

**CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS
DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT :

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC
Partie déposante : l'équipe de Défense de Nuon Chea
Déposé devant : la Chambre de première instance
Langue : français, original en anglais
Date du document : 25 février 2011



DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT :

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC
Classement retenu par la Chambre de première instance : public
Statut du classement retenu :
Révision du classement provisoire :
Nom du fonctionnaire chargé du dossier :
Signature :

EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES, VERSION CONSOLIDÉE

Déposé par :

L'équipe de défense de Nuon Chea
M^c SON Arun
M^c Michiel PESTMAN
M^c Victor KOPPE
Andrew IANUZZI
Jasper PAUW
PRUM Phalla
Göran SLUITER
Annebrecht VOSENBERG

Destinataires :

Les co-procureurs
M^{me} CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Toutes les équipes de Défense

I. INTRODUCTION

1. Agissant en application de la règle 89 du Règlement intérieur des CETC (le « Règlement ») et en conformité avec les différents mémorandums adressés par la Chambre de première instance (ou la « Chambre ») aux parties¹, les conseils de l'Accusé Nuon Chea (la « Défense ») soulèvent trois exceptions préliminaires, dans la cadre de la présente version consolidée².
2. Avant le 15 février 2011, la Défense avait déposé trois exceptions préliminaires distinctes, correspondant chacune à l'un des points de la règle 89 1) du Règlement : i) une exception préliminaire concernant la compétence de la Chambre³, déposée en application de la règle 89 1) a) ; ii) une exception préliminaire concernant l'extinction de l'action publique⁴, déposée en application de la règle 89 1) b), et iii) une exception préliminaire concernant la légalité du Règlement intérieur⁵, déposée en application de la règle 89 1) c). Comme cela lui avait été demandé, la Défense les a fondues en un seul document, qu'elle soumet à la Chambre avant l'audience initiale.
3. Pour les raisons exposées dans le présent document, la Défense fait valoir que chacune des exceptions qu'elle soulève est recevable. Sur le fond, elle avance les arguments suivants : i) tant la prolongation des délais de prescription prévus pour les crimes visés par le Code pénal de 1956 que la mise en accusation de Nuon Chea des chefs de génocide, de crimes contre l'humanité et de violations graves des Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après les « crimes de guerre ») – sur

¹ Voir, par exemple, le document n° **E51**, Mémorandum interne adressé par Susan Lamb à toutes les parties au dossier n° 002 concernant les modifications aux procédures applicables en cas de dépôt d'exceptions préliminaires et la clarification des délais prévus pour les réponses, 14 février 2011 .

² NB : Nuon Chea a été formellement mis en accusation par le Bureau des co-juges d'instruction (les « co-juges d'instruction ») le 16 septembre 2010. Quatre mois plus tard, l'Ordonnance de clôture a été confirmée en appel par la Chambre préliminaire et la décision de renvoi est devenue définitive. La Chambre de première instance a été officiellement saisie du dossier le 14 janvier 2011. Voir le document n° **E9**, Ordonnance aux fins du dépôt de pièces dans le cadre de la préparation du procès, 17 janvier 2011 (l'« Ordonnance relative à la préparation du procès »).

³ *Preliminary Objection Concerning the Jurisdiction of the Trial Chamber*, 8 février 2011, Doc. n° **E36** (l'« Exception relative à la compétence »).

⁴ *Preliminary Objection concerning an Issue Requiring the Termination of Prosecution – Lack of a Fair Investigation* (l'« Exception relative au procès équitable »). NB : ce document, déposé en anglais le 14 février 2011, n'a ni été versé au dossier ni reçu de numéro officiel.

⁵ Exception préliminaire concernant la légalité du Règlement intérieur et l'effet de l'ordonnance rendue par la Chambre de première instance le 17 janvier 2011, 11 février 2011, Doc. Doc. n° **E42** (l'« Exception relative au Règlement »).

la base de l'un des divers modes de participation reconnus dans la décision de renvoi⁶ – constitueraient une violation du principe de légalité prévalant au Cambodge, qui commande une interprétation stricte de la loi ; ii) l'instruction du dossier n° 002 – fondamentalement viciée et manifestement inéquitable – a entraîné des erreurs objectives, dont chacune, et à fortiori l'ensemble, a causé une atteinte irréparable aux droits reconnus à Nuon Chea par la loi cambodgienne et par les règles applicables du droit international ; iii) étant donné que l'adoption de la première version du Règlement et de ses versions successivement modifiées par les différentes assemblées « plénières » des juges des CETC est inconstitutionnelle et constitue un abus de pouvoir, le droit de M Nuon Chea à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans le respect du principe de la sécurité juridique ne peut être que violé si certaines des dispositions réglementaires continuent d'être appliquées – notamment celles qui régissent le procès et les procédures d'appel⁷ – et si l'Ordonnance relative à la préparation du procès rendue par la Chambre est mise en œuvre⁸.

II. FAITS PERTINENTS

A. Un système de justice intrinsèquement vicié

4. Depuis le début de la procédure intentée contre Nuon Chea, la Défense et de nombreux observateurs indépendants ont émis de sérieuses réserves quant à la capacité et/ou la volonté du pouvoir judiciaire cambodgien d'agir indépendamment de l'organe exécutif du Gouvernement royal du Cambodge (ou le « Gouvernement »)⁹. Leurs inquiétudes sont fondées sur la tradition de servilité du pouvoir judiciaire dans le Royaume¹⁰, ainsi que sur l'hostilité constante ouvertement manifestée par les hauts fonctionnaires du Gouvernement vis-à-vis des activités des CETC¹¹. Les prédictions initiales selon lesquelles, dans des affaires

⁶ Ordonnance de clôture des co-juges d'instruction, 16 septembre 2010, Doc. n° **D427**, par. 1299. NB : l'Ordonnance de clôture est devenue définitive le 13 janvier 2011. Voir le document n° **D427/2/12**, Décision relative aux appels interjetés par Ieng Thirith et Nuon Chea contre l'Ordonnance de clôture, 13 janvier 2011.

⁷ La section [III] E du Règlement (règles 79 à 103) régit la « procédure devant la Chambre de première instance » et la section F (règles 104 à 114) porte sur l'« appel des jugements ».

⁸ Ordonnance relative à la préparation du procès, par. 1 à 4.

⁹ Voir *Urgent Application for Disqualification of Judge Ney Thol*, 29 janvier 2008, Doc. n° **C11/21**, par. 28 à 48.

¹⁰ Voir, par exemple, *Statement of Lao Mong Hay, Institutions for the Rule of Law and Human Rights in Cambodia*, 21 mars 2006, p. 8.

¹¹ Voir *infra*, par. 6 à 12.

aussi « politiquement marquées » que le présent dossier, la procédure ne pourrait déboucher, au mieux, que sur un jugement « à peu près » équitable, n'ont guère été infirmées avec le temps¹². En vérité, une recrudescence d'affaires fortement politisées¹³ montre que le système judiciaire cambodgien demeure (même si cela peut être à contrecœur) un fidèle serviteur du programme politique du Gouvernement.

B. Ingérence politique dans les activités des CETC

1. La corruption aux CETC

5. Ayant des raisons de penser que les allégations de corruption aux CETC menaçaient de porter atteinte à leur légitimité et faisant valoir qu'un régime organisé de corruption institutionnelle était révélateur d'un problème plus vaste d'ingérence du Gouvernement, la Défense a cherché à mettre au jour toute immixtion éventuelle du pouvoir politique cambodgien en portant la question devant les juridictions nationales et les CETC¹⁴. À ce jour, force est de constater que cette question n'a pas

¹² Voir Steven Heder, *Open Society Justice Initiative, The Extraordinary Chambers, Players: The Senior Leaders and Those Most Responsible*, 18 avril 2006, p. 53 (« Le premier problème qui se pose est que ce tribunal ne réalisera probablement que des procès à peu près équitables, étant donné la possibilité bien réelle d'ingérence illégale des politiciens, notamment des membres du Gouvernement cambodgien [...]. Je dis "probablement" en raison de l'expérience que l'on a du système judiciaire cambodgien, qui est à tel point dépourvu d'impartialité et d'indépendance qu'un procès équitable dans des affaires politiquement chargées s'est avéré pratiquement impossible. Il n'y a eu au cours de la dernière décennie qu'un exemple où un tribunal saisi d'une affaire politiquement "sensible" a été autorisé à faire ce qu'il fallait — apprécier les éléments de preuve et rendre un jugement uniquement fondé sur ces éléments de preuve » [traduction non officielle]. Voir aussi le document de l'ONU n° A/57/769, Rapport du secrétaire général sur les procès des Khmers rouges, 31 mars 2003, par. 28 et 29 : « [É]tant donné les constatations de l'Assemblée générale dans sa résolution 57/225, selon lesquelles des problèmes continuent de se poser au niveau de l'état de droit et du fonctionnement de l'appareil judiciaire, notamment à cause des ingérences du pouvoir exécutif qui empiète sur l'indépendance de la magistrature, j'aurais de loin préféré que le projet d'accord prévoie une majorité de juges internationaux ». Ces sentiments ont trouvé un écho chez Louise Arbour, alors Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, au cours d'une conférence de presse tenue à Phnom Penh le 19 mai 2006. Selon elle, « le manque de formation professionnelle, des garanties d'indépendance insuffisantes et le manque d'intégrité, réel ou supposé, sont les problèmes essentiels qu'il convient de régler, tant par la législation que par un changement de culture » [traduction non officielle]. *Open Letter to the UN Secretary-General from the Asian Human Rights Commission, 'Cambodia: Khmer Rouge Trial – a request to advance judicial independence in Cambodia'*, 26 mai 2006.

¹³ Voir par exemple, Human Rights Watch, *'Cambodia: End Assault on Opposition, Critics'*, 14 juillet 2009, à l'adresse Internet suivante : <http://www.hrw.org/fr/news/2009/07/14/cambodia-end-assault-opposition-critics>

¹⁴ Voir Doc. n° **D158**, Onzième demande d'actes d'instruction, 27 mars 2009, par. 4 à 12 ; Doc. n° **D158/5/1/1**, *Appeal Against Order on Eleventh Request for Investigative Action*, 4 mai 2009, ERN (anglais) 00323238–00323255, par. 5 et 6. NB : Le 8 janvier 2008, trois membres de l'équipe de Défense de Nuon Chea ont porté plainte pour corruption aux CETC auprès du tribunal de Phnom Penh. Ils ont été déboutés en première instance et il y a presque trois ans que le Bureau du Procureur général de la Cour d'appel a été saisi de l'appel interjeté contre cette décision.

été résolue de façon crédible, et que les « nuages de corruption »¹⁵ continuent à projeter leur ombre menaçante sur les CETC¹⁶. Hormis l'imposition de quelques solutions de pure forme¹⁷, rien ne montre que le Gouvernement, l'Organisation des Nations Unies (l'« ONU »), les donateurs, ni en vérité les magistrats des CETC, aient jamais eu la volonté et/ou été capables de prendre les mesures nécessaires pour résoudre véritablement le problème. Quoi qu'il en soit, les efforts minimales déployés sont occultés par le fait que le régime [de corruption] généralisé mis en place et orchestré par Sean Visoth et ses adjoints il y a plus de quatre ans est probablement encore en place aujourd'hui¹⁸, remplissant des caisses au niveau gouvernemental de gains mal acquis et ayant une incidence potentielle sur l'intégrité de toutes les personnes impliquées. En bref, pour la Défense et pour plusieurs observateurs indépendants, les CETC demeurent une institution à la réputation entachée. À ce propos, on ne saurait suffisamment répéter que le système judiciaire cambodgien est considéré comme l'un des plus corrompus au monde¹⁹, et les CETC font après tout partie de ce système²⁰.

2. Ingérence du gouvernement dans le dossier n° 002

6. Les inquiétudes que nourrit la Défense de façon générale au sujet d'une ingérence du Gouvernement sont peu à peu passées du domaine de la spéculation à celui des faits concrets. Peut-être enhardi par l'approche timide adoptée par l'ONU sur la question de la corruption, le Gouvernement a montré que son attaque contre la justice aux CETC pouvait prendre des formes beaucoup plus directes et beaucoup plus tangibles :

- a) En juillet 2009, Kong Sam Ol, le Ministre du Gouvernement auprès du Palais royal s'est employé à faire échec aux tentatives des co-juges

¹⁵ Ian Andrews, *l'Osservatore Romano*, « Swiss Guard implicated in Vatican kick-back scandal », 19 juin 1974.

¹⁶ Voir Onzième demande d'actes d'instruction, par. 18 et 19.

¹⁷ Voir, par exemple, la création du Bureau du conseiller indépendant.

¹⁸ NB : d'après les informations reçues de plusieurs informateurs anonymes.

¹⁹ Voir, par exemple, Transparency International, *Global Corruption Report 2009*, tableau 13, p. 402 (où le Cambodge occupe la quinzième place dans la liste des pays les plus corrompus du monde), à l'adresse Internet suivante : <http://www.transparency.org>.

²⁰ Sebastian Strangio, *Corruption may undermine Khmer Rouge justice*, 23 février 2009 (à l'adresse Internet suivante : <http://www.eurekastreet.com.au/article.aspx?acid=11895>) (citant l'ancien représentant spécial de l'ONU sur la situation des droits de l'homme au Cambodge, Yash Ghai : « [L]a faiblesse et la corruption au sein du système juridique national ont contaminé les CETC, alors que ce sont les CETC qui devaient influencer le [...] [système] local » [traduction non officielle]).

d’instruction d’entendre le Roi-père Norodom Sihanouk, privant ainsi les parties de la possibilité d’entendre ce témoignage extrêmement important²¹. Qui plus est, le co-juge d’instruction cambodgien, le Juge You Bunleng, — lui-même haut fonctionnaire du Gouvernement — a refusé de signer les commissions rogatoires dans lesquelles les co-juges d’instruction demandaient à entendre l’ancien roi²².

b) En septembre 2009, le Premier ministre Hun Sen a publiquement fait savoir qu’il était opposé à ce que six hauts-fonctionnaires du Gouvernement (les « Six témoins de l’intérieur ») soient entendus comme témoins dans le cadre du dossier n° 002²³. Les propos publics tenus en octobre 2009 par le porte-parole du Gouvernement, Khieu Kanharith, reprenaient le point de vue du Premier ministre, et nombreuses sont les raisons qui mènent à penser que la position déclarée du Gouvernement a joué un rôle — direct ou indirect — dans le fait que les Six témoins de l’intérieur ne se sont pas présentés²⁴. Des sources judiciaires anonymes confirment ces soupçons²⁵.

7. Le 30 novembre 2009, la Défense a officiellement soulevé ces questions auprès des co-juges d’instruction qu’elle a instamment priés d’enquêter sur de probables entraves à l’administration de la justice dont se seraient rendus coupables des fonctionnaires du Gouvernement et de prendre les mesures appropriées prévues à la règle 35 du Règlement²⁶. Les co-juges d’instruction n’ont rien fait pour remédier à la situation²⁷. En appel, cette inaction a finalement été condamnée dans une prise

²¹ Voir Doc. n° **D254**, Demande d’enquête, 30 novembre 2009, (la « Demande de novembre 2009 »), par. 5.

²² Voir dossier n° 002/17-06-2010-ECCC-PTC(09) Document n° 1, *Application for the Disqualification of Judge You Bunleng*, 17 juin 2010, ERN (anglais) 00535168–00515181 (la « Demande de récusation du Juge You Bunleng », par. 5.

²³ Voir Demande de novembre 2009, par. 6.

²⁴ Ibid., par. 7.

²⁵ Ibid., par. 4 ; voir aussi Doc. n° **D314/2/9**, *Further Submissions in the Appeal against the OCIJ Order on Nuon Chea and Ieng Sary’s Request to Summon Witnesses*, 22 juin 2010, ERN (anglais) 0539820–0539827, par. 13 à 16.

²⁶ Voir Demande de novembre 2009 ; voir aussi Doc. n° **D254/2**, Addendum à la première demande d’actes d’instruction, 7 décembre 2010.

²⁷ Voir Doc. n° **D314**, Ordonnance sur les demandes de convocation de témoins déposées par Nuon Chea & Ieng Sary, 13 janvier 2010. Le 8 juin 2010, la Chambre préliminaire a dit que, en rejetant la demande, les co-juges d’instruction avaient commis une erreur de droit due à une interprétation erronée de la règle 35 du Règlement. Voir Doc. n° **D314/2/7**, *Decision on Nuon Chea’s and Ieng Sary’s Appeal against OCIJ Order on Requests to Summon Witnesses*, 8 juin 2010, ERN (anglais) 00527392–00527420. Le 11 juin 2010, les co-juges d’instruction ont rendu une nouvelle ordonnance (Doc. n° **D314/3**, Ordonnance en réponse à la décision de la Chambre d’appel sur les demandes de convocation de témoins déposées par Nuon Chea et Ieng Sary,

de position distincte (l'« Opinion dissidente ») des juges internationaux de la Chambre préliminaire²⁸. Comme on pouvait le prévoir, leurs homologues cambodgiens ont suivi la ligne politique du Gouvernement²⁹. Étant donné les règles de vote aux CETC, leur point de vue a prévalu et les juges internationaux — qui auraient ordonné une enquête sur ces « graves » allégations³⁰ en application de la règle 35 du Règlement — se sont effectivement vu imposer un veto.

8. Toujours est-il que l'Opinion dissidente constitue une critique sévère de la tentative « peu satisfaisante » des co-juges d'instruction de se décharger de leur responsabilité sur la Chambre préliminaire³¹ :

« Après avoir examiné [les documents soumis par la Défense], nous sommes d'avis qu'*aucun juge des faits raisonnable n'aurait pu manquer de constater que les faits susmentionnés et l'ordre dans lequel ils se sont produits constituent une raison de croire qu'un ou plusieurs membres du Gouvernement royal du Cambodge ont pu consciemment et délibérément influencer des témoins susceptibles d'être entendus par les co-juges d'instruction*. Cette conclusion se justifie, que les témoins en question aient pu ou non avoir des raisons de ne pas venir témoigner. Ce qui est le plus important, ce sont les propos tenus par Khieu Kanharith et publiés dans le *Phnom Penh Post*, à savoir 'que [la] position du Gouvernement était que les six hauts-fonctionnaires ne devraient pas témoigner'. Le contexte dans lequel il a fait cette déclaration a grandement contribué à faire penser qu'il peut s'agir d'une ingérence ou du reflet de nouveaux efforts visant à empêcher les six hauts fonctionnaires de témoigner. Ces propos de Khieu Kanharith suffisent à nous convaincre qu'il existe des raisons de croire que l'intéressé ou les personnes au nom desquelles il s'exprime ont pu consciemment et délibérément tenter de menacer ou d'intimider les six hauts fonctionnaires ou d'influencer d'une manière ou d'une autre leur décision concernant l'invitation à être entendus par le co-juge d'instruction international³² » [traduction non officielle].

Les juges internationaux de la Chambre préliminaire sont même allés jusqu'à suggérer que les co-juges d'instruction, bien qu'étant « l'organe naturel

11 juin 2011, à laquelle la Défense a répondu en déposant des écritures supplémentaires le 22 juin 2010. Voir note 25 *supra*.

²⁸ Voir Doc. n° **D314/1/12**, *Second Decision on Nuon Chea's and Ieng Sary's Appeal Against OCIJ Order on Requests to Summons Witnesses*, 9 septembre 2010, ERN (anglais) 00600748-00600774 (la « Décision de la Chambre préliminaire relative aux témoins »), en particulier l'opinion des Juges Catherine Marchi-Uhel et Rowan Downing (l'« Opinion dissidente »).

²⁹ Voir *Ibid.*, en particulier l'opinion des Juges Prak Kimsan, Ney Thol, et Huot Vuthy.

³⁰ Opinion dissidente, par. 5. (« Vu les nombreux refus d'agir des co-juges d'instruction, nous sommes d'avis que, étant donné le caractère grave des allégations d'ingérence, la Chambre préliminaire doit intervenir » [traduction non officielle]).

³¹ Opinion dissidente, par. 4; voir aussi *ibid.*, par. 11 (« Une fois qu'un juge est convaincu que les informations dont il dispose donnent une raison de croire qu'il peut y avoir eu une entrave telle que définie dans le Règlement intérieur, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans la fonction judiciaire se trouve réduit » [traduction non officielle]).

³² Opinion dissidente, par. 6 (non souligné dans l'original).

de l'instruction aux CETC »³³ ne seraient pas professionnellement bien placés pour « mener une enquête sur ces allégations d'ingérence »³⁴ [traduction non officielle].

9. Finalement, ni le Roi-père ni les Six témoins de l'intérieur n'ont apporté leur témoignage aux co-juges d'instruction.

3. Ingérence du Gouvernement dans les dossiers 003 et 004

10. Depuis plus de dix ans, Hun Sen répète qu'« il ne devrait pas y avoir plus de cinq suspects poursuivis par les [CETC] », en mettant en garde à plusieurs reprises contre « le risque de rupture de la paix négociée dans les années 90 et de déclenchement d'une nouvelle guerre civile »³⁵ [traduction non officielle]. Cette ligne politique déclarée a été constamment et ouvertement reprise à leur compte par les hauts fonctionnaires du Gouvernement ainsi que par « les magistrats cambodgiens des CETC »³⁶ [traduction non officielle]. Il est à noter à ce propos que M^{me} Chea Lang, le co-procureur cambodgien, s'est, — avec les juges cambodgiens de la Chambre préliminaire —, opposée à une enquête sur d'autres suspects proposés par les procureurs de l'ONU pour des motifs étrangement semblables à ceux qui ont été constamment avancés haut et fort par le Gouvernement³⁷.
11. En juin 2010, le co-juge d'instruction cambodgien You Bunleng a montré son allégeance professionnelle à la cause du Gouvernement : après avoir signé des commissions rogatoires qui auraient effectivement déclenché certaines enquêtes sur les faits incriminés, le Juge You Bunleng a « rayé sa signature » et les a retournées à son homologue international, le Juge Lemonde³⁸. À titre d'explication, il a uniquement offert la justification suivante : « [A]près une considération plus attentive et plus approfondie de la question, je pense qu'il n'est pas encore opportun

³³ Ibid., par. 8.

³⁴ Id.

³⁵ Douglas Gillison, « KRT Begins Investigation of Five New Regime Suspects », *The Cambodia Daily*, 8 juin 2010, p. 26.

³⁶ Douglas Gillison, « KRT Judge Does Not Sign On To New Investigations », *The Cambodia Daily*, 9 juin 2010, p. 26.

³⁷ Voir dossier n° 001/18-11-2008-ECCC/PTC, *Annex I: Public Redacted Version – Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Disagreement Between the Co-Prosecutors Pursuant to Internal Rule 71*, 18 août 2009, par. 28 et 37 et l'opinion individuelle des Juges Prak Kimsan, Ney Thol, et Huot Vuthy.

³⁸ Mémoire d'intérieur adressé par le Juge You Bunleng au Juge Marcel Lemonde le 8 juin 2010 au sujet des dossiers 003 et 004.

d’agir dans ces dossiers 003 et 004 »³⁹. Ce soir là, Reach Sambath, porte-parole cambodgien des CETC, « a publié une déclaration annonçant que le Juge Bunleng se dissociait des commissions rogatoires »⁴⁰. Il est intéressant de noter que ce dernier est revenu sur sa décision d’approbation des commissions rogatoires *après* que « le porte-parole du Ministère de l’intérieur, le général Khieu Sopheak, a publiquement réitéré l’opposition [du Gouvernement] aux nouvelles investigations [...] en citant les constantes mises en garde de Hun Sen contre le risque de troubles : « Seuls les cinq plus hauts responsables doivent être jugés », a dit le général Khieu Sopheak. « Pas six, cinq. Les CETC doivent se soucier de la stabilité et de la paix de la nation », a-t-il ajouté. “ Nous ne voulons ni conflit ni instabilité dans le pays »⁴¹ [traduction non officielle].

12. En réaction à cette tournure des événements, et du fait que le Juge You Bunleng était toujours saisi du dossier n° 002, la Défense a déposé une demande de récusation de l’intéressé⁴² et une demande d’actes d’instruction supplémentaires en application de la règle 35 du Règlement⁴³. L’une et l’autre demandes ont été rejetées par la Chambre préliminaire au motif qu’elles n’étaient pas fondées quant aux faits⁴⁴.

4. Évaluation indépendante supplémentaire et réaction du Gouvernement

13. En mars 2010, l’*Open Society Justice Initiative* (l’« OSJI ») a publié un rapport concernant notamment l’immixtion du Gouvernement dans les activités des CETC :
- « Au cours des six derniers mois, une ingérence indue manifeste est ressortie de la réaction des autorités gouvernementales cambodgiennes face à des citations à comparaître délivrés par

³⁹ Ibid. Voir aussi Douglas Gillison, « Khmer Rouge Tribunal Judge Backs Out of New Inquiries », *The Cambodia Daily*, 10 juin 2010, p. 2.

⁴⁰ Douglas Gillison, « Khmer Rouge Tribunal Judge Backs Out of New Inquiries », *The Cambodia Daily*, 10 juin 2010, p. 2 ; Voir aussi Douglas Gillison, « KR Judge Does Not Sign On To New Investigations », *The Cambodia Daily*, 9 juin 2010, p. 26.

⁴¹ Douglas Gillison, « KRT Begins Investigation of Five New Regime Suspects », *The Cambodia Daily*, 8 juin 2010, p. 26.

⁴² Voir Demande de récusation du Juge You Bunleng.

⁴³ Voir, dossier n° 002/07-07-2010-ECCC-PTC(10), Document n° 1, *Second Request for Investigation*, 7 juillet 2010, ERN (anglais) 00553229.

⁴⁴ Voir Doc. n° **D384/5/1**, *Appeal Against the Order on Nuon Chea’s Second Request for Investigation (Rule 35)*, 1^{er} septembre 2010, ERN (anglais) 00598096–00598113 ; Doc. n° **D384/5/2**, *Décision relative à l’appel interjeté contre l’ordonnance sur la deuxième demande d’investigation formée par Nuon Chea (Règle 35)*, 2 novembre 2010 ; Dossier n° 002/17-06-2010-ECCC-PTC(09), Document N° 8, *Decision on Application for Disqualification of Judge You Bunleng*, 9 septembre 2010, ERN (anglais) 00600686–00600706.

les juges d'instruction à de hauts responsables dans le dossier n° 002 et face à l'ouverture d'une instruction concernant des accusations portées contre cinq nouveaux suspects dans ce qu'on appelle les dossiers n° 003 et 004. Des responsables gouvernementaux influents, notamment le Premier ministre, ont clairement fait connaître leur position, à savoir que les témoins cités à comparaître ne comparaitraient pas et que les dossiers n° 003 et 004 n'iraient pas plus loin » [traduction non officielle]⁴⁵.

Plus tard dans l'année, le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Cambodge, Surya Subedi, a vivement critiqué l'ingérence généralisée du Gouvernement dans le travail du système judiciaire cambodgien, en déclarant que « l'ingérence tant financière que politique dans le fonctionnement dudit système était en train d'ébranler la foi des Cambodgiens dans leurs institutions judiciaires »⁴⁶.

14. Les propos tenus en public par l'un des juges cambodgiens des Chambres extraordinaires donnent à penser que l'obstruction dont fait preuve le Gouvernement est monnaie courante aux CETC : « Comment peut-on affirmer que les CETC sont un modèle de justice indépendante si le gouvernement ne nous laisse pas faire notre travail ? »⁴⁷ À cet égard, le dernier mot revient à Hun Sen qui, — dans ce qui est peut-être à ce jour la reconnaissance la plus flagrante de l'ingérence dans le travail des CETC — a déclaré au Secrétaire général Ban Ki-moon en visite au Cambodge le 27 octobre 2010 que le Gouvernement « n'autoriserait » pas de poursuites autres que celles qui sont actuellement en cours⁴⁸.

⁴⁵ Rapport de l'OSJI, *Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, March 2010 Update*, p. 6, que l'on peut consulter à l'adresse Internet suivante : http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/international_justice/articles_publications/publications/cambodia-20100324/cambodia-court-20100324.pdf.

⁴⁶ Mark Worley & Neou Vannarin, « UN Envoy Says Judiciary “Compromised” », *The Cambodia Daily*, 18 juin 2010, p. 1 et 2.

⁴⁷ James Goldston, *The Wall Street Journal, OP-ED*, « Cambodia's Court at a Crossroads », 1^{er} mars 2010.

⁴⁸ Voir *AFP Report*, 'Cambodian PM Says No Third Khmer Rouge Trial', 27 octobre 2010 (« Le premier ministre Hun Sen a déclaré mercredi au Secrétaire général de l'ONU en visite au Cambodge que le deuxième procès pour crimes de guerre qui doit s'ouvrir au début de l'année prochaine serait le dernier. Hun Sen a clairement affirmé que le dossier n° 3 n'était pas autorisé, a déclaré le ministre des affaires étrangères Hor Namhong aux journalistes à l'issue de la rencontre de Ban Ki-Moon avec le premier ministre. 'Nous devons penser à la paix au Cambodge', a-t-il dit ».)

C. L'instruction menée par les co-juges d'instruction

1. Approche générale

15. Bien que les co-juges d'instruction aient pour mandat de procéder à une instruction impartiale⁴⁹, il est difficile de dire que le dossier, tel qu'il a été transmis à la Chambre de première instance, est le reflet du travail équilibré d'un arbitre neutre soucieux de rechercher la vérité. Au contraire, ce dossier — qui s'inspire tant dans le fond que dans la forme des recherches approfondies menées au cours des quinze années précédentes par le Centre de documentation du Cambodge (le « DC-Cam »), une organisation se consacrant exclusivement à démontrer qu'un « génocide » a eu lieu au Cambodge — donne à penser que l'on a à faire à un bureau de magistrats désireux dès le départ d'aboutir à un résultat historique prédéterminé. Si la manière du Gouvernement d'agir sur le devant de la scène (peut-être en raison de son expérience des procès spectacles) a été brutalement ostensible, la fiction de justice des co-juges d'instruction s'est en grande partie déroulée en coulisse.

2. Manque de transparence

16. Invoquant la nécessité du secret, les co-juges d'instruction ont constamment refusé de donner des informations sur la façon dont ils menaient l'instruction. On ne dispose d'aucun renseignement sur : i) les qualifications des enquêteurs, des analystes ou des interprètes ; ii) les méthodes de travail utilisées ; ou ii) les méthodes appliquées pour le choix des témoins et la réunion des éléments de preuve. Les équipes de Défense ont tenté à plusieurs reprises de lever ce voile du secret, mais leurs efforts ont été vains⁵⁰. C'est, entre autres, ce silence qui a conduit la Défense à exprimer

⁴⁹ Voir règle 55 5) du Règlement (« Au cours de l'instruction, les co-juges d'instruction peuvent accomplir tous les actes d'instruction qu'ils jugent utiles à la manifestation de la vérité. Ils ont le devoir d'instruire tant à charge qu'à décharge »).

⁵⁰ Voir, par exemple, Doc. n° **D171**, Troisième demande d'actes d'instruction présentée par Ieng Sary, 21 mai 2009 ; Document n° **D171/2**, *Notice of Joinder to Ieng Sary's Third Request for Investigative Action*, 9 juin 2009, ERN (anglais) 00337488–00337489.

plusieurs motifs d'inquiétude spécifiques sur la conduite de l'instruction⁵¹, puis à déposer une demande de récusation du Juge Marcel Lemonde⁵².

3. Des agents qui ne jouent pas leur rôle

17. Les co-juges d'instruction ont clairement dit au début de la procédure que la Défense n'aurait pas le droit de mener elle-même ses propres investigations⁵³. De surcroît, la Défense s'est vu interdire d'assister à toute audition de témoin par les co-juges d'instruction ou leurs enquêteurs. Au lieu de cela, les co-juges d'instruction ont rappelé aux parties qu'elles avaient le droit de leur *demandeur* d'effectuer des actes d'instruction en leur nom — confirmant essentiellement que ce sont les juges qui doivent agir pour le compte de la Défense.
18. Acceptant cette prémisse, la Défense a déposé plusieurs demandes d'actes d'instruction, 26 au total, au nom de Nuon Chea (les « Demandes d'actes d'instruction »)⁵⁴. Toutefois, dans presque tous les cas, les co-juges d'instruction les ont rejetées ou n'ont pas effectué comme il fallait les actes demandés⁵⁵. Un fait notable est que dans les Demandes d'actes d'instruction ayant trait exclusivement aux témoins et aux auditions de témoins, la Défense a demandé aux co-juges d'instruction de revenir sur un grand nombre d'auditions de témoins entachées d'irrégularités importantes et qui avaient été versées au dossier : « [L]a manière dont les co-juges d'instruction ont procédé à l'audition des témoins a été entachée de plusieurs irrégularités et omissions. En particulier, les enquêteurs du Bureau des co-juges d'instruction ont souvent omis d'identifier la source des informations données par les témoins et ne se sont jamais souciés des questions de transparence, de véracité et d'exactitude lorsqu'ils ont produit les procès-verbaux des dépositions des

⁵¹ Voir Doc. n° **D221**, lettre adressée aux co-juges d'instruction au sujet du Manque de confiance dans l'instruction, 15 octobre 2009.

⁵² Voir dossier n° **002/29-10-2009-CETC/CP (04)**, Document n° 1, Demande de récusation du co-juge d'instruction M. Marcel Lemonde, 13 octobre 2009 (la « Demande de récusation du Juge Lemonde »).

⁵³ Voir **Doc. A110/1**, Mémoire des co-juges d'instruction à la Défense, 14 janvier 2008.

⁵⁴ Voir les 26 demandes d'actes d'instruction précédemment déposées par l'équipe de Défense de Nuon Chea : Doc. n° **D80, 100, 101, 102, 105, 113, 122, 126, 128, 136, 158, 173, 179, 194, 130/11, 253, 265, 273, 318, 319, 320, 336, 338, 339, 340, et 356** (voir Liste des sources pour les titres complets).

⁵⁵ NB : les enquêtes de suivi ordonnées par la Chambre préliminaire n'étant pas conformes à la véritable requête de la Défense, elles n'ont pas permis d'arriver au résultat recherché ou n'ont simplement pas eu lieu.

témoins »⁵⁶. Néanmoins, bien qu'elles aient été suffisamment motivées sur le plan des faits, ces Demandes d'actes d'instruction ont été rejetées dans leur presque totalité par les co-juges d'instruction, et la Chambre préliminaire a confirmé cette approche en appel⁵⁷. Ce n'est que dans quelques cas, où il semblait probable que l'audition des témoins proposés par la Défense permettrait de recueillir davantage d'éléments de preuve à charge, que les co-juges d'instruction ont ordonné une nouvelle audition des témoins⁵⁸.

4. Parti pris en faveur des éléments de preuve à charge

19. Des informations provenant du Bureau des co-juges d'instruction ont révélé que le Juge Lemonde avait, lors d'une réunion avec des membres clés de son équipe, déclaré souhaiter trouver davantage d'éléments de preuve à charge qu'à décharge⁵⁹. La réaction de la Défense a été de demander la récusation du Juge Lemonde⁶⁰. Si cette demande a finalement été rejetée par la Chambre préliminaire⁶¹, la préférence déclarée du Juge Lemonde n'en était pas moins évidente dans la façon dont les co-juges d'instruction ont traité les Demandes d'actes d'instruction⁶². De surcroît, le Juge Lemonde a autorisé la diffusion interne au sein du Bureau des co-juges d'instruction d'un document non officiel fourni par Craig Etcheson, du Bureau des co-procureurs (les « co-procureurs »), portant sur les pistes d'enquête possibles⁶³.

⁵⁶ Voir, par exemple, Doc. n° **D318**, Dix-neuvième demande d'actes d'instruction, 13 janvier 2010, par. 9.

⁵⁷ Voir Doc. n° D375, Ordonnance relative aux demandes aux fins d'audition de témoins (D318, D319, D320, D336, D339 et D340), [Demandes d'actes d'instruction n° 19 à 25] 9 avril 2010 (l'« Ordonnance des co-juges d'instruction relative aux demandes d'audition de témoins »); voir, en outre, Doc. n° **D375/1/4**, Chambre préliminaire, Décision relative à l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative aux demandes aux fins d'audition de témoins formées par M. Nuon Chea (D318, D319, D320, D336, D339 & D340), [Demandes d'actes d'instruction n° 19 à 25] 16 juin 2010.

⁵⁸ Voir Ordonnance des co-juges d'instruction relative aux demandes d'audition de témoins.

⁵⁹ Voir Demande de récusation du Juge Lemonde; voir entre autres Doc. **D263.3**, 'First Wayne Bastin Statement', 8 octobre 2009, ERN (anglais) 00387016-00387018.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Voir Dossier n° 002/29-10-2009-ECCC/PTC(04), Document n° 4, *Decision on Nuon Chea Application for Disqualification of Judge Marcel Lemonde*, 23 mars 2010, ERN (anglais) 00485317-00485329.

⁶² Voir paragraphes 56 à 59 *infra*.

⁶³ Voir Dossier n° 002/07-12-2009-ECCC/PTC(05), Document n° 1, Requête de la Défense de IENG Thirith en récusation du co-juge d'instruction Marcel Lemonde, 7 décembre 2009, ERN (anglais) 00417076-00417094, par. 11 e); voir aussi Doc. n° **D263.4**, Deuxième déclaration de Wayne Bastin, 2 décembre 2009, p. 3 et 4.

D. Adoption et application du Règlement

20. Le 6 juin 2003, l'ONU et le Gouvernement royal cambodgien ont conclu un accord « concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique » (l'« Accord relatif aux CETC »). Ce traité bilatéral avait pour objet déclaré une coopération entre les deux parties, le texte devant prévoir « le fondement juridique de cette coopération, les principes qui la régissent et les modalités qui lui sont applicables »⁶⁴ pour mener à bien les procédures pénales actuelles « au sein des tribunaux cambodgiens »⁶⁵. Conformément à ses dispositions⁶⁶, l'Accord relatif aux CETC est entré en vigueur le 29 avril 2005 après avoir été adopté par le corps législatif cambodgien, ratifié par le chef d'État en exercice et promulgué par le roi Norodom Sihanouk⁶⁷. Aux termes de son article 2 2), l'Accord relatif aux CETC « est appliqué au Cambodge en vertu de la loi portant création de chambres extraordinaires [au sein des tribunaux Cambodgiens pour juger les auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique] » (la « Loi relative aux CETC »)⁶⁸.
21. Le 3 novembre 2006, le secrétariat du Comité de procédure des CETC a diffusé pour commentaires un projet de texte comportant 113 règles (le « Projet de Règlement »)⁶⁹. Il faut noter que ce document ne contenait aucune indication sur la méthodologie utilisée lors du processus de rédaction ni sur la façon dont les auteurs du Projet de Règlement étaient parvenus à la conclusion que la procédure cambodgienne en vigueur ne devait pas être appliquée directement et exclusivement. Le Projet de Règlement ne précisait pas non plus sur quelle base les CETC pouvaient exercer un pouvoir législatif. Il comportait toutefois 190 notes de bas de page avec (dans la plupart des cas) de très brefs renvois aux sources de la procédure pénale

⁶⁴ Accord relatif aux CETC, article premier.

⁶⁵ Ibid., quatrième paragraphe du préambule (non souligné dans l'original).

⁶⁶ Ibid., art. 30 (« Pour lier les Parties, le présent Accord doit être approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et ratifié par le Cambodge. ») ; voir aussi ibid., art. 31 (« Le présent Accord aura force de loi au Royaume du Cambodge après avoir été ratifié conformément aux dispositions du droit interne cambodgien relatives à la compétence de conclure des traités. ») ; art. 32 (« Le présent Accord entrera en vigueur le lendemain du jour où les deux Parties se seront mutuellement notifiées par écrit que les formalités requises ont été remplies. »)

⁶⁷ Voir *Reach Kram* NS/RKM/1004/04, 19 octobre 2004 ; *Instrument of Ratification*, 19 octobre 2004.

⁶⁸ La Loi relative aux CETC a été promulguée le 10 août 2001 et modifiée le 27 octobre 2004. Voir *Reach Kram* NS/RKM/0801/12 ; *Reach Kram* NS/RKM/1004/06.

⁶⁹ Voir CETC, *Projet de Règlement intérieur*, 3 novembre 2006 ; voir aussi, *ECCC Internal Rules – Confidential 'Draft for Discussion'*, 27 octobre 2006.

cambodgienne et internationale. Cette diversité de sources, dont font notamment partie les Statuts et les Règlements de procédure et de preuve du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (le « TSSL ») et de la Cour pénale internationale (la « CPI »), montrait à l'évidence qu'aucun effort sérieux n'avait été fait pour interpréter et appliquer l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC à la lumière de son objet et de son but, qui était d'assurer la primauté du droit cambodgien.

22. Le Code de procédure pénale actuel du Royaume du Cambodge (le « Code de procédure pénale ») a été adopté par l'Assemblée nationale le 7 juin 2007. Aux termes de son article premier, il « a pour finalité d'énoncer les règles à *respecter et appliquer de manière rigoureuse* afin de déterminer clairement l'existence d'une infraction pénale. Les dispositions [du Code de procédure pénale] seront appliquées pour la matière pénale chaque fois que des règles particulières n'auront pas été prévues par *des lois spéciales* »⁷⁰.
23. Lors d'une Assemblée dite « plénière » tenue en juin 2007, différents responsables des CETC se sont réunis pour, notamment, approuver le Règlement. L'objectif théorique de cet exercice était double : i) « [consolider] la procédure cambodgienne applicable aux procès devant les CETC » et ii) « adopter des règles additionnelles » conformément aux dispositions pertinentes de l'Accord relatif aux CETC et de la Loi relative aux CETC (les « Actes constitutifs »)⁷¹. Le Règlement a été révisé au cours d'assemblées similaires qui se sont tenues en février 2008, en septembre 2008, en mars 2009, en septembre 2009, en février 2010 et en septembre 2010. Aucune des nombreuses « consolidations » et « règles additionnelles » adoptées lors de ces conférences extrajudiciaires n'a jamais suivi le processus législatif prévu par la Constitution du Royaume du Cambodge (la « Constitution »)⁷², et le Règlement n'a pas reçu la sanction du Conseil constitutionnel. Qui plus est, il n'a jamais été précisé dans quelle mesure telle ou telle règle particulière résultait de l'application inéluctable et obligatoire de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. Enfin, vu les progrès réalisés en matière de procédure pénale cambodgienne⁷³, notamment

⁷⁰ Non souligné dans l'original.

⁷¹ Règlement, préambule, cinquième paragraphe.

⁷² N.B. : depuis son adoption en septembre 1993, il semble que la Constitution ait été modifiée à plusieurs reprises. Toutefois, la Défense n'a pas été en mesure de trouver une version anglaise faisant foi du texte en vigueur. La version à laquelle on se réfère ici est donc celle qui se trouve dans le Recueil de textes juridiques (Document n° C070E-1993).

⁷³ Voir par. 22 *supra*.

les avancées importantes dans le domaine législatif⁷⁴, la question de l'obsolescence de certaines règles — dans la mesure où le Code de procédure pénale offre actuellement en matière de procédure des solutions adaptées et efficaces — n'a jamais été sérieusement abordée.

24. Nuon Chea a été arrêté et placé en détention par les autorités des CETC le 19 septembre 2007. Peu de temps après, la Défense a soutenu que si une règle du Règlement contrevenait à une disposition applicable du Code de procédure pénale, c'était le Code qui devrait s'appliquer et la règle être considérée comme non valide⁷⁵. La Chambre préliminaire a exprimé son désaccord à l'égard de cette position ; elle a déclaré qu'aux CETC, le Règlement primait le Code de procédure pénale :

« Le Règlement intérieur constitue donc un cadre autonome de droit procédural spécifique aux CETC, formulé et adopté par l'Assemblée plénière des CETC. Ce cadre réglementaire n'est pas à mettre en opposition avec le Code de procédure pénale cambodgien, mais le centre de l'attention des Chambres extraordinaires se distingue suffisamment de l'activité ordinaire des tribunaux pénaux cambodgiens pour qu'elles soient régies par un système particulier. Le Règlement intérieur est donc le premier texte auquel il convient de se référer quand on règle un point de procédure pour lequel le Règlement intérieur et le Code de procédure pénale diffèrent⁷⁶.

Les dispositions du Code de procédure pénale ne devraient s'appliquer que quand se pose une question qui n'est pas réglée par le Règlement intérieur⁷⁷. »

La Chambre préliminaire n'a pas justifié, en droit, cette dérogation *générale* à l'application de la procédure cambodgienne établie. De surcroît, elle n'a ni interprété ni appliqué l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC dans son sens ordinaire et à la lumière de son objet et de son but. En fait, elle s'est arrangée pour inverser complètement le sens à donner à l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. Loin de laisser entendre que les dispositions du Code de procédure pénale ne doivent s'appliquer que quand se pose une question qui n'est pas réglée par le Règlement (ce qui est le point de vue de la Chambre préliminaire), l'article 12 1) *exige* exactement le contraire : ce n'est que lorsque se pose une question qui n'est pas réglée par la procédure cambodgienne en vigueur — plus particulièrement par le Code de procédure pénale — que des dispositions du Règlement devraient être adoptées

⁷⁴ Par exemple, un nouveau Code pénal a été adopté en 2010.

⁷⁵ Voir Doc. n° **D55/I/1**, Appel contre l'ordonnance rejetant la requête en nullité, 25 février 2008, par. 12.

⁷⁶ Doc. n° **D55/I/8**, Décision relative à l'appel interjeté par Nuon Chea contre l'ordonnance rejetant la requête en nullité, 26 août 2008 (la « Décision rejetant la requête en nullité »), par. 14.

⁷⁷ Ibid., par. 15.

et appliquées. En adoptant la démarche inverse, la Chambre préliminaire a fait fi de la législation principale en vigueur et applicable aux CETC, à savoir la législation cambodgienne.

25. L’instruction a été menée d’un bout à l’autre conformément au Règlement et à l’interprétation (erronée) de la Chambre préliminaire sur la place que celui-ci occupe au sein du cadre juridique cambodgien. Le 13 janvier 2011, Nuon Chea a été mis en accusation et renvoyé en jugement pour génocide, crimes contre l’humanité, crimes de guerre et violations du Code pénal cambodgien de 1956⁷⁸. La Chambre de première instance a été officiellement saisie du dossier le 14 janvier 2011⁷⁹.

III. DROIT APPLICABLE

A. Compétence des CETC

26. La Défense inclut ici, par renvoi, les différents arguments juridiques figurant dans les documents suivants, déjà déposés par elle : Appel interjeté contre l’Ordonnance de clôture⁸⁰ et Réplique à la réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par Nuon Chea, Ieng Sary et Ieng Thirith contre l’Ordonnance de clôture⁸¹.

B. Fin des poursuites

27. La jurisprudence internationale et celle des CETC reconnaissent que les tribunaux, dans leur rôle de gardiens de la procédure judiciaire, disposent du pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure — à titre permanent ou temporaire — lorsque les violations alléguées ont un caractère si horrible qu’elles « pourraient s’avérer préjudiciables à l’intégrité du tribunal »⁸². En effet, s’appuyant sur

⁷⁸ Voir Décision relative à l’Ordonnance de clôture ; Ordonnance de clôture.

⁷⁹ Ordonnance relative à la préparation du procès, par. 2.

⁸⁰ Voir Doc. n° **D427/3/1**, *Appeal against the Closing Order*, 18 octobre 2010, ERN (anglais) 00614048–00614065, par. 5 à 22.

⁸¹ Voir Doc. n° **D427/3/11**, *Reply to Co-Prosecutors’ Joint Response to Nuon Chea, Ieng Sary, and Ieng Thirith’s Appeals Against the Closing Order*, 6 décembre 2010, par. 4 et 5.

⁸² Voir Affaire *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-AR73.4, Chambre d’appel du TPIY, Décision relative à l’appel interjeté par Radovan Karadžić contre la Décision relative à la demande concernant l’accord Holbrooke, 12 octobre 2009, par. 45. En ce qui concerne l’acceptation de la Chambre préliminaire de suspendre l’instruction, voir Doc. n° **D264/2/6**, Décision relative à l’appel interjeté par Ieng Thirith contre l’ordonnance des co-juges d’instruction rejetant la demande de suspension de l’instruction pour abus de procédure (D264/1), 10 août 2010, (Décision relative à la demande de suspension de l’instruction présentée par Ieng Thirith), par. 22 à 28. Voir aussi Affaire *Jean-Bosco Barayawiza c. Le Procureur*, ICTR-97-19-AR72, Chambre d’appel du TPIR, Arrêt, 3 novembre 1999, par. 74 et 77. Dans cette affaire, la Chambre de première instance avait décidé que la seule réparation appropriée aux violations des droits de l’accusé était de suspendre la procédure intentée contre Jean-Bosco Barayawiza. Cette décision a été

l'affaire *Lubanga et consorts*, la Chambre préliminaire a récemment décidé que cette mesure ne pouvait s'appliquer que « dans des cas exceptionnels et gravissimes de violations des droits de [l'Accusé] auxquelles il ne peut être remédié ou qui v[ont] à l'encontre de l'idée que le tribunal se fait de la justice »⁸³. Dans ces circonstances, la Chambre préliminaire a estimé que c'était à elle de « trouver un juste milieu entre les droits fondamentaux de [l'Accusé] et l'intérêt de la communauté nationale et internationale dans la poursuite des personnes mises en examen pour violations graves du droit international humanitaire et du droit interne »⁸⁴.

28. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY ») a récemment déclaré : « [D]ans le cas d'intimidation de témoins, [...] il incombe à la Chambre de première instance de tout mettre en œuvre pour que le procès puisse être équitable »⁸⁵ [traduction non officielle]. Contrer pareille ingérence « s'impose tout particulièrement lorsque des forces extérieures cherchent à saper la capacité d'une partie à présenter ses moyens de preuve au procès. Pour que le tribunal puisse fonctionner de façon efficace, la Chambre de première instance doit contrer l'intimidation de témoins en adoptant toutes les mesures raisonnables qui s'offrent à elle »⁸⁶ [traduction non officielle].
29. Pour ce qui est du préjudice, le point de vue des juges internationaux de la Chambre préliminaire est instructif : « S'il y a eu, ou s'il y a entrave et que cela nuit à l'instruction, il se peut que les personnes mises en examen soient empêchées de tirer un avantage éventuel du témoignage des six hauts fonctionnaires »⁸⁷.

annulée en appel, mais uniquement parce que la mesure initiale avait été ordonnée à cause d'erreurs cumulées du Bureau du Procureur et que des faits nouveaux mis au jour ont réduit le rôle joué par ces erreurs, ce qui faisait que la réparation initiale devenait disproportionnée ; voir Affaire *Jean-Bosco Barayawiza c. Le Procureur*, ICTR-97-19-AR72, Chambre d'appel du TPIR, Arrêt /Demande du Procureur en révision ou réexamen), 31 mars 2000, par. 71 ; voir en outre Affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de première instance de la CPI, Version expurgée de la décision relative à la requête urgente du Procureur aux fins de modification du délai de communication de l'identité de l'intermédiaire 143 ou de suspension de l'instance dans l'attente de consultations plus approfondies avec l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins, 8 juillet 2010, par. 31. Dans cette affaire, la suspension de l'instance avait été accordée en raison i) du non-respect avéré des ordonnances rendues par la Chambre et ii) de l'intention clairement exprimée par le Procureur de ne pas exécuter les ordonnances rendues par la Chambre.

⁸³ Décision relative à la demande de suspension de l'instruction présentée par Ieng Thirith, par. 28.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ IT-04-84-A, *Prosecutor v Haradinaj et al*, 'Judgment', 19 juillet 2010, par. 35.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Opinion dissidente, par. 12.

C. Nullité d'actes de procédure

30. Lorsqu'elle a analysé, dans la Décision rejetant la requête en nullité, ce qui constituait une atteinte aux droits d'un accusé, la Chambre préliminaire a dit ce qui suit :

« La version française de la règle 48 et les versions khmère, française et anglaise de l'article correspondant du Code de procédure pénale (article 252) ne parlent pas d'une violation des droits de la partie concernée, mais bien d'une atteinte à ses intérêts. Se fondant sur le Code de procédure pénale, la Chambre [préliminaire] interprétera l'expression « *infringement of rights* » [violation des droits] qui figure dans la version anglaise de la règle 48 comme voulant dire « intérêt lésé »⁸⁸.

La Chambre préliminaire conclut qu'une violation avérée d'un droit de la personne mise en examen reconnu dans le Pacte constituerait un vice de procédure et porterait atteinte aux intérêts de la personne mise en examen. Dans pareil cas, l'acte d'instruction ou l'acte judiciaire peut être annulé⁸⁹. [...] [S]i la règle applicable au cas d'espèce ne prévoit pas d'office la nullité en cas de vice de procédure, et si aucun droit inscrit dans le Pacte n'a été violé, la partie auteur de la requête doit démontrer que le vice de procédure a porté atteinte à ses intérêts⁹⁰. »

En bref, il existe en matière de violations avérées du droit à un procès équitable une norme de responsabilité objective.

D. Droit à un procès équitable

31. D'après la Constitution cambodgienne, le Code de procédure pénale cambodgien, l'Accord et la Loi relative aux CETC, l'Accusé a indubitablement droit à une instruction et à un procès consécutif équitables. Ces garanties sont dûment reflétées dans la règle 21 du Règlement qui dispose notamment que i) le droit et la procédure applicables « doivent être interprétés de manière à toujours protéger les intérêts [de l'Accusé] »⁹¹ ; que ii) « [l]a procédure des CETC doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. »⁹² ; que iii) « [t]oute personne [...] poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie »⁹³. À tout moment, la Chambre a « l'obligation de garantir la bonne administration de la justice »⁹⁴ [traduction non officielle].

⁸⁸ Décision rejetant la requête en nullité, par. 36.

⁸⁹ Ibid., par. 40.

⁹⁰ Ibid., par. 42.

⁹¹ Règle 21 1) (dispositions générales).

⁹² Règle 21 1) a).

⁹³ Règle 21 1) d).

⁹⁴ Opinion dissidente, par. 10.

E. Autorité législative au Royaume du Cambodge

32. La Constitution, qui consacre le principe démocratique bien connu de la séparation des pouvoirs⁹⁵, confie le pouvoir législatif à la *seule* Assemblée nationale : « L'Assemblée nationale est le seul organe qui dispose du pouvoir législatif. L'Assemblée nationale ne peut déléguer ce pouvoir à aucun autre organe ou à aucune personne »⁹⁶. Toutes les lois et décisions de toutes les institutions de l'État « doivent être absolument conformes à la Constitution »⁹⁷. Il existe au Cambodge une hiérarchie des « normes juridiques fondamentales » : i) la Constitution ; ii) le droit constitutionnel (c'est-à-dire les révisions ou amendements apportés à la Constitution) ; iii) les lois (*kram*) ; iv) les décrets (*kret*) ; v) les sous-décrets (*anukret*) ; vi) les règlements (*prakas*) ; vii) les circulaires (*sarachor*)⁹⁸.

F. Procédure applicable aux CETC

33. La Constitution dispose que « [l]'accusation, l'arrestation, la garde à vue ou la détention d'un individu ne pourront être exécutées que conformément aux *dispositions légales* »⁹⁹ et que « [l]es décisions de justice sont rendues [...] *selon les procédures et les lois en vigueur* »¹⁰⁰. Faisant écho à la Constitution ainsi qu'aux dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte international »)¹⁰¹, les Actes constitutifs fournissent une garantie identique : la « procédure » appliquée aux CETC « *est régie par le droit*

⁹⁵ Voir Constitution, article 51 (« Les pouvoirs sont séparés entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire »).

⁹⁶ Constitution, article 90.

⁹⁷ Ibid., article 131.

⁹⁸ Voir le site Internet du *Council of Jurists* : http://www.bigpond.com.kh/council_of_jurists/z/Typolf.htm

⁹⁹ Constitution, article 38 (non souligné dans l'original).

¹⁰⁰ Ibid., article 110 (non souligné dans l'original).

¹⁰¹ Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte international », articles 14 1) ; (« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal *établi par la loi* ».) ; 14 2) (« Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été *légalement établie* ».) ; 14 5) (« Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, *conformément à la loi* »), et 16 ; (« Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa *personnalité juridique* ».) (Non souligné dans l'original). N.B. : toutes les Chambres des CETC « exercent leur compétence conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect des formes régulières, spécifiées dans les articles 14 et 15 du Pacte international, auquel le Cambodge est partie ». Accord relatif aux CETC, Article 12 2) ; voir aussi la Loi relative aux CETC, article 35 nouveau.

cambodgien »¹⁰², et les poursuites, l'instruction et le procès de tout individu suivent les « *procédures en vigueur* »¹⁰³. Ces dispositions montrent un souci primordial de respecter la procédure cambodgienne en vigueur — dans la mesure où celle-ci est conforme à la pratique internationale reconnue et aux obligations internationales conventionnelles du Royaume¹⁰⁴.

34. Reconnaissant la nécessité de faire en sorte que la procédure devant les CETC suive les principes juridiques universellement reconnus, les Actes constitutifs autorisent l'adoption de règles de procédure additionnelles dans trois cas seulement, à savoir i) lorsque la législation ou la procédure cambodgienne ne « traite pas d'une question particulière »; ii) lorsqu'il existe une incertitude concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition particulière; ou iii) lorsque « se pose la question de la compatibilité [d'une disposition] avec les normes internationales »¹⁰⁵. Dans de tels cas, — *et uniquement dans de tels cas* — on peut « se référer » « aux règles de procédure établies au niveau international »¹⁰⁶. Il s'ensuit que la reconnaissance de procédures nouvelles ou toute dérogation aux « procédures en vigueur » ne peuvent se justifier que par référence à l'une des exceptions légales précitées. Toute autre démarche — par exemple, la création de nouvelles règles pour des raisons de commodité ou pour parvenir à une plus grande efficacité — constitue une violation directe des dispositions de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC.
35. De plus, seuls des organes des CETC peuvent procéder à pareille reconnaissance ou dérogation — au cas par cas — dans le cadre de l'exécution de leurs fonctions respectives; il n'existe tout simplement, ni dans les Actes constitutifs ni ailleurs, de disposition prévoyant un pouvoir réglementaire collectif (c'est-à-dire dont serait

¹⁰² Accord relatif aux CETC, art. 12 1) (non souligné dans l'original); voir aussi Dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, Doc. n° E188, Jugement, 26 juillet 2010 (le « Jugement *Duch* »), par. 35.

¹⁰³ Loi relative aux CETC, art. 20 nouveau, 23 nouveau, 33 nouveau (non souligné dans l'original).

¹⁰⁴ Lily O'Neill et Göran Sluiter, « The Right to Appeal a Judgment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia », (2009) 10 *Melbourne Journal of International Law*. (« [L]e gouvernement cambodgien a introduit l'Accord dans le droit cambodgien par l'intermédiaire de la Loi relative aux CETC pour conférer aux CETC le statut juridique prévu par l'Accord » [traduction non officielle], citant Helen Horsington, « The Cambodian Khmer Rouge Trials: The Promise of a Hybrid Tribunal » (2004) 5 *Melbourne Journal of International Law* 462, 474). N.B. : Göran Sluiter est un consultant de la Défense et membre de *Böhler Advocaten*, le cabinet de M^e Pestman et M^e Koppe, à Amsterdam.

¹⁰⁵ Accord relatif aux CETC, article 12 1); Loi relative aux CETC, articles 20 nouveau, 23 nouveau, 33 nouveau; voir aussi Jugement *Duch*, par. 35.

¹⁰⁶ Ibid.

doté une « assemblée plénière ») au sein des CETC¹⁰⁷. À la différence des instruments analogues du TPIY, du Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR »), du Tribunal spécial pour le Liban (le « TSL »), du TSSL, et de la CPI, l'Accord relatif aux CETC et la Loi relative aux CETC ne contiennent pas de dispositions permettant de réunir des assemblées plénières chargées d'établir des règles¹⁰⁸. Comme les Chambres spéciales pour les crimes graves, qui font partie du tribunal de district de Dili au Timor oriental, les CETC font partie intégrante du système judiciaire national et doivent donc appliquer la législation en vigueur. Les tribunaux pénaux internationaux (ou internationalisés) ne disposent tout simplement pas de pouvoir réglementaire général, en l'absence de disposition légale expresse à cet effet.

G. Égalité devant la loi

36. La Constitution dispose que tous les citoyens khmers « sont égaux devant la loi ; ils ont les mêmes droits [...] sans distinction [...] »¹⁰⁹. La même garantie est inscrite dans le Pacte international : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice »¹¹⁰.

¹⁰⁷ Voir Loi relative aux CETC, articles 20 nouveau, 23 nouveau, 33 nouveau. N.B. Göran Sluiter, *Due Process and Criminal Procedure in the Cambodian Extraordinary Chambers*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 314–326, p. 320 (« [Le]cadre juridique actuel [des CETC] ne donne pas aux juges le pouvoir de légiférer sur les questions de procédure. Toutefois, rien ne leur interdit de se prononcer, avant le début des procès, sur l'interprétation de l'article 12 de l'Accord » [traduction non officielle].)

¹⁰⁸ Voir O'Neill & Sluiter, n. 104 *supra* (« [N]i l'Accord ni la Loi relative aux CETC ne permettent l'adoption d'un règlement intérieur » [traduction non officielle].). Par conséquent, toute comparaison entre la licéité de l'adoption du Règlement et d'une pratique équivalente au sein des tribunaux internationaux serait spéculative. En effet, les actes constitutifs de chacun de ces tribunaux prévoient *expressément un pouvoir réglementaire extrajudiciaire*. Voir Statut du TPIY, article 15 (« Les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées ») ; Statut du TPIR, article 14 (« Les juges du Tribunal international pour le Rwanda adopteront, aux fins de la procédure du Tribunal international pour le Rwanda, le règlement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie régissant la mise en accusation, le procès en première instance et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées, en y apportant les modifications qu'ils jugeront nécessaires ») ; Statut du TSSL, article 14 (« 1. Le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda en vigueur au moment de la création du Tribunal spécial régit *mutadis mutandis* le déroulement de la procédure devant le Tribunal spécial. 2. Les juges du Tribunal spécial réunis en plénière peuvent modifier le Règlement de procédure et de preuve ou adopter des dispositions supplémentaires lorsque les dispositions existantes ne prévoient pas un cas particulier ou ne permettent pas de le régler. Dans l'exercice de cette fonction, les juges peuvent s'inspirer, selon que de besoin, du Code sierra-léonais de procédure pénale de 1965 ») ; Statut de Rome, article 51 3) (« Après l'adoption du Règlement de procédure et de preuve, dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement, les juges peuvent, à la majorité des deux tiers, établir des règles provisoires qui s'appliquent jusqu'à ce que l'Assemblée des États Parties, à sa réunion ordinaire ou extraordinaire suivante, les adopte, les modifie ou les rejette ».)

¹⁰⁹ Constitution, article 31.

¹¹⁰ Pacte international, article 14 1).

H. Questions additionnelles

37. Vu les contraintes en matière d'espace¹¹¹, la Défense inclut ici, par renvoi, les différents arguments qu'elle a déjà présentés concernant les points de droit ci-après : i) temps et facilités nécessaires¹¹² ; ii) fiabilité et valeur probante des éléments de preuve¹¹³ ; iii) obligation de rechercher des éléments de preuve à décharge¹¹⁴ ; iv) vérification des éléments de preuve à charge¹¹⁵ ; v) suffisance des charges¹¹⁶ ; enfin, vi) indépendance et impartialité des juges¹¹⁷. De plus, en ce qui concerne ce dernier point, il faut souligner que « les entraves à l'administration de la justice peuvent impliquer le non-respect de l'indépendance du système judiciaire »¹¹⁸ [traduction non officielle].

IV. ARGUMENTATION

A. Les exceptions sont recevables et la Défense entend soulever ces questions lors de l'audience initiale

38. L'Ordonnance de clôture est devenue définitive le 14 janvier 2011. Vu que les présentes exceptions ont (dans leur forme initiale) été déposées dans les 30 jours suivant cette date¹¹⁹ et qu'elles portent sur : i) la compétence de la Chambre de première instance, ii) une question qui entraîne l'extinction de l'action publique : le fait que l'instruction n'ait pas été menée de façon impartiale, et iii) la validité d'actes de procédure accomplis postérieurement à la décision de renvoi, elles sont recevables en application des règles 89 1) a) à c) du Règlement.
39. La règle 89 dispose que les exceptions préliminaires doivent être « présentées » au plus tard dans les 30 jours suivant la date à laquelle l'Ordonnance de clôture

¹¹¹ Voir n. 1 *supra*.

¹¹² Voir Doc. n° **D130/11**, Quinzième demande d'actes d'instruction, 1^{er} septembre 2009, par. 6.

¹¹³ Doc. n° **D318**, Dix-neuvième demande d'actes d'instruction, 13 janvier 2010, par. 5.

¹¹⁴ Doc. n° **D315/1/1**, Appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative aux demandes d'actes d'instruction concernant des États étrangers présentées par Nuon Chea, 15 février 2010, par. 14 à 17.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Voir Dix-neuvième demande d'actes d'instruction, par. 4.

¹¹⁷ Voir Demande de récusation du Juge You Bunleng, par. 12 et 13.

¹¹⁸ Voir Demande de récusation du Juge You Bunleng, par. 9.

¹¹⁹ N.B. : la Chambre de première instance a accordé à la Défense un délai supplémentaire pour déposer des exceptions refondues en un seul document. Voir n. 1, *supra*.

devient définitive. Les présentes exceptions, rédigées dans le souci de respecter cette exigence et les directives récemment données par la Chambre, ne constituent nullement un exposé exhaustif des questions soulevées. La Défense entend au contraire présenter des observations supplémentaires sur ces questions lors de l'audience initiale, stade auquel la Chambre de première instance doit « prendre en considération » les exceptions préliminaires¹²⁰.

40. En outre, étant donné la longueur et le dépôt tardif de la Décision relative aux appels interjetés par Nuon Chea et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture rendue par la Chambre préliminaire¹²¹, décision qui s'appuie sur de nombreux motifs, il peut s'avérer nécessaire, dans l'intérêt de la justice, de présenter des conclusions supplémentaires sur les questions de compétence.

B. La prolongation des délais de prescription de l'action publique prévus dans le Code pénal de 1956 pour les crimes relevant du droit national constituerait une violation du principe de légalité

41. Étant donné que les délais de prescription applicables étaient déjà arrivés à expiration avant d'être prétendument prorogés en application de l'article 3 (nouveau) de la Loi relative aux CETC, la Chambre de première instance ne peut pas — en raison du principe de légalité — interpréter ledit article comme lui donnant à nouveau le droit de poursuivre des crimes relevant du droit national visés par le Code pénal de 1956. Sur cette question, la Chambre devrait adopter le point de vue déjà exprimé par ses juges internationaux, qui est la seule approche conforme au strict principe de légalité prévalant au Cambodge¹²².

¹²⁰ Voir règle 80 *bis* 3) (« La Chambre prend en considération les questions relevant de la Règle 89. »)

¹²¹ Document n° **D427/2/15**, *Decision on Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith Against the Closing Order*, 15 février 2011, ERN (anglais) 00644462–00644571.

¹²² Voir Dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ, Doc. n° **E187**, Décision relative à l'exception préliminaire portant sur l'extinction de l'action publique pour les crimes relevant du droit national, 26 juillet 2010, par. 9 à 14, 27 à 35, 39 à 54.

C. Juger Nuon Chea pour la commission alléguée de crimes relevant du droit international mentionnés dans la Loi relative aux CETC constituerait une violation du principe de légalité

1. Parce que les CETC sont une juridiction interne, le droit cambodgien — y compris le principe national de légalité — est de stricte application

42. Les CETC ont été « établies par la Loi en tant qu'organe judiciaire *au sein des tribunaux cambodgiens* »¹²³. À la différence du TPIY¹²⁴, du TPIR¹²⁵, du TSSL¹²⁶ et de la CPI¹²⁷ — qui ont chacun « une personnalité juridique internationale distincte »¹²⁸ [traduction non officielle] — les Chambres extraordinaires sont fondamentalement une juridiction pénale nationale. En dépit de l'ambivalence des positions sur cette question¹²⁹, plusieurs éléments font que les CETC ne sont de toute évidence rien d'autre qu'une juridiction cambodgienne :
- a. Elles ont été créées par une loi nationale (et non internationale)¹³⁰.
 - b. Elles ont été créées « au sein de l'appareil judiciaire existant » au Cambodge¹³¹.
 - c. Le Gouvernement royal cambodgien a explicitement rejeté l'idée de créer un tribunal international¹³².
 - d. Tous les magistrats des CETC ont été nommés par le Gouvernement royal cambodgien, l'ONU fournissant uniquement une liste de candidats internationaux¹³³.

¹²³ Ordonnance de clôture, par. 1300 (non souligné dans l'original).

¹²⁴ Voir Statut du TPIY, préambule (« Créé par le Conseil de sécurité *agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies* [...] ») (Non souligné dans l'original).

¹²⁵ Voir Statut du TPIR, préambule (« Créé par le Conseil de sécurité *agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies* [...] ») (Non souligné dans l'original).

¹²⁶ Voir *Special Court Agreement, 2002 (Ratification) Act, 2002, Section 11 2*) (« *The Special Court shall not form part of the Judiciary of Sierra Leone.* ») ; *ibid.*, *Section 13* (« *Offences prosecuted before the Special Court are not prosecuted in the name of the Republic of Sierra Leone.* »)

¹²⁷ Voir Statut de Rome, article 4 1) (« La [CPI] a la personnalité juridique internationale. »)

¹²⁸ Goran Sluiter, « Legal Assistance to Internationalized Criminal Courts and Tribunals », in C.P.R. ROMANO, P.A. NOLLKAEMPER, AND J.K. KLEFFNER, *INTERNATIONALIZED CRIMINAL COURTS: SIERRA LEONE, EAST TIMOR, KOSOVO AND CAMBODIA* (Oxford 2004), p. 396 (faisant observer que le TSSL a « une personnalité juridique internationale distincte et qu'il ne fait pas partie du système judiciaire national de la Sierra Leone » [traduction non officielle]).

¹²⁹ Voir par exemple Document n° **D97/14/15**, Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010 (« Décision relative à l'entreprise criminelle commune »), par. 47.

¹³⁰ Voir Loi relative aux CETC et Accord relatif aux CETC.

¹³¹ Loi relative aux CETC, article 2.

¹³² Voir Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges, UN Doc N° A/57/769, 31 mars 2003, par. 6 et 7, n. 12 *supra*.

¹³³ Décision du Conseil constitutionnel n° 040/002/2001, 12 février 2001, p. 3 (de l'anglais).

- e. Le Conseil constitutionnel cambodgien a mis en exergue la position des CETC au sein du système judiciaire comme étant celle d'une juridiction qui protégeait la souveraineté du Cambodge¹³⁴.
- f. Dans l'une de ses toutes premières décisions, la Chambre préliminaire — tout en déclarant que les CETC étaient « distinctes des autres tribunaux cambodgiens à plusieurs égards » — est néanmoins parvenue à la conclusion qu'elles constituaient « une entité indépendante à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne »¹³⁵.
- g. Bien que (dans des cas exceptionnels) il soit possible d'avoir recours aux règles de procédure établies au niveau international¹³⁶, le point de départ aux CETC est toujours le droit et la procédure cambodgiens¹³⁷.
43. Continuer à parler des CETC comme d'une institution « internationalisée »¹³⁸, c'est formuler une vue purement descriptive, dépourvue de tout effet juridique. Et le simple fait que leur compétence *ratione materiae* s'étende au droit international ou que certains de ses juges ne soient pas cambodgiens ne transforme pas les CETC en un tribunal international¹³⁹. En vérité, le nom des CETC — les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens — parle de lui-même¹⁴⁰.
44. C'est donc le principe de légalité *cambodgien*, tel qu'il existait entre 1975 et 1979, qui doit s'appliquer¹⁴¹. Ce principe est consacré en des termes stricts à l'article 6 du Code pénal de 1956, qui ne prévoit aucune exception du type de celle qui est

¹³⁴ Ibid., p. 4 (de l'anglais).

¹³⁵ Dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ, Doc. n° C5/45, Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav alias « Duch », 3 décembre 2007, par. 17 à 19 (non souligné dans l'original).

¹³⁶ Voir Accord relatif aux CETC, article 12 1) ; Loi relative aux CETC, articles 20 (nouveau), 23 (nouveau), 33 (nouveau).

¹³⁷ Voir l'Accord relatif aux CETC, article 12 1).

¹³⁸ Voir Doc. n° D427/3/6, Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par Nuon Chea, Ieng Sary, et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture, 19 novembre 2010 (« Réponse des co-procureurs »), par. 138.

¹³⁹ N.B. : il est courant que les tribunaux nationaux appliquent le droit international (sous réserve des rigueurs de leurs principes nationaux de légalité). Et il n'est pas inhabituel qu'ils soient composés de juges étrangers.

¹⁴⁰ Bien qu'« extraordinaires », les CETC sont — en dernière analyse — une juridiction cambodgienne. Et bien qu'elles occupent effectivement une place unique en son genre au sein du système juridique national, elles restent (avec les autres tribunaux cambodgiens) partie intégrante dudit système. Si les distinctions établies par les co-procureurs (aux paragraphes 137 à 142 de leur Réponse) mettent bien en évidence le caractère *sui generis* de cette juridiction, elles ne suffisent pas à justifier la subordination de principes nationaux établis à des principes internationaux offrant une protection moindre.

¹⁴¹ Voir ANTONIO CASSESE, ED., *THE OXFORD COMPANION TO INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE* (Oxford 2009), p. 438 (« En vertu du principe de légalité, une personne ne peut être tenue pour pénalement responsable et punie que pour un acte qui, *au moment où il a été commis, constituait une infraction pénale dans l'ordre juridique pertinent* » [traduction non officielle]). (Non souligné dans l'original).

énoncée à l'article 15 2) du Pacte international. Et la « loi » visée dans l'article 6 du Code pénal de 1956 ne peut raisonnablement être que *la loi applicable au Cambodge à la période pertinente*.

2. Ni le génocide, ni les crimes contre l'humanité, ni les crimes de guerre ne constituaient des infractions prévues dans le droit pénal interne à l'époque des faits allégués

45. Comme indiqué ci-dessus, dans le régime juridique en vigueur à l'époque des faits allégués dans l'Ordonnance de clôture, les infractions énoncées aux articles 4 à 6 de la Loi relative aux CETC ne constituaient pas des infractions. De plus, et indépendamment de l'état du droit international coutumier entre 1975 et 1979, la tradition dualiste du Cambodge ne permettait pas l'application directe de normes internationales de ce type (qui peuvent avoir existé ou non) durant cette même période. De surcroît, aucune législation d'application relative au génocide, aux crimes contre l'humanité ou aux crimes de guerre n'a été votée ni avant ni pendant le régime du Kampuchéa démocratique. Par conséquent, ces infractions relevant du droit international n'étaient pas « applicable[s] au Cambodge à l'époque des faits »¹⁴².
46. Il s'ensuit que les arguments selon lesquels « la question de savoir si le droit international est d'application directe au Cambodge ou non est sans incidence sur la compétence des CETC »¹⁴³ sont erronés. Puisque le droit national n'offre pas de base à l'incrimination nécessaire du comportement allégué dans la décision de renvoi, le seul autre fondement possible serait le droit pénal international. Toutefois, pour les raisons exposées au paragraphe précédent, ce droit n'était pas applicable au Cambodge entre 1975 et 1979. La coutume internationale n'a jamais fait directement partie de l'ordre juridique cambodgien¹⁴⁴.

¹⁴² Ordonnance de clôture, par. 1302 (« [P]our 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* ».) (Non souligné dans l'original).

¹⁴³ Ordonnance de clôture, par. 1304.

¹⁴⁴ Les co-procureurs ont affirmé avec conviction que « [n]ul ne saurait contester que la participation au génocide, au meurtre, au viol, à la réduction en esclavage, à l'extermination de civils ou à la détention illicite, à la torture et à l'exécution de prisonniers de guerre constituait une infraction *dans l'un quelconque des grands systèmes juridiques entre 1975 et 1979* ». Réponse des co-procureurs, par. 164 (non souligné dans l'original). C'est peut-être le cas. Toutefois, on ne saurait non plus prétendre que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre — tels qu'ils sont définis dans la Loi relative aux CETC — constituaient des infractions *au Cambodge* au cours de cette même période.

47. De même, laisser entendre que le caractère criminel du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre aurait pu être suffisamment connu par Nuon Chea du fait que l'intéressé faisait prétendument partie du Gouvernement cambodgien¹⁴⁵, c'est avancer des affirmations dénuées de pertinence sur ce point. Même si Nuon Chea avait pu avoir accès aux sources du droit *international* existant relatif au génocide, aux crimes contre l'humanité et/ou aux crimes de guerre, ce « droit » n'aurait pas eu d'effet contraignant sur lui dans l'ordre juridique *interne* du Cambodge.
48. À cet égard, une décision rendue en 2007 par la Cour suprême espagnole dans l'affaire *Scilingo* s'avère particulièrement instructive¹⁴⁶. Au procès, la *Audiencia Nacional* avait déclaré l'accusé coupable de crimes contre l'humanité définis dans le Code pénal espagnol de 2004. Les actes allégués avaient été commis entre 1976 et 1981, soit bien avant leur incrimination en droit national. En appel, soulignant le caractère dualiste de l'ordre juridique espagnol¹⁴⁷ et invoquant le principe national de légalité¹⁴⁸, la *Cour* a dit que Scilingo ne pouvait pas être déclaré coupable par application des dispositions du code alors en vigueur, car : i) les crimes contre l'humanité n'avaient pas encore été incorporés dans le droit national espagnol à l'époque où les actes allégués avaient été commis et ii) le droit international coutumier n'était pas directement applicable¹⁴⁹. La Cour a finalement déclaré l'accusé coupable « simplement » de meurtre et de détention illégale, crimes visés par le droit national¹⁵⁰. L'analogie entre l'affaire *Scilingo* et la présente espèce est claire : Nuon Chea ne peut être accusé de crimes relevant du droit international qui ne faisaient pas partie de l'ordre juridique cambodgien à l'époque de leur commission alléguée¹⁵¹.

¹⁴⁵ Voir Ordonnance de clôture, par. 1305 à 1307.

¹⁴⁶ Voir *Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Segunda Sentencia, Sentencia No 798/2007, Recurso Casacion (P) No 10049/2006 P* (« Décision Scilingo »).

¹⁴⁷ Décision *Scilingo*, *Sexto* § 1, par. 1 ; § 4, par. 5.

¹⁴⁸ Décision *Scilingo*, *Sexto*, § 4, par. 1 ; § 6 par. 1. La Cour suprême a également examiné les dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'Homme (article 7) et souligné que la convention autorisait les États membres à appliquer des protections plus solides dans les procès devant les tribunaux nationaux. *Ibid.*, par. 2).

¹⁴⁹ Décision *Scilingo*, *Sexto* § 1, par. 1 ; § 4, par. 5

¹⁵⁰ La Cour a poursuivi en reconnaissant que les actes spécifiques en question constituaient des crimes contre l'humanité en droit international, ce qu'elle a jugé pertinent en matière de compétence sur les faits. Voir Décision *Scilingo*, *Septimo, Octavo*. Pour un commentaire en anglais sur cette affaire, voir Beth Van Schaack, « Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals », *97 GEORGETOWN LAW JOURNAL* 119, 163 à 165

¹⁵¹ Voir aussi *Mpambara, Interlocutory Decision, Hague District Court*, 24 juillet 2007, par. 36 à 44 (citant notamment, *Bouterse, Appeal Judgment, Netherlands Supreme Court*, 18 septembre 2001) (confirmé en appel).

3. La Loi relative aux CETC ne prévoit pas d'ériger en infractions pénales le génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre

49. Les co-juges d'instruction ont laissé entendre que la Loi relative aux CETC en elle-même avait érigé en infractions au Cambodge des infractions reconnues en droit international¹⁵². Tel n'est pas le cas. La Loi relative aux CETC donne plutôt aux CETC compétence pour juger certaines *personnes* pour des crimes précis énumérés aux articles 3 (nouveau) à 6. Cela ressort clairement du libellé de ces dispositions, qui autorisent simplement les CETC à « traduire en justice » certains individus accusés de crimes relevant du droit national, de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Formulés dans les termes restrictifs de la compétence d'exécution¹⁵³, ces articles ne constituent pas une base solide d'incrimination, comme celle que l'on trouve dans le Code pénal de 1956.
50. Le principe de légalité lui-même établit une nette distinction entre la compétence d'exécution et le fondement de l'incrimination¹⁵⁴. Si les modifications rétroactives apportées aux modalités de poursuite qui ne revêtent pas d'importance pour la détermination de l'incrimination — par exemples les dispositions de procédure — échappent généralement au principe de légalité¹⁵⁵, il est évident qu'il n'en est pas de même des modifications *ex post facto* apportées aux règles juridiques de fond¹⁵⁶. Vu cette distinction, il serait illogique de déduire l'incrimination de la compétence. Dit plus simplement, entre le moment de la commission alléguée d'un crime et le moment où les poursuites sont engagées, le champ de l'incrimination ne devrait pas être élargi¹⁵⁷. De plus, l'idée selon laquelle les dispositions de la Loi relative aux CETC ayant trait à la compétence (pourraient) *implicitement* ériger en crimes au Cambodge le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre réduit à néant

¹⁵² Voir Ordonnance de clôture, par. 1305 à 1307.

¹⁵³ Voir Exception relative à la compétence, n 52, sur la distinction entre la compétence pour prescrire et la compétence d'exécution.

¹⁵⁴ Ibid..

¹⁵⁵ Voir, par exemple, Affaire *Le Procureur c. Delalić et consorts*, n° IT-96-21-A, Arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 20 février 2001, par. 179 et 180; cf. Cour européenne des droits de l'Homme, Requêtes n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Arrêt, 22 mars 2001, par. 79 à 81; Jugement *Duch*, par. 34.

¹⁵⁶ Voir RA Kok, *STATUTORY LIMITATIONS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (Asser 2001), p. 291 et 292.

¹⁵⁷ Voir Exception relative au procès équitable, n 29; voir aussi Cour constitutionnelle de Belgique, Arrêt n° 73/2005, *Erdal c. Conseil des ministres*, 20 avril 2005, par. B7 (qui a considéré que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale régissait l'extension de la compétence *ratione loci* des dispositions de droit pénal pré-existantes : les lois étendant la compétence *ratione loci* pour des infractions déjà prévues par le Code pénal (belge) relevaient du droit matériel en ce qu'elles donnaient une base légale aux poursuites exercées en Belgique. Elles ne pouvaient donc pas être appliquées rétroactivement).

les conditions de prévisibilité et d'accessibilité sur lesquelles repose le principe de légalité.

51. Si « les dispositions de la Loi relative aux CETC ne laissent aucun doute sur le fait que [leurs] auteurs entendaient habiliter les Chambres extraordinaires à exercer leur compétence sur des crimes internationaux particuliers »¹⁵⁸, autoriser celles-ci à le faire en l'absence de dispositions claires érigeant ces actes en crimes serait contraire aux « garanties impératives relatives au procès équitable »¹⁵⁹.

4. Le principe international de légalité ne prévoit pas une incrimination en droit interne

52. Bien qu'il envisage que des crimes relevant du droit international puissent dans certains cas être poursuivis en droit national, le principe international de légalité ne peut, par sa simple existence, introduire une incrimination fondée sur le droit pénal positif dans un ordre juridique national établi. Comme le montre la pratique des États en la matière, le principe de légalité pénale (*nullum crimen sine lege*) en droit international vient en complément aux contraintes qu'impose la souveraineté nationale (notamment le propre principe de légalité du Cambodge) ; son invocation (même avec la meilleure intention¹⁶⁰) n'a pas d'effet normatif sur le plan interne en l'absence d'une incrimination en droit national. Par conséquent, l'article 33 2) de la Loi relative aux CETC — qui renvoie à l'article 15 du Pacte international — ne permet pas en soi l'incrimination du génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre au Cambodge, parce que ces infractions relevant du droit international n'étaient pas *applicables* entre 1975 et 1979.

¹⁵⁸ Réponse des co-procureurs, par. 135.

¹⁵⁹ Idem. Contrairement à ce qu'affirment les co-procureurs, il existe bel et bien une « autre condition préalable à l'application de ces lois [internationales] ». Réponse des co-procureurs, par. 135. Comme cela a été dit, une législation interne *érigeant* spécifiquement *l'acte en question en crime* est une condition indispensable à toute application des principes de droit pénal international dans l'ordre juridique national.

¹⁶⁰ Voir Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 47 (Le statut des CETC « ne saurait, de l'avis de la Chambre, avoir d'incidence sur le bien-fondé de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, telle que sanctionnée dans l'Ordonnance contestée. Il en est ainsi à la lumière des termes évidents des articles 1 et 2 de la Loi relative aux CETC, selon lesquels les Chambres extraordinaires ont pour objet « de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge [...]. À cet égard, il appert également de la Loi relative aux CETC qu'à cette fin, les Chambres extraordinaires sont créées à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne. ».) N.B. : pour toutes les raisons exposées dans ce mémoire, le simple désir ou l'intention de « traduire en justice » les auteurs allégués de crimes relevant du droit international est une justification insuffisante pour la (tentative) d'établir une incrimination en droit interne.

53. La « raison de s'écarter de décisions [antérieures] qui confirment la compétence des CETC en droit international »¹⁶¹, c'est l'accent mis à tort sur le principe international de légalité. Avec l'invocation répétée de l'article 15 du Pacte international¹⁶², l'on omet de prendre compte, comme il se doit, une autre disposition, dans le même pacte, qui « préserve le caractère sacré de toute loi octroyant un degré de protection plus élevée des droits civils et politiques que les dispositions du Pacte international »¹⁶³ [traduction non officielle]. L'article 5 2) du Pacte international (applicable en l'espèce en vertu de la Constitution cambodgienne¹⁶⁴) interdit aux CETC ou à toute autre juridiction nationale de déroger au strict principe de légalité du Cambodge, qui — à la différence de l'article 15 du Pacte international — ne souffre aucune exception. Par conséquent, le fait que l'application du régime international envisagé par la Loi relative aux CETC ne constitue pas une violation de l'article 15 est sans importance¹⁶⁵.

5. *L'incrimination rétroactive constitue une violation du principe national de légalité*

54. À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la présente Chambre soit convaincue que la Loi relative aux CETC a érigé en crimes les actes visés en ses articles 4 à 6, il n'en demeure pas moins que cette législation rétroactive constituerait une violation du principe national de légalité du Cambodge¹⁶⁶. En effet, ériger en infraction un comportement dans un ordre juridique adopté après que ce comportement est survenu est contraire à la condition de prévisibilité qui fait partie intégrante du principe national de légalité pénale. S'il est possible de soutenir que

¹⁶¹ Voir Réponse des co-procureurs, par. 136 (citant le Document n° **D97/16/10**, Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, par. 45, 47 à 48, 69 et 87 ; Jugement *Duch*, par. 30 ; et Document n° **C22/I/74**, *Decision on Appeal Against Provisional Detention Order of Ieng Sary*, 17 octobre 2008, (anglais) ERN 00232976–00233004, par. 12 et 13).

¹⁶² Voir Réponse des co-procureurs, par. 145, 146 et 160 à 164.

¹⁶³ Document n° **D427/I/6**, *Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, 25 octobre 2010, ERN (anglais) 00617486–00617631, note de bas de page 210 (citant M Novak, « UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: ICCPR COMMENTARY », (2nd Edition), p 118 (*NP Engel 2005*)).

¹⁶⁴ Voir Constitution, article 31 (qui dispose que « [l]e royaume du Cambodge reconnaît et respecte les Droits de l'Homme tels qu'ils sont définis dans la Charte des Nations unies, dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et dans tous les Traités et Conventions relatifs aux Droits de l'Homme [...] »).

¹⁶⁵ N.B. Cela est vrai indépendamment de l'article 5 2). L'article 15 ne prescrit pas (et ne pourrait pas prescrire) une incrimination en droit national : il énonce simplement les normes *minimales* applicables dans la législation nationale. En même temps, il laisse la possibilité d'une protection plus solide, comme celle prévue à l'article 6 du Code pénal de 1956. Vu ces éléments, ainsi que la définition même du principe de légalité, l'article 15 présuppose certainement l'existence d'une incrimination en droit national.

¹⁶⁶ Voir Exception relative à la compétence, n 52.

l'exception au principe international de légalité (Pacte international, article 15 2)) pourrait s'appliquer si les CETC étaient un tribunal international comme le TPIY ou le TSSL, il serait illogique de donner à penser que Nuon Chea aurait pu prévoir qu'il aurait à répondre, devant une juridiction cambodgienne, d'un crime relevant du droit international. En d'autres termes, il est difficile de comprendre comment, dans le cadre d'un système dualiste national, où elle bénéficie d'une solide protection du principe de légalité, une personne aurait pu (ou dû) prévoir que cette protection serait un jour supprimée.

55. Le point de vue précédemment cité, selon lequel la Loi relative aux CETC « n'a pas d'effet rétroactif »¹⁶⁷ [traduction non officielle] est trompeur. Dans la pratique, l'application de la prétendue compétence des CETC entraînerait indubitablement des conséquences pénales *ex post facto* en violation des dispositions de l'article 6 du Code pénal de 1956, qui sont claires. En bref, Nuon Chea serait poursuivi pour des infractions relevant du droit international qui n'étaient pas punissables dans son pays avant l'adoption de la Loi relative aux CETC. Si un tel résultat peut favoriser la réalisation des objectifs fondamentaux de justice du droit pénal international¹⁶⁸, il est manifestement en contradiction avec le strict principe de légalité.
56. Si le principe de légalité est véritablement « avant tout un principe de justice »¹⁶⁹, il ne devrait pas servir à vider rétroactivement de l'essentiel de leur substance les droits individuels reconnus au niveau national. Toute tension engendrée par une divergence dans les façons d'envisager le principe de légalité pénale au niveau international et au niveau national devrait être résolue en faveur de l'Accusé en vertu du principe selon lequel le doute profite à ce dernier. Permettre que le principe international de légalité l'emporte sur sa contrepartie en droit national, qui offre une protection plus importante, constituerait non seulement une violation du droit constitutionnel de Nuon Chea d'être poursuivi « conformément aux dispositions légales », mais porterait également atteinte à la souveraineté du Royaume du Cambodge.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Réponse des co-procureurs, par. 166.

¹⁶⁸ Voir Cassese, n. 141 *supra*, p. 438 et 439.

¹⁶⁹ Affaire *Le Procureur c. Milan Milutinović, Nikola Šainović et Dragoljub Ojdanić*, n° IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić - Entreprise criminelle commune, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003, par. 37 (citant le Tribunal militaire international de Nuremberg).

¹⁷⁰ N.B. La décision du Conseil constitutionnel en date du 12 février 2001 (Décision n° 040/002/2001) n'est pas pertinente dans la mesure où elle portait uniquement sur la constitutionnalité de la prolongation du délai de prescription prévue par la Loi relative aux CETC pour les crimes relevant du droit national et sur d'autres questions sans rapport avec la définition en droit national de crimes reconnus au niveau

D. L'instruction du dossier n° 002 a été fondamentalement viciée et manifestement déséquilibrée

1. L'ingérence inadmissible du Gouvernement a empêché le recueil d'éléments de preuve essentiels

57. Comme déjà indiqué, le Gouvernement royal cambodgien est intervenu dans les activités des CETC en de nombreuses occasions. La Défense a tenté de s'y opposer par tous les moyens à sa disposition. Pourtant, le résultat de cet effort soutenu a été nul : les tentatives faites par la Défense ont été rejetées pour des motifs peu convaincants et alambiqués. Les juges et les procureurs cambodgiens ont eu, pendant toute la procédure, un comportement parfaitement conforme à la position déclarée du Gouvernement et ils ont effectivement bloqué toutes les tentatives de la Défense visant à remédier à ce grave problème. En dépit de la masse considérable de faits prouvant cette ingérence, aucune enquête n'a jamais été menée, aucune personne ni aucune entité n'a jamais été sanctionnée et pas un seul avertissement n'a été émis. Les faits sont néanmoins clairs : l'ingérence politique est flagrante et — comme le suppose la Défense — se poursuit¹⁷¹. Dire que Nuon Chea n'a pas pu tirer un avantage éventuel du témoignage [recherché] des six hauts-responsables du Gouvernement¹⁷² qui ont refusé de se présenter ne relève nullement de la spéculation (pas plus que ce n'est le cas pour les effets corrosifs de la corruption). Cette ingérence a indubitablement « gêné l'instruction » [traduction non officielle]¹⁷³.

international. Le Conseil n'a pas explicitement pris en compte les effets du principe de légalité du Cambodge sur les dispositions relatives au droit pénal international qui figurent aux articles 4 à 6 de la Loi relative aux CETC. Peut-être dans sa sagesse, le Conseil s'est-il déjà parfaitement rendu compte que les dispositions de la Loi relative aux CETC ne pouvaient permettre l'incrimination *post facto* au sein des juridictions cambodgiennes — si extraordinaires fussent-elles.

¹⁷¹ N.B. : la Défense ne peut se plaindre que des seuls cas d'ingérence du Gouvernement *dont elle a connaissance*. Il va sans dire que les ingérences les plus illégales devraient se produire à l'insu du public. On ne sait pour quelles raisons certains témoins en particulier ont été choisis pour être entendus, si le Gouvernement avait eu la possibilité d'intervenir dans le processus de sélection et s'il avait eu celle d'influencer les déclarations à l'avance. Du fait que le Gouvernement n'hésite pas à s'immiscer ouvertement dans les affaires des CETC, il n'y a aucune raison de croire qu'il n'est pas tout aussi animé de la volonté et de l'intention d'exercer une influence sur celui-ci de manière plus secrète.

¹⁷² Décision de la Chambre préliminaire relative aux témoins ; Opinion dissidente, par. 12.

¹⁷³ Opinion dissidente..

2. Une instruction partielle et entachée d'autres vices a entraîné des violations importantes relatives au fond et à la procédure

58. L'instruction est entachée de vices sérieux depuis le début. Plus troublante peut-être était la manière particulièrement partielle dont elle a été menée. Un exemple qui illustre clairement cette tendance est le fait que les co-juges d'instruction ont constamment refusé de faire droit aux demandes d'actes d'instruction présentées par la Défense, qui ont presque toutes — bien qu'étant fondées sur des motifs raisonnables et destinées à orienter l'instruction au profit de Nuon Chea — été sommairement rejetées, souvent pour des motifs juridiques contestables. Et lorsque la Chambre préliminaire leur a ordonné de réexaminer ces rejets, le résultat de ce réexamen a été un *maintien* du refus des co-juges d'instruction d'aider la Défense. En fait, les co-juges d'instruction ont constamment rejeté les Demandes d'actes d'instruction en invoquant de façon perverse le droit de Nuon Chea à être jugé dans des délais raisonnables, alors qu'en réalité, s'ils avaient hâte de clore l'instruction avant le 19 septembre 2009, c'est uniquement pour faire en sorte que Nuon Chea reste en détention provisoire. Bien qu'ils soient supposés mener l'instruction au nom de toutes les parties, il est devenu tout à fait clair que les co-juges d'instruction se souciaient peu de prendre en compte le contexte pertinent ou de rechercher résolument les théories à décharge. Au contraire, ils n'ont fait que rechercher des éléments à l'appui des allégations énoncées dans le Réquisitoire introductif des co-procureurs. En fait, le Juge Lemonde lui-même est allé jusqu'à exposer ce point de vue aux cadres de son équipe¹⁷⁴.
59. Le manque de transparence qui a marqué toute l'instruction a exacerbé cette tendance à la partialité des co-juges d'instruction. À aucun moment les parties n'ont été informées des raisons pour lesquelles des actes d'instruction spécifiques étaient effectués (ou pas comme c'était très souvent le cas). À cet égard, les co-juges d'instruction ont invoqué à plusieurs reprises le secret de l'instruction. Toutefois, ce souci excessif de confidentialité — qui est évidemment nécessaire vis-à-vis *du public* — a beaucoup (et inutilement) desservi *les parties*, qui auraient dû pouvoir vérifier et contester, tant sur la forme que sur le fond, le travail des co-juges d'instruction pendant tout le processus. Ce secret — qui pose problème dans les systèmes de droit pénal dotés de garanties procédurales solides — devient encore

¹⁷⁴ Voir par. 19, *supra*.

plus troublant si l'on tient compte des réalités cambodgiennes. La Défense n'a simplement aucun moyen de savoir si d'importantes pistes d'enquête à décharge n'ont pas été suivies en raison de l'ingérence du Gouvernement. De plus, comme précisé plus haut, les tentatives faites par la Défense pour vérifier les déclarations de témoins, la provenance des documents et la chaîne de conservation et de transmission de ces éléments de preuve depuis 1979 ont été mise en échec par l'invocation du secret de l'instruction.

60. Vu ce manque de transparence dans les méthodes des co-juges d'instruction, la Défense a dû contester la qualité du résultat le plus tangible du travail des co-juges d'instruction, les déclarations de témoins. Comme cela a été noté dans une série de Demandes d'actes d'instruction de la Défense, ces déclarations présentaient de sérieuses lacunes sur le plan qualitatif. En particulier, les enquêteurs du Bureau des co-juges d'instruction ont régulièrement omis de dûment vérifier leurs sources d'information ; ils n'ont pas pris en compte le risque que ces déclarations aient pu être polluées par des informations dont les témoins auraient pu avoir eu connaissance après 1979 ; enfin, ils ont souvent omis de rechercher plus avant les éléments qui semblaient de prime abord à décharge, ou les incohérences dans les récits à charge. Alors que la présence de la Défense aux entretiens aurait pu nuancer ou battre en brèche les déclarations à charge, ou permis de recueillir des déclarations à décharge plus équilibrées, les parties ont été exclues du processus. En outre, comme indiqué plus haut, la presque totalité des efforts déployés ensuite par la Défense pour améliorer la médiocre qualité de ces auditions — en déposant de nombreuses Demandes d'actes d'instruction visant à interroger à nouveau certains témoins afin de corroborer ou d'infirmer leurs déclarations et de découvrir d'autres témoins et pistes — ont été contrecarrés.
61. Du fait de l'approche globale adoptée par les co-juges d'instruction, Nuon Chea n'a pas pu bénéficier du possible avantage qui aurait pu résulter de la recherche d'éléments de preuve pour son compte¹⁷⁵. La partialité, le manque de transparence et les méthodes contestables des co-juges d'instruction ont indubitablement « gêné l'instruction »¹⁷⁶, au détriment de l'Accusé.

¹⁷⁵ Opinion dissidente, par. 12.

¹⁷⁶ Opinion dissidente.

E. De telles insuffisances objectives, prises séparément et à fortiori prises dans leur ensemble, ont causé une atteinte irréparable aux droits reconnus à Nuon Chea par le droit cambodgien et le droit international

62. Ce n'est que maintenant, la procédure contre Nuon Chea arrivant enfin à la phase du procès, qu'il est possible de faire l'inventaire de ce qui a (et n'a pas) transpiré pendant l'instruction. La seule conclusion qu'il soit possible de tirer des diverses insuffisances soulignées précédemment, c'est que l'Accusé ne peut pas bénéficier d'un procès équitable devant la présente Chambre. Bien qu'il soit *théoriquement* concevable que certaines violations du droit à un procès équitable puissent être réparées dans un tribunal ayant les moyens sur le plan pratique et politique de ce faire, ramener *le présent dossier* à une norme acceptable d'« équité » s'avérerait impossible. Les violations sont trop graves et trop nombreuses. Et il est inconcevable que la Chambre de première instance puisse y « remédier » sans ordonner une nouvelle instruction — une solution aussi improbable qu'injuste, étant donné l'âge et l'état physique et mental de l'Accusé. Vu l'ingérence politique, la partialité et les nombreuses failles méthodologiques, le préjudice subi à ce jour est tout simplement irréparable dans la pratique.
63. Du fait que l'instruction a été viciée, la Défense n'a pas eu la possibilité de se préparer de façon adéquate au procès et elle ne sera pas en mesure de soumettre tous les arguments pertinents à la Chambre, ni d'influencer efficacement l'issue du procès. Bloquée par les co-juges d'instruction à tout instant (et n'ayant pas le droit de mener sa propre enquête), la Défense doit maintenant soumettre à la Chambre une liste de témoins qui revient, à peu de choses près, aux pistes d'enquête précédemment écartées. Pour convoquer ne serait-ce qu'un petit nombre de ces personnes au nom de la Défense, la Chambre de première instance devrait employer un temps et des ressources matérielles qui dépassent largement sa capacité actuelle¹⁷⁷.

¹⁷⁷ N.B. : la Défense n'est pas responsable de ce manque de ressources judiciaires, qui — d'après la jurisprudence pertinente — ne saurait constituer une justification acceptable de la violation des droits de Nuon Chea à une instruction juste, efficace et exhaustive. Comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'Homme : « Les États sont tenus d'organiser leurs systèmes juridiques de manière à pouvoir se conformer aux exigences [en matière de procès équitable] » [traduction non officielle], voir Cour européenne des droits de l'Homme, requête n° 32271/04, Affaire *Poppe c. Pays-Bas*, Arrêt, 24 mars 2009, par. 23.

64. Bien que l'on puisse estimer que c'est à la fin d'un procès que peut être évaluée l'équité globale de la procédure pénale, la présente affaire se caractérise cependant par certaines complications uniques en leur genre à cet égard. Tout d'abord, il est pratiquement certain que la présente Chambre ne sera pas en mesure d'accomplir la totalité (ni même une partie importante) des actes d'instruction nécessaires pour réparer le tort causé. De plus, la pression extrajudiciaire exercée par les donateurs ainsi que les exigences perceptibles de la société cambodgienne auront sans aucun doute une incidence sur la façon dont la présente Chambre appréciera les demandes de la Défense tendant à convoquer et à procéder au contre-interrogatoire de témoins, à présenter et à contester des éléments de preuve documentaires. (À cet égard, la Chambre n'a qu'à voir ce qui s'est passé au Tribunal spécial pour la Sierra Leone, où les pressions extérieures exercées sur les juges pour les pousser à clore le procès de Charles Taylor ont été énormes.) Des estimations *prudentes* — qui ne tiennent pas compte du besoin de mesures de réparation importantes, comme celles que nous préconisons ici — font penser que le procès va durer au minimum deux ans. Néanmoins, vu le nombre de témoins proposés par les parties, ces estimations semblent excessivement optimistes, voire fantaisistes. À la différence de ce qui se passe dans le cas d'une instruction de routine en droit romano-germanique, où le tribunal a une possibilité raisonnable de remédier aux violations initiales du droit à un procès équitable, cette Chambre se trouve face à une tâche — littéralement — insurmontable.
65. Par conséquent, étant donné les « violations graves et flagrantes dont les droits de l'accusé font l'objet » [...] auxquelles il ne peut être remédié¹⁷⁸ et le fait que celles-ci vont également « à l'encontre de l'idée que le tribunal se fait de la justice »¹⁷⁹, la fin des poursuites est le seul remède possible — c'est-à-dire juste — en l'espèce. Pour trouver « un juste milieu entre les droits fondamentaux de [l'Accusé] et l'intérêt de la communauté nationale et internationale dans la poursuite [en cours] »¹⁸⁰, la Chambre pourrait, à titre subsidiaire, envisager une suspension temporaire de la procédure. Mais uniquement dans la mesure où la Chambre est prête, disposée et matériellement apte à remédier dans la pratique aux violations exposées plus haut. Toute autre façon de procéder « pourrait s'avérer préjudiciable à la bonne administration

¹⁷⁸ Voir par. 27, *supra*.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

de la justice »¹⁸¹ [traduction non officielle] et fatale aux droits fondamentaux de Nuon Chea.

F. L'adoption et la modification du Règlement au cours d'assemblées « plénières » des CETC sont inconstitutionnelles et constituent un excès de pouvoir

66. Le Règlement est réputé avoir force de loi en matière de procédure devant les CETC, et le Bureau des co-juges d'instruction, la Chambre préliminaire et la Chambre de première instance l'ont jusqu'ici considéré comme tel. Il n'en demeure pas moins que ce Règlement n'a été ni promulgué ni approuvé par l'Assemblée nationale ; il a seulement été *adopté* par les divers participants à l'Assemblée plénière des CETC, un exercice absolument dépourvu de fondement en droit et qui a été effectué sans qu'il ne soit déterminé dans quelle mesure tels ou tels aspects de la procédure cambodgienne existante relevaient de l'application de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. Étant donné que l'article 90 de la Constitution interdit expressément un tel transfert de pouvoir législatif, le Règlement — dans la mesure où ceux qui l'ont rédigé ont en réalité tenté d'élaborer un nouveau code de procédure pénale de synthèse — est inconstitutionnel et dénué d'effet juridique contraignant.
67. Bien que les Actes constitutifs autorisent effectivement des dérogations aux procédures cambodgiennes existantes dans certains cas, ces dérogations doivent être assorties d'une référence *précise* à l'une des exceptions légales. À cet égard, chacune des dispositions de la Loi relative aux CETC crée un mandat qui ne peut être exercé que par un seul organe des CETC. Par exemple, le pouvoir que confère l'article 33 nouveau ne peut être exercé que par la seule Chambre de première instance, et uniquement en ce qui concerne le procès. Inversement, les membres de la Chambre de première instance n'ont pas le pouvoir de créer ni d'appliquer des règles visant par exemple le comportement des co-juges d'instruction. Il s'ensuit qu'un organe composé de plusieurs responsables des CETC agissant de concert ne peut légalement exercer un pouvoir revenant à un organe plénier. Pourtant, c'est tout simplement ce que les auteurs du Règlement ont tenté de faire, en mentionnant — uniquement de façon

¹⁸¹ Cour européenne des droits de l'Homme, requête n° 32271/04, Affaire *Poppe c. Pays-Bas*, Arrêt, 24 mars 2009.

générale — la nécessité de créer « un cadre autonome de droit procédural spécifique aux CETC »¹⁸².

68. À supposer (pour les besoins de la démonstration) que la Constitution autorise l'Assemblée nationale à déléguer son pouvoir législatif à un organe composé de responsables des CETC, pareille délégation de pouvoir n'a toutefois jamais eu lieu. Et ni l'Accord relatif aux CETC ni la Loi relative aux CETC ne mentionnent, et a fortiori ne définissent, les notions d' « Assemblée plénière » ou de « Règlement intérieur ». Par conséquent, la réunion de conclaves extrajudiciaires aux fins d'adoption de procédures qui lient prétendument les parties à l'instance, constitue un excès de pouvoir. L'idée a été avancée que, pour autant qu'il ait une validité, le Règlement est assimilable à un sous-décret ou à des mesures d'application, se situant par conséquent à un rang inférieur à celui du Code de procédure pénale dans la hiérarchie des dispositions législatives¹⁸³. Il n'en demeure pas moins que rien n'indique que le Règlement ait été édicté ou adopté par une autorité législative quelconque dans ce pays. Il est donc faux de laisser entendre qu'il existe en tant que législation « inférieure »¹⁸⁴.
69. À moins qu'une règle donnée soit une reproduction d'une procédure en vigueur, ou qu'elle se justifie par un renvoi *précis* à l'une des exceptions légales prévues dans l'Accord relatif aux CETC¹⁸⁵, elle se trouve frappée de nullité, n'occupe aucun rang dans la hiérarchie juridique cambodgienne et n'a pas force obligatoire aux CETC. Vu que les Actes constitutifs doivent refléter la procédure pénale cambodgienne plutôt que la subvertir, permettre que la commodité l'emporte sur les considérations de légalité saperait (davantage) la légitimité des CETC¹⁸⁶.

¹⁸² Décision rejetant la requête en nullité, par. 14.

¹⁸³ Voir Document n° **D55/I/9**, 13 octobre 2008, *Civil Party Co-Lawyers' Joint Request for Reconsideration of the Pre-Trial Chamber's assessment of the legal status of the Internal Rules in the Decision On Nuon Chea's Appeal Against Order Refusing Request For Annulment*, ERN (anglais) 00229453–00229466, par. 34.

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 37.

¹⁸⁵ N.B. : les juges des CETC peuvent s'écarter du Code de procédure pénale à titre exceptionnel, mais ils ne peuvent pas légiférer de façon générale.

¹⁸⁶ Sluiter, 2006, p. 319 et 320 (« Le personnel international des CETC peut souhaiter disposer d'un ensemble de règles inspirées du Règlement de la CPI et/ou du TPIY en se fondant sur le fait que l'ensemble de la situation concernant le droit national applicable est incertain. Cela irait clairement à l'encontre des intentions des rédacteurs, qui souhaitaient que la procédure se déroule conformément au droit cambodgien » [traduction non officielle]).

G. Continuer à appliquer le Règlement porterait atteinte aux droits de Nuon Chea

70. Même si la création d'un tribunal spécial pour juger un type particulier d'accusés est légitime du point de vue de la Constitution, l'adoption, selon les modalités décrites ci-dessus, d'un ensemble de règles de procédure complètement différent pose un problème. Bien que le Règlement soit censé avoir pour objet de « [consolider] la procédure cambodgienne applicable aux procès devant les CETC »¹⁸⁷, il fait bien davantage qu'unifier ou fusionner les procédures existantes dans un seul document. Par conséquent, Nuon Chea est privé de son droit d'être jugé conformément au droit cambodgien, ainsi que le prévoit l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. Parce que le Code de procédure pénale incarne le système juridique que Nuon Chea connaît le mieux, ne pas appliquer ce système sans motifs impérieux, tout en instaurant des normes vagues et arbitraires qui constituent un abus de pouvoir, est incompatible avec le droit de l'intéressé à la sécurité et à la prévisibilité juridiques. Il convient donc d'étudier le Règlement de très près pour voir s'il est conforme aux procédures en vigueur et toute dérogation doit être dûment justifiée, comme le requièrent les Actes constitutifs¹⁸⁸.
71. De façon générale, la Défense n'est pas opposée à des dérogations spécifiques à la législation cambodgienne existante — pour autant que ces dérogations soient fondées sur les termes exprès de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. En revanche, la Défense est particulièrement opposée aux règles qui ne répondent pas au critère de l'article 12 1), parce que : i) la législation cambodgienne *traite bien* de la question particulière ; ii) il n'existe *aucune* incertitude concernant l'interprétation ou l'application de la règle existante du droit cambodgien ; ou que iii) la question de la compatibilité de cette règle avec les normes internationales *ne se pose pas*. Les règles de ce type n'ont aucun fondement juridique et sont le fruit, pour cette seule raison, d'un excès de pouvoir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Règlement, Préambule.

¹⁸⁸ N.B. : il convient de préciser ici que la Défense est uniquement préoccupée par la légalité du Règlement pour ce qui est du procès et qu'elle n'entend pas que l'une quelconque des mesures correctives ici demandées ait un effet rétroactif. C'est pourquoi, dans l'intérêt d'une administration rapide de la justice, la Défense est prête à accepter la validité des décisions rendues et des procédures appliquées avant le procès, même si elles ont pu être fondées sur des dispositions du Règlement non conformes au Code de procédure pénale et qui sont le fruit, au regard de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC, d'un excès de pouvoir.

¹⁸⁹ N.B. : pour aider la Chambre à cet égard, la Défense a établi un tableau indiquant les règles spécifiques applicables au procès qui ne répondent pas aux conditions posées à l'article 12 1) de l'Accord relatif

H. L'Ordonnance relative à la préparation du procès doit être déclarée nulle et non avenue car elle a été rendue sur la base de règles résultant d'un excès de pouvoir

72. La présente requête ne vise pas à soulever des questions théoriques. Au contraire, Nuon Chea a subi un préjudice réel et direct du fait de l'application des règles du Règlement sur lequel s'est fondée la Chambre de première instance dans son Ordonnance relative à la préparation du procès : plus précisément les règles 23, 24, 29, 31, 79, 80, 80 *bis*, 84, 85, 87, 89 et 91bis. Dans la mesure où ces dispositions qui sont le fruit d'un excès de pouvoir imposent un certain nombre d'obligations préjudiciables à l'Accusé, devoir s'y conformer telles quelles pose véritablement un grave problème de légalité. C'est pourquoi, et comme le montre l'analyse contenue à l'annexe A du présent document, l'Ordonnance relative à la préparation du procès et les délais indiqués sont nuls et non avenues. En attendant que la Chambre ait statué sur la présente exception, il convient de suspendre les effets de l'Ordonnance relative à la préparation du procès. De surcroît, toutes les ordonnances ultérieures concernant la préparation du procès devront être dûment fondées sur l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC et spécifier des délais d'exécution conformes au droit cambodgien¹⁹⁰.

VI. CONCLUSION

73. Pour les raisons qui précèdent, la Défense prie la Chambre de première instance de faire droit aux présentes exceptions préliminaires et d'ordonner les mesures suivantes pour chacune des exceptions dont les motifs distincts ont été exposés dans le présent document :

aux CETC et qui doivent, par conséquent, être déclarées nulles et non avenues. Ce tableau figure à l'annexe A du présent document. Il contient un certain nombre d'exemples de règles qui constituent une application illégale de l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC. Comme la Défense était pressée par le temps lorsqu'elle a effectué cette analyse préliminaire, elle se réserve le droit de présenter (à tout moment) des objections supplémentaires à ces règles, et à d'autres, qui constituent des dérogations à la procédure cambodgienne existante et sont dénuées de fondement juridique.

¹⁹⁰ N.B. : La Défense sait pertinemment que, sur cette question fondamentale qui consiste à déterminer et à appliquer comme il se doit les sources du droit, la Chambre de première instance sera à la fois juge et partie. Si l'on se place du point de vue de la séparation des pouvoirs, ce n'est absolument pas souhaitable. Que les mêmes juges qui sont responsables (notamment) de l'adoption du Règlement, et qui ont de ce fait agi en violation de l'Accord relatif aux CETC, soient maintenant appelés à apprécier sa légalité est troublant. La Défense envisagera donc d'autres voies au sein du système juridique cambodgien pour porter la question devant une juridiction véritablement impartiale.

- a. en application de l'article 89 1) a), libérer immédiatement Nuon Chea, car il n'existe aucune base juridique permettant à la Chambre de le juger¹⁹¹ ;
- b. en application de l'article 89 1) b), ordonner la fin des poursuites ou, à titre subsidiaire, suspendre les poursuites intentées contre Nuon Chea¹⁹² ; enfin/ou,
- c. en application de l'article 89 1) c), déclarer le Règlement nul et non avenu aux fins du procès et des procédures subséquentes ; à titre subsidiaire, indiquer (avec précision et renvoi spécifique à l'article 12 1) de l'Accord relatif aux CETC) les motifs pour lesquels une dérogation à la procédure cambodgienne en vigueur se justifie ; déclarer nulle et non avenue l'Ordonnance relative à la préparation du procès et en suspendre les effets jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur la présente exception préliminaire¹⁹³.

Comme indiqué plus haut¹⁹⁴, la Défense se réserve le droit de présenter d'autres arguments lors de l'audience initiale et de déposer auparavant toutes écritures supplémentaires que commanderait l'intérêt de la justice.

LES CO-AVOCATS DE NUON CHEA

[Signé]

M^c SON Arun

M^c Michiel PESTMAN et M^c Victor KOPPE

¹⁹¹ Voir par. 41 à 56, *supra* ; Voir aussi Exception relative à la compétence.

¹⁹² Voir par. 57 à 65, *supra* ; Voir aussi Exception relative au procès équitable.

¹⁹³ Voir par. 66 à 73, *supra* ; Voir aussi Exception relative au Règlement.

¹⁹⁴ Voir par. 39 à 40, *supra*.