononcé de la sentence et de l'octroi de compensation financière.

IV. Une revue des principaux précédents jurisprudentiels suggère que la norme de révision judiciaire requise pour renverser l'ordonnance du BCJI de mise en détention provisoire et accorder le placement sous contrôle judiciaire n'est pas facilement atteinte.

a) *Le BCJI jouit de la discrétion d'ordonner la mise en détention provisoire ou le placement sous contrôle judiciaire et, si nécessaire, de revoir ses décisions.*

38. Comme souligné précédemment, toute décision du BCJI d'ordonner la mise en détention provisoire ou le placement sous contrôle judiciaire est purement discrétionnaire. Ce fait est

fait que ses droits avaient été violés pendant sa période d'arrestation et de détention au Bénin, et s'est déclarée en faveur de l'accusé en appel (en termes clairs, que la Chambre de Première Instance aurait dû reconnaître la violation de ses droits). Toutefois, la situation de fait de l'arrestation de l'accusé peut être différenciée de celle de l'appelant devant les CETC; dans le premier cas, l'appelant avait été arrêté sans mandat et n'avait pas été informé par le Procureur du TPIR des raisons de son arrestation et, dans une large mesure, les autorités du Bénin avaient largement agi sous l'autorité du TPIR.

¹⁹ Dossier No. ICTR-98-44A-A, *Juvenal Kajelijeli vs. Procureur*, Jugement, 23 mai 2005, paragraphe 322

significatif. Les Chambres d'Appel des autres tribunaux internationaux et hybrides ont établi que la norme de révision judiciaire des motions préliminaires est élevée : elles n'ont pas interféré sur les prérogatives de la Chambre de Première Instance, sauf circonstances exceptionnelles. Comme l'a souligné la Chambre d'Appel du TPIY dans *Milosevic*, une décision doit être

« tellement déraisonnable qu'elle démontre que la Chambre de Première Instance n'a pas exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire » avant de pouvoir être renversée²⁰. La Chambre d'Appel de la Cour Spéciale pour la Sierra Leone a adopté la même norme pour la révision judiciaire des décisions de placement sous contrôle judiciaire. Dans *Fofana*, cette chambre déclare que « dans les cas où le Juge ou la Chambre de Première Instance a exercé son pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le placement sous contrôle judiciaire, la Chambre d'Appel ne substituera pas son propre pouvoir discrétionnaire à celui du Juge ou de la Chambre de Première Instance »²¹. Elle a poursuivi en ajoutant qu'une décision de refuser le placement sous contrôle judiciaire serait renversée uniquement si elle était « logiquement perverse et insoutenable en faits »²².

39. La décision du BCJI, bien qu'il soit regrettable qu'elle contienne certaines omissions au niveau des faits, ne semble pas atteindre ce niveau élevé de déraisonnabilité. Les Chambres d'Appel du TPIY et du TPIR, et la Cour Spéciale pour la Sierra Leone ont établi clairement qu'une Chambre d'Appel ne peut revoir des faits déterminés par une Chambre de Première Instance que lorsqu'un juge des faits raisonnable ne pouvait aboutir à la même conclusion ou si la décision elle-même était complètement erronée. Comme déclaré par la Chambre d'Appel du TPIR dans *Semanza* :

« La Chambre d'Appel souligne le fait que, en appel, une partie ne peut pas simplement répéter les arguments qui n'ont pas abouti au procès, dans l'espoir que la Chambre d'Appel les considérera comme de nouveaux arguments.

La procédure d'appel n'est pas un procès *de novo* et la Chambre d'Appel n'est pas un deuxième juge des faits »²³.

40. La même chose pourrait être affirmée d'appels présentés au stade préliminaire devant cette Honorable Chambre. Le BCJI a clairement exposé les facteurs qui ont été considérés dans la prise de leur décision aux paragraphes 22 et 23 de l'ordonnance. Même si cette Honorable Chambre n'a agréé pas avec la décision du BCJI, un tel désaccord n'est pas une raison suffisante pour réviser la décision. La jurisprudence en la matière tend à suggérer que cette Honorable Chambre ne devrait pas, avec tout le respect qui lui est dû, considérer des arguments *de novo* ou substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du BCJI pour ordonner la détention provisoire. Si la Chambre Préliminaire décidait de renverser la

²⁰ Bien que le BCJI ne soit pas une chambre des CETC, les décisions qu'il a prises sur la détention de l'appelant sont dans ce cas similaires à celle d'une chambre de première instance d'un tribunal international. Dossier No.IT-02-54-AR73.7, *Procureur vs. Slobodan Milosevic* « Décision sur l'appel préliminaire de la décision de la Chambre de Première Instance sur l'appointment d'un avocat de la défense », 1 novembre 2004, paragraphe 10.

²¹ *Procureur vs. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana et Allieu Kondewa* (SCSL-04-14-T) « Fofana – Appel à l'encontre de la décision de refuser la mise sous contrôle judiciaire », 11 mars 2005, paragraphe 20.

²² *Ibid.*, paragraphe 20.

²³ *Procureur vs. Semanza*, ICTR-97-20-A, Jugement, 20 mai 2005, paragr. 8. Voir également *Procureur vs Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, et Santigie Bobor Kanu* « Décision sur la motion d'appel de la défense de Brima-Kamara à l'encontre de la Chambre de Première Instance II, décision à la majorité de ré-appointer Kevin Metzger et Wilbert Harris comme avocats principaux d'Alex Tamba Brima et Brima Bazzy Kamara », paragraphe 112.

décision du BCJI, nous la pressons d'expliquer la différence entre sa norme de révision et celles des autres tribunaux pénaux internationaux et hybrides, dont la pratique et la jurisprudence sont des sources de loi exhortatives pour cette Honorable Chambre.

41. Dans le cas où cette Honorable Chambre déterminerait que la norme de contrôle pour revoir la décision du BCJI est satisfaite, un autre fait significatif doit être pris en considération : le fait que le BCJI peut revoir l'ordonnance de mise en détention provisoire à une date ultérieure à sa propre initiative ²⁴.
42. Cette Honorable Chambre devrait prendre note des procédures de revue périodiques uniques prévues au Règlement Intérieur, qui peuvent être différenciées des règles gouvernant la détention provisoire et la remise en liberté dans les autres tribunaux pénaux internationaux ²⁵. Contrairement aux règles du TPIY, du TPIR, et de la Cour Spéciale pour la Sierra Leone, les règles 64 et 65 du Règlement Intérieur stipulent qu'une ordonnance préliminaire de détention n'est provisoire qu'en nature, et donnent au BCJI la prérogative de revoir son ordonnance et de remettre l'appelant en liberté à un stade ultérieur. De façon alternative, l'appelant peut déposer des demandes de remise en liberté auprès du BCJI à tout moment pendant sa période de détention provisoire, faire appel à la décision du BCJI, ou déposer tous les trois mois de nouvelles demandes de reconsidération de l'ordonnance du BCJI s'il peut prouver que les circonstances ont changé.
43. Le fait que les CETC bénéficient d'une procédure de révision périodique et de supervision pour s'assurer que toute détention prolongée est nécessaire devrait être pris en considération dans le jugement de la force des arguments présentés par l'appelant en support de sa remise en liberté immédiate ²⁶. En particulier, il faut garder en mémoire que l'ordonnance de détention ne prive pas l'appelant de son droit à rechercher un futur remède à un stade ultérieur de sa détention dans le cas où sa détention provisoire se révèle clairement non-nécessaire – dans ce cas, l'appelant a tous les droits de demander sa remise en liberté.
 - b) *Bien que regrettables, les omissions de nature factuelles dans le raisonnement du BCJI ayant conduit à l'ordonnance de détention ne constituent pas un motif d'appel valable.*
44. En dépit du fait qu'il expose longuement les raisons légales de sa décision dans son ordonnance de mise en détention provisoire de 10 pages, nous remarquons que le BCJI s'est limité dans la revue des faits supportant sa décision, ne consacrant que les 2 derniers paragraphes à cet effet.
45. Nous comprenons qu'une décision discrétionnaire telle qu'une ordonnance de détention n'ait pas à être accompagnée d'une liste exhaustive de raisons dès lors que les dangers

²⁴ Règle 64, Règlement Intérieur

²⁵ Voir en particulier les règles 64 et 65 des Règles de procédure et de preuves du Tribunal pénal international pour l'ancienne Yougoslavie (TPIY) (Règles de procédure et de preuves, IT/32/rev.40, 12 juillet 2007) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) (Règles de procédure et de preuves amendées au 10 novembre 2006), et règle 64 de la Cour spéciale pour la Sierra Leone.

²⁶ Selon la décision dans *Ademi*, la longueur de détention provisoire était d'autant plus justifiée dans le contexte du tribunal international que « puisque, dans le système du tribunal international, contrairement à ce qui se passe dans des juridictions nationales, il n'y a aucune procédure formelle en place prévoyant une revue périodique de la nécessité d'une détention provisoire continue. En conséquence, si, dans un cas particulier, la détention est prolongée, il pourrait se faire que ... plus de poids doit être donné à ce facteur lors de l'examen de détermination si l'accusé en question devrait être remis en liberté provisoire » (phrase soulignée par nous-même). Dossier No. IT-01-46-PT (TPIY), Procureur vs. Rahim Ademi « Ordonnance sur motion pour liberté provisoire », 20 février 2002, paragraphe 26. Par analogie, le raisonnement serait le même dans notre cas.

concrets sont identifiés ²⁷, mais il appartient de noter que le BCJI a fait très peu d'efforts pour élaborer sur les faits à la base de ces dangers concrets. Par exemple, le BCJI n'a cité aucun élément de preuve dans son assertion que, « *dans le cadre du contexte fragile de la société cambodgienne à l'heure actuelle* », les crimes reprochés à l'appelant sont si énormes que sa remise en liberté pourrait provoquer des « *protestations d'indignation pouvant conduire à des violences* » de la part de la population, violences qui pourraient « *mettre en danger la sécurité même* » de l'appelant ²⁸.

46. La jurisprudence suggère que ces omissions évènementielles ne sont cependant pas un motif d'appel (défini ci-dessus). En d'autres termes, l'argument du BCJI paraphrasé ci-dessus ainsi que d'autres arguments contenus dans les paragraphes 22 et 23 de l'ordonnance de détention ne sont pas déraisonnables au point où ils seraient logiquement insoutenables ou manqueraient de discernement. En fait, bien que non cité spécifiquement dans l'ordonnance de détention, ces arguments ne sont pas sans support au vu de la prépondérance des recherches et des exposés écrits des organisations sociales civiles locales et internationales et d'éminents experts sur les sentiments publics actuels au sujet de la détention provisoire de l'appelant et des procès devant les CETC en général.

47. Dans ces conditions, nous pressons cette Honorable Chambre d'exposer au BCJI dans sa décision une règle de conduite claire sur la manière de remplir l'obligation de déterminer des bases factuelles pour une détention dans chaque cas, en accord avec la règle 63 (2) (a) et (3) du Règlement Intérieur.

c) Il appartient à l'appelant de prouver pourquoi une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire devrait remplacer l'ordonnance de détention du BCJI.

48. Il appartient à l'appelant de convaincre la Chambre Préliminaire qu'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire devrait remplacer l'ordonnance de détention du BCJI ²⁹. L'appelant a évoqué plusieurs raisons pour lesquelles, s'il était relâché, il ne fuirait pas la justice ³⁰. Il souligne également dans le dossier d'appel que des demandes similaires de personnes accusées de crimes aussi odieux que ceux desquels il est accusé ont été acceptés par le TPIY ³¹.

49. Un examen des dossiers du TPIY sur lesquels l'appelant appuie son raisonnement révèle que toutes ou une majorité des conditions suivantes doivent être réunies pour que le demandeur ait droit à la liberté provisoire ou au placement sous contrôle judiciaire :

- (i) Déclarations publiques de la personne accusée qu'elle ne résistera pas au tribunal concerné et qu'elle respecte la procédure judiciaire.
- (ii) Témoignages de caractère concernant l'intégrité de la personne accusée à cet effet, y compris des déclarations du gouvernement concerné ou de bureaux des Nations Unies.
- (iii) Garanties écrites de la personne accusée comme quoi elle respectera scrupuleusement toutes les conditions de sa liberté provisoire ; et

²⁷ Voir *Procureur vs. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petrovic, Valentin Coric, et Berislav Pusij*, « Ordonnance de mise en liberté provisoire de Jadranko Prlic », 30 Juillet 2004, IT-01-46-PT.

²⁸ Ordonnance de détention, paragraphe 22

²⁹ Dossier No.IT-04-84-PT, *Procureur vs. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, et Lahi Brahimajm* « Décision sur la motion pour liberté provisoire », 6 juin 2005, paragraphe 21.

³⁰ Dossier d'appel, paragraphe 120-122

³¹ Dossier d'appel, paragraphe 85

(iv) Garanties écrites du gouvernement concerné qu'il a les moyens et les possibilités d'appréhender la personne accusée si elle tentait de fuir ³².

50. L'appelant a déclaré publiquement ne pas vouloir résister aux CETC. Le mémoire d'appel inclue également des détails sur la coopération apportée au tribunal par l'appelant. L'avocat de l'appelant a même accepté de donner sa garantie personnelle que l'appelant se présenterait devant la Cour.
51. Les faits ci-dessus plaident en faveur de l'appelant.
52. Il existe cependant deux obstacles contre le placement d'appelant sous contrôle judiciaire ou sa mise en liberté provisoire de l'appelant.
53. Premièrement, bien que l'appelant (ou son avocat) ait fait des gestes de bonne volonté et est prêt à donner des garanties pour assurer sa présence à son procès, « *une garantie n'est une garantie que si le demandeur peut l'établir, au moins à la satisfaction de la Cour* » ³³.
54. Il n'existe aucun droit d'accorder le placement sous contrôle judiciaire *per se* dans le sens que la personne accusée a le droit à la liberté à moins que les accusateurs ne puissent prouver des accusations particulières à son égard. C'est un droit de demander la mise sous contrôle judiciaire auprès d'une Cour ouverte à la persuasion que la détention provisoire de l'accusé n'est pas nécessaire pour assurer la bonne marche du procès ou pour toute autre raison d'intérêt public ³⁴.
55. Comme Juge David Hunt l'a écrit dans Sainovic :
- « Plus les assertions sont sérieuses ou plus les conséquences découlant d'une constatation particulière sont sérieuses, plus grande sera la difficulté de satisfaire le tribunal concerné que ce qui est affirmé est probablement plus vrai que faux. C'est tout simplement une question de bon sens » ³⁵.
56. Cette Honorable Chambre doit être convaincue que l'appelant, si le placement sous contrôle judiciaire est accordé, *inter alia*, se présentera au procès. Dans cette prise de décision, elle doit prendre connaissance de la sévérité et de la notoriété des crimes dont l'appelant est accusé en rapport avec la Prison de Sécurité S-21, ainsi que l'impact potentiel que la mise en liberté provisoire de l'appelant aurait sur le public cambodgien et sur leur confiance envers la règle de droit au Cambodge. Cette Honorable Chambre doit également considérer la possibilité que l'appelant peut fuir la justice pour éviter une condamnation à la prison à vie. Bien que l'appelant déclare dans son mémoire d'appel qu'il n'en ait pas les moyens financiers, la Chambre devrait se baser sur une preuve supplémentaire de son indigence, preuve qui a peut être déjà été fournie pour l'appointement d'un défenseur, mais qui n'est pas incluse dans le mémoire d'appel.

³² Voir dossier No.IT-04-84-PT, *Procureur vs. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, et Lahi Brahimaj* « Décision sur la motion de Ramush Haradinaj pour liberté provisoire », 6 juin 2005; dossier No.IT-04-74-PT, *Procureur vs. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petrovic, Valentin Coric, et Berislav Pusij* « Ordonnance de liberté provisoire de Jadranko Prlic », 30 juillet 2004, paragr. 21; et dossier IT-01-46-PTm *Procureur vs. Rahim Ademi* « Ordonnance sur motion pour liberté provisoire, 20 février 2002, paragraphes 29 -30.

³³ *Procureur vs. Fofana*, SCSL-04-14-AR65, appel contre la décision d'accorder la mise sous contrôle judiciaire, 11 mars 2005, paragr. 39.

³⁴ *Procureur vs. Fofana*, SCSL-04-14-AR65, appel contre la décision d'accorder la mise sous contrôle judiciaire, 11 March 2005, paragraphes 31-32.

³⁵ *Procureur vs. Nikola Sainovic et Dragoljub Ojdanic*, Chambre d'appel du TPIY, opinion divergente du Juge David Hunt sur la mise en liberté provisoire, 30 octobre 2002, paragr. 29.

57. Deuxièmement, la catégorie (iv) mentionné au paragraphe 49 ci-dessus manque à la demande de l'appelant pour un placement sous contrôle judiciaire. Ceci constitue une lacune substantielle. Bien que les réalités opérationnelles au Cambodge soient différentes de celles concernant le TPIY, il serait normal à tout le moins d'attendre des ministères concernés du Gouvernement Royal du Cambodge certaines assurances qu'ils sont en mesure d'empêcher l'appelant de fuir le pays s'il était mis en liberté. Aucune garantie de la sorte n'a été faite à ce jour.

d) Le procès de l'appelant est imminent.

58. En outre, lorsqu'il a ordonné la liberté provisoire, le TPIY a considéré la période de temps pendant laquelle l'accusé devait attendre pour subir son procès. Par exemple, dans *Ademi*, dossier sur lequel l'appelant s'appuie, la Chambre de Première Instance a pris en considération le fait que « *il ne semble pas que le procès de l'accusé commence de si tôt* »³⁶. La durée de la future détention que l'appelant pourrait subir devrait être prise en considération pour décider ou non de la mise sous contrôle judiciaire, ainsi que ce qui est nécessaire pour s'assurer que l'appelant reste à la disposition de la justice. Une détention additionnelle de six mois, sujette à la revue en cours du BCJI, établit une différence distincte entre les termes de la détention provisoire de l'appelant et ceux du dossier auquel il se réfère.

CONCLUSION

59. Nous espérons que notre opinion aidera cette Honorable Chambre à prendre une décision raisonnée sur la question de savoir si la détention antérieure de plus de huit ans de l'appelant constitue une violation de ses droits. Si cette Honorable Chambre agréé avec nous qu'il y a bien eu violation, nous demandons humblement à cette Honorable Chambre de le déclarer et de déterminer si un remède approprié peut être apporté à l'appelant lors du jugement. De plus, nous avons présenté les résultats d'une recherche de la jurisprudence et pratique d'autres tribunaux pénaux internationaux et hybrides dans le but d'aider cette Honorable Chambre à décider si le BCJI pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la détention provisoire de l'appelant, et si l'exercice de cette discrétion doit être réévaluer. Les dossiers suggèrent qu'un équilibre doit être respecté entre les éléments d'intérêt public d'une part et la nécessité d'assurer le droit à la liberté de l'appelant d'autre part. En fin de compte, il appartient à la Chambre Préliminaire de déterminer si la décision discrétionnaire du BCJI, qui fait pencher la balance du premier côté, a été manifestement déraisonnable vu les circonstances.

(Signé)

The Asian International Justice Initiative

(Signé)

The Center for Social Development

3 octobre 2007

³⁶ Dossier No. IT-01-46-PT (TPIY), *Procureur vs. Rahim Ademi*, « Ordonnance sur demande de liberté provisoire », 20 février 2002, paragraphe 38.