

DEVANT LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENSDONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ (PTC61) Partie déposante : Défense de YIM Tith

Déposé auprès de : la Chambre préliminaire Langue : français, original en anglais

Date du document : 20 février 2020

CLASSEMENTClassement du document proposé par la partie déposante :
CONFIDENTIEL

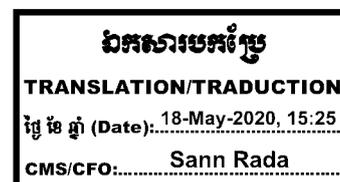
Classement retenu par la Chambre préliminaire : សម្ងាត់/Confidential

Statut du classement :

Révision du classement provisoire retenu :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :

RÉPONSE DE YIM TITH À L'APPEL INTERJETÉ PAR LE CO-PROCUREUR
INTERNATIONAL CONTRE L'ORDONNANCE DE NON-LIEU RENDUE PAR LE
CO-JUGE D'INSTRUCTION CAMBODGIENDéposé parCo-avocats de YIM Tith
M^e SO Mosseny
M^e Suzana TOMANOVIĆDestinatairesChambre de première instance
M. le Juge PRAK Kimsan
M. le Juge Olivier BEAUVALLET
M. le Juge NEY Thol
M. le Juge BAIK Kang Jin
M. le Juge HUOT Vuthy
M. le Juge suppléant PEN Pichsaly
M. le Juge suppléant Steven J. BWANACo-procureuresM^{me} CHEA Leang
M^{me} Brenda J. HOLLISToutes les parties civiles dans le dossier
n° 004

INTRODUCTION

1. M. YIM Tith, par l'entremise de ses co-avocats (la « Défense »), dépose la présente réponse à l'appel interjeté par le co-procureur international contre l'ordonnance de non-lieu rendue par le co-juge d'instruction cambodgien (la « Réponse »). Dans le dossier n° 004/2, la Chambre préliminaire a considéré à l'unanimité que la délivrance de deux ordonnances de clôture distinctes par les co-juges d'instruction était dénuée de fondement juridique. Il s'ensuit que celles rendues respectivement par le co-juge d'instruction cambodgien et le co-juge d'instruction international dans le dossier n° 004 sont illégales et donc nulles et de nul effet¹. Toute observation sur leur bien-fondé étant donc désormais étrangère à la procédure en cours, l'appel interjeté par le co-procureur international est sans objet. Par conséquent, la Chambre préliminaire est invitée à rejeter les ordonnances de clôture défectueuses et à choisir l'une des options suivantes : i) le faire à titre définitif et rendre un non-lieu dans le dossier ouvert contre M. YIM Tith ; ii) renvoyer le dossier devant les co-juges d'instruction afin qu'ils rendent une ordonnance de clôture conjointe ; iii) évaluer le dossier n° 004 elle-même et rendre sa propre décision de clôture.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

2. La Défense incorpore par référence l'historique de la procédure tel que présenté dans ses écritures précédentes : sa réponse unique aux conclusions finales du co-procureur cambodgien et du co-procureur international² ; son mémoire en appel contre la délivrance de deux ordonnances de clôture dans le dossier n° 004³ ; son mémoire en appel contre l'ordonnance de renvoi rendue par le co-juge d'instruction international dans le même dossier⁴.

¹ Ordonnance de non-lieu en faveur de Yim Tith, 28 juin 2019, D381 (« Ordonnance de non-lieu »). Ordonnance de clôture, 28 juin 2019, D382.

² *Yim Tith's Combined Response to the National and International Co-Prosecutors' Final Submissions*, 26 novembre 2018, D378/5, par. 14 à 105.

³ *Yim Tith's Appeal of the Issuance of Two Closing Orders in Case 004*, 2 décembre 2019, D381/18 (« Appel de la Défense contre la délivrance de deux ordonnances de clôture », par. 4 à 10.

⁴ *Yim Tith's Appeal of the International Co-Investigating Judge's Closing Order in Case 004*, 4 décembre 2019, D382/22, par. 3 à 9.

3. Le 5 décembre 2019, le co-procureur international a déposé son mémoire en appel contre l'Ordonnance de non-lieu en faveur de Yim Tith⁵.
4. Le 6 décembre 2019, les co-avocats des parties civiles ont déposé leur mémoire en appel contre l'Ordonnance de non-lieu en faveur de Yim Tith⁶.
5. Le 11 décembre 2019, la Défense a déposé sa demande urgente visant à augmenter le nombre de pages et proroger les délais pour ses réponses aux appels interjetés contre les ordonnances de clôture⁷. Le co-procureur international y a répondu le 20 décembre 2019⁸.
6. Le 6 janvier 2020, la Chambre préliminaire a rendu sa Décision relative aux requêtes aux fins d'augmentation du nombre de pages autorisé et de prorogation de délais pour les réponses et les répliques concernant les appels interjetés dans le dossier n° 004⁹.

**RÉPONSE : L'APPEL DU CO-PROCUREUR INTERNATIONAL EST DÉSORMAIS
SANS OBJET**

7. L'Appel du co-procureur international dans son intégralité est désormais sans objet comme le montre le raisonnement suivant : i) la Chambre préliminaire a décidé à l'unanimité dans le dossier n° 004/02 que la délivrance de deux ordonnances de clôture distinctes était dénuée de fondement juridique ; ii) les deux ordonnances de clôture rendues dans le dossier n° 004 sont donc nulles et de nul effet ; iii) chacun des moyens d'appel soulevé contre ces ordonnances de clôture quant au fond est donc désormais étranger à la procédure en cours.

⁵ Appel du co-procureur international contre l'Ordonnance de non-lieu en faveur de Yim Tith (D381), 5 décembre 2019, D381/19 (« Appel du co-procureur international »).

⁶ *Civil Party Co-Lawyers' Appeal Against the National Co-Investigating Judge's Closing Order in Case 004*, 1^{er} décembre 2019, D381/20.

⁷ *Yim Tith's Urgent Request for Extension of Page and Time Limits for His Responses to the Appeals of the Closing Orders*, 11 décembre 2019, D381/21 et D382/23.

⁸ *International Co-Prosecutor's Response to YIM Tith's Extension Requests relating to the Appeals in Case 004*, 20 décembre 2019, D381/23 et D382/25.

⁹ Décision relative aux requêtes aux fins d'augmentation du nombre de pages autorisé et de prorogation de délais pour les réponses et les répliques concernant les appels interjetés dans le dossier n° 004, 6 janvier 2020, D381/24 et D382/26.

I. LA DÉLIVRANCE DE DEUX ORDONNANCES DE CLÔTURE DISTINCTES EST DÉNUÉE DE FONDEMENT JURIDIQUE

8. Dans le dossier n° 004/02, les juges de la Chambre préliminaire ont unanimement souscrit au dispositif suivant : « DÉCLARE que le fait pour les co-juges d’instruction d’avoir rendu les deux ordonnances de clôture contradictoires était illégal et contraire au cadre juridique des CETC¹⁰ ».
9. La Chambre préliminaire a considéré que les co-juges d’instruction avaient « commis une grave erreur de droit¹¹ » consistant en « l’émission simultanée de deux ordonnances de clôture séparées et contradictoires dans un même dossier, qui constitue une situation sans précédent¹² ». Elle a en outre estimé que les co-juges d’instruction avaient « violé le cadre juridique des CETC, dérogé à leurs attributions les plus importantes et créé une situation juridique sans précédent qui ébranlent les fondements mêmes de leur fonction judiciaire¹³ ». La Chambre a « dénoncé et condamné sans équivoque cette grave violation du cadre juridique des CETC », et conclu que les co-juges d’instruction avaient « violé les fondements mêmes du système juridique des CETC »¹⁴.
10. Selon la Chambre préliminaire, le cadre juridique des CETC est sans ambiguïté : l’ordonnance de clôture constitue une seule décision, aussi la délivrance de deux ordonnances distinctes est-elle proscrite¹⁵. Toujours selon la Chambre, la règle 67 1) du Règlement intérieur « dispose clairement que [l]es co-juges d’instruction *clôturent* l’instruction par *une* ordonnance, qui *peut être* une ordonnance de renvoi *ou* de non-lieu¹⁶ ». La Chambre a aussi relevé que le Glossaire du Règlement intérieur définit la

¹⁰ Dossier n° 004/02, Considérations relatives aux appels interjetés contre les ordonnances de clôture, 19 décembre 2019, D359/24 et D360/33 (« Considérations de la Chambre préliminaire »), p. 69.

¹¹ *Ibid.*, par. 98 et 99.

¹² *Ibid.*, par. 88.

¹³ *Ibid.*, par. 89.

¹⁴ *Ibid.*, par. 100 et 102.

¹⁵ *Ibid.*, par. 120 à 121.

¹⁶ *Ibid.*, par. 121 (passages en italique dans l’original). Le cadre juridique des CETC était cette position à d’autres titres également. Aux termes de l’article 5 4) de l’Accord entre l’Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (6 juin 2003) (« Accord relatif aux CETC »), les co-juges d’instruction « coopèrent en vue de parvenir à une position commune concernant l’instruction ». Aux termes de l’article 23 (nouveau) de la Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (10 août 2001, amendée le 27 octobre 2004) (NS/RKM/1004/006) (« Loi relative aux CETC »), « [D]eux juges d’instruction [...] dirigent l’instruction ». La règle 14 du Règlement intérieur des CETC signifie que les co-juges d’instruction mènent l’instruction conjointement et avec une autorité égale ; cette disposition ne prévoit pas la possibilité que

« Décision de clôture [comme désignant] l'ordonnance des co-juges d'instruction ou l'arrêt de la Chambre préliminaire clôturant l'instruction (non-lieu ou décision de renvoi)¹⁷ ». La Chambre a également considéré que la clause interprétative figurant à la règle 1 2) du Règlement intérieur « ne constitue pas une base juridique suffisante pour déroger aux principes fondamentaux de l'Accord relatif aux CETC [...] ou revendiquer le pouvoir d'agir lorsque l'exercice de ce pouvoir irait à l'encontre de ces principes¹⁸ ». La Chambre a conclu son raisonnement de la manière suivante :

[L]es erreurs commises par les co-juges d'instruction dans le présent dossier portent atteinte aux fondements mêmes du système hybride des CETC dont [elles] compromettent le bon fonctionnement. Malgré le caractère crucial et sensible de la question en jeu, les co-juges d'instruction se sont autorisés à rendre des ordonnances séparées, assorties d'un raisonnement remarquablement minimaliste pour justifier leur action, puisqu'ils se contentent de rappeler une de leurs précédentes décisions. La Chambre juge particulièrement troublant le fait que les deux ordonnances de clôture séparées aient été rendues le même jour, dans une seule langue, *accompagnées d'une déclaration explicite des deux juges précisant qu'ils convenaient de l'illégalité du dépôt de deux ordonnances de clôture séparées et contradictoires*. La Chambre considère qu'en l'espèce, la mauvaise pratique suivie par les co-juges d'instruction a mis en péril l'ensemble du système juridique mis en place par le Gouvernement royal du Cambodge et l'Organisation des Nations Unies. Il est stupéfiant d'observer que les juges avaient parfaitement « conscience du problème » que poserait la délivrance de deux ordonnances de clôture séparées, en particulier en appel¹⁹.

[L]a Chambre déplore et condamne fermement la situation juridique sans précédent dans laquelle les co-juges d'instruction ont, par leurs agissements illégaux, précipité la procédure en cours devant les CETC²⁰.

11. La conclusion que la Chambre préliminaire a dégagée à l'unanimité dans le dossier n° 004/02 doit s'appliquer pareillement dans le dossier n° 004. La règle 21 du Règlement intérieur prescrit en effet de garantir la sécurité juridique dans le cadre des procédures

les co-juges d'instruction rendent une ordonnance de clôture à titre individuel (en particulier compte tenu du paragraphe 4 selon lequel la délivrance d'une ordonnance de clôture fait partie des « actes qui doivent être accomplis conjointement en application de la Loi sur les CETC et du présent Règlement » et qui ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir). Enfin, ni l'Accord relatif aux CETC, ni la Loi relative aux CETC, ni le Règlement intérieur ne mentionnent la possibilité qu'un co-juge d'instruction rende unilatéralement une ordonnance de clôture propre. Voir Appel de la Défense contre la délivrance de deux ordonnances de clôture, par. 22 à 30.

¹⁷ Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 121 citant le Glossaire du Règlement intérieur, Glossaire, p. 82 (passages en italique dans l'original).

¹⁸ *Ibid.*, par. 121.

¹⁹ *Ibid.*, par. 123 (c'est nous qui soulignons).

²⁰ *Ibid.*, par. 124.

ouvertes devant les CETC²¹. C'est le même collège de juges qui est à présent saisi des appels interjetés dans le dossier n° 004, or la procédure se trouve dans une situation identique dans les deux dossiers en ceci qu'il existe des ordonnances de clôture distinctes et contradictoires. Par la conclusion inéquivoque et unanime qu'elle a dégagée, la Chambre préliminaire a de fait validé l'argument avancé dans l'Appel de la Défense contre la délivrance de deux ordonnances de clôture²². Il est désormais incontestable que les deux ordonnances de clôture attaquées en appel dans le dossier n° 004 sont dénuées de tout fondement au regard du cadre juridique des CETC.

II. LES ORDONNANCES DE CLÔTURE RENDUES RESPECTIVEMENT PAR LE CO-JUGE D'INSTRUCTION CAMBODGIEN ET LE CO-JUGE D'INSTRUCTION INTERNATIONAL SONT NULLES ET DE NUL EFFET

12. L'effet de la conclusion unanime de la Chambre préliminaire est que les deux ordonnances de clôture rendues dans le dossier n° 004 sont nulles et de nul effet. C'est un truisme : une ordonnance de justice dénuée de fondement juridique est nulle, autrement dit non avenue²³.

²¹ La Chambre préliminaire s'est estimée « tenue de s'assurer que la Loi relative aux CETC, le Règlement intérieur, les directives pratiques et les réglementations internes soient "interprétés de manière à toujours protéger les intérêts des suspects, des personnes mises en examen, des accusés et des victimes, et de manière à garantir la sécurité juridique ainsi que la transparence des procédures" tout au long de la phase préliminaire » (Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 51 citant la règle 21 du Règlement intérieur) ; « Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause » (Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Brumărescu c. Roumanie*, Requête n° 28342/95, Arrêt, 28 octobre 1999, par. 61 ; Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Kehaya et autres c. Bulgarie*, Requête n° 47797/99 et 68698/01, Arrêt, 12 janvier 2006, par. 61 ; Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Ryabykh c. Russie*, Requête n° 52854/99, Arrêt, 24 juillet 2003, par. 51) ; « Lorsque des dispositions légales similaires sur le fond sont appliquées de manières divergentes à des personnes qui appartiennent à des groupes quasi-identiques, il se pose un problème de sécurité juridique » [traduction non officielle] (Cour européenne des droits de l'homme, Affaire *Ștefănică et autres c. Roumanie*, Requête n° 38115/02, Arrêt, 2 novembre 2010, par. 37, citations omises) ; « Quand des décisions de justice incohérentes sont rendues à des requérants en situation similaire, il en résulte une incertitude qui compromet la confiance en l'appareil judiciaire et prive les individus de l'exercice de leur droit à un procès équitable » [traduction non officielle] (Cour européenne des droits de l'homme, *ibid.*, par. 38).

²² Appel de la Défense contre la délivrance de deux ordonnances de clôture, par. 2 « En décidant de rendre leurs ordonnances de clôture contradictoires respectives, les deux co-juges d'instruction ont contrevenu aux dispositions de la Constitution du Royaume du Cambodge [...], de la Loi relative à la création des CETC [...] et du Règlement intérieur. Ces ordonnances de clôture doivent donc être rejetées pour vice de procédure conformément à la règle 67 2) du Règlement intérieur. La Chambre préliminaire doit à présent intervenir pour que l'instruction trouve dûment sa conclusion définitive et pour préserver les droits fondamentaux reconnus à M. YIM Tith dans le cadre d'un procès équitable » [traduction non officielle].

²³ Le dictionnaire de l'anglais juridique de Black définit *nullius juris* comme « dénué de force juridique », *void* comme « sans effet juridique ; nul », et *void judgment* comme « un jugement dénué de force ou d'effet juridique, dont l'invalidité peut être affirmée par toute partie dont les droits sont affectés n'importe où et n'importe quand,

13. Il va de soi que les procédures des CETC doivent se dérouler en conformité avec le droit applicable²⁴. Comme l'a relevé la Chambre préliminaire, la règle 67 du Règlement intérieur constitue précisément la norme qui s'applique à la délivrance d'une ordonnance de clôture²⁵.
14. Aux termes de la règle 67 2) du Règlement intérieur, « [à] peine de nullité, l'ordonnance de renvoi mentionne l'identité de l'accusé, les faits reprochés et la qualification juridique retenue par les co-juges d'instruction, ainsi que la nature de la responsabilité pénale²⁶ ». Eu égard au degré de précision des conditions ainsi énoncées, et dès lors que toute ordonnance de renvoi entachée d'un vice de procédure est effectivement frappée de « nullité » (ce qui va plus loin que de dire qu'elle est *susceptible* d'être infirmée), il est incontestable qu'une ordonnance de clôture qui n'a pas été rendue dans le strict respect des règles de procédure applicables est nulle et de nul effet. Les rédacteurs de la règle susmentionnée n'auraient pas pu anticiper chacun des rebondissements qu'allaient connaître les procédures engagées devant les CETC, et ils n'auraient certainement pas pu prévoir une situation illégale dans laquelle les co-juges d'instruction prononceraient simultanément un non-lieu et un renvoi en jugement. La règle 67 présente donc une lacune. Si elle ne contient en effet aucune référence à l'actuelle situation procédurale inextricable dans laquelle se trouvent les juges de la Chambre préliminaire, elle dispose toutefois de manière inéquivoque qu'une ordonnance de clôture dénuée de tout fondement au regard des normes de procédure applicables devant les CETC est nulle et de nul effet.

directement ou incidemment ; dès le moment où il est émis, un jugement nul demeure absolument nul et sans effet ; il ne peut être confirmé, entériné ou exécuté en aucune manière et à aucun degré » [traduction non officielle]. Garner, B. (éditeur), *Black's Law Dictionary*, 9^{ème} édition, pp. 921, 1173 et 1709.

²⁴ L'article 13 1) de l'Accord relatif aux CETC prévoit que les droits de l'accusé doivent être protégés conformément aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966 ; ci-après « le Pacte »). L'article 14 1) du Pacte est libellé comme suit : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi ». Voir l'Accord relatif aux CETC, article 13 1) ; voir aussi la Loi relative aux CETC, article 35 (nouveau), qui prescrit l'applicabilité des garanties minimales prévues à l'article 14 du Pacte. L'article 33 (nouveau) de la Loi relative aux CETC prévoit que les procès soient « conduits conformément aux procédures en vigueur [...] ». La règle 21 du Règlement intérieur dispose en outre comme suit : « La Loi sur les CETC, le Règlement intérieur, les directives pratiques et les réglementations internes doivent être interprétés de manière à toujours protéger les intérêts des suspects, des personnes mises en examen, des accusés et des victimes, et de manière à garantir la sécurité juridique ainsi que la transparence des procédures, compte tenu de la spécificité des chambres extraordinaires, telle qu'elle résulte de la Loi sur les CETC et de l'Accord ».

²⁵ Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, p. 69.

²⁶ Règle 67 2) du Règlement intérieur : « À peine de nullité, l'ordonnance de renvoi mentionne l'identité de l'accusé, les faits reprochés et la qualification juridique retenue par les co-juges d'instruction, ainsi que la nature de la responsabilité pénale ».

15. Aux fins d'interpréter les dispositions de la règle 67 2) du Règlement intérieur relatives à l'annulation des ordonnances de clôture entachées d'un vice de procédure, y compris sous la forme d'une lacune, il convient d'appliquer les règles pertinentes du droit romano-germanique. Selon la Chambre de la Cour suprême, ces règles d'interprétation consistent à « tenir compte du libellé de la disposition en question, de sa place dans le système juridique concerné (y compris sa relation avec les grands principes sous-jacents) et de son intention normative »²⁷.
16. Hormis la règle 67 2) du Règlement intérieur, le cadre juridique des CETC ne contient pas de règle ou principe portant spécifiquement sur l'annulation des ordonnances de clôture. Afin d'interpréter correctement la règle 67 2) compte tenu de « sa place dans le système » régissant l'annulation des actes judiciaires accomplis aux CETC pendant la phase préalable au procès, il convient de la lire dans le contexte des dispositions de la règle 76 relatives aux requêtes en annulation déposées durant la phase d'instruction. Aux termes de la règle 76 1), les co-juges d'instruction sont tenus d'informer les parties s'ils estiment qu'une pièce de la procédure est entachée de nullité. La règle 76 2) confère aux parties, avant la clôture de l'instruction, le droit de présenter une requête aux co-juges d'instruction leur demandant de saisir la Chambre préliminaire aux fins d'annulation. La règle 76 7) dispose que l'ordonnance de clôture couvre « les nullités de la procédure antérieure » sous réserve d'appel. Les rédacteurs de la règle ont conçu ces mécanismes en pensant que, durant la phase préalable au procès, des annulations seraient prononcées uniquement au cours de l'instruction, et non à un stade ultérieur. Ils n'auraient pas pu prévoir la nécessité d'une procédure permettant de contester la légalité de la délivrance de l'ordonnance de clôture elle-même²⁸.

²⁷ Dossier n° 002/01, Décision relative à l'appel interlocutoire interjeté par Khieu Samphan contre la décision rejetant sa demande de remise en liberté, 6 juin 2011, E50/3/1/4, par. 31.

²⁸ Une opinion rendue par des juges de la Chambre préliminaire a d'ailleurs reconnu que toute mesure résultant d'une procédure non autorisée était entachée de nullité : « L'équité d'un procès ou d'une décision relative à une question particulière passe non seulement par le respect du droit de toute personne à savoir ce qu'on lui reproche de manière à faire valoir sa cause en conséquence et de son droit d'être entendue à cet égard, mais également par la garantie du droit à une équité procédurale. Or l'équité procédurale ne peut être garantie que lorsque la procédure est transparente et autorisée et lorsque, dans le cadre de celle-ci, les droits et obligations des parties sont dûment définis, exprimés et mis en œuvre. C'est la seule manière de donner à la personne intéressée la certitude que sa cause sera tranchée de façon prévisible, appropriée et selon les règles établies. Il n'appartient pas à un tribunal ou à des juges de modifier, sans aucune autorisation, des procédures bien établies pour des raisons d'opportunité ou pour toute autre raison non prévue par les règles applicables. En effet, il en résulterait alors une mesure fondamentalement inéquitable sur le plan de la procédure. Toute mesure résultant d'une telle procédure non autorisée est entachée de nullité ». Dossier n° 002, Décision relative aux appels interjetés contre l'Ordonnance unique n° D250/3/3 et l'Ordonnance n° 250/3/2 sur la recevabilité des demandes de constitution de partie civile,

17. Aux fins d'interpréter correctement la règle 67 2), il convient donc de se référer à la règle 76. Il ressort de cette dernière que *les grands principes sous-jacents du système* régissant l'annulation des actes judiciaires accomplis pendant la phase préalable au procès visent à permettre l'annulation de ceux-ci devant la Chambre préliminaire lorsqu'ils sont entachés d'un vice de procédure. Dans les versions française et anglaise de la règle 76 5), les termes équivalents d'« annulation » [en anglais *annulment*] et « cancellation » [en anglais *cancellation*] sont utilisés de manière interchangeable²⁹. En français, « annuler » signifie « *to set aside ; declare void*³⁰ », tandis que « cancellation » est synonyme d'« annulation », qui signifie « *erasing an act that is written*³¹ ». En vertu de la règle 76 5), un acte annulé ou annulé au motif d'un vice de procédure n'existe plus : il est retiré du dossier et ne peut servir de fondement à aucune conclusion à l'encontre des parties³². Cette procédure d'annulation trouve son pendant dans les articles 280 et 281 du Code cambodgien de procédure pénale et dans les articles 174 et 206 du Code français de procédure pénale³³.
18. La thèse selon laquelle une ordonnance de clôture rendue illégalement est entachée d'un vice de procédure aux termes de la règle 67 2) du Règlement intérieur est corroborée également par les juridictions nationales et internationales. La Chambre préliminaire a adopté une méthode d'interprétation consistant à appliquer d'abord au cadre juridique

rendues le 13 janvier 2010, 27 avril 2010, D250/3/2/1/5, Opinion des Juges PRAK Kisman et Rowan concernant la décision déclarant irrecevable l'action civile de victimes préalablement reçues en leur constitution de partie civile, par. 13.

²⁹ La version française de la règle 76 5) contient les membres de phrase « les parties annulées sont annulées » et « [a]près annulation ou annulation [...] ».

³⁰ F.H.S. Bridge, *The Council of Europe French-English Legal Dictionary*, Éditions du Conseil de l'Europe, 1994, p. 16.

³¹ Selon le commentaire du Professeur Jean-Paul Doucet, *cancellation* est mis en rapport avec le verbe *biffer* : « CANCELLATION (Canceller) : Cf. Abolition, Nullité. Du latin « *cancellare* » : biffer. Terme juridique visant le fait d'annuler un acte juridique d'une manière matérielle : en le biffant, en le raturant ou en le lacérant ». *Dictionnaire de Droit Criminel*, « Cancellation », https://ledroitcriminel.fr/dictionnaire/lettre_c/lettre_c_can.htm (consulté le 18 février 2020). Un dictionnaire français publiquement disponible définit *cancellation* comme suit : « Fait d'annuler un acte en effaçant ce qui est écrit. Signifie également "annulation" ». L'internaute, *Dictionnaire français*, « Cancellation », <https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/cancellation/> (consulté le 18 février 2020).

³² La Chambre préliminaire a ordonné « l'annulation et le retrait du dossier » de documents d'instruction entachés d'un vice de procédure : voir Décision relative à la requête de Yim Tith aux fins d'annulation des documents d'enquête établis par Paolo Stocchi, 25 août 2017, D351/1/4, par. 36 et p. 19.

³³ Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge, article 281 : « Après annulation, la chambre d'instruction peut : soit renvoyer le dossier au juge d'instruction ; soit dessaisir le juge d'instruction et renvoyer le dossier à un autre juge d'instruction ; soit poursuivre elle-même l'instruction de l'affaire ». Code français de procédure pénale, article 206 : « Lorsque [...] la chambre de l'instruction infirme une ordonnance [...], elle peut, soit évoquer et procéder dans les conditions prévues aux articles 201, 202, 204 et 205, soit renvoyer le dossier au juge d'instruction ou à tel autre afin de poursuivre l'information ». Voir également Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge, article 280 ; Code français de procédure pénale, article 174.

des CETC les règles ordinaires d'interprétation, pour ensuite se pencher sur la procédure cambodgienne puis sur la procédure au niveau international³⁴.

19. Dans les juridictions de droit romano-germanique autres que le Cambodge et la France, la loi prescrit que les ordonnances prises illégalement sont nulles et de nul effet. En République de Corée, par exemple, « l'action publique est déboutée par les juges [...] lorsque la procédure suivie est nulle car contraire à la loi » [traduction non officielle]³⁵. En Libye, un acte judiciaire contrevenant à la loi est frappé de nullité et, lorsqu'une procédure est réputée invalide, « tous les effets qui en découlent directement sont également réputés invalides » [traduction non officielle]³⁶.
20. Cette analyse des juridictions romano-germaniques fait clairement ressortir une chose : c'est un truisme d'affirmer qu'une ordonnance rendue illégalement est nulle, non avenue et de nul effet. C'est un principe connu et bien ancré, au point d'être communément admis et rarement contesté. Inévitablement, rares sont les affaires dans lesquelles les juges ont débattu du sens de ce principe, et la jurisprudence en la matière est donc mince ou inexistante³⁷.
21. Cette idée est également considérée comme un truisme dans les juridictions de droit anglo-saxon. Bien que le principe selon lequel les décisions judiciaires illégales sont

³⁴ La Chambre préliminaire a considéré que le Règlement intérieur est la principale source de droit procédural devant les CETC, et que les dispositions du Code de procédure pénale cambodgien « ne devraient s'appliquer que quand se pose une question qui n'est pas réglée par le Règlement intérieur ». Dossier n° 002, Décision relative à l'appel interjeté par Nuon Chea contre l'Ordonnance rejetant la requête en nullité, 26 août 2008, D55/1/8, par. 14 et 15. Lorsque le droit cambodgien « est muet sur un point particulier », les règles de procédure établies au niveau international peuvent servir de référence. Voir Accord relatif aux CETC, article 12 1) ; Loi relative aux CETC, article 33 (nouveau) ; règle 2 du Règlement intérieur. Voir également Dossier n° 002/01, Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'Ordonnance de clôture, 11 avril 2011, D427/1/30, par. 118 et 126. La Chambre préliminaire s'est penchée sur l'interprétation correcte à donner au terme de personne « acquittée » figurant à l'article 12 du Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge. La Chambre a relevé les « principes d'interprétation communément admis » selon lesquels « tous textes de droit et instruments s'interprètent selon la grammaire et le [sens ordinaire] des mots, à moins qu'il n'en résulte quelque absurdité ou incohérence par rapport au reste du texte ». Au paragraphe 118, la Chambre fait remarquer que ni l'Accord relatif aux CETC, ni la Loi relative aux CETC, ni le Règlement intérieur ne prévoient de protection au titre du *ne bis in idem* ou n'envisagent les effets d'une condamnation antérieure sur la procédure devant les CETC : « Conformément à l'article 12 de l'Accord et à l'article 33 (nouveau) de la Loi, la Chambre préliminaire porte donc son examen sur le Code de procédure pénale cambodgien ». La Chambre procède à cet examen aux paragraphes 119 à 124, avant de conclure que, selon le sens ordinaire des mots y figurant, l'article 12 du Code de procédure pénale cambodgien ne s'applique pas aux condamnations. La Chambre préliminaire se réfère ensuite aux règles de procédure établies au niveau international.

³⁵ République de Corée, Loi relative à la procédure pénale, Loi n° 9765, 9 juin 2009, article 327 2).

³⁶ Code de procédure pénale libyen et lois complémentaires, 28 novembre 1953, articles 304 et 309.

³⁷ Bien que la Défense ait agi avec la diligence requise en mettant tout en œuvre pour trouver dans les juridictions de tradition romano-germanique une jurisprudence relative à l'effet des décisions rendues illégalement, elle n'y est pas parvenue à partir des sources qu'elle a pu consulter.

nulles, non avenues et de nul effet soit souvent invoqué dans la jurisprudence, il est rarement contesté. Dans la jurisprudence des États-Unis, par exemple, « [D]éclarer la nullité d'un jugement a des conséquences bien connues. Tout se passe comme si ce jugement n'avait jamais existé ; le jugement n'est plus rien et les parties sont dans la même position que s'il n'y avait pas eu de jugement »³⁸. L'arrêt rendu dans l'affaire *Ex parte Seidel* par la Cour d'appel pénale du Texas illustre bien ce principe. Le débouté définitif prononcé en première instance a été considéré en appel comme « s'écartant largement de la pratique normale » et comme « incompatible avec toute règle ou procédure en vigueur à ce moment-là »³⁹. La Cour d'appel a statué que l'action du juge en première instance représentait « davantage qu'une simple violation des procédures prescrites » et que, n'étant « pas autorisée par la loi », elle était « donc nulle et non avenue » [traductions non officielles]⁴⁰. La Cour d'appel a considéré comme suit :

Un jugement entaché de nullité l'est à compter du début. Il ne donne lieu à aucune des conséquences découlant d'un jugement valide. Il ne saurait être honoré de quelque manière que ce soit dès lors qu'il n'affecte ni ne génère aucun droit [traduction non officielle]⁴¹.

22. Dans l'affaire *État v. Simpkins*, La Cour suprême de l'Ohio a établi une distinction entre un acte judiciaire *annulable* car reposant sur une erreur de droit, et un acte judiciaire totalement illégal qui est nécessairement réputé *nul* :

Lorsque le juge ignore les prescriptions claires de la loi, comme par exemple lorsqu'il déroge à son obligation d'infliger la sanction prévue par le code des peines, il agit sans autorité. De telles actions ne sont pas de simples erreurs qui rendraient annulable, plutôt que nulle, la peine prononcée. Si le juge inflige une peine que la loi n'autorise pas, cette peine est illégale. « Si un acte est illégal, il

³⁸ *Romito c. Maxwell*, 227 N.E.2d, 223, 224 (Ohio, 1967) : « Les effets découlant de l'annulation d'un jugement sont bien établis. C'est comme si la procédure en question n'avait jamais eu lieu ; le jugement est nul et les parties sont dans la même position que s'il n'avait jamais existé [citations internes omises]. En l'espèce, l'invalidation de la condamnation pour cambriolage faisait partie intégrante de la procédure pénale ordinaire, et, lorsque celle-ci a été déclarée nulle, l'infirmité de la condamnation pour cambriolage l'a été également. Le requérant s'est retrouvé dans la situation préalable à la procédure pénale ordinaire, avec une condamnation pour cambriolage validement prononcée » [traduction non officielle]. Voir également *État c. Bezak*, 868 N.E.2d 961, 963 (Ohio, 2007) citant *Romito c. Maxwell* : « Ici, à l'audience du prononcé de la peine, Bezak n'a pas été informé de l'imposition d'un contrôle après remise en liberté. La peine infligée par le tribunal est donc nulle. "Les effets découlant de l'annulation d'un jugement sont bien établis. C'est comme si la procédure en question n'avait jamais eu lieu ; le jugement est nul et les parties sont dans la même position que s'il n'avait jamais existé" » [traduction non officielle]. Voir également Affaire *Ex parte Seidel*, 39 S.W.3d 221, 225 (Cour d'appel pénale du Texas, 2001).

³⁹ Affaire *Ex parte Seidel*, 39 S.W.3d 221, 225 (Cour d'appel pénale du Texas, 2001).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, citant l'affaire *Ex parte Spaulding*, 687 S.W.2d 741, 745 (Teague, J., acquiesçant).

n'est pas simplement erroné ou annulable ; il est strictement prohibé et il est nul » [traduction non officielle] »⁴².

23. La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment confirmé ce principe dans l'affaire *R c. Miller*, déclarant illégal le conseil donné par le Premier Ministre à Sa Majesté la Reine de suspendre le Parlement :

Cela signifie qu'il était nul et de nul effet [...]. Il a donné lieu au décret en conseil, lequel, étant fondé sur une recommandation illégale, était également illégal, nul et sans effet et devrait être invalidé. Il en a résulté une suspension effective ; c'est comme si les *Lords Commissioners* du Conseil privé avaient fait leur entrée dans le Parlement en tenant un morceau de papier vierge. La suspension aussi a été illégale, nulle et sans effet [traduction non officielle]⁴³.

24. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux reconnaît que les ordonnances et actes illégaux, à savoir ceux qui contreviennent au droit et à la procédure applicables, sont nuls et de nul effet. Dans l'affaire *Ntuyahaga*, la Chambre de première instance du TPIR a considéré que le sauf-conduit établi par le Greffe et remis à l'accusé au moment de sa remise en liberté était « nul et de nul effet » dès lors que « ni les dispositions des résolutions du Conseil de sécurité, ni celles du Statut, ni celles du Règlement de procédure et de preuve, ni aucune instruction émise par la Chambre de première instance n'habilitaient le Greffe à délivrer le document intitulé 'Sauf-conduit' »⁴⁴. La Chambre de première instance s'est dite « consciente de la nécessité, pour le tribunal, de garantir le respect et l'observation de la loi » [traduction non officielle] »⁴⁵.
25. Dans l'affaire *Kupreškić et consorts*, la Chambre d'appel du TPIY a statué que la décision de la Chambre de première instance de recueillir les dépositions de témoins à décharge était « nulle et non avenue » dès lors qu'elle emportait violation des

⁴² *État c. Simpkins*, 884 N.E. 2d 568, 575 (Ohio, 2008) (citations internes omises).

⁴³ *R (sur requête de Miller) (Appelant) c. Premier Ministre (Intimé), Cherry et autres (Intimés) c. Avocat général pour l'Écosse (Appelant) (Écosse)*, [2019] Cour suprême du Royaume-Uni 41, par. 69. Voir également *R (sur requête de UNISON) (Appelant) c. Lord Chancellor (Intimé)*, [2017] Cour suprême du Royaume-Uni 51, par. 119 : « L'ordonnance relative à la redevance est illégale en droit interne et en droit européen car elle a pour effet d'empêcher l'accès à la justice. L'ordonnance ayant entraîné cet effet dès son apparition, elle était illégale *ab initio* et doit être cassée » [traduction non officielle].

⁴⁴ Chambre de première instance du TPIR, *Prosecutor c. Ntuyahaga* (ICTR-98-40-T), *Declaration on a Point of Law*, 22 avril 1999, par. 1, 4 et 17. Le Greffe a délivré un document intitulé « Sauf-conduit » demandant aux États membres de l'ONU, aux organisations internationales et aux autres parties concernées d'accorder au défendeur la coopération nécessaire pour lui permettre de « se déplacer librement dans n'importe quel pays ou y transiter, sans entrave aucune, en route pour sa destination finale » [traduction non officielle]. La Défense a tenté d'obtenir une version originale de cette décision, mais actuellement elle n'est pas disponible au public car le TPIR (Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux) est en train d'évaluer le statut légal à lui conférer.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 17.

prescriptions du Statut et du Règlement de procédure et de preuve⁴⁶. Le Président de la Chambre de première instance avait informé les parties que l'un des juges était indisposé et ne pourrait probablement pas assister aux débats pendant le restant de la semaine⁴⁷. Il a ensuite prononcé une décision orale selon laquelle l'article 71 du Règlement de procédure et de preuve était applicable en l'espèce ; les dépositions de témoins à décharge ont ainsi été recueillies par les deux juges présents, agissant en qualité d'officiers instrumentaires⁴⁸. Le lendemain, la Chambre de première instance a confirmé par écrit cette décision orale⁴⁹. La Chambre d'appel a jugé que « [l]a condition énoncée par l'article 71, à savoir que l'ordre de procéder par voie de déposition en vue du procès ne peut être donné que par une Chambre de première instance, n'a[vait] donc pas été respectée », l'article 12 du Statut du TPIY stipulant qu'une Chambre de première instance est composée de *trois* juges⁵⁰. La Chambre d'appel a considéré que la confirmation écrite de la décision orale « ne permettait pas, *ipso facto*, de remédier à cette illégalité »⁵¹.

26. En résumé, une interprétation correcte de la règle 67 2) du Règlement intérieur doit prendre en considération sa place dans le cadre juridique des CETC (y compris dans le contexte de la procédure d'annulation exposée à la règle 76) ainsi que les grands principes sous-jacents et les objectifs correspondant à l'annulation d'actes judiciaires au cours de la phase préalable au procès. De cette interprétation correcte, il ressort que la conclusion unanime dégagée par la Chambre préliminaire dans le dossier n° 004/02 rend les deux ordonnances de clôture contradictoires nulles et de nul effet. Cette interprétation est étayée en outre par les normes cambodgiennes et françaises de procédure pénale et par le concept de « nullité » que l'on retrouve dans d'autres juridictions nationales et

⁴⁶ Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts* (IT-95-16-AR73.3), Décision relative à l'appel interjeté par Dragan Papić contre la décision de procéder par voie de déposition, 15 juillet 1999, par. 14.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 4.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 6 et 7.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 7.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 14.

⁵¹ *Ibid.*, par. 14 : « Là où le Statut et le Règlement prescrivent qu'une question soit tranchée par une Chambre de première instance, deux juges siégeants ne peuvent le faire en son nom, sauf lorsque le Président en a préalablement donné l'autorisation à la Chambre de première instance. Cependant, cette autorisation ne peut être accordée qu'en vue de traiter des affaires courantes, comme le prévoit l'article 15 E) du Règlement. En l'espèce, le Président n'a nullement accordé cette autorisation et, en tout état de cause, prendre la décision de recueillir des témoignages par voie de déposition en vue du procès quand les témoins doivent être interrogés sur des faits se rapportant directement aux accusations spécifiquement retenues contre un accusé et ayant, de ce fait, une incidence directe sur la détermination de sa culpabilité ou de son innocence n'est pas, de l'avis de la Chambre d'appel, une 'affaire courante' au sens de l'article 15 E) du Règlement ».

internationales. La conclusion unanime de la Chambre préliminaire était en fait, sans se désigner comme tel, un constat de vice de procédure⁵² dont l'effet est l'« annulation » ou la « cancellation » des actes judiciaires concernés, comme indiqué à la règle 76 5) du

⁵² La règle 76 5) du Règlement intérieur dispose que les actes d'instruction entachés d'un vice de procédure sont « annulés » et que les actes ou pièces annulés « sont retirés du dossier et archivés au Greffe de la Chambre préliminaire. Après annulation ou cancellation, la Chambre préliminaire renvoie le dossier aux co-juges d'instruction ». Il faut le répéter : même les co-juges d'instruction comprenaient que la délivrance d'ordonnances de clôture distinctes et contradictoires était illégale, et ils étaient pleinement conscients que la Chambre préliminaire se prononcerait dans ce sens en appel. Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 123 : La Chambre préliminaire a relevé la « déclaration explicite des deux juges précisant qu'ils convenaient de l'illégalité du dépôt de deux ordonnances de clôture séparées et contradictoires ». La Chambre préliminaire a considéré à l'unanimité comme suit : « [L]a mauvaise pratique suivie par les co-juges d'instruction a mis en péril l'ensemble du système juridique mis en place par le Gouvernement royal du Cambodge et l'Organisation des Nations Unies. Il est stupéfiant d'observer que les juges avaient parfaitement 'conscience du problème' que poserait la délivrance de deux ordonnances de clôture séparées, en particulier en appel [...] ».

Règlement intérieur⁵³. Les ordonnances de clôture entachées d'un vice de procédure doivent être retirées du dossier et aucun effet juridique ne saurait leur être reconnu⁵⁴.

III. LES APPELS PORTANT SUR LE BIEN-FONDÉ DES ORDONNANCES DE CLÔTURE CONTRADICTOIRES SONT DESORMAIS ÉTRANGERS À LA PROCÉDURE EN COURS

27. Les ordonnances de clôture contradictoires étant nulles, non avenues et de nul effet, tout moyen d'appel soulevé à leur encontre quant au fond est désormais étranger à la procédure en cours.

⁵³ Comme la Chambre préliminaire l'a unanimement constaté, il n'a jamais existé « aucun dossier pénal dans toute l'histoire des systèmes judiciaires nationaux et internationaux [...] qui se soit soldé par la délivrance simultanée de deux décisions contraires émanant d'un seul et même organe judiciaire ». Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 124. Il s'ensuit nécessairement que ni la procédure pénale cambodgienne ni les règles de procédure établies au niveau international ne traitent des effets procéduraux qu'entraîne la délivrance illégale d'ordonnances de clôture contradictoires. Les règles 2 et 21 du Règlement intérieur offrent toutefois des indications : les normes de procédure pénale applicables doivent être interprétées de manière à toujours protéger les intérêts de la personne mise en examen. Voir Accord relatif aux CETC, article 12 1) ; Loi relative aux CETC, article 33 (nouveau) ; règles 2 et 21 du Règlement intérieur. L'unique manière de protéger les intérêts de M. YIM Tith est de combler les lacunes du Règlement intérieur en appliquant par analogie les dispositions existantes. « Si l'existence de lacunes est admise, la tâche du tribunal est de les combler en appliquant les dispositions légales régissant un problème ou un cas fondamentalement similaire [...]. Une loi est parfois réputée couvrir un sujet donné de manière exhaustive, jusqu'au moment où se pose une situation inédite. Dans ce cas, le tribunal peut appliquer à cette situation un traitement analogue à celui que prévoit la même loi pour les situations couvertes » [traduction non officielle]. Koszowski M., *Analogical Reasoning in Statutory Law* (2017), dans *Journal Forensic Research* (8) 1, p. 2 citant Wróblewski J., *Statutory Interpretation in Poland*, dans *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1991, pp. 257 à 309 et Summers, R., *Statutory Interpretation in the United States*, dans *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 1991, pp. 407 à 459. Voir également Koszowski M., *The Scope of Application of Analogical Reasoning in Statutory Law* (2017), dans *American International Journal of Contemporary Research* (7) 16, pp. 17 et 19 : « Un vide juridique existe lorsqu'il n'existe aucune règle de droit susceptible de s'appliquer au cas de l'espèce, alors qu'il serait socialement souhaitable qu'une telle règle existe et que le cas de figure en question soit couvert [...]. Le raisonnement analogique utilisé pour combler ce vide a pour principe de trouver une règle de droit couvrant des situations similaires à celle du cas de l'espèce ; il s'agit ensuite d'appliquer cette règle au cas de l'espèce, bien que celui-ci ne soit pas visé par elle [...]. Comblé un vide *extra legem* par analogie se justifie également par une volonté de cohérence et d'exhaustivité, dans la pratique comme dans la théorie juridique » [traduction non officielle] (citations internes omises). Voir également A. Peczenik, *Analogia Legis. Analogy from Statutes in Continental Law*, éditeur Hubien, H., *Legal Reasoning. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy* 329, Bruxelles, 1971, p. 332 citant le Code français de procédure pénale, article 4 : « L'analogie est un argument *rhétorique* [...] lié au principe de justice suivant : des objets fondamentalement similaires devraient être traités de manière similaire ». Les arguments rhétoriques sont indispensables dans la réflexion juridique, entre autres, dès lors que le juge est en devoir de trancher une affaire même si la loi n'est pas claire (par exemple Code Napoléon, § 4, interdiction du *denegatio justitae*). Imre Zajtay décrit comme suit le raisonnement légal par analogie : « Le premier type de raisonnement par analogie prend comme point de départ une règle édictée par une loi écrite. Le processus consiste premièrement à dégager l'essence même de la règle en question, en débarrassant cette dernière de tout élément secondaire. La règle ainsi réduite à ses composantes essentielles est ensuite appliquée à un cas qui, précisément, ne diffère de l'hypothèse prévue dans la loi qu'au regard des éléments secondaires de celle-ci » [traduction non officielle]. Zajtay, I., *Reasoning by analogy as a method of law interpretation* (1980), dans *The Comparative and International Journal of Southern Africa* (13) 324, p. 326.

⁵⁴ Voir Décision relative à la requête de Yim Tith aux fins d'annulation des documents d'enquête établis par Paolo Stocchi, 25 août 2017, D351/1/4, par. 36 et p. 17.

28. Les six moyens soulevés dans l'Appel du co-procureur international concernent tous le fond⁵⁵. Ainsi est-il avancé que le co-juge d'instruction cambodgien aurait « commis plusieurs erreurs de droit et de fait » au moment de se prononcer sur la compétence personnelle des CETC en l'espèce, dont les suivantes :

i) avoir conclu *a priori* que, sur le plan du droit, la catégorie des « principaux responsables » ne pouvait renvoyer qu'à Duch ; ii) avoir refusé de procéder à toute qualification juridique des crimes et modes de participation au regard des faits dont les co-juges d'instruction avaient été saisis dans le réquisitoire introductif et les réquisitoires supplétifs, et avoir ainsi failli à l'obligation de rendre une décision motivée; iii) avoir analysé et pris en considération le facteur de contrainte et les ordres de supérieurs hiérarchiques ; iv) avoir accordé un poids excessif à la « participation directe » tout en méconnaissant d'autres modes de participation plus pertinents ; v) avoir tiré des conclusions dénuées de tout fondement factuel et/ou manifestement contredites par les éléments du dossier ; vi) avoir accordé du poids à des facteurs revêtant une pertinence marginale⁵⁶.

29. Sur la légalité de la délivrance de deux ordonnances de clôture, le co-procureur international est resté muet⁵⁷. S'il a bien présenté des observations sur les *conséquences* d'une telle situation, il a éludé la question première : le caractère légal ou non de l'action en question⁵⁸. L'Appel du co-procureur international repose sur la présomption erronée que les co-juges d'instruction étaient fondés à rendre des ordonnances de clôture distinctes. Le co-procureur international a présumé que le point de procédure majeur que la Chambre préliminaire aurait à trancher serait de déterminer la suite à donner au dossier étant donné les divergences de vues entre juges nationaux et internationaux et l'absence d'une majorité qualifiée telle que requise aux termes de l'article 7 4) de l'Accord relatif aux CETC⁵⁹. Le co-procureur international a donné son avis sur « la marche à suivre au cas où la Chambre préliminaire ne serait pas à même de résoudre le désaccord opposant les deux co-juges d'instruction⁶⁰ », sans envisager le cas de figure d'une unanimité au sein de la Chambre.

⁵⁵ Appel du co-procureur international, par. 20 à 163.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 164 à 175.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 174.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 174.

30. Aucun autre argument juridique ne doit plus être opposé à l'Appel du co-procureur international⁶¹, lequel est sans objet au sens de « dénué de tout effet pratique » [traduction non officielle]⁶². Les juges des CETC ont déjà pris acte de certaines situations dans lesquelles une décision ou des écritures étaient devenues sans objet dès lors qu'il n'existait plus aucune question pratique à trancher⁶³. Dans sa *Décision relative à l'appel du co-procureur international contre la décision sur la demande d'actes d'instruction concernant les violences sexuelles commises à la prison n° 8 et dans le district de Bakan*, la Chambre préliminaire a ainsi jugé sans objet une demande d'acte d'instruction

⁶¹ Pour les mêmes raisons, les arguments de fond soulevés en appel par les co-avocats des parties civiles contre l'Ordonnance de non-lieu perdent toute pertinence au regard de la procédure en cours. L'absence de réponse de la part de la Défense ne saurait être interprétée comme une acceptation tacite desdits arguments.

⁶² Définition du terme anglais « moot », Garner, B., [Ed.] *Black's Law Dictionary*, 9^{ème} édition, p. 1099.

⁶³ Voir *Décision relative à l'appel du co-procureur international contre la décision sur la demande d'actes d'instruction concernant les violences sexuelles commises à la prison n° 8 et dans le district de Bakan*, 13 février 2018, D365/3/1/5, par. 30 to 32. Voir également *Notice from the International Co-Investigating Judge to the Parties Regarding Re-Issue of Decisions Taken by Judge Harmon on or After 31 July 2015*, 8 septembre 2015, D262, par. 2 à 4. Le co-juge d'instruction international Bohlander a considéré que les décisions rendues par le co-juge d'instruction international Harmon après la fin de son mandat étaient dénuées d'effet juridique dès lors que ce juge les avait rendues une fois dessaisi des dossiers (principe du *functus officio*). Le co-juge d'instruction international Bohlander a informé les parties que « toute décision attaquée en appel deviendra[it] sans objet » [traduction non officielle] une fois qu'il en aurait prononcé une nouvelle version. Dossier n° 003, *Décision relative à l'appel interjeté par MEAS Muth contre la décision du co-juge d'instruction international, Mark Harmon, portant notification des chefs d'inculpation retenus à son encontre*, 3 février 2016, D128.1/1/11, par. 6 à 8. Le co-juge d'instruction international Bohlander a annulé certains des chefs d'inculpation énoncés dans la décision de mise en examen *in absentia* rendue par le co-juge d'instruction international Harmon, et il a informé MEAS Muth que « l'énoncé de ces chefs [...] était dès lors sans objet ». Quand MEAS Muth s'est à nouveau pourvu en appel pour contester les chefs d'inculpation retenus par le juge Bohlander, la Chambre préliminaire a considéré que son appel contre ceux retenus par le juge Harmon était « sans objet » et devait « être rejeté comme tel sans qu'il faille statuer quant au fond » [traduction non officielle]. *Further Decision on the Urgent Request on Remote Working*, 29 août 2016, D321/4, par. 2 et 5 à 7 : le co-juge d'instruction international a déclaré sans objet cette demande urgente de AO An compte tenu de la proposition de nouveaux termes de référence pour les consultants juridiques telle que présentée par la Section d'appui à la défense. Dossier n° 004/01, *Order on IM Chaem's Urgent Application to Seize the Pre-Trial Chamber with a Request for Annulment of Her and Her Co-Lawyers' Summonses*, 18 août 2014, D207/1, par. 35 et 38 : le co-juge d'instruction international a déclaré sans objet cette demande de IM Chaem visant à faire suspendre l'ordre de comparution adressé à ses avocats et à elle-même, compte tenu de son manquement à se présenter à la comparution initiale programmée, de l'annonce par la Défense qu'elle ne comparaitrait pas volontairement devant les CETC, et du rejet par la Chambre préliminaire de sa demande de suspension. Dossier n° 004/02, *Decision on AO An's Request for Clarification*, 5 septembre 2017, D369, par. 11, 20, 38 et 39 : le co-juge d'instruction international a déclaré sans objet les demandes de AO An tendant à recevoir des éclaircissements sur le dépôt éventuel de conclusions finales distinctes par les co-procureurs et sur les incidences que le désaccord entre ces derniers pourrait entraîner pour le calendrier de dépôt des conclusions finales, étant donné que les deux co-procureurs avaient déjà déposé ces écritures. En outre, les tribunaux pénaux internationaux ont déclaré sans objet des observations et des décisions lorsqu'il n'existait plus aucun différend à trancher. Chambre d'appel du Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux, *Le Procureur c. Karadžić* (MICT-13-55-A), *Order on Motion to Disqualify Judge Theodor Meron*, 2 octobre 2018, p. 2 : le juge Meron a décidé de se déporter de la procédure d'appel dans l'affaire *Karadžić*, rendant sans objet la requête de la Défense tendant à le récuser. Chambre de première instance du Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux, *Le Procureur c. Nikolić* (MICT-14-65-ES), *Public Redacted Version of the 27 January 2017 Decision on Ratko Mladić's Requests for Leave to Reply and Reconsideration or, Alternatively, Certification or Disqualification*, 6 juin 2018, par. 28, note 52 (« Ayant fait partiellement droit à la demande de réexamen déposée par Mladić, je rejette par la présente, au motif qu'elles sont sans objet, les demandes présentées par l'intéressé à titre subsidiaire [...] » [traduction non officielle]).

déposée par le co-procureur international, au motif qu'aucune ordonnance de soit-communicé n'avait été délivrée et qu'il serait donc spéculatif de se demander si les co-juges d'instruction avaient « fait une interprétation différente de la règle 66 4) du Règlement intérieur »⁶⁴.

31. La résolution de tout appel sans objet étant dénuée d'effet pratique, l'Appel du co-procureur international doit être rejeté sans être examiné plus avant⁶⁵.

CONCLUSION

32. Plus de treize après l'ouverture de la procédure préliminaire, le dossier de M. YIM Tith se trouve aujourd'hui dans une situation kafkaïenne : les appels des parties doivent être examinés par une Chambre qui considère à l'unanimité que les ordonnances attaquées sont dénuées de tout fondement juridique au regard des normes de procédure applicables. De même que, comme relevé par la Chambre préliminaire, il n'existe « aucun dossier pénal dans toute l'histoire des systèmes judiciaires nationaux et internationaux [...] qui se soit soldé par la délivrance simultanée de deux décisions contraires émanant d'un seul et même organe judiciaire »⁶⁶, jamais un procès pénal ne s'est ouvert sur le fondement d'un acte d'accusation illégal, nul et de nul effet.
33. La Chambre préliminaire ayant déjà jugé illégale la délivrance de deux ordonnances de clôture distinctes, le sort de l'Appel de la Défense contre la délivrance de deux ordonnances de clôture est acquis d'avance. Au stade actuel, l'unique solution *légitime* qui s'offre à la Chambre préliminaire est de prononcer l'une des mesures sollicitées dans l'appel en question, à savoir : rejeter les ordonnances défectueuses à titre définitif⁶⁷ ; rejeter les ordonnances défectueuses et renvoyer le dossier devant les co-juges d'instruction⁶⁸ ; rejeter les ordonnances défectueuses, évaluer le dossier n° 004 elle-

⁶⁴ Décision relative à l'appel du co-procureur international contre la décision sur la demande d'actes d'instruction concernant les violences sexuelles commises à la prison n° 8 et dans le district de Bakan, 13 février 2018, D365/3/1/5, par. 30 à 32.

⁶⁵ Dans le dossier n° 004/02, la Chambre préliminaire s'est dite incapable de réunir la majorité qualifiée prévue à l'article 7 4) de l'Accord relatif aux CETC uniquement en ce qui concerne « la majorité d'au moins quatre votes positifs requise pour statuer, par des motifs communs, sur le fond des Appels ». Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 169.

⁶⁶ Dossier n° 004/02, Considérations de la Chambre préliminaire, par. 124.

⁶⁷ Constitution du Royaume du Cambodge, article 38 ; Loi relative aux CETC, article 35 (nouveau) ; règle 21 1) d) du Règlement intérieur ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14 2).

⁶⁸ Règle 76 5) du Règlement intérieur ; Constitution du Royaume du Cambodge, articles 31 et 38 ; Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge, article 351 ; Loi relative aux CETC, article 35 (nouveau) ; règle

même et rendre sa propre décision de clôture⁶⁹. Agir autrement et laisser la procédure se poursuivre sur le fondement d'un acte d'accusation délivré de manière illégale porterait irrémédiablement atteinte aux droits fondamentaux reconnus à M. YIM Tith dans le cadre d'un procès équitable. Afin de remédier aux actes de procédure que les co-juges d'instruction ont effectués en outrepassant leurs pouvoirs, il appartient à la Chambre préliminaire d'ordonner l'une des mesures précitées.

34. La Défense rappelle que la responsabilité globale de la Chambre préliminaire consiste à garantir l'équité de la procédure durant la phase préalable au procès, l'aspect fondamental étant ici son obligation intrinsèque de veiller à ce que les procédures engagées devant les CETC respectent la légalité et soient exemptes de tout arbitraire⁷⁰. La règle 76 7) du Règlement intérieur disposant qu'aucune nullité de la procédure antérieure ne peut plus être invoquée devant la Chambre de première instance ou la Chambre de la Cour suprême, la Chambre préliminaire est le dernier organe à pouvoir remédier aux actes de procédure illégaux imputables aux co-juges d'instruction. C'est à elle qu'il incombe à présent d'ordonner des mesures définitives conformément à la conclusion unanime qu'elle a dégagée dans le passé.

21 1) d) du Règlement intérieur ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14 2). Voir également Dossier n° 004/01, Considérations relatives à l'appel interjeté par le co-procureur international contre l'Ordonnance de clôture (Motifs), 28 juin 2018, D308/3/1/20, par. 22.

⁶⁹ Règle 79 1) du Règlement intérieur ; Constitution du Royaume du Cambodge, article 38 ; Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge, article 351 ; Loi relative aux CETC, article 35 (nouveau) ; règle 21 1) d) du Règlement intérieur ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14 2). Voir également Dossier n° 004/01, Considérations relatives à l'appel interjeté par le co-procureur international contre l'Ordonnance de clôture (Motifs), 28 juin 2018, D308/3/1/20, par. 22. Dossier n° 001, Décision relative à l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'Ordonnance de renvoi rendue dans le dossier *Kaing Guek Eav alias « DUCH »*, 5 décembre 2008, D99/3/42, par. 40. Voir également Dossier n° 004/01, Considérations relatives à l'appel interjeté par le co-procureur international contre l'Ordonnance de clôture (Motifs), 28 juin 2018, D308/3/1/20, par. 22. La Chambre préliminaire « rempli[t] le rôle attribué à la Chambre d'instruction dans le système de droit cambodgien », et, quand elle est saisie d'appels interjetés contre des ordonnances de clôture, « on peut déduire des dispositions de la règle 79 1) que la Chambre préliminaire a le pouvoir de rendre soit une nouvelle ordonnance de renvoi soit une ordonnance de renvoi révisée, qui servira de base au procès ».

⁷⁰ Dossier n° 004/02, *Decision on Ao An's Urgent Request for Redaction and Interim Measures*, 5 septembre 2018, D360/3, par. 6 : la Chambre préliminaire a jugé « approprié d'exercer sa compétence intrinsèque en tant qu'instance d'appel au cours de la phase préliminaire et en l'absence de toute disposition spécifique [...] dans l'intérêt de la justice ».

MESURES SOLLICITÉES

EN CONSÉQUENCE DE QUOI, pour toutes les raisons qui précèdent, la Défense demande en toute déférence à la Chambre préliminaire de prendre les mesures suivantes, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et au nom de l'intérêt de la justice :

- 1) **Rejeter** l'Appel du co-procureur international ; et
- 2) **Rejeter** les ordonnances de clôture défectueuses à titre définitif et rendre un non-lieu dans le dossier ouvert contre M. YIM Tith ; *ou*
- 3) **Rejeter** les ordonnances de clôture défectueuses et renvoyer le dossier devant les co-juges d'instruction en leur enjoignant de rendre une ordonnance de clôture conjointe conformément au droit applicable, et en disant que tout désaccord persistant devra être tranché en faveur de M. YIM Tith ; *ou*
- 4) **Rejeter** les ordonnances de clôture défectueuses, évaluer le dossier n° 004 elle-même, et rendre ensuite sa propre décision de clôture en prononçant soit le renvoi de M. YIM Tith en jugement, soit le non-lieu.

M^e SO Mosseny

M^e Suzana TOMANOVIĆ

Co-avocats de M. YIM Tith

Signé à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 20 février 2020.