

Chroniques Cambodge – Les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC)

Jeanne SULZER et David BOYLE¹

Sommaire de la chronique

351

I. Introduction

- A. *Déroulement des procédures*
- B. *L'affaire « Duch » (001)*
- C. *L'affaire des dirigeants (002)*
 - 1. Le Dossier 002/01
 - 2. Le Dossier 002/02
- D. *Les affaires 003 et 004*

II. Jurisprudence

- A. *Le statut juridique des CETC*
- B. *La primauté du droit international assurée par renvoi aux exigences du procès équitable*
 - 1. La compétence matérielle « rétroactive » des CETC en matière de crimes internationaux
 - a. *Nullem crimen sine lege*
 - b. Principe de légalité et prohibition de lois pénales rétroactives
 - c. La définition des infractions
 - 2. Autres limites à la compétence des CETC
 - a. Compétence personnelle
 - b. Compétence temporelle
 - c. Compétence territoriale

¹ Jeanne Sulzer est avocate et Responsable juridique (Amnesty International France). David Boyle est avocat, consultant juridique au sein des CETC. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles des auteurs et n'engagent nullement les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens.

3. Le régime applicable aux crimes internationaux et aux crimes de droit commun
 - a. Modes de responsabilité
 - b. Prescription des poursuites
 - c. Défenses de contrainte et d'ordres supérieurs
 - d. L'amnistie et la grâce
- C. *Le contrôle de la conformité de la procédure pénale cambodgienne aux standards internationaux du procès équitable*
 1. La prise en compte des victimes
 - a. L'admissibilité
 - b. Participation à l'instruction
 - c. Représentation
 - d. Réparations
 2. L'instruction judiciaire
 3. La Chambre préliminaire et le règlement des différends pendant la phase de l'instruction
 4. La procédure devant la Chambre de première instance

I. INTRODUCTION

Cette première chronique de la jurisprudence des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa Démocratique (CETC), couvre une période de 7 ans, du mois d'août 2006 jusqu'au mois d'août 2014. Pendant cette période, les CETC ont rendu deux jugements en première instance¹, et un arrêt définitif². Pour des raisons d'espace, cette chronique s'en tiendra aux décisions et aux thèmes les plus importants. Sauf exception, le deuxième jugement en première instance ne sera évoqué que dans une chronique ultérieure, lorsque l'arrêt aura été rendu.

A. Déroulement des procédures

Les juges des CETC ont pris fonction en juillet 2006 mais, pendant sa première année, toute activité proprement judiciaire des CETC a été suspendue en attendant l'adoption, au mois de juin 2007, d'un Règlement intérieur précisant le régime procédural hybride des CETC, mélangeant éléments de procédure franco-cambodgiens et principes internationaux³.

Un mois plus tard, le 18 juillet 2007, les co-Procureurs du Tribunal ont transmis leur premier réquisitoire introductif au bureau des juges d'instruction⁴,

¹ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement « Duch »*, 001-E188, 26 juillet 2010 et CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement dans l'affaire 002/1*, 001-E313, 7 août 2014.

² CETC, Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001-F28, 3 février 2012.

³ CETC, *Règlement Intérieur*, 12 juin 2007 ; ce Règlement a été amendé 9 fois depuis : toutes les versions sont disponibles à <<http://www.eccc.gov.kh/fr/document/legal/internal-rules>>.

⁴ CETC, Co-Procureurs, *Réquisitoire introductif des co-Procureurs*, 001/18-07-2007/ECCC/OIJ/D3, 18 juillet 2007.

avec plus de mille documents à l'appui. Le réquisitoire couvrait l'ensemble des faits reprochés aux Khmers rouges entre avril 1975 et janvier 1979, à travers une sélection de plus de 25 sites et événements spécifiques, où il était allégué que des crimes avaient été commis dans le cadre d'une « *entreprise criminelle commune* » ayant pour objet la violation systématique des droits fondamentaux du peuple cambodgien, s'apparentant à une réduction en esclavage de la population dans son ensemble⁵, et la persécution ciblée de groupes politiques, religieux et ethniques. Les co-Procureurs prônaient des poursuites communes au sein d'une seule affaire contre cinq hauts responsables des Khmers rouges encore en vie, principalement pour crimes contre l'humanité et violations graves des Conventions de Genève de 1949, mais aussi pour génocide des Vietnamiens et des Cham musulmans.

B. L'affaire « Duch » (001)

Le 31 juillet 2007, les autorités cambodgiennes ont transféré aux CETC l'un des suspects nommés dans le réquisitoire introductif, Kaing Guek Eav (mieux connu sous son nom de guerre, Duch), ancien directeur du centre d'interrogation S-21 situé au lycée Tuol Sleng à Phnom Penh. Lors de la mise en examen et placement en détention provisoire de Duch le même jour⁶, les co-juges d'instruction ont constaté qu'il avait déjà été détenu sans procès par les autorités cambodgiennes depuis plusieurs années. Par conséquent, contre l'avis des Procureurs, le 19 septembre 2007, les juges ont décidé de disjoindre les poursuites concernant Duch de l'ensemble de l'enquête judiciaire afin de préserver ses droits⁷.

Ainsi refocalisée, l'enquête dans cette première affaire (« Affaire Duch » ou « 001 »)⁸, a pu être menée à bien en moins d'un an et renvoyée en jugement au mois d'août 2008⁹. Les audiences publiques en première instance ont eu lieu entre les mois d'avril et septembre 2009, suivies en direct par plus de 30 000 personnes¹⁰. Le jugement, condamnant Duch à 35 ans d'emprisonnement pour crimes contre l'humanité et violations graves des Conventions de Genève de 1949 commis au Centre de sécurité S-21 à Phnom Penh, a été rendu

- 5 Élimination des élites ; « *reconstruction* » du « *peuple nouveau* » au moyen de l'évacuation des villes et l'imposition de travaux forcés ; discipline draconienne, séparation des familles et collectivisation de l'économie pour assurer la destruction de la vie religieuse et familiale traditionnelle.
- 6 CETC, Co-juges d'instruction, *Procès verbal de première comparution de KAING Guek Eav alias DUCH*, 001-D86/2, 31 juillet 2007 ; CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de mise en détention provisoire de KAING Guek Eav alias DUCH*, 001-C4, 31 juillet 2007.
- 7 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de disjonction*, 001-D18, 19 septembre 2007.
- 8 Titre officiel : Dossier n° 001/18-07-2007/ECCC.
- 9 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de Renvoi (Kaing Guek Eav alias Duch)*, 001-D99, 8 août 2008.
- 10 CETC, Communiqué de presse, *Les CETC ont passé le cap des 100 000 visiteurs*, 6 janvier 2012, annexe : <<http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/articles/Annex-ECCCVisitors.pdf>>.

en juillet 2010¹¹. Après prise en compte du temps que Duch avait déjà passé en détention illégale¹², il ne lui restait que 18 ans d'emprisonnement. L'arrêt en appel a été rendu en février 2012, un peu moins de cinq ans après le lancement des procédures. La Chambre d'appel des CETC a confirmé la condamnation de Duch, mais en y substituant une peine d'emprisonnement à perpétuité¹³.

C. L'affaire des dirigeants (002)

Après la disjonction de l'affaire *Duch* en septembre 2007, l'instruction judiciaire de « l'affaire 002 »¹⁴ s'est déroulée en parallèle. Entre les mois de septembre et novembre 2007, les quatre suspects nommés dans le réquisitoire introductif des co-Procureurs – Nuon Chea¹⁵, Ieng Sary¹⁶, Khieu Samphan¹⁷, et Ieng Thirith¹⁸ – ont été arrêtés, mis en examen par les juges d'instruction et placés en détention provisoire dans le centre de détention construit au sein du complexe des CETC¹⁹. Malgré sa grande complexité – notamment du fait du nombre d'accusés, de leur santé fragile, du grand éventail de crimes imputés, et plus de 4 000 constitutions de partie civile – les juges d'instruction ont terminé l'instruction moins de deux ans après la complétion de l'affaire *Duch*, renvoyant les quatre dirigeants en jugement en septembre 2010, pour les chefs de crimes contre l'humanité, violations graves des Conventions de Genève de 1949 et génocide à l'encontre des Vietnamiens et des Cham musulmans²⁰.

La Chambre de première instance a tenu une audience initiale en juin 2011. Or, de multiples appels, exceptions préliminaires et autres recours procéduraux par la Défense, y compris une demande de disqualification de l'ensemble des

11 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement « Duch »*, 001-E188, 26 juillet 2010.

12 Sur la question de la prise en compte par les CETC de la détention illégale de Duch avant son transfert au Tribunal, outre le jugement et l'arrêt dans l'affaire *Duch*, cf. CETC, Chambre préliminaire, *Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias 'Duch'*, 001-C5/45, 3 décembre 2007, 17-19 ; et CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative à la demande de mise en liberté (Duch)*, 001-E39/5, 15 juin 2009, 10-12 (demande de libération conditionnelle de Duch sur fondement de sa détention illégale par le Tribunal militaire de Phnom Penh pendant plus de 8 ans).

13 CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012.

14 Titre officiel : Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC (« Affaire 002 » ou « Affaire des dirigeants »).

15 Ancien Président de l'Assemblée des représentants du peuple du Kampuchéa démocratique et Secrétaire adjoint du Parti communiste du Kampuchéa (PCK).

16 Ancien ministre des Affaires étrangères du Kampuchéa démocratique.

17 Ancien chef de l'État du Kampuchéa démocratique.

18 Ancien ministre des Affaires sociales.

19 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnances de placement en détention provisoire* : Nuon Chea, 002/C9, 19 septembre 2007 ; Ieng Sary, 002/C22, 14 novembre 2007 ; Ieng Thirith, 002/C20, 14 novembre 2007 ; Khieu Samphan, 002/C26, 19 novembre 2007.

20 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture*, 002-D427, 15 septembre 2010.

juges de la Chambre de première instance²¹, ont empêché le procès des dirigeants de commencer avant le mois de décembre 2011.

En particulier, juste avant le début du procès, prenant acte de rapports d'experts constatant l'incapacité mentale d'Ieng Thirith à participer effectivement à son procès, la Chambre de première instance a disjoint les poursuites à sonencontre²². En appel, la Cour suprême a ordonné son maintien en détention en attendant les résultats d'un nouveau régime médical visant à lui rendre sa capacité de comprendre la procédure²³ ; mais à la suite de ces examens, la Chambre de première instance a de nouveau décidé de remettre Ieng Thirith en liberté²⁴. Une des questions clés était de savoir si la Chambre pouvait imposer des mesures de contrôle judiciaire ayant un effet contraignant à un accusé qui a peu de chances d'être jugé pour cause de déficience mentale. La Chambre de la Cour suprême a tranché la question en ordonnant à Ieng Thirith de se soumettre tous les six mois à un examen médical réalisé par des médecins désignés par la Chambre de première instance, visant à « *déterminer si les aptitudes cognitives de IENG Thirith se sont améliorées ou détériorées et s'il est nécessaire d'imposer un traitement* »²⁵.

Par ailleurs, la Chambre de première instance a divisé l'affaire 002 en une série de dossiers portant chacun sur des accusations distinctes : 002/01 et 002/02, etc.

1. Le Dossier 002/01

Le premier sous-procès (Dossier 002/01) s'est penché sur les rôles joués par les accusés dans l'entreprise criminelle commune visée par la décision de renvoi, avant d'examiner plus particulièrement les faits relatifs aux déplacements de population, notamment de Phnom Penh au moment de la prise du pouvoir par les Khmers rouges en 1975, qualifiés de crimes contre l'humanité. En cours du procès, les poursuites engagées contre Ieng Sary ont été abandonnées le 14 mars 2013 après son décès.

Les audiences de fond ont duré plus de 18 mois et le jugement a été rendu contre Nuon Chea et Khieu Samphan le 7 août 2014, les deux accusés étant

21 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative aux requêtes en récusation visant les juges Nil Nonn, Silvia Cartwright, Ya Sokhan, Jean-Marc Lavergne et Thou Mony, déposées par Ieng Thirith, Nuon Chea et Ieng Sary*, 002-E55/4, 23 March 2011.

22 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative à l'aptitude de IENG Thirith à être jugée*, 002-E138, 17 novembre 2011, notamment § 59 et 77 à 82.

23 CETC, Cour suprême, *Décision relative à l'appel immédiat interjeté contre la décision par laquelle la Chambre de première instance a ordonné la mise en liberté de IENG Thirith*, 002-E138/1/7, 13 décembre 2011, 45-46.

24 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision faisant suite au réexamen de l'aptitude de l'accusée IENG Thirith à être jugée, réalisé en conformité avec la décision de la Chambre de la Cour suprême en date du 13 septembre 2012*, 002/E138/1/10, 13 septembre 2012.

25 CETC, Cour suprême, *[Corrected 3] Decision on Immediate Appeal Against the Trial Chamber's Order to Unconditionally Release the Accused IENG Thirith*, 002-E138/1/10/1/5/7, 14 décembre 2012 ; et clarification : 002-E138/1/10/1/5/8/2, § 11.

condamnés à la perpétuité pour crimes contre l'humanité²⁶. Les audiences en appel ont commencé en juillet 2015.

2. *Le Dossier 002/02*

Au mois de juillet 2013, tranchant un différend profond avec la Chambre de première instance relative à la nécessité d'un deuxième procès des dirigeants khmers rouges, la Chambre de la Cour suprême a ordonné que les audiences consacrées à l'examen de la preuve dans le deuxième procès dans l'affaire 002 commencent aussitôt que possible après les audiences consacrées aux réquisitions et plaidoiries finales dans le premier procès, et que la portée du deuxième procès dans l'affaire 002 devait comprendre au minimum les faits relatifs à S-21, à un site de travail, à une coopérative et au génocide, de manière à rendre la portée du procès raisonnablement représentative de la décision de renvoi des co-juges d'instruction²⁷.

Le 4 avril 2014, prenant en compte les droits des accusés et le besoin d'efficacité et de bonne administration de la procédure, la Chambre de première instance a défini la portée du deuxième procès dans le dossier 002/02²⁸. Les faits retenus sont les mariages forcés et viols, le traitement des Bouddhistes, les purges internes au parti communiste, la politique visant les anciens fonctionnaires et soldats de la République khmère, ainsi que quatre centres de sécurité, trois sites de travail et une coopérative. Ces faits sont poursuivis sous les qualifications de génocide, crimes contre l'humanité et violations graves des Conventions de Genève de 1949.

La conséquence de cette disjonction est d'écarter certains faits, accusations et sites de crimes de la portée du deuxième procès dans l'affaire 002. Il est probable que ceux-ci soient l'objet d'une décision de réduction de la portée du procès en vertu de la règle 89 *quater*, adoptée le 16 janvier 2015 (Rev. 9).

Les débats sur le fond ont commencé le 17 octobre 2014, mais ils ont été fortement perturbés par l'état de santé des accusés et les tentatives de la Défense de repousser le début du procès 002/02 après la finalisation de l'appel dans le dossier 002/01. Finalement, le premier témoin n'a été entendu qu'en janvier 2015.

²⁶ CETC, Chambre de 1^{re} instance, 002/E313, *Jugement du premier procès dans le cadre du dossier 002*, 7 août 2014.

²⁷ CETC, Cour suprême, *Décision relative aux appels immédiats interjetés contre la deuxième décision de la Chambre de première instance concernant la disjonction des poursuites dans le cadre du dossier n° 002, Résumé des motifs*, 002-E284/4/7, 23 juillet 2013, § 11 et 13.

²⁸ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision portant nouvelle disjonction des poursuites dans le dossier n° 002 et fixant l'étendue du deuxième procès dans le cadre de ce dossier*, 002-E301/9/1, 4 avril 2014, et son annexe, 002-E301/9/1.1.

D. Les affaires 003 et 004

En marge du déroulement des affaires 001 et 002, le 7 septembre 2009, le Procureur international, agissant seul en vertu des dispositions relatives aux désaccords entre les Procureurs, a saisi les juges d'instruction de deux dossiers supplémentaires (les affaires 003 et 004). Cette saisine unilatérale a été ouvertement critiquée par le Gouvernement cambodgien, notamment en mettant en cause la compétence des CETC pour poursuivre des suspects subalternes. En effet, si l'affaire 003 concerne des allégations de crimes commis sur l'ensemble du territoire sous les ordres de hauts dirigeants militaires, l'affaire 004 prône la poursuite de trois cadres subalternes du régime – secrétaires de zone ou de district – pour leur rôle dans les purges ordonnées par les dirigeants. Or, l'un des suspects, nommé dans le réquisitoire introductif de l'affaire 003, est mort en 2013 et les quatre autres suspects étaient toujours en liberté à la fin de l'année 2014.

L'enquête judiciaire continue actuellement, avec une perspective de notification de la fin des instructions vers la fin de l'année 2015, ou début 2016²⁹. Cette enquête étant de nature confidentielle, seules quelques décisions de nature procédurale ont été rendues publiques. Au mois de mars 2015, le juge d'instruction international a mis deux suspects en examen *in absentia* (Meas Mut dans l'affaire 003 et Im Chaem dans l'affaire 004) ; puis un troisième suspect, Ao An, a répondu à sa convocation et a été mis en examen. Tous les trois ont été laissés en liberté. Un examen détaillé sera donc réservé à une chronique ultérieure. Il convient cependant de signaler des décisions disponibles sur le site des CETC relatives : à l'étendue des droits de la défense que peuvent exercer les suspects nommés dans un réquisitoire introductif avant d'avoir été formellement mis en examen (à l'instar des droits de témoins assistés en droit français)³⁰ ; aux conflits d'intérêt des avocats de la Défense représentant des clients dans deux affaires distinctes³¹ ; et aux pouvoirs d'un Procureur ou d'un juge d'instruction agissant

- ²⁹ Le juge d'instruction initialement chargé de ces affaires, en place depuis seulement un an, a démissionné en décembre 2011 et la nomination de son suppléant a été refusée par le Conseil national de la Magistrature. Un troisième juge international, Mark Harmon, a pris ses fonctions en septembre 2012. Il a été remplacé au mois d'août 2015 par le Juge Michael Bohlander.
- ³⁰ CETC, Co-juges d'instruction, [REDACTED] *Decision on the Defence requests to access the Case File and take part in the Judicial Investigation*, 002-D121/4, 31 juillet 2013 ; et CETC, Chambre préliminaire, [PUBLIC REDACTED] *Considerations of the Pre-Trial Chamber on Appeal Against the Decision Denying his Requests to Access the Case File and Take Part in the Judicial Investigation*, 002-D121/4/1/4, 15 janvier 2014, en particulier les considérations des juges internationaux.
- ³¹ En particulier, CETC, Chambre préliminaire, [PUBLIC REDACTED] *Decision on appeal against the international Co-investigating judge's decision rejecting the appointment of ANG Udom and Michael KARNAVAS as his Co-lawyer*, 003-D56/19/38, 17 juillet 2014, considérant sur les faits que le conflit identifié par les co-juges d'instruction était trop hypothétique pour être retenu, notamment du fait du décès d'un des clients.

seul en vertu des dispositions du Règlement intérieur des CETC sur les désaccords au stade de l'instruction³².

Selon les dernières prévisions, les procédures devant les CETC, initialement prévues pour durer 3 ans, ne seront terminées avant l'an 2018 (soit 12 ans en tout).

II. JURISPRUDENCE

Malgré la confirmation, par les organes judiciaires des CETC, de son statut juridique hybride (A), la primauté du droit international a été assurée par renvoi aux exigences du procès équitable (B). Cette tension est particulièrement claire dans la jurisprudence des CETC contrôlant la conformité de la procédure pénale cambodgienne, basée sur celle de la France, aux standards internationaux du procès équitable (C).

A. Le statut juridique des CETC

Les CETC ont été créées par deux « actes fondateurs », un accord international et une loi cambodgienne. D'où un débat théorique quant au statut juridique des CETC qui n'avait toujours pas été réglé au moment du lancement des poursuites. La jurisprudence des organes judiciaires des CETC a clos ce débat en constatant l'autonomie des CETC au sein des tribunaux cambodgiens du fait de sa nature internationalisée.

Sur l'insistance des Nations Unies, la version définitive de l'Accord relatif aux CETC a pris la forme d'un traité bilatéral, dûment ratifié puis promulgué par le Cambodge en octobre 2004³³. Or, les juges cambodgiens du Tribunal ont soutenu que cet Accord n'avait pas pour objet d'établir les CETC, puisqu'il se limite à « *fixer les règles régissant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien* »³⁴. En effet, le Secrétaire général des Nations Unies a caractérisé cette contribution de l'Organisation comme un simple « *projet d'assistance technique des Nations Unies* »³⁵. C'est donc un acte législatif souverain, la loi relative aux CETC, qui a créé le Tribunal en tant que formation spéciale au sein des juridictions cambodgiennes chargée de juger les crimes commis sous les Khmers rouges. L'article 46 de cette loi prévoit, d'ailleurs,

³² CETC, Chambre préliminaire, *Considérations de la Chambre préliminaire sur l'appel interjeté par le co-procureur international contre la décision relative à la prorogation des délais et aux demandes d'actes d'instruction*, 003-D20/4/4, 2 novembre 2011.

³³ Instrument de ratification et loi de promulgation disponibles [en anglais] à : <<http://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/agreement>>.

³⁴ *Procès des Khmers rouges*, Doc. N.U. A/RES/57/228 B, 22 mai 2003, Annexe, Article premier.

³⁵ *Rapport du Secrétaire général sur le procès des Khmers rouges*, Doc. N.U. A/59/432, 12 octobre 2004, p. 4.

la continuation des procès devant ce Tribunal en cas de retrait des Nations Unies. Ainsi, si l'on s'en tenait à l'acte juridique fondateur comme seul critère de détermination de leur statut juridique, les CETC seraient purement cambodgiennes.

Or, la pratique et la jurisprudence des CETC ont apporté une réponse plus nuancée à cette question en s'appuyant également sur la structure et le fonctionnement internationalisés des CETC. Le consensus entre juges cambodgiens et internationaux qui s'en est dégagé met en évidence un tribunal certes cambodgien, mais qui fonctionne « à toutes fins pratiques et juridiques » en tant qu'« entité indépendante à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne »³⁶. Les organes judiciaires des CETC ont mis en avant plusieurs éléments qui les distinguent des autres juridictions cambodgiennes. Outre leur compétence rétroactive en matière de crimes internationaux, on note que leur structure judiciaire comprend à la fois des juges nationaux et des juges étrangers, alors que les juges étrangers n'auraient pas la qualité nécessaire pour être nommés dans l'appareil judiciaire cambodgien sans l'Accord relatif aux CETC. Par ailleurs, les CETC sont habilitées à s'inspirer directement de standards internationaux en matière de procès équitable pour suppléer les règles de procédure cambodgiennes³⁷. Les juges ont également posé le principe de l'autonomie hiérarchique des CETC, en rejetant tout droit d'appel d'une décision des CETC auprès d'une juridiction externe à leur structure, y compris, implicitement, le Conseil constitutionnel³⁸.

Ce principe a inspiré plusieurs décisions des CETC. À titre d'exemple, dans l'affaire des dirigeants (002), l'avocat de Khieu Samphan, Maître Vergès, a soutenu que le fait d'avoir adopté un Règlement intérieur pour les CETC, au lieu d'appliquer le Code de procédure pénale cambodgien directement, avait privé son client de la sécurité juridique en violation du principe *nullum iudicium sine lege*. La Chambre préliminaire des CETC, saisie sur cette base d'une demande de remise en liberté de Khieu Samphan pour « abus de procédure », s'est appuyé sur le statut « autonome » des CETC pour décider que, contrairement à ce que soutenait la Défense, « [...] le droit procédural applicable aux CETC n'est pas inexistant, bien au contraire. En outre, le Règlement intérieur a été établi préalablement au commencement des procédures et était donc prévisible. »³⁹

36 CETC, Chambre préliminaire, *Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias 'Duch'*, 001-C5/45, 3 décembre 2007, p. 18-19.

37 Cf. à titre d'exemple, CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative à la demande de mise en liberté (Duch)*, 001-E39/5, 15 juin 2009, § 10-11 (demande de libération conditionnelle de Duch sur fondement de sa détention illégale par le Tribunal militaire de Phnom Penh pendant plus de 8 ans).

38 CETC, Chambre préliminaire, *Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias 'Duch'*, 001-C5/45, 3 décembre 2007, 17-18 ; cf. également CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative à la demande de mise en liberté (Kaing Guek Eav, alias « Duch »)*, 001-E39/5, 15 juin 2009, 12.

39 CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à la demande incidente aux fins d'interruption définitive et immédiate de la procédure intentée contre M. KHIEU Samphan pour abus de procédure*, 002/21-10-2010-ECCC/PTC(15)-2, 12 janvier 2011, § 18-20.

B. La primauté du droit international assurée par renvoi aux exigences du procès équitable

Si la reconnaissance de la primauté de l'Accord international relatif aux CETC sur la loi cambodgienne de 2004 a pu faire débat parmi les juges, dans la pratique l'Accord n'a été que rarement évoqué dans la jurisprudence des CETC : à titre d'exemple, le premier réquisitoire introductif des co-Procureurs ne cite que la loi relative aux CETC dans ses considérants⁴⁰.

Malgré cela, les juges ont su assurer, au cas par cas, la primauté substantielle des standards internationaux en matière de procès équitable, en s'appuyant notamment sur les articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Plusieurs décisions relatives à la compétence des CETC ont adopté cette logique afin de résoudre les problèmes posés par des variations entre la définition des crimes relevant de sa compétence et la définition internationale de ces crimes. En fin de compte les juges, faisant abstraction du texte formel de la loi et de l'Accord, se sont efforcés de définir les infractions internationales relevant de leur compétence telles qu'elles existaient en droit international au moment des faits. Ces principes ont également été appliqués à la définition de la compétence personnelle, temporelle et territoriale des CETC. Enfin, en application des mêmes principes, les CETC ont distingué le régime applicable aux crimes internationaux de celui pour les crimes de droit commun, notamment en ce qui concerne les formes de responsabilité spécifiques au droit international.

1. La compétence matérielle « rétroactive » des CETC en matière de crimes internationaux

La loi et l'Accord relatifs aux CETC prévoient que les CETC doivent exercer leur compétence conformément aux dispositions des articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte). La définition internationale du « principe de légalité » contenue dans l'article 15 du Pacte implique notamment le respect des principes *nullem crimen sine lege* et l'interdiction de la législation pénale rétroactive. La reconnaissance de ces principes par les CETC a eu des conséquences importantes pour la définition des infractions.

a. Nullem crimen sine lege

La Défense dans l'affaire 002 a soutenu qu'à la différence des tribunaux pénaux internationaux tels le TPIY, la compétence des CETC en matière de crimes internationaux, en tant que juridiction cambodgienne, dépendait de l'introduction de ces infractions en droit pénal interne. Dans leur ordonnance de clôture dans cette affaire, les co-juges d'instruction ont reconnu que « pour

⁴⁰ CETC, Co-Procureurs, Réquisitoire introductif des co-Procureurs, 001/18-07-2007/ECCC/OIJ/D3, 18 juillet 2007.

être retenu devant les CETC, lorsqu'il n'était pas réprimé par la législation pénale nationale, un crime doit être explicitement ou implicitement prévu dans la loi relative aux CETC et devait être établi en droit international applicable au Cambodge à l'époque des faits ». En l'espèce, les juges ont constaté que les articles 1, 2 et 29 (nouveau) de la loi relative aux CETC avaient pour effet de transposer en droit pénal cambodgien des infractions et formes de responsabilité internationales relevant de sa compétence⁴¹.

b. Principe de légalité et prohibition de lois pénales rétroactives

Les CETC ont appliqué la définition internationale du principe, prévue à l'article 15 du Pacte, qui interdit les condamnations pénales pour des « actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou **international** au moment où elles ont été commises », permettant ainsi de poursuivre les actes « tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »⁴².

En application de ce principe, le Cambodge était en droit d'octroyer aux CETC la compétence pour poursuivre des crimes prohibés par le droit international coutumier au moment des faits ainsi que les Conventions internationales qu'il avait ratifiées à l'époque. Dans son jugement dans l'affaire 001, la Chambre de première instance des CETC a considéré que cette approche était conforme au principe de légalité à condition que l'infraction soit suffisamment prévisible et que la disposition prévoyant une telle responsabilité ait été suffisamment accessible à l'accusé au moment des faits⁴³. Puisque les CETC ont reconnu que le principe de légalité s'applique aussi bien aux infractions qu'aux formes de responsabilité pénale⁴⁴, les juges ont dû déterminer si les infractions et modes de participation retenues dans l'ordonnance de clôture étaient reconnues en vertu du droit cambodgien ou international entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979⁴⁵.

Dans ce contexte, en réponse à une demande de la Défense, les co-juges d'instruction ont considéré qu'en accédant à « l'Union française » en 1949, le

⁴¹ CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1302-1304 ; décision confirmée en appel : CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 212.

⁴² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, article 15.

⁴³ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, 26 juillet 2010, section 1.5 « Le principe de la légalité » ; la Chambre de la Cour suprême a confirmé ce constat en appel : Résumé du jugement en appel, 001-F26/3, 3 février 2012, § 12.

⁴⁴ Cf. à titre d'exemple, CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 28.

⁴⁵ En appel de l'ordonnance de clôture dans l'affaire 002, la Chambre préliminaire a consolidé la jurisprudence des CETC relative au principe de légalité : CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 226.

Cambodge a acquis une autonomie souveraine suffisante pour signer la Convention sur le génocide, même si le pays n'a acquis son indépendance qu'en 1953⁴⁶.

Enfin, la Chambre de première instance des CETC a noté que le fait d'interpréter la loi pour clarifier les éléments constitutifs d'une infraction particulière ne viole pas le principe de légalité, même lorsqu'elle se fonde sur les décisions d'autres tribunaux internationaux datant d'après 1979⁴⁷.

c. La définition des infractions

Cette jurisprudence reconnaissant la primauté du droit international pénal, provenant d'une juridiction nationale, soutient le droit de tout État de poursuivre des crimes internationaux en vertu d'une législation pénale adoptée après les faits pour introduire les infractions internationales en droit interne et désigner la juridiction compétente pour les poursuivre, à condition de retenir la définition internationale des infractions ayant cours au moment des faits.

Pendant, lorsque le Cambodge a choisi de définir une infraction de façon plus stricte que l'état du droit international au moment des faits, les CETC ont généralement adopté l'approche des autres tribunaux internationaux en s'en tenant à l'application de la définition la plus stricte, comme l'exigent les droits de la Défense, tout en s'efforçant de lui donner une interprétation aussi proche que possible du droit international en cas d'ambiguïté. À titre d'exemple, il n'a pas été question de poursuivre les accusés pour l'infraction formelle d'incitation directe et publique à commettre le génocide, prohibée par la Convention de 1948, compte tenu de son omission de la loi relative aux CETC⁴⁸. De même, les juges ont reconnu que l'exigence, dans la loi relative aux CETC, que tous les crimes sous-jacents soient commis dans le cadre d'une attaque contre la population civile « *pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux* », ne découlait pas du droit coutumier, qui n'impose cette exigence que pour les persécutions. Or, comme devant le TPIR, dont le Statut a inspiré cette disposition, les juges se sont considérés liés par le texte de la loi en tant que « *condition de compétence* » plus favorable à la Défense⁴⁹.

En revanche, à plusieurs reprises, l'application de ces principes en l'espèce a conduit les CETC à ne pas appliquer certaines dispositions de la loi ou l'Accord relatifs aux CETC, jugées trop larges par rapport aux infractions et formes

⁴⁶ CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1310 ; confirmé en appel : CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 242-245 à 243.

⁴⁷ CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 34 et 290.

⁴⁸ Loi relative aux CETC, art. 4 ; Convention contre le génocide, art. III.

⁴⁹ CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, paras. 313-314 ; confirmé en appel : CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, paras. 238-240 ; voir également CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, para. 1315.

de responsabilité internationales en 1975. Cela ne manquera pas d'alimenter le débat doctrinal à ce sujet. Malgré sa compétence matérielle concernant un certain nombre d'infractions tirées de conventions internationales ratifiées par le Cambodge⁵⁰, la jurisprudence des CETC se limite à définir le génocide, les crimes contre l'humanité et les violations graves des Conventions de Genève de 1949⁵¹.

Pour ce qui est du crime de génocide⁵², dans l'affaire 002 les co-juges d'instruction ont retenu la définition dans la Convention de 1948, alors que la substitution du mot « *comme* » pour « *comme tel* » dans le chapeau de la loi relative aux CETC semblait créer une liste ouverte d'actes constitutifs du génocide⁵³. En l'espèce, les co-juges d'instruction ont limité l'accusation de génocide au traitement des minorités vietnamienne et cham, renonçant ainsi à qualifier de génocide l'attaque contre l'ensemble de la population khmère⁵⁴.

En revanche, la recherche de l'état du droit en 1975-1979 a été autrement plus ardue en ce qui concerne la définition coutumière des crimes contre l'humanité⁵⁵. Tout d'abord, pour ce qui est des éléments contextuels contenus dans le « chapeau » de la définition, la loi relative aux CETC reproduit le texte du Statut du TPIR⁵⁶, alors que l'Accord exige l'application de la définition plus large du Statut de Rome de la CPI. Dans un premier temps, les juges ont confirmé que l'exigence d'une « *attaque généralisée ou systématique dirigée contre toute population civile* » faisait bien partie des éléments coutumiers du crime contre l'humanité à l'époque⁵⁷. Par contre, la Chambre de première instance a conclu que « *la définition des crimes contre l'humanité applicable en droit international coutumier à l'époque des faits incriminés ne comportait pas l'exigence d'un lien avec un conflit*

50 Loi relative aux CETC, art. 7 : « *destructions de biens culturels durant un conflit armé, conformément à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé* » ; art. 8 : « *crimes contre les personnes qui bénéficient de la protection internationale conformément à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques* » ; aucune poursuite n'a été lancée sous ces qualifications.

51 À titre d'exemple, saisis de faits relevant de la destruction de propriété culturelle, ont préféré une qualification de crimes contre l'humanité – persécution ; cf. CETC, Co-juges d'instruction, *Order On Civil Parties' Co-lawyers' 7th Request for investigative actions concerning the charge of Attack Against Culture*, 15 mars 2010 ; et CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, paras. 1420-1421.

52 Cette qualification n'a été retenue ni dans l'affaire *Duch*, ni dans le dossier 002/01.

53 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, paras. 1311-1312.

54 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, paras. 1335-1349, 1366 et 1416-1418.

55 Pour un résumé de cette évolution, voir : CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, para. 98-116.

56 Loi relative aux CETC, art. 5.

57 CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, § 297-312.

armé »⁵⁸. Ensuite, s'agissant des actes constitutifs du crime contre l'humanité, la recherche du droit coutumier applicable à l'époque des faits a été à l'origine d'une jurisprudence fournie notamment en ce qui concerne les qualifications « d'extermination »⁵⁹, « d'emprisonnement »⁶⁰, de « viol »⁶¹, de « torture »⁶², de « persécution »⁶³ et « d'autres actes inhumains »⁶⁴ comme les disparitions forcées, les transferts forcés internes et les atteintes à la dignité humaine n'atteignant pas le seuil de la torture. Il convient également de souligner, s'agissant des premières poursuites internationales contre les dirigeants d'un régime communiste, que l'ordonnance de clôture dans l'affaire 002 a retenu la qualification de « réduction

- 58 CETC, Chambre de première instance, *Décision relative à la demande des co-Procureurs tendant à ce que la Chambre supprime le critère du lien avec un conflit armé dans la définition des crimes contre l'humanité*, 002-E95/8, 26 octobre 2011, § 11 ; cette décision est venue contrer celle de la Chambre préliminaire, en appel de l'ordonnance de clôture dans l'affaire des dirigeants (002-D427, para. 1483) où la Chambre n'a pas trouvé suffisamment d'indices de l'existence d'une règle coutumière en ce sens (002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 300-313).
- 59 Dans l'affaire 002, les co-juges d'instruction ont retenu l'extermination du fait des conditions de vie ayant entraîné la mort de nombreux Cambodgiens lors de transferts forcés de population et dans les coopératifs et sites de travail forcé où ils furent parqués par la suite : CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1381-1390.
- 60 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1391-1402 à 1407 ; et CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 314-333.
- 61 CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, § 361-366 (requalifiant en torture un cas de viol commis au Centre de sécurité S-21) ; CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1314 et 1426-1433 (constatant des cas de viol, mais considérant que le viol n'était pas l'un des crimes utilisés par les dirigeants du PCK pour mettre en œuvre le projet commun d'attaque contre la population civile, sauf lorsque commis dans le cadre des mariages forcés) ; et CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 357-372 (considérant que le viol ne faisait pas partie des actes coutumiers sous-jacents du crime contre l'humanité en 1975) ; position adoptée également par la Chambre de la Cour suprême en appel dans l'affaire 001 : CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 168-183.
- 62 CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, § 352-360 (adoptant la définition de la Convention contre la torture de 1984) ; suivi dans CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1391-1408 à 1415 ; et CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 334-356 ; or, en appel du jugement dans l'affaire 001, la Chambre de la Cour suprême a considéré la Déclaration des Nations Unies de 1975 relative à la torture comme définition coutumière du crime à l'époque des faits : CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 189-205.
- 63 CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 281-284 (excluant de la qualification de persécution les exactions commises à S-21 contre les personnes détenues de façon « purement arbitraire », sans la moindre tentative de justification rationnelle ou cohérente fondée sur des motifs politiques, car il n'en résultait pas « une discrimination de fait »).
- 64 CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, § 367-373 ; CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture dans l'affaire 002*, 002-D427, § 1314 et 1434-1478 ; et CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 373-398.

en esclavage », non seulement pour les camps de travail forcé mais également pour les conditions de vie et travaux imposés à toute la population dans les coopératives en application du projet révolutionnaire du PCK, constatant que le personnel y a « *délibérément exercé un contrôle et un pouvoir total relevant des attributs du droit de propriété sur les personnes s’y trouvant, sans que celles-ci se voient accorder l’opportunité d’y consentir* »⁶⁵. Par ailleurs, les juges ont été confrontés à la question complexe, soulevée par des parties civiles, de la qualification appropriée de la pratique systématique des mariages forcés en masse d’hommes et de femmes qui ne se connaissaient pas, aux fins du repeuplement du Cambodge. Dans l’affaire 002, l’ordonnance de clôture a retenu à la fois le viol et « *autres actes inhumains* » pour qualifier le traitement des victimes hommes et femmes de mariages forcés, dans la mesure où le régime en imposait la consommation sexuelle ; mais en appel la Chambre préliminaire, considérant que le viol ne faisait pas partie des actes constitutifs du crime contre l’humanité en 1975, a requalifié ces faits en violences sexuelles relevant d’« *autres actes inhumains* »⁶⁶.

Les violations graves des Conventions de Genève de 1949, étant mieux établies à l’époque, n’ont pas posé beaucoup de problèmes particuliers d’interprétation. À noter, cependant, dans l’affaire 001, seuls les civils et prisonniers de guerre vietnamiens envoyés à S-21 dans le cadre du conflit international entre le Cambodge et le Vietnam ont été considérés comme des « *personnes protégées* » par les Conventions de Genève, à l’exclusion des Cambodgiens détenus comme « *ennemis* » du régime⁶⁷. Par ailleurs, les co-juges d’instruction ont rappelé qu’en tant que tribunal pénal internationalisé, les CETC ne sont compétentes que pour statuer sur la responsabilité pénale individuelle et non pas sur la responsabilité des États pour violations du droit international, notant en particulier l’absence de compétence matérielle des CETC pour des violations du *jus ad bellum*⁶⁸.

⁶⁵ CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance de clôture dans l’affaire 002*, 002-D427, § 1391-1396 à 1392 ; *a contrario*, dans l’affaire 001, tout en confirmant que le travail forcé n’est qu’un indice parmi d’autres, la Chambre de la Cour suprême a confirmé la décision de première instance en ne retenant l’esclavage à S-21 que dans les cas où les victimes ont été contraintes de travailler au sein du centre de sécurité : CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l’affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 117-166.

⁶⁶ CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance sur 4^e demande des avocats des parties civiles des actes d’instruction concernant les mariages forcés et crimes sexuelles*, 002-D268/2, 18 décembre 2009 ; voir également CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance de clôture dans l’affaire 002*, 002-D427, § 1314, 1426-1433 et 1442-1447 ; et CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l’appel interjeté par Leng Sary contre l’ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 357-372, *op. cit.*

⁶⁷ CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l’affaire 001*, 001-E188, § 400-469 ; sur la nature coutumière en 1975 du teste dit du « *lien d’allégeance* », érigé par le TPIY pour inclure comme « *personnes protégées* » les nationaux d’un État qui sont vus par celui-ci comme appartenant à la partie ennemie, cf. CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l’affaire 001*, 001-E188, para. 419 (cité avec approbation) ; et *a contrario* CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance de clôture dans l’affaire 002*, 002-D427, § 1482.

⁶⁸ CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance sur les demandes d’acte d’instruction de Nuon Chea concernant les États étrangers (D101, D102, D105, D126 et D128)*, 002-D315, 13 janvier 2010,

2. *Autres limites à la compétence des CETC*

a. Compétence personnelle

La compétence personnelle négociée par l'ONU et le Cambodge est exprimée dans des termes extrêmement limités : « *les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des crimes* » relevant de la compétence matérielle des CETC⁶⁹. Ces termes ont soulevé des interrogations quant à leur sens exact, mais également à leur portée juridique.

Concernant l'étendue matérielle de cette compétence, la question principale consistait à déterminer s'il s'agissait d'une seule catégorie de personnes – les hauts dirigeants les plus responsables – ou de deux groupes distincts. Dans le deuxième hypothèse, on pourrait postuler que la catégorie de « *principaux responsables* » est assez large pour englober éventuellement des dirigeants et forces armées d'autres pays impliqués dans le conflit : le Vietnam, la Chine, les États-Unis... Dans l'affaire 001, la Chambre de première instance a conclu que, sans être un haut dirigeant, Duch était l'un des « *principaux responsables* » des crimes en tant que responsable du Centre de sécurité S-21. En appel, l'accusé a soutenu qu'il n'entrait pas dans la compétence personnelle des CETC parce qu'il n'y avait qu'une seule catégorie de suspects cumulant les deux caractéristiques, à savoir les hauts dirigeants les plus responsables. S'appuyant sur le « sens ordinaire » de ces termes dans leur contexte et compte tenu de l'objet de l'Accord, la Chambre de la Cour suprême a décidé que, dans les deux cas, il fallait démontrer que les hauts dirigeants khmers rouges ou les autres cadres khmer rouges étaient également parmi les plus responsables, « *car un haut dirigeant n'est pas un suspect uniquement en raison de sa position de dirigeant* ». La conséquence – une compétence relative à tout cadre khmer rouge considéré comme « le plus responsable » – tranche également par la négative le débat sur l'extension au-delà du régime du Kampuchéa démocratique⁷⁰.

La question de la portée juridique de cette limitation a été soulevée depuis longtemps, notamment du fait que, dans le contexte particulier de cette juridiction cambodgienne, la restriction de sa compétence personnelle a pour conséquence d'instaurer une amnistie de fait pour les auteurs « subalternes » de crimes internationaux. En effet, à la différence de tribunaux internationaux comme les TPI, les CETC ne peuvent pas renvoyer des affaires moins « graves » devant des tribunaux nationaux. Si cette critique a trouvé une réponse partielle dans l'élargissement par la Chambre de la Cour suprême de la compétence à tout cadre khmer rouge, la Chambre est allée plus loin en décidant que « *l'expression*

§ 45-51.

⁶⁹ Article 1 de la loi relative aux CETC.

⁷⁰ CETC, Chambre de la Cour suprême, *Résumé de l'arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/F26/3, 3 février 2012, 9 ; CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 45-57.

'principaux responsables' ne peut être considérée comme un critère juridique déterminant la compétence » car elle est trop imprécise et implique une trop grande marge d'appréciation discrétionnaire. Par conséquent, la Chambre a conclu qu'en absence de preuve de mauvaise foi, cette notion ne sert que « de guide aux co-Procureurs et aux co-juges d'instruction lorsqu'ils décident du champ de l'instruction et des poursuites dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire ; il ne s'agit pas d'un critère juridique déterminant la compétence. Il en va de même de la notion de 'hauts dirigeants' [...] ». Elle s'est déclarée ainsi incompétente pour mettre en question la décision des juges d'instruction sur ces points, qui relève donc du principe d'opportunité de la politique pénale⁷¹.

b. Compétence temporelle

La compétence temporelle des CETC est également strictement limitée aux crimes « commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979 »⁷². Ces dates ont été choisies par les négociateurs pour des raisons hautement politiques et symboliques : elles correspondent en effet à la prise de Phnom Penh par les Khmers rouges en 1975 et la chute du régime face à l'invasion vietnamienne en 1979. Cependant, la Chambre de la Cour suprême a considéré qu'à la différence des termes décrivant la compétence personnelle, leur précision ne laisse pas de discrétion aux Procureurs pour les outrepasser⁷³. L'assouplissement de cette exigence n'a été admis que dans les circonstances reconnues par la jurisprudence internationale pour accueillir comme preuve de faits poursuivis certains actes accomplis en dehors de la compétence temporelle, comme leur planification préalable⁷⁴. Ainsi, les co-juges d'instruction ont cherché à connaître le nombre de morts causés par les bombardements américains avant la prise du pouvoir par les Khmers rouges, puisqu'il avait un impact direct sur le nombre de décès pouvant être attribué au régime khmer rouge⁷⁵. De même, l'ordonnance de clôture dans l'affaire 002, ainsi que les audiences en première instance dans cette affaire, sont revenus longuement sur la période précédente la prise du pouvoir par les Khmers rouges et le rôle joué par les accusés, notamment dans le but de

71 CETC, Chambre de la Cour suprême, *Résumé de l'arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/F26/3, 3 février 2012, 10 ; CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 58-81.

72 Article 1 de la loi relative aux CETC.

73 CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 76.

74 CETC, Co-juges d'instruction : *Ordonnance relative aux requêtes D153, D172, D174, D178 et D284*, 12 janvier 2010, § 9-10 ; et *Ordonnance sur les demandes d'acte d'instruction de Nuon Chea concernant les États étrangers (D101, D102, D105, D126 et D128)*, 002-D315, 13 janvier 2010, § 13.

75 CETC, Co-juges d'instruction : *Ordonnance d'expertise démographique*, D140/1, 28 avril 2009 ; *CIJ' Response to NUON Chea's Sixth Request for Investigative Action and Partial Response to the Fifth Request for Investigative Action*, 002-D113/2, 10 mars 2009 ; et *Rapport d'expertise démographique*, 002-D140/1/1, 30 septembre 2009, notamment le chapitre 4.

déterminer leur responsabilité dans la conception et la mise en place du régime sous lequel les crimes allégués eurent lieu⁷⁶.

À noter, enfin, que cette limitation temporelle stricte s'applique non seulement pour les crimes reprochés aux accusés, mais également pour l'admissibilité des demandes de constitution de partie civile, car le Règlement intérieur limite l'action civile « *aux poursuites des personnes responsables d'un crime relevant de la compétence des CETC* »⁷⁷.

c. Compétence territoriale

En revanche, rien n'est précisé dans les textes fondateurs des CETC sur l'étendue de leur compétence extraterritoriale. Par conséquent, il faut se tourner vers les règles de compétence cambodgiennes, complétées éventuellement par des règles spécifiques aux crimes internationaux⁷⁸. Si la législation de l'époque ne contenait aucune disposition à ce sujet, le nouveau Code pénal prévoit, sujet toujours aux dispositions d'origine conventionnelles : la compétence territoriale dès lors qu'un seul élément du crime a été commis sur le sol cambodgien ; et la compétence personnelle active et passive pour les crimes commis par ou à l'encontre des Cambodgiens à l'étranger⁷⁹. Par ailleurs, les quatre Conventions de Genève de 1949 établissent une obligation *aut dedere aut judicare* : poursuivre ou extraditer pour jugement les Cambodgiens responsables d'« *infractions graves* » aux conventions⁸⁰, qu'elles soient commises au Cambodge ou à l'étranger.

Cette question ne s'est pas posée dans l'affaire *Duch*, car s'il était effectivement poursuivi pour crimes de guerre à l'encontre de soldats vietnamiens, cette qualification était limitée aux crimes commis au sein du Centre de sécurité qu'il dirigeait à Phnom Penh⁸¹. Dans l'affaire *002*, cependant, les juges d'instruction étaient saisis notamment de faits perpétrés par les forces armées cambodgiennes au Vietnam. Dans leur ordonnance de clôture dans cette affaire, les co-juges d'instruction ont qualifié de crime de guerre l'exécution de civils lors d'incursions de l'armée khmère rouge à l'intérieur du territoire vietnamien sans toutefois se prononcer sur la question de leur compétence extraterritoriale⁸². Or, les règles de compétence internes et conventionnelles semblent suffisantes en l'espèce, dans la mesure où les accusés dans cette affaire sont poursuivis pour avoir planifié, voire ordonné, des crimes de guerre à partir du Cambodge.

⁷⁶ CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture*, 002-D427, notamment § 18-32.

⁷⁷ CETC, Règlement intérieur, règle 23-1-a.

⁷⁸ C. Bassiouni, *International Criminal Law: International enforcement*, vol. 3, BRILL, 2008, p. 240-241.

⁷⁹ Code pénal cambodgien, 2009, art. 7 à 22.

⁸⁰ Cf. les articles 49, 50, 129 et 146 respectivement des quatre Conventions de Genève.

⁸¹ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement « Duch »*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 430-469.

⁸² CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture*, 002-D427, notamment § 1479-1490 et 1496-1497.

3. *Le régime applicable aux crimes internationaux et aux crimes de droit commun*

L'inclusion de crimes de droit commun dans la compétence des CETC crée un risque de « *désarticulation normative* »⁸³ entre les règles de procédure applicables aux crimes internationaux et celles qui s'appliquent en droit interne. À titre d'exemple, à la différence des crimes de droit commun, les crimes internationaux sont imprescriptibles en vertu du droit international coutumier. Face à ce phénomène, les CETC ont appliqué un régime différencié aux infractions de droit commun comparé à celui des crimes internationaux, en particulier en ce qui concerne les modes de responsabilité spécifiques aux crimes internationaux et les obstacles aux poursuites.

a. Modes de responsabilité

Tout d'abord, les juges des CETC se sont abstenus d'appliquer la notion « *d'entente criminelle commune* » aux crimes de droit commun⁸⁴ ; et cela en dépit du fait que l'article 29 de la loi relative aux CETC, qui définit les formes de responsabilité applicables devant les CETC⁸⁵, ne fait aucune distinction entre crimes internationaux et nationaux. Dans l'affaire 002, les co-juges d'instruction ont décidé que les accusés ne pouvaient être renvoyés en jugement pour crimes de droit commun au titre d'une entreprise criminelle commune sans violer le principe de légalité, car il s'agit d'une forme de responsabilité coutumière se rattachant uniquement au régime des crimes internationaux⁸⁶. Par conséquent, la responsabilité des accusés pour crimes de droit commun devait être fondée sur les formes de commission reconnues en droit cambodgien, comme la coaction⁸⁷. Cette exclusion de JCE III, érigée pour faire face à la nature hiérarchisée des crimes internationaux, nous paraît sage, car son application aux crimes de droit commun pourrait porter atteinte aux libertés fondamentales, tels le droit de réunion et d'expression.

Par ailleurs, s'agissant de la responsabilité du supérieur hiérarchique, la Chambre de première instance a constaté que cette forme de responsabilité

83 Hervé ASCENSIO, « L'apport des TPI à la définition des crimes internationaux », in *Les juridictions pénales internationalisées - Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste*, Paris, Société de Législation comparée – CERDIN Paris I, 2006, esp., p. 69-70.

84 La question ne s'est pas posée directement dans l'affaire *Duch*, du fait de l'hésitation de la Chambre quant à la prescription des crimes de droit commun.

85 Commettre, planifier, inciter ou ordonner à commettre, ainsi que la complicité et la responsabilité du supérieur hiérarchique.

86 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « entreprise criminelle commune »*, 002-D97/13, 8 décembre 2009, § 22 et disposition ; CETC, Chambre préliminaire, *Decision on the Appeals against the Co-Investigating Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE)*, 002-D97/14/15, 20 mai 2010, § 100-102.

87 Certes, la coaction se rapproche de la notion de JCE III, mais elle exige un élément moral supplémentaire : l'acceptation subjective des conséquences prévisibles de l'entente.

« subsidiaire » n'existait pas en droit cambodgien, et que les co-juges d'instruction ont refusé de l'appliquer aux crimes de droit commun⁸⁸.

Par ailleurs, plusieurs problèmes ont été soulevés par l'existence de variations entre les règles concernant les obstacles aux poursuites en droit international et cambodgien.

b. Prescription des poursuites

La Chambre préliminaire a confirmé l'imprescriptibilité des crimes de guerre en vertu des Conventions de Genève⁸⁹. Ce faisant, la Chambre a privilégié le régime des crimes internationaux par rapport au texte même de la loi relative aux CETC car, à la différence des articles définissant le génocide et les crimes contre l'humanité, l'article 6 de la loi avait omis de préciser l'imprescriptibilité des crimes de guerre. Pour ce qui est des crimes relevant du droit national, en revanche, le délai de prescription de 10 ans prévu par le Code pénal de 1956 avait expiré depuis longtemps avant l'adoption de la loi relative aux CETC, qui a prolongé ce délai de 20, puis de 30 ans⁹⁰. Saisi de cette question, la Chambre préliminaire a reconnu que « *les CETC ne sont pas habilitées à examiner la légalité, au regard du droit cambodgien, des prolongations de délais de prescription adoptées par l'Assemblée nationale, ni de la décision rendue par le Conseil constitutionnel* ». Néanmoins, la Chambre a constaté qu'il lui appartenait de « *déterminer si l'application de l'article 3 (nouveau) de la loi relative aux CETC emporte violation du principe de légalité inscrit à l'article 15 1) du Pacte international* »⁹¹. En application de ce principe, les juges ont considéré que le rétablissement d'une action tombée sous le coup de la prescription pouvait violer le principe de prévisibilité inhérent au principe de légalité, mais que tel n'est pas le cas lorsque la prolongation du délai de prescription intervient avant son expiration. Par ailleurs, ils ont confirmé que, dans ce contexte, les délais de prescription ne courent pas lorsque les institutions judiciaires ne sont pas en état de fonctionner⁹². Or, les juges cambodgiens et internationaux ont eu du mal à s'accorder sur l'application

⁸⁸ CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 474 ; CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « entreprise criminelle commune »*, 002-D97/13, 8 décembre 2009, 22.

⁸⁹ CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 70-75, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/002-D427_1_30_FR.PDF>.

⁹⁰ Loi relative aux CETC, 2001, art. 3 (extension de 20 ans) ; puis loi relative aux CETC, amendements de 2004, art 3 nouveau (30 ans).

⁹¹ CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, 280.

⁹² CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 278-287 notamment 282 et 285, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/002-D427_1_30_FR.PDF>.

de ces principes en l'espèce, entre 1979 et 2001⁹³. Finalement, la Chambre préliminaire a tranché la question en décidant que la période de prescription de 10 ans n'a commencé à courir qu'à partir de l'adoption de la nouvelle Constitution du Cambodge en 1993, avec pour conséquence la validité de ses extensions successives en 2001 et 2004⁹⁴.

c. Défenses de contrainte et d'ordres supérieurs

Pour ce qui est des défenses de contrainte et d'ordres supérieurs, les CETC ont confirmé qu'à la différence du droit cambodgien⁹⁵, le fait d'avoir agi sous la contrainte, ou d'avoir suivi des ordres en tant que subordonné hiérarchique, ne saurait être une cause d'exonération totale de responsabilité en cas de poursuite pour crimes internationaux, mais qu'il est susceptible de constituer une circonstance atténuante sous certaines conditions⁹⁶.

d. L'amnistie et la grâce

Il convient tout d'abord de noter l'appel par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture dans l'affaire 002, sur fondement d'une grâce royale octroyée en 1996. Sans mettre en question la validité de cette grâce royale en droit interne, la Chambre préliminaire a noté que le fait d'accorder une telle amnistie pour les crimes contre l'humanité « *aurait été contraire à l'obligation faite au Cambodge par le Pacte international de poursuivre et punir les auteurs de violations graves des droits de l'Homme ou de veiller à ce que les victimes disposent d'un recours utile* ». Elle en a conclu que « *comme rien ne permet de conclure que le Roi [...] entendait, en rendant le décret royal, ne pas respecter les obligations internationales du Cambodge* », la grâce royale devait être interprétée de façon à se conformer à ces obligations⁹⁷.

⁹³ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision relative à l'exception préliminaire portant sur l'extinction de l'action publique pour les crimes relevant du droit national*, 001-E187, 26 juillet 2010, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/20100726_Preliminary_Objection_FINAL_FR.pdf ; CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture*, 002-D427, 15 septembre 2010, § 1567-1571.

⁹⁴ CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 278-287, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.

⁹⁵ Le fait de suivre les ordres d'une « autorité légitime » constituait une défense en vertu des articles 99 à 100 du Code pénal cambodgien de 1956 ; or, suivant l'article 29-4 de la loi relative aux CETC, l'article 32 du nouveau Code pénal cambodgien de 2009 exclut cette défense en cas de crimes internationaux ; pour la contrainte, voir les articles 35 et 36 du Code pénal de 2009.

⁹⁶ CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement « Duch »*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 550-558 ; CETC, Chambre de la Cour suprême, *Arrêt dans l'affaire Kaing Guek Eav (Duch)*, 001/18-07-2007/ECCC/SC/F28, 3 février 2012, § 360-365.

⁹⁷ CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 199-202.

Par ailleurs, la grâce octroyée à Ieng Sary par le Roi du Cambodge en 1999 a indirectement soulevé la question de l'opposabilité aux CETC du jugement *in absentia* de Pol Pot et Ieng Sary en 1979 pour génocide et une loi de 1994 mettant les Khmers rouges « hors-la-loi ». Point de blocage majeur des négociations pour la mise en place des CETC⁹⁸, les parties ont finalement convenu, à l'article 11 de leur Accord, « *qu'il appartient aux Chambres extraordinaires de décider de l'étendue de cette grâce* »⁹⁹.

L'effet de l'amnistie de Ieng Sary sur la compétence des CETC à son égard a été soulevé dès son arrestation en 2007, sur la base de l'extinction des poursuites. Or, les co-juges d'instruction, confirmés en appel par la Chambre préliminaire, ont estimé que ni la grâce, ni l'amnistie ne faisaient obstacle à l'action intentée contre Ieng Sary devant les CETC¹⁰⁰. Sans mettre en cause la légalité de ces actes de l'exécutif qui relève essentiellement de la compétence du Conseil constitutionnel¹⁰¹, les juges les ont interprétés strictement. Ainsi, la grâce royale ne concerne que l'exécution de la peine prononcée par le Tribunal populaire en 1979, tandis que l'amnistie ne couvrirait que les infractions contre la sécurité de l'État définies dans la loi de 1994, qui étaient entièrement différentes de celles relevant de la compétence des CETC¹⁰².

Une fois les problèmes de la grâce et de l'amnistie écartés, il n'en demeurait pas moins que Ieng Sary avait déjà été condamné *in absentia* pour génocide en 1979, ouvrant la perspective d'une violation du principe *ne bis in idem* s'il était rejugé par les CETC pour les mêmes faits. Appliquant le principe de l'autonomie, les co-juges d'instruction n'ont pas cherché à déterminer si ce premier procès était suffisamment respectueux des standards internationaux pour être opposé aux CETC, s'appuyant notamment sur la licéité du cumul des qualifications au niveau des poursuites et constatant que Ieng Sary était mis en examen pour crimes contre l'humanité, et non génocide¹⁰³.

98 BOYLE David, « Une juridiction hybride chargée de juger les Khmers rouges », revue Internet *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 215-222.

99 Cf. également l'article 40 de la loi relative aux CETC, qui reconnaît la compétence des CETC quant au « champ d'application » des amnisties et grâces.

100 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de placement en détention provisoire*, 14 novembre 2007, § 11-14, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/Provisional_decision_IENG_Sary_FR.pdf> ; CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 193 et 200, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.

101 Cf. en particulier : CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Décision on Ieng Sary's Rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon)*, 002-E51/15, 3 novembre 2011, 29, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/E51_15_EN.PDF> ; sauf une exception possible : CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel de Ieng Sary contre l'ordonnance de détention provisoire*, 002-C22/I/73, 17 octobre 2008, 57.

102 CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 193-201, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.

103 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de placement en détention provisoire*, 14 novembre 2007, § 11-14, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/Provisional_

Au contraire, la Chambre préliminaire s'est appuyée sur la jurisprudence des cours régionales des droits de l'Homme relative aux exceptions au principe *ne bis in idem* pour adopter une approche élargie :

*157. La Chambre considère qu'il ressort des indications essentielles fournies par les règles de procédure établies au niveau international qu'une juridiction internationale ou internationalisée ne sera compétente pour juger des personnes qui ont déjà été poursuivies pour les mêmes actes devant des instances nationales que s'il est établi que la procédure nationale n'a pas été menée de façon indépendante et impartiale, dans le respect des garanties prévues par le droit. [...]*¹⁰⁴

Or, conscient de ce qu'une telle recherche relative au décret-loi n° 1 de 1979, dans le cadre des CETC, exigerait de se prononcer sur la légalité de cette loi, ou du jugement du Tribunal populaire qui s'en est suivi, la Chambre préliminaire a rajouté que « *l'exercice de la compétence des CETC ne sera justifié que si la procédure nationale était entachée de vices fondamentaux* »¹⁰⁵ ; ceci la rapproche de l'approche de la Cour suprême concernant la détention de Duch.

En l'espèce, la Chambre préliminaire a considéré :

*[...] vu les faits susmentionnés relatifs au procès par contumace de 1979, et nonobstant qu'il eût pu y avoir une volonté de poursuivre et de condamner Ieng Sary, celui-ci n'a pas été jugé par un tribunal impartial et indépendant, dans le respect des garanties d'équité prévues par la loi, et que, par conséquent, les poursuites engagées et la condamnation prononcée par le Tribunal populaire ne font aujourd'hui obstacle ni à la compétence des CETC pour juger l'intéressé, ni aux charges retenues à son encontre dans l'ordonnance de clôture.*¹⁰⁶

Saisie d'une exception préliminaire sur les mêmes bases, la Chambre de première instance a confirmé l'analyse précédente, en ajoutant que le procès par contumace ne pouvait être considéré une décision « finale » et que le principe *ne bis in idem* ne peut être utilisé pour éviter l'obligation internationale des États d'assurer la poursuite de crimes internationaux¹⁰⁷. De surcroît, la Chambre a

decision_IENG_Sary_FR.pdf>.

- 104** CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, § 114-176 à 157, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.
- 105** CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, 158, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.
- 106** CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'ordonnance de clôture*, 002-D427/1/30, 11 avril 2011, 175, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D427_1_30_FR.PDF>.
- 107** CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Decision on Ieng Sary's Rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon)*, 002-E51/15, 3 novembre 2011, § 30-36, <<http://www.eccc>

considéré que le champ d'application matériel de l'amnistie devait être interprété eu égard aux obligations conventionnelles et coutumières du Cambodge de poursuivre ou extraditer les auteurs de crimes internationaux ; par conséquent, la Chambre a considéré que l'amnistie ne couvre pas les crimes internationaux¹⁰⁸.

C. Le contrôle de la conformité de la procédure pénale cambodgienne aux standards internationaux du procès équitable

1. La prise en compte des victimes

Les textes constitutifs des CETC ne comportent que quelques références éparpillées aux droits des victimes au cours de la procédure, en particulier, l'article 36 nouveau de la loi relative aux CETC reconnaît le droit des victimes de faire appel des décisions de première instance¹⁰⁹. Mais ils spécifient que la procédure pénale cambodgienne doit s'appliquer sauf si elle n'est pas conforme aux standards internationaux. Or, la procédure cambodgienne est en avance par rapport à la place accordée aux victimes en droit international pénal, car elles ont le droit de porter plainte et de se constituer partie civile, comme en France. En l'absence de références claires à la participation des victimes, c'est par le biais du Règlement intérieur que les juges ont introduit un régime de constitution de partie civile pour les victimes des Khmers rouges, inédit en droit international pénal. Au-delà du simple témoignage, les victimes peuvent participer de deux façons devant les CETC : en tant que plaignantes, en portant plainte auprès des co-Procureurs ; ou en se constituant parties civiles auprès des co-juges d'instruction si elles ont subi un préjudice corporel, matériel ou moral résultant directement d'au moins un des crimes allégués à l'encontre d'une des personnes visées par l'enquête¹¹⁰.

Or, certains juges internationaux craignaient que la reconnaissance aux victimes de la qualité de parties à la procédure n'implique l'intégration de certains aspects du procès civil dans la procédure pénale. Face à l'insistance des juges cambodgiens sur le respect de cet aspect de la procédure pénale cambodgienne, les juges internationaux ont fini par accepter le principe de participation

gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/E51_15_EN.PDF>.

108 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Decision on Ieng Sary's Rule 89 preliminary objections (ne bis in idem and amnesty and pardon)*, 002-E51/15, 3 novembre 2011, § 37-55, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/E51_15_EN.PDF>.

109 Sur cette question, cf. David BOYLE, « The Rights of Victims: Participation, Representation, Protection, Reparation », in *Symposium: Cambodian Extraordinary Chambers, Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n° 1, mai 2006, p. 307-313.

110 Règle 23 bis du Règlement intérieur des CETC.

des parties civiles¹¹¹, tout en insistant sur une rationalisation radicale des droits des parties civiles dans le règlement intérieur des CETC : limitation de l'objet de l'action pénale – participer aux poursuites en soutien à l'accusation sans pouvoir déclencher des poursuites elles-mêmes ; limitation de l'action civile aux demandes de « *réparations collectives et morales* » ; renvoi aux autorités nationales compétentes pour l'exécution des condamnations civiles¹¹²...

Avant le début des audiences de première instance dans l'affaire 002, fort de l'expérience des audiences dans l'affaire 001, les juges ont introduit une rationalisation encore plus radicale des moyens de participation des parties civiles, notamment en excluant toute constitution de partie civile après la fin de l'instruction judiciaire, et en organisant la représentation collective de tous les groupes des parties civiles à l'audience, sous l'autorité de deux « *co-avocats principaux des parties civiles* » nommés par l'administration de la Cour¹¹³.

La jurisprudence relative à l'expérience cambodgienne fournit de nombreux enseignements pour l'avenir de la place des victimes (même hors constitution de partie civile) devant les juridictions pénales internationales.

a. L'admissibilité

Dans l'affaire 002, les co-juges d'instruction ont été obligés de statuer sur la recevabilité de 3 988 constitutions de partie civile. Constatant qu'ils ne sont pas en mesure, au stade de l'instruction, de décider du caractère certain du préjudice allégué par la victime, les co-juges d'instruction se sont fondés sur « *les raisons plausibles d'admettre prima facie comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec un fait sous enquête* »¹¹⁴.

Or, du fait de la nature *in rem* de la saisine des juges d'instruction en droit franco-cambodgien, ils ont dû faire face à une difficulté comparable à celle rencontrée par la CPI face aux victimes des « situations » dont elle est saisie mais qui ne sont pas concernées par une « affaire » poursuivie devant la Cour. En effet, comme indiqué ci-dessus, les co-Procureurs ont poursuivi les hauts dirigeants khmers rouges dans une seule affaire couvrant l'ensemble de leur responsabilité pour les crimes commis sous leur régime. Or, les co-Procureurs n'ont saisi les co-juges d'instruction que d'une sélection restreinte de faits précis, qu'ils

111 Le projet de Règlement intérieur circulé en novembre 2006 incorporait ainsi une règle 27 relative à « *l'action civile des victimes* » et un projet de règle 13 concernant l'établissement d'une « Unité des Victimes » ; cette dernière a été marquée « pour discussion » car il n'existait à l'époque aucun budget alloué à cette fonction : CETC, Plénière des juges, *Projet de Règlement intérieur*, 3 novembre 2006, articles 13 et 27.

112 Cf. les règles 23 (ancien) et 113 du Règlement intérieur.

113 Introduction des règles nouvelles 23 *bis* à 23 *quinquies* du Règlement intérieur (adoptées le 9 février 2010 et modifiées le 17 septembre 2010).

114 Cf., à titre d'exemple, CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur la recevabilité des constitutions de parties civiles résidant en dehors du Royaume du Cambodge*, 002-D404, 6 septembre 2010, § 9.

considéraient comme représentatifs de l'ensemble des crimes commis dans le cadre de l'entreprise criminelle commune alléguée.

Dans une série de 25 décisions rendues par lieu de résidence, les co-juges d'instruction ont adopté une interprétation stricte de leur saisine *in rem*, vue la limitation de la participation des parties civiles à la voie d'intervention, et afin de respecter les droits de la Défense. Par conséquent, ils ont limité l'admission des parties civiles aux seules victimes pouvant démontrer « *que [leur] préjudice résulte directement des faits visés aux réquisitoires introductif ou supplétifs* »¹¹⁵. Finalement, seules 2 123 constitutions de parties civiles ont été jugées recevables¹¹⁶.

En réponse aux appels interjetés par les parties civiles, la Chambre préliminaire a considéré que les co-juges d'instruction avaient soumis l'examen des demandes de constitution de partie civile à un critère erroné. S'appuyant sur une lecture stricte de la Règle 23 *bis b*) du Règlement intérieur, la Chambre préliminaire a relevé que le lien de causalité ne devait pas être recherché avec les faits allégués (c'est-à-dire les faits sous enquête circonscrits à certains lieux où des crimes ont été commis), mais avec les crimes allégués, c'est-à-dire avec les qualifications que revêtent ces faits et « *qui recouvrent des atrocités de masse que les personnes mises en examen auraient commises dans le cadre d'une entreprise criminelle commune dirigée contre la population partout dans le pays* »¹¹⁷. La Chambre préliminaire a finalement déclaré recevables la quasi-totalité des constitutions de partie civile, pour un total de 3 866 parties civiles dans le dossier n° 002. Toutefois, la Chambre a rappelé que « *la nature morale et collective de la représentation des parties civiles devant les CETC devrait contrer toute préoccupation que le nombre accru de parties civiles pourrait être préjudiciable au droit des accusés* »¹¹⁸.

La jurisprudence des CETC relative à l'admissibilité des parties civiles a également dégagé des critères relatifs à la notion de « préjudice direct » prenant en compte les traditions culturelles du pays pour considérer que, au-delà du noyau familial proche, le préjudice pouvait être considéré comme direct si un demandeur parvenait à démontrer « *à la fois le lien de parenté allégué et l'existence de circonstances ayant fait naître des liens d'affection ou de dépendance particuliers avec la personne décédée* »¹¹⁹.

115 Cf., à titre d'exemple, CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur la recevabilité des constitutions de parties civiles résidant en dehors du Royaume du Cambodge*, 002-D404, 6 septembre 2010, § 15-18 à 15.

116 Cependant leurs plaintes ont été versées au dossier et sont donc restées à la disposition des parties.

117 CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative aux appels interjetés contre les ordonnances des co-juges d'instruction sur la recevabilité de demande de constitution de partie civile*, 002-D404/2/4, 24 juin 2011, § 42.

118 CETC, Chambre préliminaire, *Décision relative aux appels interjetés contre les ordonnances des co-juges d'instruction sur la recevabilité de demande de constitution de partie civile*, 002-D404/2/4, 24 juin 2011, § 97.

119 CETC, Chambre de première instance, *Jugement dans l'affaire 001*, 001-E188, 26 juillet 2010, para. 643.

b. Participation à l’instruction

En application de la procédure pénale franco-cambodgienne, les parties civiles sont autorisées à accéder au dossier de l’instruction et d’y participer à partir du dépôt de leur constitution, et tant qu’elle n’a pas été rejetée par décision des co-juges d’instruction¹²⁰. Dans l’affaire 004, les co-juges d’instruction ont confirmé que ce droit doit être respecté même lorsqu’aucun suspect n’a encore été mis en examen¹²¹. Toutefois, un organisme administratif, l’Unité des Victimes, est chargé de vérifier la mise en état des dossiers de constitution avant de les verser au dossier.

c. Représentation

Depuis la réforme du statut des parties civiles, les co-juges d’instruction ont pour obligation de s’assurer de la représentation de toutes les parties civiles avant la fin de l’instruction¹²². Cette obligation a eu pour corollaire le financement par le Tribunal lui-même d’un dispositif de représentation embryonnaire des parties civiles n’ayant pas pu trouver un avocat par des avocats nationaux commis d’office¹²³.

Au stade du procès, ce sont deux co-avocats principaux des parties civiles (et une section administrative de soutien), qui ont la responsabilité ultime sur des questions de plaidoirie, de stratégie et de représentation à l’audience des intérêts du collectif de parties civiles au stade du procès, ainsi que pour coordonner la représentation des parties civiles au procès.

d. Réparations

Face au mécontentement des parties civiles de l’affaire 001, face au peu de réparations allouées, la réforme de la participation des parties civiles a également élargi les modes de réparation pouvant être allouées aux parties civiles devant les CETC, tout en obligeant le groupe consolidé de déposer une demande unique. Les nouvelles formes de réparations prévoient la possibilité d’utiliser des ressources externes ou des financements par des tierces parties pour les mettre en œuvre. En outre, elle a donné à la Chambre de première instance le pouvoir de

120 Règle 23 bis – 2 du Règlement intérieur.

121 CETC, Co-juges d’instruction, [Public REDACTED] *Lawyer’s recognition decision concerning all civil party applications on Case File n° 004*, 004-D129, 1^{er} avril 2013, § 9-11 à 9.

122 Pour la mise en œuvre pratique de cette obligation (répartition entre 6 équipes d’avocats, les avocats commis d’office et une association de victimes) voir CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance portant organisation de la représentation des parties civiles en application de la règle 23 ter du Règlement*, 002-D337/10, 2 août 2010.

123 Règle 23 ter-e du Règlement intérieur ; dans l’affaire 002/01, les co-juges d’instruction ont alloué 569 parties civiles aux avocats commis d’office par le Tribunal : CETC, Co-juges d’instruction, *Ordonnance portant organisation de la représentation des parties civiles en application de la règle 23 ter du Règlement*, 002-D337/10), 2 août 2010.

faire des recommandations facultatives au Gouvernement royal du Cambodge ; et permet de nouveaux programmes et mesures développés par la Section de soutien aux victimes en dehors du cadre juridique¹²⁴.

2. L'instruction judiciaire

En vertu de la procédure cambodgienne, d'inspiration française, la phase préparatoire du procès pénal se déroule sous l'autorité partagée du procureur et du juge d'instruction. En effet, les Procureurs conduisent une enquête préliminaire et décident souverainement des faits à soumettre aux juges d'instruction par réquisitoire introductif, mais par la suite les co-juges d'instruction dirigent l'ensemble de l'instruction judiciaire et les Procureurs sont réduits au rang de parties au procès. L'instruction judiciaire débouche sur une ordonnance de clôture constatant soit un non-lieu soit une mise en accusation et renvoi en jugement. Devant les CETC, des avocats de la défense et procureurs rompus à la procédure d'inspiration anglo-saxonne suivie devant d'autres tribunaux pénaux internationaux, ont eu du mal à trouver les limites de leur rôle face à la primauté du juge d'instruction¹²⁵. On peut relever quatre caractéristiques clés de l'instruction judiciaire qui ont été mis en cause par les parties à divers titres : il s'agit d'une procédure *in rem*, conduite à charge et à décharge, écrite et confidentielle.

S'agissant de la nature *in rem* de la procédure : les juges d'instruction sont saisis de faits sur lesquels ils sont tenus d'enquêter afin de déterminer si les éléments de preuve sont suffisants pour mériter un procès. Si cet aspect de l'instruction judiciaire peut sembler inadapté à la logique *in personam* implicite dans la plupart des poursuites pour crimes de masse¹²⁶, il s'agit d'une règle fondamentale qui garantit et encadre l'indépendance du juge d'instruction par rapport au Procureur¹²⁷. Elle implique le pouvoir non seulement de qualifier les faits de crimes mais d'identifier et renvoyer en jugement toute personne qu'ils considèrent pénalement responsable de ces crimes, qu'elle soit ou non nommée par les

124 Règle 23 *quinquies* du Règlement intérieur.

125 Les Procureurs ont été soutenus en cela par les Procureurs cambodgiens, car la nouvelle procédure cambodgienne introduite par le Code de procédure pénale de 2007 renforce l'autonomie du juge d'instruction face aux Procureurs cambodgiens.

126 En effet, il s'agit le plus souvent de chercher à démontrer la responsabilité de hauts dirigeants civils ou militaires déjà identifiés pour les méfaits de leurs subordonnés.

127 En effet, les co-juges d'instruction sont obligés d'enquêter sur tous les faits allégués dans le réquisitoire introductif, mais sur ces faits seuls : ainsi ils doivent informer les co-Procureurs si des faits nouveaux sont portés à leur connaissance au cours de l'instruction ; ils n'ont le pouvoir de les instruire que si les co-Procureurs l'autorise par voie de réquisitoire supplétif : cf. les règles 53 et 55 du Règlement intérieur des CETC ; pour un exemple d'espèce, concernant des faits de mariages forcés portés à leur connaissance par des parties civiles, cf. CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de soi communiqué*, 002-D146 ; CETC, Co-Procureurs, *Réquisitoires supplétifs*, Dossier 002-D146/3, D146/4 et D146/5 ; et CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur 4ème demande des avocats des parties civiles des actes d'instruction concernant les mariages forcés et crimes sexuels*, D268/2, 18 décembre 2009.

Procureurs dans leur réquisitoire¹²⁸. À titre d'exemple, les co-juges d'instruction ont rejeté une demande des Procureurs de mettre Duch en accusation dans l'affaire 002, alors qu'il était déjà accusé dans la première affaire devant les CETC¹²⁹.

L'un des bénéfices escomptés du recours à une instruction judiciaire est un meilleur respect du principe de l'égalité des armes, dans la mesure où les juges d'instruction sont tenus par des obligations d'indépendance et d'impartialité, cette dernière s'exprimant dans l'obligation d'instruire à charge et à décharge¹³⁰. Or, le corollaire de cette obligation – l'interdiction aux parties de conduire leur propre investigation¹³¹ – a posé des problèmes pour toutes les parties, notamment du fait que les enquêtes sont conduites par les parties devant les autres tribunaux pénaux internationaux¹³² : obligations des Procureurs par rapport aux éléments à décharge¹³³ ; limitation du droit des parties de procéder aux enquêtes préliminaires strictement nécessaires¹³⁴.

Le principe de la confidentialité de l'instruction judiciaire a soulevé beaucoup de problèmes. Le secret de l'instruction vise à la fois à faciliter le travail des enquêteurs et à préserver les droits et intérêts des parties, notamment la présomption d'innocence des suspects et la protection des parties civiles et témoins. Or, dans une affaire hautement médiatisée comme le procès des Khmers rouges, le maintien du secret de l'instruction est quasi impossible, d'autant plus que les observateurs anglo-saxons des CETC ont critiqué le principe même au nom d'un processus « transparent », raisonnant qu'à partir du moment où la procédure

- 128** Règles 55, 57 et 67 du Règlement intérieur des CETC ; cf. à ce sujet : CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur la demande de clarification déposée par les co-Procureurs*, 002-D198/1, 20 novembre 2009.
- 129** CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de refus de mis en examen supplétif*, 002-D298/2, 16 février 2010.
- 130** De surcroît, les juges d'instruction veillent à la préservation des intérêts des victimes comme des témoins, ainsi qu'au respect des droits de la Défense et des co-Procureurs ; dans la pratique, les effets de la taille relativement plus grande du Bureau des Procureurs comparé aux équipes de Défense sont minimisés par le contrôle exercé par les juges sur toutes les parties.
- 131** Procureurs : CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur demande d'acte d'instruction tendant à rechercher des éléments à décharge dans le SMD*, 002-D164/2, 19 juin 2009, 13-14 ; Défense : CETC, Co-juges d'instruction, *Order Issuing Warning Under Rule 38*, 002-D367, 25 février 2010, § 6-9.
- 132** CETC, *Demande des co-Procureurs de clarification des charges*, 002-D198, 4 septembre 2009 ; Nuon Chea, *Lettre des avocats de NUON Chea en date du 20 décembre 2007*, 002-A110, 20 décembre 2007 ; Ieng Sary, *Demande de Ieng Sary concernant la possibilité et les limites dans lesquelles la Défense peut conduire des investigations*, 002-D346, 10 février 2010.
- 133** Si les procureurs découvrent des éléments potentiellement à décharge lors d'une enquête préliminaire concernant d'autres faits, ils ont l'obligation de les verser au dossier de l'instruction mais, n'étant pas chargés de l'enquête, ils n'ont aucune obligation de chercher des éléments à décharge dont ils ignorent l'existence, ce qui relève des juges d'instruction : cf. règle 52-4 du Règlement intérieur et CETC, Co-juges d'instruction, *Order on the Request by the Ieng Sary Defence team for sanctions against the Co-Prosecutors*, 002-D97/9/7, 26 novembre 2009, § 9-11, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/D97_9_7_EN.pdf>.
- 134** CETC, Co-juges d'instruction, *Order Issuing Warning Under Rule 38*, 002-D367, 25 février 2010, § 8 ; en particulier, les recherches documentaires sont permises.

dépend d'un juge, il doit être public¹³⁵. Par conséquent, des dispositions ont été incluses dans le Règlement intérieur permettant à l'organe responsable à chaque stade de la phase d'instruction – co-Procureurs, co-juges d'instruction ou Chambre préliminaire – de tenir le public informé de l'évolution de l'enquête, de corriger les informations erronées, voire de conduire certains actes de procédure ou audiences en public¹³⁶. Ces dispositions ont été rudement mises à l'épreuve pendant l'instruction judiciaire. Tout d'abord, les avocats de la Défense ont été régulièrement mis en garde contre la publication ou la diffusion à la presse de leurs propres requêtes auprès des juges d'instruction¹³⁷. Ensuite, dans l'affaire 002, afin de cacher la localisation des différents sites sous enquête jusqu'à ce que les enquêtes de terrain soient terminées, les co-juges d'instruction n'en ont publié une cartographie détaillée qu'en novembre 2009, seul deux mois avant l'annonce de la fin de l'instruction¹³⁸. Or, cela a eu pour conséquence de priver les victimes des Khmers rouges d'informations leur permettant de se constituer parties civiles¹³⁹.

Enfin, l'instruction écrite est un principe essentiel de la phase préparatoire, car le dossier de l'instruction est mis à la disposition des parties durant l'enquête et transféré aux juges de première instance avec l'ordonnance de renvoi, pour servir de base aux débats pendant le procès¹⁴⁰. En effet, dans ce système, les juges

135 Alex BATES, *Transitional Justice in Cambodia: Analytical Report*, ATLAS PROJECT, Armed Conflicts – Peacekeeping - Transitional justice Law as Solution, octobre 2010, § 141, <http://projetatlas.univ-paris1.fr/IMG/pdf/ATLAS_Cambodia_Report_FINAL_EDITS_Feb2011.pdf> ; cf. également les rapports périodiques d'OSJI, <<http://www.soros.org>>.

136 Cf. les règles 54, 56, 77-6 et 78 du Règlement intérieur des CETC.

137 À titre d'exemple : CETC, Co-juges d'instruction, *Order on Breach of confidentiality of the judicial investigation*, 002-D138, 3 mars 2009, <<http://www.eccc.gov.kh/en/documents/court/co-investigating-judges-issue-order-breach-confidentiality-judicial-investigation>>.

138 CETC, Co-juges d'instruction, *Déclaration des co-juges d'instruction : instruction du dossier 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ et constitutions de parties civiles*, 5 novembre 2009, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/media/ECCC_Press_Release_5_Nov_2009_Fre.pdf>.

139 Une situation similaire s'est produite dans l'affaire 003 : CETC, Chambre préliminaire, *Considerations of the Pre-Trial Chamber regarding the international co-prosecutor's appeal against the co-investigating judges' order on international co-prosecutor's public statement regarding case 003*, 003-D14/1/3, 24 octobre 2011, § 30-33, <<http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/considerations-pre-trial-chamber-regarding-international-co-prosecutor039s-appeal-aga>> ; par la suite le Procureur international a effectivement déposé une demande auprès des co-juges d'instruction, mais elle a été rejetée pour nullité du fait d'être signée par un seul juge (ce point est abordé ci-dessous).

140 Règles 69, 86-87 du Règlement intérieur des CETC ; dans l'affaire 002, outre les documents que les co-Procureurs avaient déposés à l'appui de leur réquisitoire introductif, les éléments versés au dossier comprenaient : 46 procès-verbaux d'interrogatoires de personnes mises en examen, plus de 1 000 procès-verbaux d'audition de témoins et de parties civiles, 36 rapports d'identification de sites, un rapport d'expertise démographique ainsi que de multiples rapports d'expertise médicale, et plus de 11 600 documents relatifs aux faits versés au dossier par les co-juges d'instruction, les co-Procureurs, les personnes mises en examen, les parties civiles et leurs avocats, l'ensemble dépassant 350 000 pages, dont plus de 223 000 pages concernant les faits : CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance de clôture*, 002-D427, 17.

ont le droit de considérer les éléments non contestés du dossier comme étant établis. L'instruction écrite permet ainsi un équilibre entre droits de la Défense et efficacité des poursuites : tout d'abord, les entretiens avec les témoins donnent lieu à l'établissement d'un procès verbal par le juge d'instruction ou ses enquêteurs, plus concis qu'une simple transcription ; ensuite, les co-juges d'instruction disposent du pouvoir discrétionnaire de procéder seuls aux actes qu'ils jugent utiles à la manifestation de la vérité, en évitant la surcharge du dossier avec des éléments sans pertinence et de limiter les manœuvres dilatoires de la part des parties¹⁴¹ ; surtout, elle permet aux juges de l'instance de réduire la longueur du procès public en focalisant les débats oraux, plus onéreux en temps et en personnel, sur les seuls éléments du dossier qui sont contestés par les parties. Or, dans l'affaire 002, la Défense a contesté l'impartialité des co-juges d'instruction en mettant en cause, en particulier : la fidélité des procès verbaux comparé aux témoignages enregistrés¹⁴² ; et l'établissement d'une archive informatisée séparée de l'ensemble des documents provenant de S21, le *shared materials drive*, afin de faciliter leur analyse avant de les verser au dossier¹⁴³.

3. La Chambre préliminaire et le règlement des différends pendant la phase de l'instruction

Le Règlement intérieur prévoit qu'en l'absence de majorité qualifiée de la Chambre préliminaire pour empêcher un acte proposé par l'un des Procureurs ou l'un des juges d'instruction, l'acte en question est « *présupposé autorisée* » et peut donc être exécutée¹⁴⁴.

Si l'absence de majorité qualifiée a souvent résulté du partage des voix entre juges cambodgiens et internationaux, cela n'a pas toujours été le cas. À titre d'exemple, sur un point de procédure relatif au pouvoir du juge d'instruction de déclarer admissible une constitution de partie civile, un juge international d'origine française a soutenu ses collègues cambodgiens dans leur attachement aux principes du droit franco-cambodgien, en insistant sur la différence entre recevabilité et admissibilité d'une constitution de partie civile pendant l'instruction¹⁴⁵.

141 Convocation et arrestation, mise en examen, détention provisoire et contrôle judiciaire... cf. règles 56, 63-65 du Règlement intérieur des CETC ; et CETC, Co-juges d'instruction, *CIJ's response to the 'Request for Investigative Action', concerning, Inter Alia, the Strategy of the Co-Investigating Judges in regard to the Judicial investigation*, 002-D171/5, 11 décembre 2009, notamment § 15 et 40-44.

142 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur demande de transcription*, 002-D194/2, 5 novembre 2008 ; CETC, Chambre préliminaire, *Decision on Nuon Chea's Appeal against OCIJ Order on Request for Transcription*, 002-D194/3/2, 20 avril 2010 (non disponible en français).

143 CETC, Co-juges d'instruction, *Ordonnance sur demande d'acte d'instruction tendant à rechercher des éléments à décharge dans le SMD*, 002-D164/2, 19 juin 2009.

144 CETC, règle 72-4-d du Règlement intérieur.

145 CETC, Chambre préliminaire, *Opinion of judges Ney Thol, Catherine Marchi-Uhel and Huot Vuthy in respect of the declared inadmissibility of admitted civil parties*, 002-D250/3/2/1/5, 27 avril 2010 (Khmer Krom).

L'étendue exacte de ce pouvoir d'action unilatérale n'est pas précisée. De surcroît, les précédents manquent pour guider la Chambre préliminaire chargée de résoudre des « différends », qui peuvent aussi bien être de nature factuelles ou stratégiques que juridiques¹⁴⁶.

Le problème s'est posé avec acuité lorsque le Procureur international a eu gain de cause dans sa volonté de saisir les co-juges d'instruction des réquisitoires introductifs pour lancer les affaires 003 et 004. En effet, une fois les co-juges d'instruction saisis des affaires, le Procureur international a continué d'agir comme si l'autorisation de lancer ces affaires lui permettait d'exercer seul tous les pouvoirs de participation des Procureurs au cours de l'instruction, sans être obligé de revenir vers le Procureur national chaque fois qu'il voulait agir. En particulier, considérant que les co-juges d'instruction avaient signifié prématurément la fin de l'instruction dans l'affaire 003 sans avoir respecté leur obligation d'enquêter, il a demandé des actes d'instruction supplémentaires et a pris sur lui d'informer les victimes de l'identité des sites sous enquête afin quelles puissent se constituer parties civiles avant la clôture de l'instruction¹⁴⁷. Les co-juges d'instruction ont rejeté ses demandes d'acte sur la base qu'un seul Procureur ne pouvait valablement faire une telle demande qu'après une procédure de règlement des différends devant la Chambre préliminaire¹⁴⁸. En appel de ce rejet, la Chambre préliminaire n'a pas réussi à trouver une majorité qualifiée et la décision des co-juges d'instruction a donc été validée par défaut. Les juges cambodgiens de la Chambre préliminaire ont adopté une approche formaliste, considérant qu'en l'absence d'une décision de la Chambre préliminaire en vertu de la procédure de règlement des différends, ou une délégation écrite par la Procureure cambodgienne du pouvoir de signer les demandes, l'action du Procureur international était entachée de nullité¹⁴⁹.

146 CETC, Chambre préliminaire, *First Disagreement Considerations*, 20, cité in CETC, Chambre préliminaire, *Opinion Of Pre-Trial Chamber Judges Downing And Chung On The Disagreement Between 1re Co-Investigating Judges Pursuant To Internal Rule 72*, 10 février 2012, 40, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/Opinion10022012_0.pdf>.

147 CETC, Chambre préliminaire, *Considerations of the Pre-Trial Chamber regarding the international co-prosecutor's appeal against the co-investigating judges' order on international co-prosecutor's public statement regarding case 003*, 003-D14/1/3, 24 octobre 2011, § 30-33, <<http://www.eccc.gov.kh/en/document/court/considerations-pre-trial-chamber-regarding-international-co-prosecutor039s-appeal-aga>> ; cette décision est commentée plus haut.

148 CETC, Co-juges d'instruction, *Decision on Time Extension Request and Investigative Requests by the International Co-Prosecutor Regarding Case 003*, 003-D20/3, 7 juin 2011, § 5 ; malgré le fait que le Procureur international a immédiatement notifié son désaccord relatif à ses demandes et a soumis ses demandes aux co-juges d'instruction une seconde fois, elles ont été rejetées à nouveau : cf. CETC, Chambre préliminaire, *Public (redacted version) Considerations of the Pre-Trial Chamber regarding the international co-prosecutor's appeal against the Decision on re-filing of three investigative requests*, 003-D26/1/3, 15 novembre 2011.

149 CETC, Chambre préliminaire, *Considérations de la Chambre préliminaire sur l'appel interjeté par le co-Procureur international contre la décision relative à la prorogation des délais et aux demandes d'actes d'instruction*, 003-D20/4/4, 2 novembre 2011.

Les juges internationaux de la Chambre préliminaire que l'absence de recours du juge national devant la Chambre préliminaire face aux actes du Procureur international équivalait à un renoncement à son droit de les contester. Cette approche avait déjà été suivie par les co-juges d'instruction dans l'affaire 002, lorsque le juge d'instruction cambodgien s'est opposé à la volonté du juge d'instruction français d'interroger – en tant que témoins – l'ancien Roi, Norodom Sihanouk, et plusieurs anciens cadres khmers rouges devenus aujourd'hui des membres éminents du Gouvernement royal. Si le juge cambodgien refusait de signer des convocations nécessaires, il n'a pas tenté d'en empêcher le juge international ; en particulier, il n'a pas saisi la Chambre préliminaire du différend et les témoins ont été convoqués par un seul juge. Or, les témoins ont refusé de comparaître, évoquant la nullité des convocations en l'absence d'une décision de la Chambre préliminaire autorisant le juge international d'agir seul, interprétation contestable du Règlement¹⁵⁰.

Cette procédure a également trouvé ses limites lorsque, à la suite de la démission du juge d'instruction international, le juge de réserve a tenté de remettre en cause la décision de clôturer l'affaire 003 avant d'avoir été formellement investi par le Conseil national de la Magistrature. En effet, lorsqu'il a saisi la Chambre préliminaire de son différend avec son homologue cambodgien, les juges cambodgiens ont refusé d'entretenir sa demande sur la base qu'il n'avait pas de qualité pour les saisir¹⁵¹.

4. La procédure devant la Chambre de première instance

Lors de la rédaction du Règlement intérieur, certains juges internationaux ont considérablement réduit l'intérêt du dossier de l'instruction en insistant sur l'introduction d'une règle selon laquelle « la Chambre fonde sa décision sur les seules preuves qui ont été produites au cours de l'audience et débattues contradictoirement »¹⁵². Toutefois, échaudés par les retards constatés dans l'affaire 001¹⁵³ et vu l'âge avancé des accusés dans l'affaire 002, les juges ont assoupli l'exigence en prévoyant qu'une preuve tirée du dossier soit « considérée produite à l'audience si son contenu a été résumé, lu ou identifié de façon appropriée »¹⁵⁴. Par ailleurs, ils ont revalorisé le dossier en admettant que « lorsque les co-Procureurs et les accusés conviennent que des faits visés dans l'ordonnance de renvoi ne sont pas contestés, la

150 En vertu de la règle 72-3 du Règlement intérieur des CETC, sauf exception, « l'acte ou la décision qui a fait l'objet du différend est exécuté » au cours de la période de règlement du désaccord et donc, implicitement, doit également être exécuté si le différend n'est jamais réglé.

151 Cf. à ce sujet : CETC, Chambre préliminaire, *Opinion Of Pre-Trial Chamber Judges Downing And Chung On The Disagreement Between Ire Co-Investigating Judges Pursuant To Internal Rule 72*, 10 février 2012, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/doc/Opinion10022012_0.pdf>.

152 Règle 87 (2) du Règlement intérieur (version d'origine).

153 72 jours d'audience sur le fond, étalés sur 7 mois entre mars et septembre 2009, pour statuer sur des faits concernant seuls deux des 25 sites inclus dans le réquisitoire introductif d'origine.

154 Règle 87-3 du Règlement intérieur (Rev. 8).

Chambre peut considérer que ces faits sont prouvés » (règle 87-6). Enfin, le Règlement intérieur déroge au principe de la liberté de la preuve en introduisant une liste de motifs pour déclarer irrecevable un élément de preuve, qui ne relèveraient en droit cambodgien que de simples indications de valeur probante¹⁵⁵.

La règle 87-1 du Règlement intérieur dispose que, « *sauf dispositions contraires du présent règlement, la preuve en matière pénale est libre* ». Cela permet de s'appuyer sur les formes de preuve, tels que l'ouï-dire non corroboré, qui seraient normalement exclus devant les tribunaux de *common law*. Or, cela signifie simplement que le tribunal a le droit de prendre toutes les formes de preuve en compte dans ses décisions, sans qu'il y ait hiérarchie spécifique entre elles. Cela a été confirmé par la Chambre de première instance des CETC dans l'affaire 001¹⁵⁶.

Cependant, il y a des exceptions au principe de liberté. D'une part, il existe un certain nombre d'exceptions explicites qui reflètent les garanties minimales des droits de la Défense reconnus internationalement : inviolabilité des communications des clients avec des avocats et de interdiction de se servir d'éléments de preuve obtenus sous la torture. D'autre part, si la liberté de preuve ne signifie pas valeur probante, la procédure cambodgienne appliquée aux CETC laisse une grande latitude aux juges professionnels dans l'évaluation des preuves car, comme en France « *pour condamner l'accusé, la Chambre doit avoir l'intime conviction de sa culpabilité* »¹⁵⁷.

155 Règle 87-3 du Règlement intérieur (Rev. 8) : Si l'élément de preuve s'avère : dénué de pertinence ou ayant un caractère répétitif ; impossible à obtenir dans un délai raisonnable ; insusceptible de prouver ce qu'il entend établir ; interdit par la loi, ou destiné à prolonger la procédure ou autrement abusif.

156 CETC, Chambre de 1^{re} instance, *Jugement « Duch »*, 001-E188, 26 juillet 2010, § 42-43.

157 Règle 87-1 du Règlement intérieur.