

LA RECONNAISSANCE TIMIDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES KHMERS ROUGES

Mélanie Vianney-Liaud

Special Issue, December 2015

La justice pénale internationale comme projet politique et sélectif

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068008ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068008ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Vianney-Liaud, M. (2015). LA RECONNAISSANCE TIMIDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES KHMERS ROUGES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 63–100. <https://doi.org/10.7202/1068008ar>

Article abstract

In March 2015, the International Co-Investigating Judge of the "Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" (ECCC) charged *in absentia* three former Khmer Rouge cadres for crimes committed under the Democratic Kampuchea (the regime set up by the Khmer Rouge in Cambodia between 1975 and 1979). Several arrest warrants were issued against these suspects. However, the Cambodian police has not executed them. Despite the scale of the atrocities committed during the period of Democratic Kampuchea, the recognition of the criminal responsibility of the Khmer Rouge involved in the commission of international crimes has been long and difficult. Even today, almost ten years after the launch of the ECCC (the internationalized criminal court in charge of trying them), such a recognition is still a subject of controversy. This article examines the issues related to the establishment of these responsibilities. In the first part, the legal and political factors that are behind - at least partly - the belated criminal proceedings against the Khmer Rouge are examined. In a second part, the particular context of the ECCC and the obstacles faced in the proceedings initiated before these Chambers are analyzed. The article concludes that the ECCC has only allowed a limited recognition of the criminal responsibilities of the Khmer Rouge, well short of the extent and intensity of the abuses committed.

LA RECONNAISSANCE TIMIDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES KHMERS ROUGES

Mélanie Vianney-Liaud*

En mars 2015, le co-juge d'instruction international des « Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens » (CETC) mettait en examen *in absentia* trois anciens cadres Khmers rouges pour des crimes commis au Kampuchéa démocratique (régime mis en place par les Khmers rouges au Cambodge entre 1975 et 1979). Plusieurs mandats d'amener ont été délivrés à l'encontre de ces suspects. Cependant, la police cambodgienne ne les a pas exécutés. Malgré l'ampleur des atrocités perpétrées pendant la période du Kampuchéa démocratique, la reconnaissance de la responsabilité pénale des Khmers rouges impliqués dans la commission des crimes internationaux a été longue et difficile. Aujourd'hui encore, près de dix ans après le lancement des CETC (la juridiction pénale internationalisée en charge de les juger), une telle reconnaissance fait toujours l'objet de controverses. Cet article étudie les enjeux liés à l'établissement de ces responsabilités. Aussi, dans une première partie, sont examinés les facteurs juridiques et politiques qui sont à l'origine – en partie du moins – du caractère tardif des poursuites pénales engagées contre des Khmers rouges. Ensuite, dans une seconde partie, sont analysés le cadre très particulier des CETC, ainsi que les obstacles rencontrés dans les procédures initiées devant ces chambres. Cet article conclut que les CETC n'ont permis qu'une reconnaissance limitée des responsabilités pénales de Khmers rouges, très en deçà de l'étendue et de l'intensité des exactions commises.

In March 2015, the International Co-Investigating Judge of the "Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" (ECCC) charged *in absentia* three former Khmer Rouge cadres for crimes committed under the Democratic Kampuchea (the regime set up by the Khmer Rouge in Cambodia between 1975 and 1979). Several arrest warrants were issued against these suspects. However, the Cambodian police has not executed them. Despite the scale of the atrocities committed during the period of Democratic Kampuchea, the recognition of the criminal responsibility of the Khmer Rouge involved in the commission of international crimes has been long and difficult. Even today, almost ten years after the launch of the ECCC (the internationalized criminal court in charge of trying them), such a recognition is still a subject of controversy. This article examines the issues related to the establishment of these responsibilities. In the first part, the legal and political factors that are behind - at least partly - the belated criminal proceedings against the Khmer Rouge are examined. In a second part, the particular context of the ECCC and the obstacles faced in the proceedings initiated before these Chambers are analyzed. The article concludes that the ECCC has only allowed a limited recognition of the criminal responsibilities of the Khmer Rouge, well short of the extent and intensity of the abuses committed.

En marzo de 2015, el Conjuer Internacional de Instrucción de las "Cámaras Extraordinarias en el seno de los Tribunales Camboyanos" (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)*) examinaba *in absentia* tres antiguos dirigentes Jemerer Rojos por crímenes cometidos en Kampuchea Democrática (régimen colocado por los Jemerer Rojos en Camboya entre 1975 y 1979). Varias órdenes de arresto han sido emitidas en contra de estos sospechosos. Sin embargo, la policía camboyana no las ha ejecutado. A pesar de la amplitud de las atrocidades perpetradas durante el período de Kampuchea Democrática, el reconocimiento de la responsabilidad penal de los Jemerer Rojos implicados en la comisión de crímenes internacionales fue largo y difícil. Todavía hoy, cerca de diez años después del lanzamiento del ECCC (la jurisdicción penal internacionalizada encargada de juzgarlos), dicho reconocimiento sigue siendo objeto de controversias. Este artículo estudia los retos relacionados al establecimiento de estas responsabilidades. En una primera parte, son examinados los factores jurídicos y políticos que son al principio, por lo menos en

* Doctorante en droit à l'Université Aix-Marseille III et consultante juridique à la Cour pénale internationale (représentants légaux des victimes). L'auteure tient à remercier l'équipe du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation de l'Université du Québec à Montréal pour lui avoir donné l'opportunité d'écrire cet article, ainsi que les évaluateurs anonymes de la Revue québécoise de droit international pour avoir lu et commenté les précédentes versions de ce texte.

parte, del carácter tardío de los procesos penales contra los Jemeres Rojos. En una segunda parte, son analizados el marco muy particular del ECCC, así como los obstáculos encontrados en los procedimientos iniciados ante estas cámaras. Este artículo concluye que el ECCC ha permitido sólo un reconocimiento limitado de las responsabilidades penales de los Jemeres Rojos, muy por debajo del alcance y de la intensidad de los abusos cometidos.

Le régime du Kampuchéa démocratique installé par les Khmers rouges au Cambodge a causé la mort de 1,5 à 2 millions de personnes¹. Dès leur arrivée au pouvoir en avril 1975, les Khmers rouges procédèrent à des déplacements massifs d'une partie de la population des villes vers les zones rurales et entre zones rurales. Le « peuple nouveau » (anciens fonctionnaires publics, intellectuels, propriétaires terriens, capitalistes, féodaux et petits bourgeois), les autorités religieuses et certaines minorités furent particulièrement touchés². Par ailleurs, l'éclatement d'un conflit armé à caractère international avec le Vietnam, presque immédiatement après l'entrée des forces khmères rouges dans la capitale cambodgienne³, conduisit les Khmers rouges à réaliser d'importantes purges au sein de leurs propres rangs⁴. Le régime du Kampuchéa démocratique prit fin en janvier 1979 avec l'invasion du Cambodge par les troupes vietnamiennes⁵.

Malgré l'ampleur des atrocités, l'établissement de la responsabilité pénale de Khmers rouges impliqués dans la commission de crimes internationaux pendant cette période fut difficile. Il fallut attendre 1999 pour que l'Organisation des Nations unies (ONU) et le gouvernement cambodgien engagent des négociations visant à établir un tribunal pénal internationalisé⁶ responsable de les juger⁷. Cette reconnaissance est cependant restée timide. Lancées en 2006, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) – le tribunal en question – ont pour mandat de traduire en justice les « hauts dirigeants » Khmers rouges et les « principaux responsables » des violations graves commises au Cambodge entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979⁸.

¹ *Co-procureurs c Nuon Chea et Khieu Samphan*, 002/19-09-2007-ECCC-TC, Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002 (7 août 2014) au para 174 (Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance) [Jugement 002/01].

² *Ibid* au para 169.

³ *Co-procureurs c Kaing Guek Eav alias Duch*, 001/18-07-2007-ECCC/TC, Jugement (26 juillet 2010) aux para 66-81 (CETC, Chambre de première instance) [Jugement 001]; *Co-procureurs c NUON Chea, IENG Sary, KHIEU Samphan et IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Ordonnance de clôture (15 septembre 2010) aux para 150-52 (CETC, Co-juges d'instruction) [Ordonnance de clôture].

⁴ *Ibid* aux para 192-203; Jugement 001, *supra* note 3 aux para 77-78.

⁵ *Ibid* au para 80.

⁶ Les juridictions dites « internationalisées » sont qualifiées ainsi en raison d'une juxtaposition d'éléments nationaux et internationaux de degrés variables, au niveau de leur structure et de leur compétence. Ce « groupe » de juridictions rassemble en réalité des modèles très divers qui ont pour caractéristique commune le lien qui les rattache à l'ONU (qui les a créées ou avalisées). Jean-Marc Sorel, « Introduction » dans Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel, dir., *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, 11 aux pp 12-13.

⁷ Par « crimes internationaux », on entend le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

⁸ *Accord entre l'Organisation des Nations unies et le gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique*, Cambodge et Organisation des Nations unies, 6 juin 2003, 2329 RTNU 117 (entrée en vigueur : 29 avril 2005), art 1 [*Accord sur les CETC*]; *Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique*, NS/RKM/1004/006 2004, 27 octobre 2004, art 1 [*Loi sur les CETC*].

Jusqu'à présent, trois anciens responsables Khmers rouges ont été déclarés coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité⁹. Actuellement, un troisième procès se tient devant la Chambre de première instance, qui porte notamment sur des charges de génocide¹⁰. Deux autres affaires sont encore au stade préliminaire de l'instruction. Ces derniers dossiers ont cependant fait l'objet de controverses depuis leur ouverture en 2009¹¹.

Avant d'aborder les difficultés auxquelles les CETC sont confrontées, il semble important – afin de comprendre les enjeux liés à la reconnaissance de la responsabilité pénale des Khmers rouges – de se poser au préalable la question suivante : devait-on et aurait-il été possible de juger ces Khmers rouges plus tôt ? Si oui, pourquoi alors cela n'a-t-il pas été fait ? Plusieurs écrits ont mis en avant les facteurs politiques qui ont conduit au maintien de l'impunité des Khmers rouges entre 1979 et 1999¹². Certains ont également souligné le « long silence » dont a fait preuve la communauté internationale, et notamment l'ONU, à l'égard des atrocités perpétrées au Kampuchéa démocratique¹³. Seul un auteur a examiné la question de savoir si une obligation juridique de poursuivre les Khmers rouges avait existé¹⁴, ainsi que les solutions concrètes qui auraient permis de traduire ces derniers en justice avant la création des CETC¹⁵.

Sans reprendre de manière exhaustive les analyses réalisées par cet auteur, il nous paraît important d'étudier cependant, dans une première partie, les facteurs juridiques et politiques qui expliquent – en partie du moins – le fait qu'avant 1999, aucun État n'ait déclenché de poursuites pénales contre les auteurs des crimes internationaux commis au Cambodge entre 1975 et 1979 (à l'exception du Cambodge, mais cette procédure ne fut pas reconnue au niveau international). Ensuite, nous examinerons, dans une seconde partie, les CETC (les circonstances de leur mise en place, leurs particularités, les procédures engagées et leurs limites), afin de comprendre pourquoi celles-ci n'ont permis qu'une reconnaissance limitée des responsabilités pénales de Khmers rouges.

⁹ CETC, « Dossier 001 », en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/case/topic/212>> [« Dossier 001 »]; CETC, « Dossier 002/01 », en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/case/topic/1296>>.

¹⁰ CETC, « Dossier 002/02 », en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1299>>.

¹¹ CETC, « Dossier 003 », en ligne : <<http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/286>>; CETC, « Dossier 004 », en ligne : <<http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/98>>.

¹² David Boyle, « Quelle justice pour juger les Khmers rouges? » (1999) RTDH 773 aux pp 774-81 [Boyle, « Quelle justice »]; Raoul Marc Jennar, *Trente ans depuis Pol Pot : Le Cambodge de 1979 à 2009*, Paris, L'Harmattan, 2010 [Jennar]; Stephen Heder, « Hun Sen and Genocide Trials in Cambodia : International Impacts, Impunity, and Justice » dans Judy Ledgerwood, dir, *Cambodia Emerges from the Past: Eight Essays*, DeKalb (IL), Northern Illinois University Press, 2002, 176 [Heder, « Hun Sen »].

¹³ Peter Leuprecht, « Cambodge – L'interminable attente de justice » (2013) 26:2 RQDI 245 à la p 245 [Leuprecht].

¹⁴ David Boyle, *Les Nations unies et le Cambodge, 1979-2003 : autodétermination, démocratie, justice pénale internationale*, thèse de doctorat en droit international, Université Paris II Panthéon-Assas, 2003 aux pp 189-96 [Boyle, *Les Nations unies et le Cambodge*].

¹⁵ *Ibid*; Boyle, « Quelle justice », *supra* note 12 aux pp 782-824.

I. 1979-1999 : L'absence de poursuites pénales contre les Khmers rouges

Afin d'apporter des éléments de réponse à la question de savoir pourquoi la responsabilité pénale des Khmers rouges n'a pas été reconnue plus tôt, les deux points suivants seront examinés : premièrement, existait-il en droit international, une obligation des États de les poursuivre ; et deuxièmement, ces États pouvaient-ils le faire (autrement dit, leurs juridictions disposaient-elles de la compétence nécessaire) ?

A. L'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux

Après avoir vérifié l'existence des crimes internationaux au moment des faits et leur applicabilité au contexte cambodgien, il convient d'analyser les différents fondements juridiques possibles d'une obligation des États de poursuivre les auteurs de ces crimes en droit international (traités, coutume et *ius cogens*).

1. EXISTENCE DES CRIMES INTERNATIONAUX AU MOMENT DES FAITS

L'existence des crimes contre l'humanité, crimes de guerre¹⁶ et génocide en droit international entre 1975 et 1979 ne fait pas de doute. Le génocide et les crimes de guerre ont été définis dans des conventions internationales applicables au moment des faits et auxquelles le Cambodge était partie. La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* est entrée en vigueur en 1951¹⁷ et les quatre *Conventions de Genève* du 12 août 1949, en 1950¹⁸. Les *Conventions de Genève*, et en particulier les dispositions relatives aux violations graves, ont codifié des principes fondamentaux du droit international coutumier déjà existant¹⁹. Les normes relatives

¹⁶ Il a été établi qu'un conflit armé de caractère international entre le Cambodge et le Vietnam avait alors eu lieu. Jugement 001, *supra* note 3 aux para 66-81; Ordonnance de clôture, *supra* note 3 aux para 150-152.

¹⁷ *Convention internationale sur la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) [*Convention sur le génocide*]. À noter qu'en « accédant à l'Union française en 1949, le Cambodge a acquis une autonomie souveraine suffisante pour adhérer à la Convention relative au Génocide; les Nations Unies ont accepté son acte d'adhésion ». Ordonnance de clôture, *supra* note 3 au para 1310.

¹⁸ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31, art 50 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Première Convention de Genève*]; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 RTNU 85, art 51 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Deuxième Convention de Genève*]; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135, art 130 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Troisième Convention de Genève*]; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 287, art 147 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Quatrième Convention de Genève*]. À noter que le Cambodge a adhéré le 8 décembre 1958 aux quatre Conventions, en tant qu'État souverain. Jugement 001, *supra* note 3 au para 403.

¹⁹ Jean S Pictet, *Commentaire de la Deuxième Convention de Genève*, Genève, CICR, 1960, en particulier le commentaire relatif à l'article 62 à la p 287; Jean S Pictet, *Commentaire de la Troisième Convention de Genève*, Genève, CICR, 1960, en particulier le commentaire relatif à l'article 142 aux pp 682-684; Jean S Pictet, *Commentaire de la Quatrième Convention de Genève*, Genève, CICR, 1958,

au génocide avaient également déjà valeur coutumière pendant la période du Kampuchéa démocratique²⁰.

Les crimes contre l'humanité, en revanche, n'étaient pas alors incriminés dans une convention internationale²¹. Cependant, ils avaient été reconnus à l'article 6c du *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (STMI)* établi en 1945²², puis inclus à l'article 5c du *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (STMIEO)* de 1946²³ et dans l'article II de la *Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne*²⁴. L'existence des crimes contre l'humanité en droit international a été confirmée par l'Assemblée générale des Nations unies (AG), lorsqu'en 1946, elle a chargé la Commission du droit international de codifier les principes consacrés dans le *STMI* et les jugements du Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI)²⁵. Par la suite, plusieurs condamnations pour crimes contre l'humanité ont été prononcées par des tribunaux nationaux, pour des faits survenus entre 1945 et 1975²⁶. Durant la période du Kampuchéa démocratique, les crimes contre l'humanité faisaient donc eux aussi déjà partie du droit international coutumier²⁷.

en particulier le commentaire relatif à l'article 158 aux pp 669 et 670. Voir aussi Jugement 001, *supra* note 3 au para 405.

- ²⁰ En 1946, avant l'adoption de la *Convention sur le génocide*, l'Assemblée générale des Nations unies dans sa *Résolution no° 96(1)* a reconnu le génocide comme étant un crime relevant du droit international : *Le crime de génocide*, Rés AG 96 (1), Doc off AG NU, 1^{er} sess (1946). En outre, en 1951, la Cour internationale de justice a déclaré que « les principes qui sont à la base de la Convention [sur le génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel » : Cour internationale de justice, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif du 28 mai 1951, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances (1951) à la p 23. Voir aussi *Co-procureurs c NUON Chea, IENG Sary, KHIEU Samphan et IENG Tirth*, 002/19-09-2007-ECCC-BCIJ (CP 75), Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'Ordonnance de clôture (11 avril 2011) au para 246 (CETC, Chambre préliminaire) [Décision relative à l'appel de Ieng Sary].
- ²¹ La première convention internationale à avoir défini les crimes contre l'humanité est la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 RTNU 73 (entrée en vigueur : 11 novembre 1970). Celle-ci toutefois n'impose pas aux États parties l'obligation de poursuivre et de juger les auteurs présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.
- ²² *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal international militaire*, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, États-Unis d'Amérique, France, Union des Républiques socialistes soviétiques, 8 août 1945, 82 RTNU 281 (entrée en vigueur : 8 août 1945).
- ²³ *Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient*, 26 avril 1946, reproduit en anglais dans Neil Boister et Robert Cryer, dir, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 7-11 [Boister et Cryer].
- ²⁴ *Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne relative au châtement des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité*, Journal officiel du Conseil de contrôle allié en Allemagne, n° 3, 31 janvier 1946.
- ²⁵ *Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg*, Rés AG 95(1), Doc off AG NU, 1^{er} sess (1946); *Rapport de la Commission du droit international sur les principes de Nuremberg*, rapport reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, vol 2, 1950; Jugement 001, *supra* note 3 au para 287.
- ²⁶ Voir *infra* notes 50 à 54.
- ²⁷ Jugement 001, *supra* note 3 aux para 284-93; Jugement 002/01, *supra* note 1 au para 176; *Co-procureurs c Kaing Guek Eav alias Duch*, 001/18-07-2007-ECCC/SC, Arrêt (3 février 2012) au para 104 (CETC, Chambre de la Cour suprême) [Arrêt 001].

2. LE DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL

Près d'une cinquantaine de traités multilatéraux et de conventions régionales prévoient une obligation de poursuivre (ou d'extrader)²⁸ les auteurs présumés des infractions qu'ils définissent²⁹. C'est le cas, en particulier, des quatre *Conventions de Genève*, selon lesquelles :

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes³⁰.

L'obligation de poursuivre des *Conventions de Genève* a une portée limitée. Elle ne s'applique qu'aux auteurs de « violations graves »³¹ et seulement en cas de conflit armé international. Toutefois, elle n'est pas restreinte aux seuls États belligérants, et au contraire, s'étend à l'ensemble des parties contractantes³².

La *Convention sur le génocide* ne prévoit pas l'obligation pour l'ensemble des États parties de poursuivre les personnes accusées de génocide³³. L'article VI dispose que les auteurs présumés doivent être traduits devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale compétente à l'égard des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction. Cette « cour », cependant, ne verra pas le jour. En effet, lors de l'adoption de la convention, certains États se sont opposés à l'inclusion d'une disposition portant obligation de créer une telle juridiction³⁴.

²⁸ Pour une discussion sur le contenu exact de « l'obligation d'extrader ou de poursuivre » (*aut dedere, aut judicare*), la différence entre extrader et poursuivre et les relations entre ces deux obligations, voir Miša Zgonec-Rožej et Joanne Foakes, *Briefing Paper International Criminals: Extradite or Prosecute?*, Chatham House, 2013 aux pp 6-11, en ligne : Chatham House <<https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/192991>> [Zgonec-Rožej et Foakes].

²⁹ Claire Mitchell, *Aut Dedere, aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, Graduate Institute Publications, 2011, ch1 au para 2, en ligne : Open Edition Books <<http://books.openedition.org/iheid/249>> [Mitchell].

³⁰ *Première Convention de Genève*, *supra* note 18, art 49; *Deuxième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 50; *Troisième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 129; *Quatrième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 146.

³¹ Richard van Elst, « Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions » (2000) 13 *Leiden J Int'l L* 815 à la p 819 [van Elst].

³² *Ibid* aux pp 821-22; *Première Convention de Genève*, *supra* note 18, art 51; *Deuxième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 52; *Troisième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 131; *Quatrième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 148 : « Aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent. »

³³ Mitchell, *supra* note 29 au para 103.

³⁴ *Rapport du Comité spécial du génocide et projet de convention élaboré par le Comité*, Doc off ECOSOC NU, 1948, Doc NU E/794 à la p 29 [*Rapport du Comité spécial du génocide*].

3. LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

L'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux est limitée en droit conventionnel aux violations graves des *Conventions de Genève*. Certains auteurs considèrent cependant qu'il existe une obligation de poursuivre ou d'extrader les auteurs présumés de crimes internationaux en droit international coutumier³⁵. Ils fondent cette assertion sur le fait que ces crimes sont « *reprehended by the international community as a whole. They are offenses against the world public order. They are of concern to all states and all states ought therefore to cooperate in bringing those who commit such offenses to justice* »³⁶.

Cette opinion ne fait pas l'unanimité toutefois³⁷. Afin d'être considérée comme faisant partie du droit international coutumier, l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux doit satisfaire à deux conditions : (1) l'existence d'une pratique analogue, répétée par les États de la société internationale et (2) l'*opinio juris sive necessitatis*, c'est-à-dire la conviction qu'ont ces États d'observer une règle de droit³⁸. Plusieurs facteurs peuvent être étudiés pour évaluer la formation d'une règle de droit international coutumier, notamment : les résolutions de l'AG, l'existence de poursuites pénales individuelles fondées sur l'obligation de poursuivre devant les juridictions pénales nationales et internationales, ou encore, les écrits doctrinaux.

Dès avant la période du Kampuchéa démocratique, plusieurs résolutions de l'AG ont insisté sur la nécessité de poursuivre les auteurs présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (dont le génocide fait partie selon ces résolutions). Ainsi, dans sa *Résolution n° 2712* de 1970, l'AG a « *condamn[é] les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité [...] encore commis* »³⁹. En 1971, dans sa *Résolution n° 2840*, elle a affirmé que « *le refus de la part d'un État de coopérer en vue de l'arrestation, de l'extradition, du jugement et du châtement d'individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité [était] contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes*

³⁵ Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, New York, Oceana Publications, 2002 à la p 37; Colleen Enache-Brown et Ari Fried, « Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedere Aut Judicare* in International Law » (1998) 43 McGill LJ 613 aux pp 628-32; Lee A Steven, « Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations » (1999) 39 Va J Int'l L 425 à la p 442 [Steven].

³⁶ Cherif Bassiouni et Edward Martin Wise, *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 à la p 24.

³⁷ Un certain nombre d'auteurs considèrent que l'obligation de poursuivre ou d'extrader ne fait pas partie du droit international coutumier. Voir notamment Lyal S Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law, Developments in Codification and Implementation*, The Hague, Kluwer Law International, 1997 à la 254; Geoff Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1998 à la 322; Nina Larsaeus, « The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection: The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers » (2004) 73 Nordic J Int'l L 69 à la p 87.

³⁸ Michael Plachta, « *Aut Dedere Aut Judicare: An Overview of Implementation and Approaches* » (1999) 6 MJEL 331 à la p 333.

³⁹ *Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité*, Rés AG 2712, Doc off AG NU, 25^e sess (1970) au para 3[*Résolution n°2712*].

généralement reconnues du droit international »⁴⁰. Dans sa *Résolution n° 3074* de 1973, elle a déclaré que « les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité [...] [devaient] faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves [...] [devaient] être recherchés, arrêtés, [et] traduits en justice »⁴¹. Il faut rappeler que la portée de telles résolutions en droit international est limitée. Dans certains cas, il est vrai qu'elles constituent une preuve – parmi d'autres – de l'existence d'une règle de droit international coutumier⁴², ou qu'elles contribuent à faire émerger ou à « cristalliser » celle-ci⁴³. En général, toutefois, ces résolutions – même adoptées à l'unanimité – ne créent pas *ipso facto* de nouvelles règles en droit international coutumier⁴⁴.

Outre les résolutions de l'AG, la pratique des États au regard de l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux est à observer. À cet égard, il est intéressant de relever que la première condamnation pour génocide fut prononcée en 1979 par un tribunal cambodgien, à l'encontre de deux anciens hauts dirigeants Khmers rouges, Pol Pot et Ieng Sary (jugés par contumace)⁴⁵. Cependant, d'importantes irrégularités dans l'établissement et dans la procédure de ce tribunal ont été constatées⁴⁶. La définition du génocide, en particulier, avait été « ajustée » pour correspondre aux exactions des autorités khmères rouges et assurer ainsi la condamnation des deux accusés⁴⁷. La légalité et la conformité aux standards internationaux du jugement rendu ont été très contestées⁴⁸ et celui-ci ne fut pas reconnu par la communauté internationale⁴⁹.

Plusieurs déclarations de culpabilité pour crimes contre l'humanité et pour crimes de guerre ont été prononcées, après la Seconde Guerre mondiale et avant

⁴⁰ *Question du châtement des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité*, Rés AG 2840, Doc off AG NU, 26^e sess (1971) au para 4[*Résolution n° 2840*].

⁴¹ *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépitage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, Rés AG 3074, Doc off AG NU, 28^e sess (1973) au para 1[*Résolution n°3074*].

⁴² Committee on Formation of Customary (General) International Law, « Final Report of the Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law », International Law Association, London Conference, 2000 aux para 29-30, en ligne : International Law Association <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>>.

⁴³ *Ibid* au para 31.

⁴⁴ Bien qu'il y ait des exceptions (très rares), voir *ibid* au para 32.

⁴⁵ John Quigley, « Introduction » dans Howard De Nike, John Quigley et Kenneth J Robinson, dir, *Genocide in Cambodia: Documents from the Trial of Pol Pot and Ieng Sary*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000 à la p 17 [Quigley].

⁴⁶ *Ibid* aux pp 190-91; Suzannah Linton, « Putting Cambodia's Extraordinary Chambers Into Context » (2007) 11 SYBIL 195 aux pp 209-10 [Linton].

⁴⁷ Linton, *ibid* à la p 209.

⁴⁸ À noter également que la plupart des États du bloc occidental ont à l'époque refusé de reconnaître la République populaire du Kampuchéa (RPK), le régime mis en place au Cambodge par le Vietnam. Aussi, aux yeux de ces États, la dénonciation des exactions commises par les Khmers rouges constituait pour le Vietnam un moyen de justifier moralement son invasion et sa présence au Cambodge. Marek Sliwinski, *Le génocide khmer rouge : une analyse démographique*, Paris, L'Harmattan, 1995 à la p 167.

⁴⁹ Linton, *supra* note 46 à la p 211.

1975⁵⁰, par le TMI⁵¹, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (TMIEO)⁵², les tribunaux alliés établis en application de la *Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne*⁵³ et par des tribunaux nationaux⁵⁴. Aucune des décisions prononcées par ces juridictions ne s'est référée à l'existence d'une obligation de poursuivre les auteurs de crimes internationaux. Certaines d'entre elles, néanmoins, ont affirmé leur droit de juger les auteurs présumés du fait de la nature particulièrement odieuse des crimes commis. Le TMI a ainsi déclaré, dans son premier jugement que :

*The Signatory Parties created this tribunal [...]. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly; for it is not doubted that any nation has the right thus to set up special courts to administer law.*⁵⁵

Dans l'affaire Eichman, jugée au début des années 1960, le Tribunal de district de Jérusalem a estimé que : « *the State of Israel's "right to punish" the accused derives [...] from [...] a universal source (pertaining to the whole mankind) which vests the right to prosecute and punish crimes of this order in every state within the family of nations.* »⁵⁶

Après la période 1975-1979, d'autres condamnations pour crimes internationaux ont été prononcées, tant par des juridictions nationales

⁵⁰ Arrêt 001, *supra* note 27 au para 103.

⁵¹ Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946*, vol I, Nuremberg, Secrétariat du Tribunal militaire international, 1947 aux pp 79-236.

⁵² Boister et Cryer, *supra* note 23 aux pp 598-628.

⁵³ Pour les jugements des tribunaux de la zone américaine, voir *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946-April 1949*, Washington, US Government Printing Office, 1949-1953. Voir aussi les affaires *J et R, P et consorts*, et *H* devant la Cour suprême allemande pour la zone britannique, dans Walter de Gruyter, dir, *Entscheidungen Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, vol 1, Berlin, 1949-1951 cité dans Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999 à la p 351. Voir aussi le jugement du 29 novembre 1946 dans l'affaire *Albert Wagner* devant le tribunal général militaire du gouvernement de la zone française, dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol XIII, London, The United Nations War Crimes Commission, 1949 aux pp 118-21 [*Law Reports of Trials of War Criminals*].

⁵⁴ Voir le jugement dans l'affaire *Pologne c Arthur Greiser* devant le Tribunal national suprême de Pologne, 7 juillet 1946, dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, *ibid* aux pp 104-06; le jugement rendu le 28 avril 1948 dans l'affaire *Wilhelm Gerbsch* par la Cour spéciale d'Amsterdam, dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, *ibid* aux pp 131-36; le jugement rendu en 1952 par le Tribunal de district de Tel-Aviv dans l'affaire *Le Procureur général du Gouvernement d'Israël c Engister*, dans Lauterpracht, dir, *International Law Reports*, vol 18, 1951 à la p 542; le jugement rendu en 1949 par la Cour spéciale de cassation néerlandaise dans l'affaire *In re Ahlbrecht (No.2)*, dans Lauterpracht, dir, *International Law Reports*, vol 16, 1949 aux pp 396-98; l'arrêt du 29 mai 1962 dans l'affaire *Le Procureur général du Gouvernement d'Israël c Adolf Eichman* rendu par la Cour suprême d'Israël, dans Lauterpracht, dir, *International Law Reports*, vol 36, 1994 aux pp 277-342.

⁵⁵ Cité dans Cherif Bassiouni, *Crimes against humanity in International Criminal Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1999 au para 235 [Bassiouni, *Crimes against humanity*].

⁵⁶ Cité dans *ibid* au para 236.

qu'internationales⁵⁷. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a déclaré dans l'affaire *Blaskić* que « les juridictions nationales [...] de tout État sont tenues par le droit coutumier de juger ou d'extrader les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire »⁵⁸. Une étude récente sur la pratique des États concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre révèle cependant que cette pratique reste limitée. Datée de 2013, cette étude a été menée par Kriangsak Kittichaisaree, le président du Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre de la Commission du droit international⁵⁹. Selon ce rapport, les tribunaux de près de huit États dans onze affaires différentes ont affirmé l'existence d'une obligation d'extrader ou de poursuivre en dehors de toute obligation conventionnelle, tant pour des crimes ordinaires que pour des crimes internationaux⁶⁰. Le président, tout en reconnaissant que cette pratique n'était pas universelle, a estimé toutefois qu'elle était « suffisamment persuasive et étendue ». Il conclut que l'obligation d'extrader ou de poursuivre, notamment en ce que concerne les crimes internationaux, s'est « cristallisée, ou au moins, est en cours de cristallisation comme règle de droit international coutumier », sans constituer pour autant une « règle universelle de droit international coutumier »⁶¹. En effet, la réticence des États à poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux peut être illustrée par des contre-exemples⁶².

4. *JUS COGENS*

Un autre argument venant appuyer l'existence d'une obligation de poursuivre a été mis en avant dans plusieurs écrits doctrinaux⁶³. Selon ceux-ci, l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux a acquis le statut de norme de droit international coutumier en raison de la valeur de « norme impérative du droit international général » (*jus cogens*) de l'interdiction de tels crimes. Les règles faisant partie du *jus cogens* sont des normes pour lesquelles « aucune dérogation n'est permise »⁶⁴. Aussi, lorsqu'une telle norme est violée (c'est-à-dire quand des crimes

⁵⁷ La pratique de plusieurs États (France, Belgique, Canada, Australie, Royaume-Uni et États-Unis) relativement aux poursuites lancées contre des personnes présumées avoir commis des crimes internationaux est discutée dans Cherif Bassiouni, *International Criminal Law – Vol III – Enforcement*, New York, Transnational Publishers, 1999 aux pp 329 et s.

⁵⁸ *Le Procureur c Blaskić*, IT-95-14-AR, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997) au para 29 (TPIY, Chambre d'appel).

⁵⁹ Zgonec-Rozej et Foakes, *supra* note 28 à la p 4.

⁶⁰ *Ibid* à la p 4.

⁶¹ *Ibid*.

⁶² Mitchell, *supra* note 29, ch 1 au para 69.

⁶³ Cherif Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* » (1996) 59 *Law & Contemp Probs* 63 à la p 65 [Bassiouni, « International Crimes »]; Guy S Goodwin-Gill, « Crime in International Law: Obligations *Erga Omnes* and the Duty to Prosecute » dans Guy S Goodwin-Gill et Stefan Talmon, dir, *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 198 à la p 220 [Goodwin-Gill]; Steven, *supra* note 35 aux pp 447-48.

⁶⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 231, art 53 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention sur le droit des traités*].

internationaux sont commis), la conséquence qui en résulte, c'est l'obligation faite à tous les États (*erga omnes*) de poursuivre les auteurs⁶⁵.

Cette position est contestée. Pour d'autres spécialistes, la violation d'une norme de *jus cogens* n'a pas pour effet de créer de nouvelles règles de droit international de nature coutumière⁶⁶. Ces auteurs considèrent, en outre, que les concepts de norme de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes* sont étrangers à la notion de responsabilité pénale individuelle⁶⁷ et se rattachent aux principes relatifs à la responsabilité des États. Ainsi, la conséquence pertinente d'une violation d'une norme de *jus cogens* est d'obliger les États tiers à ne pas reconnaître comme licite la situation ainsi créée, et à coopérer en vue d'y mettre fin⁶⁸.

La distinction entre violation d'une norme de *jus cogens* et engagement de la responsabilité pénale individuelle, cependant, s'est infléchie à la fin des années 1990. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance du TPIY a déclaré que « l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus présents sur leur territoire »⁶⁹.

Les développements qui précèdent nous permettent d'avancer qu'il n'existe pas de réponse claire à la question de savoir si l'obligation de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux constitue une norme de droit international coutumier à l'heure actuelle, et *a fortiori* dans les années 1980 et 1990⁷⁰. L'obligation des États de poursuivre les auteurs présumés de tels crimes semble donc se limiter aux violations graves des *Conventions de Genève*, telle qu'elle est définie dans ces quatre textes. Cependant, il apparaît également, au terme de cette analyse, que les États disposent tout de même de la faculté de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux, et ce, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

B. La compétence de poursuivre les auteurs de crimes internationaux

L'existence d'une obligation ou d'une faculté des États de poursuivre les auteurs de crimes internationaux est insuffisante. Les règles de droit international relatives à ces crimes, en principe, ne sont pas « auto-exécutives »⁷¹. Il est

⁶⁵ Bassiouni, « International Crimes », *supra* note 63 à la p 65; Goodwin-Gill, *supra* note 63 à la p 220; Steven *supra* note 35 à la p 450.

⁶⁶ Raphael van Steenberghe, « The Obligation to Extradite or Prosecute, Clarifying its Nature » (2011) 9 JICJ 1089 à la p 1092 [van Steenberghe].

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Mitchell *supra* note 29, ch 1 au para 78.

⁶⁹ Van Steenberghe, *supra* note 65 à la p 1092, n 9 se référant au *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés AG 56/83, Doc off AG NU, 56^e sess, Doc NU A/RES/56/10 (2001).

⁷⁰ *Le Procureur c Furundžija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 156 (TPIY, Chambre de première instance).

⁷¹ Zgonec-Rožej et Foakes, *supra* note 28 à la p 5.

⁷² Concernant les dispositions des *Conventions de Genève* relatives aux violations graves, voir van Elst, *supra* note 31 à la p 825. Relevons cependant que selon la Chambre préliminaire des CETC, au

indispensable qu'en plus, les institutions judiciaires concernées disposent de la compétence nécessaire pour pouvoir poursuivre, juger et condamner les auteurs de tels crimes.

La compétence d'une juridiction d'un État vis-à-vis d'un crime est généralement limitée aux principes de territorialité (crime commis sur le territoire de l'État concerné), de personnalité active (crime commis par l'un de ses ressortissants) ou passive (crime commis sur l'un de ses ressortissants)⁷². Pour les crimes internationaux, cependant, l'existence d'une compétence universelle a été admise depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale⁷³. Conformément à ce principe, tout État peut lancer des poursuites judiciaires contre les auteurs présumés de ces crimes, quels que soient l'endroit où le crime a été commis, la nationalité de l'auteur ou celle des victimes⁷⁴.

La doctrine s'accorde pour dire que les dispositions des *Conventions de Genève* relatives aux violations graves établissent une « compétence pénale universelle obligatoire »⁷⁵. En ratifiant les *Conventions de Genève*, les États se sont engagés à attribuer à leurs juridictions, la compétence nécessaire pour connaître de ces infractions. À cet égard, les *Conventions de Genève* imposent d'adopter « toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves »⁷⁶. Ainsi, l'État partie qui ne prend pas ces mesures (y compris relativement à la compétence universelle) ne remplit pas ses obligations conventionnelles⁷⁷.

Bien qu'ils aient ratifié les *Conventions de Genève*, plusieurs États n'ont pas encore pris les dispositions nécessaires à l'exercice d'une telle compétence⁷⁸. En outre, les législations nationales de mise en œuvre, lorsqu'elles ont été adoptées, sont souvent incomplètes⁷⁹. En 2000, un auteur constatait qu'un sixième seulement des

contraire, en matière de crimes internationaux, « même s'il n'en ressort pas une pratique uniforme et constante [...] divers États ont fait une application directe du droit international conventionnel ou coutumier, sans doter leur droit interne de dispositions spécifiques qualifiant de crime le fait visé » [Nos italiques]. Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 20 au para 214.

⁷² Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, dir, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 274-277 [Cassese].

⁷³ Bassiouni, *Crimes against humanity*, *supra* note 55 au para 235.

⁷⁴ Cassese, *supra* note 72 à la p 278.

⁷⁵ Jugement 001, *supra* note 3 au para 404. Voir aussi van Elst, *supra* note 31 aux pp 821-23.

⁷⁶ *Première Convention de Genève*, *supra* note 18, art 49; *Deuxième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 50; *Troisième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 129; *Quatrième Convention de Genève*, *supra* note 18, art 146.

⁷⁷ Mitchell, *supra* note 29, ch 1 au para 33.

⁷⁸ Mitchell, *ibid* à l'annexe 3 « State's Implementing Legislation »; van Elst, *supra* note 31 aux pp 831-35.

⁷⁹ En général, les États ont utilisé l'une des trois « méthodes » suivantes pour permettre à leurs tribunaux de poursuivre les auteurs de crimes internationaux, quelques soient la nationalité de ces derniers et le lieu de crime : (a) l'adoption d'un acte juridique de mise en œuvre spécifique à la convention ou au crime; (b) l'adoption d'une norme ou disposition « générale » (en anglais, le terme de « *blanket norm* » est utilisé), qui ne se réfère pas à une convention ou à un crime en particulier, mais plutôt, qui établit une compétence universelle ou extraterritoriale à l'égard d'un « groupe » de crimes ou de conventions;

États ayant ratifié les *Conventions de Genève* avaient conféré à leurs juridictions, une compétence pénale universelle à l'égard de l'ensemble des violations graves⁸⁰. Enfin, même si certains États disposent des instruments juridiques suffisants pour traduire les auteurs présumés de violations graves en justice (et éventuellement, d'autres crimes internationaux)⁸¹, beaucoup cependant ne semblent pas encore prêts à déclencher des poursuites, quelles que soient les raisons⁸².

La *Convention sur le génocide* inclut une disposition similaire aux *Conventions de Genève*, qui impose aux États parties de prendre « les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention »⁸³. Cependant, malgré son article I, selon lequel les « Parties contractantes confirment que le génocide [...] est un crime du droit des gens, *qu'elles s'engagent à prévenir et à punir* »⁸⁴ [nos italiques], la *Convention sur le génocide* n'impose pas à ces dernières l'obligation de conférer à leurs tribunaux une compétence universelle à l'égard du génocide. Le « principe de la répression universelle » fut en effet expressément rejeté lors de l'adoption de la *Convention*⁸⁵.

En l'absence de convention internationale spécifique, l'existence d'une obligation des États d'attribuer à leurs juridictions une compétence universelle à l'égard des crimes internationaux ne semble pas établie en droit international coutumier. En effet, la pratique des États en la matière est relativement récente⁸⁶ et limitée⁸⁷. À cet égard, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal de la Cour internationale de justice relevaient en 2002 que :

(c) l'application directe des règles du droit international – d'origine conventionnelle ou coutumière – en droit interne, sans qu'aucun acte de transposition ne soit nécessaire. Mitchell, *supra* note 29, ch 1 au para 33. L'auteur fait cependant remarquer que cette dernière « méthode » est controversée. En outre, certains États ont déclaré ne pas avoir à adopter des actes de mise en œuvre spécifiques, car ils considèrent que les actes constitutifs des crimes internationaux sont déjà pénalisés dans leur droit interne par des infractions de droit commun. Voir van Elst, *supra* note 31 à la p 828.

⁸⁰ *Ibid* à la p 836.

⁸¹ Mitchell, *supra* note 29 à l'annexe 3.

⁸² *Ibid*, ch 1 au para 69.

⁸³ *Convention sur le génocide*, *supra* note 17, art V.

⁸⁴ *Ibid*, art I.

⁸⁵ *Rapport du Comité spécial du génocide*, *supra* note 34 à la p 32.

⁸⁶ Bassiouni estime qu'aucun des tribunaux nationaux ou internationaux ayant jugé des auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité entre 1945 et 1975 n'a eu recours à la compétence universelle. Dans les cas du TMI, du TMIEO et des tribunaux alliés des zones allemandes occupées, il estime que les puissances alliées avaient exercé une compétence territoriale, dans la mesure où elles disposaient *de facto* des prérogatives de souveraineté sur les territoires occupés où ces tribunaux avaient été créés. Concernant le procès d'Eichmann devant les juridictions israéliennes au début des années 1960 (par ailleurs, souvent considéré comme la première application de la compétence universelle par une juridiction nationale), il relève que la compétence d'Israël était alors fondée sur la nationalité des victimes (ce qui la rattache à la compétence personnelle passive). Cherif Bassiouni, « Universal Jurisdiction for International Crimes » (2001-2002) 42 *Va J Int'l L* 81 aux pp 91 et 137 [Bassiouni, « Universal Jurisdiction »].

⁸⁷ Mitchell, *supra* note 29, ch 1 au para 34. Pour une étude récente sur l'exercice de la compétence universelle par les juridictions internes des États, voir Amnesty International, « Universal Jurisdiction: Strengthening this essential tool of International Justice » (2012), en ligne : Amnesty International <<https://www.amnesty.org/fr/documents/ior53/020/2012/en/>>.

Si une analyse impartiale de la pratique des États et de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'une telle compétence n'est pas actuellement exercée, d'éminents juristes sont beaucoup plus mitigés dans leurs écrits [...]. Mais ces écrits, aussi importants et stimulants soient-ils, ne peuvent en eux-mêmes et sans référence à d'autres sources du droit international attester l'existence d'une norme juridictionnelle. L'affirmation selon laquelle certains traités et certaines décisions judiciaires reposent sur la compétence universelle, ce qu'en fait ils ne font pas, ne prouve pas l'existence d'une pratique internationale reconnue comme coutume.⁸⁸

L'analyse qui vient d'être réalisée nous amène à conclure à l'absence d'obligation des États tiers de poursuivre les auteurs de crimes internationaux, hormis – il semble – pour les auteurs de violations graves aux *Conventions de Genève*. La faculté des États de poursuivre les responsables présumés de tels crimes, cependant, paraît établie depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, quels que soient le lieu de commission des crimes, la nationalité des auteurs et celle des victimes, dès lors que les juridictions de l'État concerné disposent de la compétence nécessaire.

Malgré cette faculté, avant 1999, aucune poursuite ne fut engagée contre des Khmers rouges pour les crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique⁸⁹. Les atrocités alors commises sur la population cambodgienne étaient pourtant connues de la communauté internationale depuis 1977⁹⁰. En outre, des recherches menées par la suite dans les archives du Centre de sécurité S-21 à Phnom Penh ont montré que plusieurs personnes de nationalité étrangère y avaient été torturées et tuées⁹¹. À défaut de compétence universelle (absence de transposition ou transposition incomplète d'un tel principe en droit interne), on songe donc à la possibilité que pouvaient avoir les États concernés d'exercer une compétence personnelle passive⁹². On conçoit toutefois qu'en raison des faiblesses du droit

⁸⁸ Opinion individuelle commune de Madame Higgins, Monsieur Kooijmans et Monsieur Buergenthal, Cour internationale de justice concernant l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, Arrêt [2002] CIJ Rec à la p 3 au para 44.

⁸⁹ En avril 1999, le juge d'instruction bruxellois fut saisi d'une plainte avec constitution de partie civile déposée contre d'anciens dirigeants Khmers rouges par des victimes cambodgiennes de nationalité belge ou vivant en Belgique, auxquels s'étaient joints des victimes françaises d'origine cambodgienne. La plainte fut déclarée recevable. Patrice Leprince, « La Belgique devient pionnière dans la lutte contre les tortionnaires » *Le Soir* (16 avril 1999), en ligne : *Le Soir* <<http://archives.lesoir.be/la-belgique-devient-pionniere-dans-la-lutte-contre-les-t-19990416-Z0GMUE.html>>. Les négociations entre l'ONU et le gouvernement cambodgien en vue d'établir des « chambres extraordinaires » pour juger les responsables des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique ont également commencé en 1999, voir cet article, *supra*.

⁹⁰ Voir par exemple, François Ponchaud, *Cambodge année zéro*, Paris, Julliard, 1977. À l'ONU, voir la Résolution 11 (XXXI) du 15 septembre 1978 de la Sous-commission de lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, par laquelle celle-ci demande à son président d'analyser les communications reçues sur les exactions des Khmers rouges, en vue de faciliter les futurs travaux de la Commission des droits de l'homme.

⁹¹ David Scheffer, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2012 à la p 352 [Scheffer, *War Crimes Tribunals*]. Kaing Guek Eav alias Duch, jugé par les CETC (« Dossier 001 », *supra* note 9) en était le directeur, voir cet article *supra*.

⁹² Le Groupe d'experts de l'ONU chargé de déterminer la faisabilité des procès des Khmers rouges (voir cet article *supra*) avait estimé que pour que les Khmers rouges soient jugés dans un État autre que le

international (absence d'obligation de poursuivre) et des lacunes des droits internes (absence de compétence ou contraintes liées à l'exercice d'une compétence extraterritoriale⁹³), aucune poursuite n'ait été lancée avant la fin des années 1990.

C. Les facteurs d'ordre politique

Outre les raisons liées aux faiblesses des instruments juridiques disponibles à l'époque, des facteurs d'ordre politique permettent d'expliquer (en partie, du moins) le silence de la communauté internationale vis-à-vis des crimes commis au Cambodge entre 1975 et 1979.

Au lendemain de la chute des Khmers rouges, le 6 janvier 1979, une partie de la communauté internationale préféra condamner l'intervention militaire du Vietnam (soutenue par l'Union des républiques socialistes soviétiques) qui mit fin au régime du Kampuchéa démocratique. Afin de lutter contre l'expansionnisme soviétique, la Chine, les États-Unis et leurs alliés, choisirent de soutenir militairement la guérilla khmère rouge⁹⁴. De plus, ils formèrent une coalition informelle au sein de l'AG, visant à obliger le Vietnam à retirer ses forces d'occupation du Cambodge⁹⁵.

Après la Guerre froide, des accords de paix furent signés en 1991, sous l'égide du Conseil de sécurité des Nations unies (CS)⁹⁶. Les cinq permanents jouèrent un rôle crucial dans les négociations, en établissant « un document-cadre de règlement politique global ». Ce document prévoyait d'associer toutes les parties au conflit aux *Accords de paix* au nom de la « réconciliation nationale » (les Khmers rouges furent donc parties à ces *Accords*⁹⁷). Les *Accords* ne prévoyaient aucun procès⁹⁸. Au

Cambodge, il fallait que les codes pénaux des États en question prévoient une compétence universelle ou qu'ils soient en mesure « d'une autre manière » d'appliquer leur législation pénale ordinaire à des cas sans qu'il existe un lien entre l'État du for et le crime, son auteur ou la victime. *Rapport du Groupe d'experts pour le Cambodge créé par la résolution 52/135 de l'Assemblée générale*, Doc off AG NU et CS NU, 1999, Doc NU A/53/850 et Doc NU S/1999/231 au para 192 [*Rapport du Groupe d'experts*].

⁹³ L'exercice de la compétence universelle par les juridictions nationales est presque toujours subordonné à l'existence de certaines conditions de mise en œuvre. Le plus fréquemment, c'est la présence de l'accusé sur le territoire de l'État en question. Bassiouni, « Universal Jurisdiction », *supra* note 86 aux pp 136-37.

⁹⁴ Boyle, « Quelle justice », *supra* note 12 à la p 775; Jennar, *supra* note 12 à la p 50.

⁹⁵ Boyle, « Quelle justice », *ibid* à la p 775. Dans sa *Résolution 34/22* de 1979, l'Assemblée générale, se déclarant « [c]onvaincue qu'une solution assurant la souveraineté et l'indépendance du Kampuchéa [était] essentielle à l'établissement d'une paix durable et à la stabilité de la région », demandait le retrait des forces étrangères. Au nom du « droit de tous les peuples de déterminer leur propre avenir », elle recommandait l'ouverture d'un processus d'autodétermination démocratique à toutes les parties au conflit (par conséquent, y compris les Khmers rouges). *La situation du Kampuchéa*, Rés AG 34/22, Doc off AG NU, 34^e sess, Doc NU A/RES/34/22 (1979) au préambule et aux para 7 et 10.

⁹⁶ *Accords pour un règlement politique global du conflit au Cambodge*, 23 octobre 1991, 1663 RTNU 37 [*Accords de paix de 1991* ou *Accords de Paris*].

⁹⁷ Les *Accords* portent les signatures de Khieu Samphan, ancien chef de l'État et Son Sen, ancien Ministre de la Défense du Kampuchéa démocratique, *Accords de paix* de 1991, *ibid*. Voir également Boyle, Les Nations Unies et le Cambodge, *supra* note 14 au para 593 : « pour éviter qu'une alliance se forme entre la résistance nationale et l'État du Cambodge pour exclure le Kampuchéa démocratique du règlement pacifique, la Chine (...) s'est engagée à mettre fin à son aide aux factions, mais uniquement en cas de règlement global du conflit », garantissant ainsi la participation des Khmers rouges.

contraire, ils envisageaient la réinsertion des Khmers rouges dans la vie politique et civile du Cambodge⁹⁹. Ces derniers, cependant, se retirèrent du processus de paix initié par l'ONU en reprenant les armes dès 1992¹⁰⁰. L'Autorité provisoire des Nations unies au Cambodge (APRONUC), déployée sur le territoire cambodgien conformément aux *Accords de paix*, ne parvint pas à les désarmer¹⁰¹. Après avoir contribué à la tenue d'élections, celle-ci se retira du Cambodge en septembre 1993¹⁰², sans être parvenue à mettre fin à la guerre civile contre les Khmers rouges¹⁰³.

II. 1999-2015 : Une reconnaissance limitée des responsabilités de Khmers rouges

Après le départ de l'APRONUC, il fallut encore attendre plusieurs années avant que l'ONU ne se décide à « mettre fin à sa politique du silence »¹⁰⁴, en traitant la question de la responsabilité de Khmers rouges dans les crimes internationaux commis au Kampuchéa démocratique. La fin des années 1990 fut marquée par d'importantes évolutions sur le plan politique – tant au niveau international qu'au Cambodge¹⁰⁵ – qui apportent des éléments d'explication sur ce changement de position. À cette époque, des négociations furent engagées entre l'ONU et le Cambodge visant à l'établissement d'une juridiction spéciale internationalisée pour traduire un certain nombre de Khmers rouges en justice : les CETC.

Cependant, aux paras 621 et 673, l'auteur note que « la participation des Khmers rouges s'inscrivait également dans le "règlement politique d'ensemble" du conflit prôné par l'Assemblée générale et l'on ne peut donc faire peser sur la Chine, toute la responsabilité de l'inclusion des Khmers rouges dans le processus de paix ».

⁹⁸ Relativement « à l'histoire tragique récente du Cambodge », les *Accords de paix* se contentaient de prévoir l'obligation du Cambodge de prendre, à l'avenir, des mesures pour assurer le « non-retour à la politique et aux pratiques du passé », *Accords de paix de 1991*, *supra* note 96 au préambule.

⁹⁹ Jennar, *supra* note 12 à la p 92.

¹⁰⁰ En conséquence de quoi, le Secrétaire général de l'ONU suspendit le processus de démobilisation prévu par les *Accords de Paris* le 15 novembre 1992. Boyle, *Les Nations unies et le Cambodge*, *supra* note 14 au para 630.

¹⁰¹ Jennar, *supra* note 12 aux pp 93 et 120.

¹⁰² Nations unies, « Autorité provisoire des Nations unies au Cambodge », en ligne : Département d'information des Nations unies <http://www.un.org/fr/peacekeeping/missions/past/f_untac.htm>.

¹⁰³ Jennar, *supra* note 12 à la p 120.

¹⁰⁴ Organisation des Nations unies, communiqué, HR/CN/928, « Advisory services and technical cooperation in field of Human Rights », (22 avril 1999), en ligne : ONU <<http://www.un.org/press/en/1999/19990422.hrcn928.html>>.

¹⁰⁵ Sur le plan international, on peut évoquer, en particulier, la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* en 1994-1995, ainsi que l'adoption du *Statut de Rome* établissant la Cour pénale internationale en 1998. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002). Au niveau cambodgien, on souligne, notamment, l'effondrement du mouvement des Khmers rouges en 1998.

A. La mise en place et les particularités des CETC

L'idée de créer les CETC a émergé en avril 1999, alors que les négociations entre le Cambodge et l'ONU étaient au point mort. À cette époque, aucun autre tribunal dans le paysage de la justice pénale internationale ne disposait encore de telles caractéristiques d'hybridité. Cependant, bien qu'elles partagent cette mixité nationale-internationale avec d'autres juridictions similaires, les CETC se distinguent par des particularités qui leur sont propres. Ces spécificités trouvent leur origine dans le contexte de la mise en place de la juridiction.

1. LE CONTEXTE PRÉCÉDANT LES NÉGOCIATIONS

Pendant la seconde moitié des années 1990, la guérilla khmère rouge s'affaiblit considérablement du fait du ralliement de nombreux transfuges au gouvernement cambodgien. En juillet 1996, notamment, l'ancien dirigeant Ieng Sary fit défection, privant ainsi le mouvement des ressources de la riche région de Pailin dont il était à la tête¹⁰⁶. En juin 1997, Pol Pot est mis au banc du mouvement par Ta Mok¹⁰⁷, autre dirigeant Khmer rouge¹⁰⁸. Cette situation alerte à la fois Thomas Hammarberg, le Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour les droits de l'homme au Cambodge (« le Représentant spécial »), ainsi que les États-Unis.

a) *L'action du Représentant spécial et du Secrétaire général de l'ONU*

En avril 1997, à l'initiative du Représentant spécial, la Commission des droits de l'homme adopte une résolution dans laquelle elle « prie le Secrétaire général [...] d'examiner toute demande d'assistance visant à permettre au Cambodge d'affronter les graves violations [...] commises dans le passé »¹⁰⁹. Rapportant ce signal positif aux co-premiers ministres cambodgiens, Hun Sen et le prince Ranariddh¹¹⁰, le Représentant spécial obtint qu'ils signent en juin 1997, une lettre adressée au Secrétaire général des Nations unies et rédigée avec l'aide du Haut-

¹⁰⁶ Jennar, *supra* note 12 à la p 183.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 184.

¹⁰⁸ Ta Mok était secrétaire de la zone Sud-Ouest sous le Kampuchéa démocratique. Il devint commandant en chef de l'armée du Kampuchéa en 1977. Voir Trial, « Ta Mok », en ligne : TRIAL <<http://www.trial-ch.org/fr/ressources/trial-watch/trialwatch/profils/profile/264/action/show/controller/Profile/tab/slotlight.html>>.

¹⁰⁹ *Situation des droits de l'homme au Cambodge*, Rés CDH 1997/49, Doc off CDH NU, 53^e sess, Doc NU E/CN.4/RES/1997/49 (1997) au para 12.

¹¹⁰ Les élections organisées par l'APRONUC en mai 1993 furent remportées par le parti royaliste du prince Rannariddh. Cependant, des éléments proches du parti de Hun Sen (qui gouvernait le Cambodge depuis la chute des Khmers rouges et jusqu'aux *Accords de paix de 1991*), menacèrent de reprendre les combats. Un compromis fut trouvé : le prince Rannariddh et Hun Sen partageraient le pouvoir jusqu'aux prochaines élections. Voir par exemple Jennar, *supra* note 12 à la p 120.

Commissariat aux droits de l'homme au Cambodge¹¹¹. Reconnaisant que le Cambodge n'avait « ni les moyens, ni les ressources nécessaires pour traduire en justice les responsables [des crimes] commis sous le régime des Khmers rouges », les co-premiers ministres demandaient à l'ONU « une assistance du même type » que celle apportée au Rwanda et à l'ex-Yougoslavie¹¹².

Le Représentant spécial a rapporté que cette lettre avait suscité « peu d'enthousiasme » chez certains membres des Nations unies¹¹³. La Chine en particulier, longtemps alliée aux Khmers rouges¹¹⁴, refusa qu'elle soit inscrite à l'ordre du jour du CS. En outre, fin juin 1997, le prince Ranariddh fut violemment écarté du pouvoir par Hun Sen, ce qui anéantit les coûteux efforts fournis par l'ONU pour établir un régime démocratique au Cambodge¹¹⁵. À l'AG, il fut décidé que le gouvernement cambodgien ne serait reconnu qu'après la tenue d'élections libres et équitables¹¹⁶. Cependant, avant même que cette crise ne soit résolue¹¹⁷, l'AG votait le 12 décembre 1997, une résolution dans laquelle elle demandait au Secrétaire général « d'examiner la demande des autorités cambodgiennes [...], et [...] de nommer un groupe d'experts »¹¹⁸.

Début mars 1999, ces experts rendaient leur rapport. Selon eux, puisqu'il existait suffisamment de preuves pour établir la commission de graves exactions par les Khmers rouges pendant la période du Kampuchéa démocratique, la mise en place d'un tribunal compétent pour juger ces derniers était justifiée¹¹⁹. Plusieurs types de

¹¹¹ Balakrishnan Rajagopal, « The Pragmatics of Prosecuting the Khmer Rouge » (1998) 1 YB Int'l Human L 189 à la p 192 à la note 11 [Rajagopal].

¹¹² *Lettre datée du 21 juin 1997 du premier et du second premiers ministres du Cambodge adressée au Secrétaire général*, Rés AG 51/930, Doc off AG NU, 51^e sess, Doc NU A/51/930 (1997), Rés CS 1997/448, Doc off CS NU, 52^e année, Doc NU S/1997/448 (1997) à la p 2, annexe.

¹¹³ Thomas Hammarberg, « How the Khmer Rouge tribunal was agreed: Discussions between the Cambodian Government and the UN, Part I: March 1997-March 1999 », *Documentation Center of Cambodia, Searching for the Truth* (2001), en ligne : Documentation Center of Cambodia <http://www.dccam.org/Tribunal/Analysis/How_Khmer_Rouge_Tribunal.htm> [Hammarberg].

¹¹⁴ Jennar, *supra* note 12 à la p 49.

¹¹⁵ L'APRONUC était alors la mission de maintien de la paix de l'ONU la plus coûteuse de son histoire, ayant coûté près de trois milliards de dollars américains. Leuprecht, *supra* note 13 à la p 246.

¹¹⁶ Il fut décidé que le siège du Cambodge à l'Assemblée générale resterait vacant. *Pouvoirs des représentants à la cinquante-deuxième session de l'Assemblée générale*, Rés AG 52/178, Doc off AG NU, 52^e sess, Doc NU A/RES/52/178 (1997). Voir Boyle, *Les Nations unies et le Cambodge*, *supra* note 14 au para 868.

¹¹⁷ Sous l'influence du Représentant spécial du Secrétaire général, la question de la mise en jeu de la responsabilité des Khmers rouges devint un moyen d'évaluer la volonté politique de Hun Sen de promouvoir l'État de droit au Cambodge. Voir David Boyle, « Establishing the responsibility of the Khmer Rouge leadership for international crimes » (2002) 5 YB Int'l Crim L 167 à la p 178 [Boyle, « Khmer Rouge' Responsibility »]; Anette Marcher, « Impunity Cambodia's Problem » (interview de Thomas Hammarberg), *Phnom Penh Post* (29 octobre 1999), en ligne : Phnom Penh Post <<http://www.phnompenhpost.com/national/hammarberg-impunity-cambodias-problem>> : « we are currently in a test period – testing the political willingness to do something about human rights. »

¹¹⁸ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, *Situation des droits de l'homme au Cambodge*, Rés AG 52/135, Doc off AG NU, 52^e sess, Doc NU A/RES/52/135 (1997) au para 16.

¹¹⁹ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 au para 58.

juridiction ont été envisagés¹²⁰. Les experts ont considéré que les procès des Khmers rouges ne pouvaient se tenir devant les juridictions nationales, car le pouvoir judiciaire cambodgien manquait d'équité et d'effectivité et parce que « le Cambodge n'a[vait] toujours pas le sens d'un système de justice pénale impartial » et indépendant¹²¹. Aussi, ils recommandèrent que les responsables présumés soient traduits en justice devant un tribunal international *ad hoc* similaire au TPIR¹²².

b) *L'implication des États-Unis*

De leur côté, les États-Unis ont également fait pression pour que des Khmers rouges soient jugés. Fin 1997, ils tentèrent de capturer Pol Pot et de le faire comparaître devant un tribunal étranger disposant de la compétence universelle. Cependant, aucun des États contactés ne se révéla prêt à tenir un tel procès¹²³.

Puis, fin avril 1998, la délégation américaine fit circuler un projet de résolution au CS, qui visait à établir un tribunal pénal international pour juger les responsables des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique sur le fondement du Chapitre VII de la *Charte des Nations unies*¹²⁴. Une difficulté juridique, cependant, faisait obstacle à son adoption. La question se posait de savoir si l'impunité des Khmers rouges pour des crimes commis entre 1975 et 1979 pouvait encore être qualifiée de menace à la paix et à la sécurité internationale en 1998. Le groupe d'experts onusien avait estimé que cette impunité continuait de « constituer une menace à la paix dans la région et [que] la mise en jeu de leur responsabilité aiderait à régler cette question »¹²⁵. À cette époque toutefois, le mouvement des Khmers rouges était déjà très affaibli. Les hostilités au Cambodge n'atteignaient pas l'intensité des conflits en ex-Yougoslavie et au Rwanda qui avait amené le CS à créer les tribunaux pénaux internationaux¹²⁶. Les experts ont concédé qu'une décision du CS créant un tribunal international pour le Cambodge constituerait une « innovation »¹²⁷. En outre, et surtout¹²⁸, la Chine s'opposa fermement au projet américain. La plupart des autres États membres montrèrent peu d'enthousiasme¹²⁹.

¹²⁰ *Ibid*, à savoir : un tribunal national établi par le droit cambodgien (*ibid* aux para 122-138), un tribunal international créé par l'ONU (*ibid* aux para 139-84) ou par un traité (*ibid* au para 193), un tribunal cambodgien sous administration onusienne (*ibid* aux para 185-192), et la tenue de procès devant les tribunaux d'État tiers (*ibid* aux para 194-97).

¹²¹ *Rapport du groupe d'experts*, *ibid* aux para 126-29.

¹²² *Ibid* au para 219.

¹²³ Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 352.

¹²⁴ *Ibid* aux pp 364-366. *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7.

¹²⁵ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 au para 141.

¹²⁶ Boyle, « Khmer Rouge' Responsibility », *supra* note 117 aux pp 181-82.

¹²⁷ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 au para 142.

¹²⁸ Le Conseil de sécurité est un organe politique, maître des qualifications juridiques qu'il retient. En l'occurrence, ses États membres n'étaient pas être prêts à qualifier des crimes commis vingt ans auparavant de « menace à la paix et à la sécurité internationale », en raison sans doute du nombre de conflits générés par la guerre froide encore non résolus. Boyle, « Khmer Rouge' Responsibility », *supra* note 117 aux pp 181-82.

¹²⁹ Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 367. L'auteur a relevé qu'à la fin des années 1990, les États membres de l'ONU, particulièrement au Conseil de sécurité, étaient « las » du

c) *La position du gouvernement cambodgien*

Malgré la lettre de juin 1997 qui allait dans ce sens¹³⁰, avant même que le rapport des experts onusiens ne fût rendu public, le premier ministre Hun Sen informait personnellement ces derniers qu'il n'y aurait pas de procès¹³¹. Outre les élections de juillet 1998 remportées par son parti politique (et à l'issue desquelles la légitimité politique de son gouvernement fut reconnue internationalement¹³²), fin février 1999, le mouvement des Khmers rouges s'était complètement effondré. Quelques mois après le décès de Pol Pot en avril 1998, Hun Sen accueillait Khieu Samphan et Nuon Chea en proclamant : « *We should dig a hole and bury the past and look towards the future* », faisant valoir que les juger « *will only mean a return to civil war* »¹³³. Le 6 mars 1999, cependant, Ta Mok (dernier dirigeant Khmer rouge dissident) fut capturé par les forces gouvernementales cambodgiennes et mis en état d'arrestation¹³⁴. Hun Sen revint alors sur ses déclarations et annonça que le procès de Ta Mok aurait lieu devant les juridictions nationales¹³⁵. Ceci permettrait d'assurer, selon lui, le respect de la souveraineté nationale¹³⁶ et d'éviter la reprise des hostilités¹³⁷.

Face au blocage du CS par la Chine et devant le peu d'enthousiasme montré par les autres États pour créer un troisième tribunal pénal international, une solution de consensus entre l'ONU et le gouvernement cambodgien s'imposa. Le Secrétaire général se déclarait prêt à étudier « d'autres formules ». Aussi, lorsqu'il soumit le rapport du groupe d'experts à l'AG et au CS, il considérait que le tribunal établi pour juger les crimes commis au Kampuchéa démocratique ne devait pas nécessairement

TPIY et du TPIR, du fait notamment de leur coût et de leur lenteur. L'auteur évoque une « *tribunal fatigue* ». *Ibid* à la p 118.

¹³⁰ Voir cet article *infra*. Plusieurs auteurs ont fait remarquer que la signature des co-premiers ministres n'était en fait qu'une manœuvre tactique. Heder, « Hun Sen », *supra* note 12 à la p 197; Hammarberg, *supra* note 113 : « *Hun Sen has obviously seen the international tribunal as an instrument to defeat the Khmer Rouge more than as a means of establishing justice.* »

¹³¹ Boyle, « Khmer Rouge' Responsibility », *supra* note 117 à la p 181.

¹³² Entre autres, le Cambodge récupérait son siège à l'Assemblée générale, *Pouvoirs des représentants à la cinquante-troisième session de l'Assemblée générale*, Rés AG 53/23, Doc off AG NU, 53^e sess, Doc NU A/RES/53/23 B-C (1998).

¹³³ Chris Fontaine, « Khmer Rouge defectors shielded by premier, to escape trial » *Associated Press* (28 décembre 1998).

¹³⁴ Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 379. Hun Sen a refusé la reddition de Ta Mok, voir Heder, « Hun Sen », *supra* note 12 à la p 200.

¹³⁵ « Prime Minister Hun Sen on Issue of the Trial of Ta Mok, Déclaration du 19 mars 1999 » *Cambodia New Vision* (mars 1999) aux pp 1 et 4. Hun Sen a été très critiqué au Cambodge et à l'international pour avoir accueilli Nuon Chea et Khieu Samphan. Ces critiques expliquent sans doute son changement de position vis-à-vis de Ta Mok. Boyle, « Khmer Rouge' Responsibility », *supra* note 117 à la p 180; Linton, *supra* note 46 à la p 218.

¹³⁶ Le Représentant spécial notait que « *[h]is general theme was "sovereignty"* ». Hammarberg, *supra* note 113.

¹³⁷ « *If improperly and heedlessly conducted, the trials of Khmer Rouge leaders would panic other Khmer Rouge officers and its rank and file, who have already surrendered, into turning back to the jungle and renewing the guerrilla war in Cambodia* » : Lettre de Hun Sen à Kofi Annan (3 mars 1999), citée dans Keith B Richburg, « US Wants Tribunal For Top Khmer Rouge » *The Washington Post* (5 mars 1999), en ligne : *The Washington Post* <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1999/03/05/us-wants-tribunal-for-top-khmer-rouge/4c1eca2b-3eb7-4b0e-87aa-3f9fef8ba9f8/>>.

être « constitué selon le modèle des tribunaux existants ». Cependant, il estimait indispensable que celui-ci ait « un caractère international », afin de satisfaire « aux normes internationales en matière de justice, d'équité et de respect des formes régulières »¹³⁸.

2. LES NÉGOCIATIONS ET LES SPÉCIFICITÉS DES CETC

Dans le cadre des négociations, l'ONU et le gouvernement cambodgien étaient d'accord sur un point fondamental : des poursuites pénales devaient être engagées contre plusieurs des responsables Khmers rouges pour les crimes commis au Cambodge pendant la période du Kampuchéa démocratique. Cependant, leurs positions divergeaient sur d'autres éléments tout aussi importants. En particulier, il fallut déterminer d'une part, qui allait être jugé, et d'autre part, devant quel (type de) tribunal les procès auraient lieu.

a) *La compétence personnelle du tribunal*

L'étendue de la compétence personnelle des CETC a été un enjeu important dans les négociations. Il est en effet rapidement apparu que l'ONU et le gouvernement cambodgien n'étaient pas d'accord sur ce point.

Après le départ de l'APRONUC en 1993, les offensives militaires du gouvernement cambodgien contre les Khmers rouges se sont avérées inefficaces¹³⁹. Aussi, le 7 juillet 1994, la *Loi de mise hors-la-loi du groupe du Kampuchéa démocratique*¹⁴⁰ fut adoptée par l'Assemblée nationale cambodgienne. Cette loi organisait l'amnistie de tout combattant acceptant de rallier le gouvernement dans un délai de six mois, à l'exception des dirigeants¹⁴¹. Dans les mois qui suivirent son adoption, plusieurs milliers de soldats et de cadres Khmers rouges se rendirent¹⁴². Afin d'encourager plus de défections, le délai légalement prévu pour changer de camp fut prorogé indéfiniment¹⁴³. Finalement, la reddition des anciens dirigeants fut également acceptée par le gouvernement (excepté Ta Mok)¹⁴⁴.

¹³⁸ Lettres identiques datées du 15 mars 1999, adressées au président de l'Assemblée générale et au président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Rés AG 53/850, Doc off AG NU, 53^e sess, Doc NU A/53/850 (1999); Rés CS 1999/131, Doc off CS NU, Doc NU S/1999/131 (1999) à la p 3.

¹³⁹ Après le départ de l'APRONUC, l'ONU refusa de fournir un soutien militaire et peu d'États étaient prêts à fournir une aide militaire conséquente. Boyle, *Les Nations unies et le Cambodge*, *supra* note 14 au para 878.

¹⁴⁰ *Loi de mise hors-la-loi du groupe du Kampuchéa démocratique*, adoptée le 7 juillet 1994 et promulguée le 15 juillet 1995, en ligne : CETC <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Law_to_Outlaw_DK_Group_1994.pdf> [disponible en anglais].

¹⁴¹ *Ibid*, art 5-6.

¹⁴² Anette Marcher, « Rin verdict leads to KR tribunal doubts » *Phnom Penh Post* (21 juillet 2000), en ligne : *Phnom Penh Post* <<http://www.phnompenhpost.com/national/rin-verdict-leads-kr-tribunal-doubts>>.

¹⁴³ Mais la loi ne fut pas amendée. Dès lors, l'amnistie des Khmers rouges devint une amnistie de fait, Rajagopal, *supra* note 111 à la p 191, note 6.

¹⁴⁴ Voir cet article *infra* ; voir Heder, « Hun Sen » *supra* note 12 à la p 198 (Kè Pork, secrétaire de la zone Nord et chef militaire Khmer rouge). Hormis Ieng Sary, aucun d'eux n'obtint le pardon royal. La

Cette « stratégie gagnant-gagnant » du premier ministre Hun Sen (lui-même ancien Khmer rouge¹⁴⁵) repose sur une lecture de l'histoire du Kampuchéa démocratique, selon laquelle les hauts dirigeants sont les seuls responsables des atrocités commises¹⁴⁶. Or, comme l'ont soulevés les experts onusiens, « des procès équitables risqu[aient] de donner une version historique totalement différente de celle du Parti [de Hun Sen] et impliquer d'autres personnes »¹⁴⁷. Lors des négociations avec l'ONU, si le premier ministre accepta de revenir sur ses déclarations vis-à-vis des anciens hauts dirigeants afin qu'ils soient jugés¹⁴⁸, il semble cependant qu'il n'était pas prêt à laisser un tribunal déclarer d'autres individus responsables¹⁴⁹. Une définition restrictive de la compétence personnelle fut donc incluse dans la *Loi* et dans l'*Accord* sur les CETC, qui limitait celle-ci aux « hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique » et aux « principaux responsables des crimes et graves violations »¹⁵⁰ perpétrés au Cambodge sous ce régime¹⁵¹.

position de Hun Sen vis-à-vis de ce dernier a longtemps été difficile à déterminer. Il a faite nombreuses déclarations contradictoires au cours des négociations. Voir par exemple, Hammarberg, *supra* note 113.

¹⁴⁵ Jennar, *supra* note 12 à la p 163.

¹⁴⁶ Kaev Chanda, ministre de la propagande de la RPK, qui présida le TPR en 1979, déclara que « Pol Pot et Ieng Sary sont les deux meneurs ayant commis la plupart des crimes » et par conséquent, ils seraient les seuls à être jugés, cité dans Heder, « Hun Sen » *supra* note 12 à la p 190 [Nos italiques]. Puis, dans les années 1980, « Hun Sen provided a [...] list of people described as “Khmer Rouge leaders” who he said must be removed from Cambodian political life: Pol Pot, Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan, Son Sen, Mok, Nuon Chea and Kè Pork apparently making them his prosecution list when he wrote to the United Nations Secretary-General that “Khmer Rouge genocidal criminals should be” brought to trial [...]. [T]hose ex-CPK who came over during the next decade of armed conflict, they were termed “misled” people who as a matter of policy were allowed to return to their families and the national fold after a brief period of re-education, and a good number of these became state employees » [Nos soulignés]. Stephen Heder, « The Personal Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia as Regards Khmer Rouge “Senior Leaders” and Others “Most Responsible” for Khmer Rouge Crimes: A History and Recent Developments » (26 avril 2012) à la p 4, en ligne : Cambodia Tribunal Monitor

<<http://www.cambodiatribunal.org/assets/pdf/reports/Final%20Revised%20Heder%20Personal%20Jurisdiction%20Review.120426.pdf>> [Heder, « Personal Jurisdiction »]. En outre, si des cadres Khmers rouges de rang inférieur ont été traduits en justice dans les années 1980, « it seems not in relation to acts during the [Democratic Kampuchea] period ». Linton, *supra* note 46 aux pp 212-13.

¹⁴⁷ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 au para 98.

¹⁴⁸ Kè Pork décéda en 2002, Ta Mok en 2006. Nuon Chea, Khieu Samphan, Ieng Sary et sa femme Ieng Thirith, ont fait l'objet de poursuites pour crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité devant les CETC (affaire n° 002). Ordonnance de clôture, *supra* note 3. Voir cet article à la p 27.

¹⁴⁹ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 au para 110 : « le nombre de personnes pourrait être de l'ordre de 20 à 30. »

¹⁵⁰ David Scheffer, « The Negotiating History of the ECCC's Personal Jurisdiction » (22 mai 2011) à la p 4, en ligne :

Cambodia Tribunal Monitor <http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/ctm_blog_5-22-2011.pdf> : « It is important to recognize that by this time (January 2000), Duch already had been in custody for more than six months and was a constant reference point for the negotiators as a likely defendant [...]. [W]e wanted to make sure that individuals like Duch who might not be among the senior Khmer Rouge leaders but were responsible for large scale commission of atrocity crimes would be eligible for investigation and prosecution by the ECCC. » Kaing Guek Eav alias Duch fut le premier accusé jugé par les CETC. « Dossier 001 », *supra* note 9. Voir cet article *supra*.

¹⁵¹ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 1; *Loi sur les CETC*, *supra* note 8, art 1.

Les experts onusiens s'étaient opposés à la création d'un tribunal dont la compétence personnelle était expressément restreinte. Ils avaient recommandé qu'à l'instar des tribunaux *ad hoc*, la juridiction mise en place soit compétente à l'égard « de toute personne dont les actes relèvent de sa compétence matérielle » et qu'il revienne au procureur, « et à lui seul », de décider qui inculper¹⁵². Les *Statuts* du TPIY et du TPIR disposent que ces tribunaux sont compétents pour poursuivre « les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire »¹⁵³. Les « violations graves » y sont définies comme étant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre¹⁵⁴. Au moment de la mise en place de ces tribunaux, le CS n'avait donné aucune instruction supplémentaire sur la façon dont le procureur devait procéder pour sélectionner les suspects à poursuivre. Pour Luc Côté, « *the unqualified use of the word "responsible" leaves the door open to thousands of individual cases* »¹⁵⁵. Cette formulation très large toutefois est parfaitement conforme à l'indépendance et au pouvoir discrétionnaire dont doit être doté le procureur¹⁵⁶.

La compétence personnelle du TPIY et du TPIR s'est quelque peu précisée avec le temps. En 2000, le CS prenait acte « de la position exprimée par [ces deux tribunaux] selon laquelle ce sont les dirigeants [...], et non les exécutants, qui devraient être traduits devant eux »¹⁵⁷. Puis en 2004, dans le cadre d'une « stratégie d'achèvement des travaux » des deux juridictions, il « demand[ait] à chaque Tribunal de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation qu'il examinera et confirmera visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence »¹⁵⁸.

La compétence personnelle du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) – autre juridiction internationalisée – est aussi expressément limitée à ceux

¹⁵² *Rapport du Groupe d'experts, supra* note 92 au para 111 : « le Groupe pense que le cadre proposé pour les enquêtes devrait servir uniquement à guider les procureurs et non pas à définir la compétence du tribunal chargé de juger les personnes en question. *L'instrument juridique qui définira le statut de ce tribunal devra le doter de la compétence personnelle à l'égard de toute personne dont les actes relevant de sa compétence matérielle, et c'est le procureur et lui seul qui devra décider des personnes à inculper.* » [Nos italiques]

¹⁵³ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Rés CS 827, Doc off CS NU, 3217^e séance, Doc NU S/RES/827 (1993), art 1 [*Statut du TPIY*]; *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Rés CS 955, Doc off CS NU, 3453^e séance, Doc NU S/RES/955 (1994), art 1 [*Statut du TPIR*].

¹⁵⁴ *Ibid.*, art 2-4; *Statut du TPIY, supra* note 153, art 3-5.

¹⁵⁵ Luc Côté, « International Criminal Justice: Tightening up the Rules of the Game » (2006) 88 *Int'l Rev Red Cross* 134 à la p 138.

¹⁵⁶ Frederick de Vlaming, « Selection of Defendants » dans Luc Reymans, Jan Wouters et Cedric Ryngaert, dir, *International Prosecutors*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 542 à la p 548.

¹⁵⁷ *Résolution 2000/1329*, Rés CS 2000/1329, Doc off CS NU, 4240^e séance, Doc NU S/RES/1329 (2000).

¹⁵⁸ Les accusés de rang intermédiaire ou subalterne ont été déférés aux juridictions nationales. Voir *Résolution 2004/1534*, Rés CS 2004/1534, Doc off CS NU, 4935^e séance, Doc NU S/RES/1534 (2004).

qui « portent la responsabilité la plus lourde » à l'égard des crimes commis¹⁵⁹. Le Secrétaire général avait cependant estimé qu'une telle qualification ne devait pas être considérée comme « un critère de vérification ou un seuil bien défini à partir duquel la compétence peut s'exercer, mais comme un point de repère pour le Procureur en vue de l'adoption d'une stratégie en matière de poursuites »¹⁶⁰. La Chambre d'appel du TSSL a suivi cette recommandation. Dans l'affaire *Brima*, elle a déclaré que la seule interprétation possible de l'expression de « ceux qui portent la responsabilité la plus lourde » était qu'elle devait se limiter à servir de guide au procureur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire¹⁶¹.

L'interprétation des CETC des termes « hauts dirigeants » et « principaux responsables » est identique. Dans le dossier n° 001, la Chambre de la Cour suprême a affirmé que sa compétence personnelle se limitait aux « cadres Khmers rouges »¹⁶². Cependant, elle a estimé que ces expressions n'étaient

pas des critères juridiques déterminant la compétence des CETC, mais serv[ai]ent uniquement de principes aux co-procureurs et aux co-juges d'instruction, lorsqu'ils décid[ai]ent, en toute indépendance, du champ des poursuites et de l'instruction dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire¹⁶³.

La position des juges des CETC est donc conforme à l'avis des experts onusiens qui préconisaient que « le tribunal [soit] compétent pour poursuivre uniquement les personnes [...] principalement responsables [des] violations les plus graves », mais que ce « cadre [...] devait servir à guider les procureurs et non pas à définir la compétence du tribunal »¹⁶⁴.

Les termes « hauts dirigeants », et « principaux responsables » n'ont été définis ni dans l'*Accord*, ni dans la *Loi* sur les CETC. Ils sont suffisamment généraux¹⁶⁵ pour pouvoir être interprétés de façon plus ou moins large par les procureurs, selon que ceux-ci veulent étendre ou limiter le nombre de personnes accusées. Aussi, pour les négociateurs onusiens, le risque d'un parti pris cambodgien restait important.

b) *Le type de tribunal*

Un autre enjeu essentiel des négociations était le suivant : il s'agissait de concevoir une juridiction permettant à la fois le respect de la souveraineté nationale

¹⁵⁹ *Accord entre l'Organisation des Nations unies et le gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Léone*, 16 janvier 2002, 2178 RTNU 137, art 1, joint à la Lettre du Secrétaire général adressée au président du Conseil de sécurité (6 mars 2002).

¹⁶⁰ *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Léone*, Doc off CS NU, 2000, Doc NU S/2000/915 au para 30 [*Rapport du Secrétaire général sur le TSSL*].

¹⁶¹ *Prosecutor c Brima*, SCSL-2004-A, Jugement (22 février 2008) au para 282 (TSSL, Chambre d'appel).

¹⁶² Arrêt 001, *supra* note 27 au para 60.

¹⁶³ *Ibid* au para 79.

¹⁶⁴ *Rapport du Groupe d'experts*, *supra* note 92 aux para 110-11.

¹⁶⁵ *Rapport du Secrétaire général sur le TSSL*, *supra* note 160 au para 29.

(requis par le gouvernement cambodgien) et l'exercice d'une justice conforme aux standards internationaux d'indépendance, d'impartialité et d'efficacité (exigée par le Secrétaire général)¹⁶⁶. Les CETC ont été conçues pour répondre à ces deux critères, mais cela, aux termes de négociations qui se révélèrent particulièrement difficiles.

Les projets onusien et cambodgien déposés en 1999 sur la table des négociations étaient très différents l'un de l'autre. Cependant, ils s'accordaient sur deux points : la mixité nationale-internationale de la juridiction et sa présence au Cambodge¹⁶⁷. Les négociateurs de l'ONU envisageaient un tribunal établi par une loi nationale, de façon à garantir le respect de la souveraineté¹⁶⁸, mais composé majoritairement de juges et de procureurs « internationaux »¹⁶⁹. Le gouvernement cambodgien, quant à lui, prévoyait des chambres *ad hoc* créées au sein du système judiciaire national existant et auxquelles était greffée une participation minoritaire de juges et de procureurs étrangers¹⁷⁰.

Suite à l'intervention des États-Unis¹⁷¹, les autorités cambodgiennes acceptèrent de revoir leur proposition à plusieurs reprises. Afin de remédier au manque d'indépendance et d'impartialité des juges cambodgiens, il fut prévu que ceux-ci resteraient majoritaires au sein des chambres¹⁷², mais que les décisions seraient prises à la « supermajorité » (à la majorité des juges, plus une voix)¹⁷³. Pour qu'une décision soit prise par une chambre des CETC, un juge international au moins doit suivre la position de ses homologues cambodgiens. Par conséquent, si au terme d'une procédure, les juges cambodgiens et internationaux ne parviennent pas à se mettre d'accord, la personne accusée sera acquittée. Un tel mécanisme, qui devait permettre à l'ONU de conserver un minimum de contrôle sur les procédures des

¹⁶⁶ Jean-Pierre Getti et William Schabas, *Mission internationale d'enquête, violations des droits de l'homme au Cambodge : Justice et lutte contre l'impunité, (Rapport de la Fédération internationale des Liges des droits de l'homme)*, 1999 à la p 14 [*Rapport de la FIDH*].

¹⁶⁷ L'idée de la juridiction hybride est du sénateur américain John Kerry qui, en visite à Phnom Penh en avril 1999, proposa à Hun Sen d'établir un tribunal composé à la fois de juges et de procureurs étrangers et cambodgiens, Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 383.

¹⁶⁸ *Rapport de la FIDH*, *supra* note 166 à la p 13.

¹⁶⁹ Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 aux pp 384-85.

¹⁷⁰ Heder, « Hun Sen », *supra* note 12 à la p 214.

¹⁷¹ N'étant pas parvenus à faire juger les Khmers rouges conformément à leurs plans, les États-Unis se sont « immiscés » dans les négociations avec pour objectif, selon Stephen Heder, de « *convince the United Nations to lower the bar while offering to pay Hun Sen to jump over it* ». Les intermédiaires américains ont ainsi élaboré à partir de la proposition cambodgienne des dispositifs juridiques permettant une mise en œuvre « acceptable » des compromis politiques négociés avec Hun Sen. Voir Stephen Heder, « *Dealing With Crimes Against Humanity: Progress or Illusion?* » (2001) *Southeast Asian Affairs* 129 à la p 132 [Heder, « *Progress or Illusion* »]; Craig Etcheson, « *A "Fair and Public Trial": A Political History of the Extraordinary Chambers* » (2006) *Justice Initiatives* 7 à la p 12 [Etcheson, « *Fair and Public Trial* »]; Entrevue de Kent Wiedemann, Ambassadeur des États-Unis, « *The American Role in Putting Together KR Trial* », *Phnom Penh Post* (18 avril 1999), en ligne : <http://www.phnompenhpost.com/national/american-role-putting-together-kr-trial-deal>.

¹⁷² La Chambre de première instance est composée de cinq juges, trois cambodgiens et deux internationaux, et la Chambre d'appel (appelée Chambre de la Cour suprême) est composée de sept juges, quatre cambodgiens et trois internationaux, *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 3(2); *Loi sur les CETC*, *supra* note 8, art 9 (nouveau).

¹⁷³ *Ibid*, art 14 (nouveau); *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 4.

CETC¹⁷⁴, constitue en réalité une concession majeure de sa part. Son principal souci était en effet d'éviter que les Cambodgiens fassent obstacle à la condamnation des responsables¹⁷⁵.

Au niveau des poursuites et de l'instruction¹⁷⁶, il fut prévu respectivement qu'un co-procureur cambodgien et un co-procureur international, un co-juge d'instruction national et un co-juge d'instruction étranger, agissent conjointement¹⁷⁷. En principe, les poursuites ne peuvent être déclenchées et l'instruction ne peut être menée sans l'accord des deux « co » concernés. Un mécanisme de déblocage en cas de différend entre « co » fut donc négocié¹⁷⁸, à l'origine de l'ajout d'une Chambre préliminaire à la structure des CETC.

Les textes des Chambres prévoient qu'en cas de désaccord entre « co », les poursuites ou l'instruction suivent leur cours, à moins que l'un des « co » ou qu'ensemble, ils ne saisissent la Chambre préliminaire dans les trente jours qui suivent l'enregistrement du désaccord¹⁷⁹. Seule une décision des juges de cette Chambre¹⁸⁰ adoptée à la super majorité est en mesure d'arrêter la procédure et l'exécution des actes adoptés par l'un des « co »¹⁸¹. Dans l'attente de cette décision, l'acte qui fait l'objet du désaccord est exécuté, sauf dans des cas limités expressément prévus par le *Règlement intérieur des CETC*¹⁸². Bien que les textes ne le prévoient pas explicitement, si la Chambre préliminaire n'est pas saisie en cas de désaccord, le « co » qui souhaite poursuivre ou instruire doit pouvoir agir seul. Cette interprétation

¹⁷⁴ Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 387.

¹⁷⁵ *Ibid* à la p 392.

¹⁷⁶ Devant les CETC, à l'instar de la procédure cambodgienne, les enquêtes précédant le procès sont principalement conduites par deux co-juges d'instruction. Ils sont en charge de rassembler les preuves nécessaires en vue de déterminer, d'une part, si les faits visés dans le réquisitoire introductif des co-procureurs constituent un crime relevant de la compétence des CETC, et, d'autre part, si la personne mise en examen doit être renvoyée ou non devant la Chambre de première instance devant laquelle se déroulera le procès.

¹⁷⁷ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 5(4) et 6(4) sur les co-juges d'instruction et co-procureurs.

¹⁷⁸ David Scheffer qui a pris part activement aux négociations entre l'ONU et le Cambodge en tant qu'« ambassadeur chargé des crimes de guerre » des États-Unis, notait que : « *The prospect of disputes was driven primarily by the concern of key negotiators that the Cambodian Co-Prosecutor or the Cambodian Co-Investigating Judge, or both, might balk at investigating and indicting certain individuals who objectively fall within the personal jurisdiction of the court [...]. It was precisely because negotiators foresaw a possible rift between the Co-Prosecutors, in particular, over additional individuals to bring to trial that the dispute mechanism was developed.* » David Scheffer, « The Value of Steve Heder's Research on the ECCC's Personal Jurisdiction, and an Afterword on the Purpose of the Dispute Settlement Mechanisms » (8 août 2011) à la p 2, en ligne : Cambodia Tribunal Monitor <http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/ctm_blog_08-08-2011_0.pdf>.

¹⁷⁹ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 5(4), 6(4); *Loi sur les CETC*, *supra* note 8, art 20 et 23.

¹⁸⁰ La Chambre préliminaire est composée de cinq juges, trois cambodgiens et deux internationaux.

¹⁸¹ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 7.

¹⁸² *Règlement intérieur des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens*, révision 9 (16 janvier 2015), art 71(3) et 72(3) [*Règlement intérieur des CETC*]. Voir aussi *Disagreement*, 001/18-11-2008-ECCC/PTC, annexe I : « Public Redacted Version of the Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Disagreement Between the Co-Prosecutors Pursuant to Internal Rule 71 » (18 août 2009) au para 16 (CETC, Chambre préliminaire) [« Considerations of the PTC regarding Co-Prosecutors' Disagreement »].

fut suivie par la Chambre préliminaire dans l'affaire n° 002¹⁸³ et semble l'avoir également été dans les affaires n° 003 et n° 004¹⁸⁴.

Bien que ces mécanismes aient permis de faire avancer les négociations, le Secrétaire général se déclarait soucieux, estimant qu'ils présentaient « de larges possibilités d'obstructions et de retards dans la conduite des procès »¹⁸⁵. Aussi, les négociateurs onusiens exigèrent que soit adopté, en plus de la loi cambodgienne, un accord international contraignant portant sur les modalités de l'assistance de l'ONU¹⁸⁶. En juillet 2000, un projet d'accord fut soumis aux négociateurs cambodgiens¹⁸⁷, mais ceux-ci voulurent que la loi établissant les Chambres soit adoptée avant la signature de l'accord¹⁸⁸. Cette loi fut promulguée en août 2001¹⁸⁹. Les négociateurs onusiens, estimant que la loi n'était pas satisfaisante, firent part de leurs préoccupations aux autorités cambodgiennes. Celles-ci refusèrent de la modifier¹⁹⁰. Les négociateurs onusiens décidèrent donc de se retirer des négociations le 8 février 2002¹⁹¹.

Par la suite, cependant, certains États firent pression sur le Secrétaire général¹⁹². Aussi, le 18 décembre 2002, l'AG adopta une résolution qui visait à « reprendre [...] les négociations en vue de conclure avec le Gouvernement

¹⁸³ Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 20 au para 274 : « les co-juges d'instruction *ne sont pas* obligés de saisir la Chambre préliminaire lorsqu'ils sont en désaccord, le parti *par défaut étant la poursuite de l'instruction*. » [Nos italiques]

¹⁸⁴ Voir les décisions (confidentielles) de la Chambre préliminaire citées dans *Co-procureurs c Meas Muth*, 003/07-09-2009/OCIJ, Response to Meas Muth to Rescind the Arrest Warrant Issued on 10 December 2014 (4 juin 2015) au para 3, n 5 (CETC, Co-juge d'instruction international).

¹⁸⁵ *Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*, Rés AG 57/769, Doc off AG NU, 57^e sess, Doc NU A/57/769 (2003) au para 15 [*Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*].

¹⁸⁶ Selon David Scheffer, l'idée d'un accord international a émergé dans l'esprit des négociateurs onusiens fin-décembre 1999. Scheffer, *War Crimes Tribunals*, *supra* note 91 à la p 392.

¹⁸⁷ « Memorandum of Understanding on Khmer Rouge Tribunal » *Phnom Penh Post* (27 octobre 2000), en ligne : Phnom Penh Post <<http://www.phnompenhpost.com/national/memorandum-understanding-khmer-rouge-tribunal>>.

¹⁸⁸ Etcheson, « Fair and Public Trial », *supra* note 171 à la p 13. Cette « technique » permit à Hun Sen de garder le contrôle sur l'avancement du processus et de retarder au besoin l'adoption de la loi. Heder, « Progress or Illusion », *supra* note 171 à la p 134.

¹⁸⁹ *Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, NS/RKM/0801/12, 10 août 2001 (traduction non officielle du 6 septembre 2001, du Conseil des Juristes) [*Loi sur les CETC de 2001*].

¹⁹⁰ Lettre de Sok An, Ministre responsable du bureau du Conseil des Ministres, adressée à Hans Corell, Conseiller juridique à l'ONU (23 novembre 2001) : « *While the Articles of Cooperation (the agreement) may clarify certain nuances in the Law, and elaborate certain details, it is not possible for them to modify, let alone prevail over, a law that has just been promulgated.* »

¹⁹¹ Organisation des Nations unies, communiqué, « Statement by UN Legal Counsel Hans Corell at a press briefing at UN Headquarters in New York » (8 février 2002), en ligne : ONU <<http://www.un.org/news/dh/infocus/cambodia/corell-brief.htm>>.

¹⁹² Dans un premier temps, les États-Unis, le Japon, la France, l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni, auxquels s'ajouteront ensuite l'Inde et les Philippines. Voir Scheffer, *War Crimes Tribunal*, *supra* note 91 à la p 402; Etcheson, « Fair and Public Trial », *supra* note 171 aux pp 17-18; *Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*, *supra* note 185 au para 21.

cambodgien un accord fondé sur les précédentes négociations »¹⁹³. Cette résolution souligne que « les arrangements relatifs à la création de chambres extraordinaires tel qu'ils ont été conçus [...] par le Gouvernement » devraient permettre que celles-ci « exercent leur compétence conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect des formes régulières »¹⁹⁴. Les négociateurs de l'ONU reprirent donc les négociations là où elles avaient été interrompues¹⁹⁵. L'*Accord sur les CETC* fut signé le 6 juin 2003¹⁹⁶. La loi cambodgienne adoptée en 2001 fut modifiée en 2004¹⁹⁷. Cependant, il faudra attendre 2006 pour que des procédures soient engagées devant les CETC.

B. Les poursuites engagées et les limites des CETC

Depuis le commencement des travaux des CETC en 2006, quatre dossiers ont été ouverts. Si des condamnations ont pu être prononcées dans les deux premiers dossiers, les deux derniers, en revanche, sont plus controversés : du fait de l'opposition des Cambodgiens (du gouvernement, mais aussi, au sein des CETC elles-mêmes), les poursuites et l'instruction de ces affaires ont connu et continuent de connaître d'importantes difficultés.

1. LES CONDAMNATIONS PRONONCÉES DANS LES DOSSIERS N° 001 ET N° 002

Les CETC ont condamné trois anciens Khmers rouges dans le cadre de deux affaires distinctes : les dossiers n° 001 et n° 002. Le premier dossier concernait Kaing Guek Eav alias Duch, ancien directeur du Centre de sécurité S-21, situé à

¹⁹³ *Procès des Khmers rouges*, Rés AG 57/228, Doc off AG NU, 57^e sess, Doc NU A/RES/57/228 A (2002). Le projet de résolution fut préparé par la France et le Japon, voir *France et Japon : projet de résolution, Procès des Khmers rouges*, Doc off AG NU, 57^e sess, Doc. NU A/C.3/57/L.70 (2002). Bien que le Cambodge n'ait pas parrainé ce projet de résolution, un auteur fit remarquer qu'il fut préparé en étroite collaboration avec les négociateurs cambodgiens. Etcheson, « Fair and Public Trial », *supra* note 131 à la p 18. On relève également une implication moindre des États-Unis à ce stade, due à la nouvelle administration du président Bush, élu en 2001 (les négociations de l'ONU avec le Cambodge avaient commencé sous l'administration du président Clinton). Craig Etcheson, « Politics of Genocide Justice in Cambodia » dans Cesare PR Romano, André Nollkaemper et Jann K Kleffne, dir, *Internationalized Criminal Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2004 aux pp 194 et 202.

¹⁹⁴ À noter que le même jour, l'Assemblée générale adopta une autre résolution sur la situation des droits de l'homme au Cambodge en flagrante contradiction avec ces propos. Cette résolution relevait « les problèmes qui continuent de se poser au niveau de l'état de droit et du fonctionnement de l'appareil judiciaire [du Cambodge], notamment à cause de la corruption et des ingérences du pouvoir exécutif qui empiètent sur l'indépendance de la magistrature », *La situation des droits de l'homme au Cambodge*, Rés AG 57/225, Doc off AG NU, 57^e sess, Doc NU A/57/225 (2002).

¹⁹⁵ Le Secrétaire général fit remarquer que les dispositions du projet d'accord relatives à la structure, à l'organisation et au fonctionnement des CETC avaient été « calquées sur les dispositions correspondantes de la loi cambodgienne », *Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*, *supra* note 185 au para 23.

¹⁹⁶ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8.

¹⁹⁷ *Law to Amend the 2001 Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers*, NS/RKM/1004/006, 27 octobre 2004.

Phnom Penh. Le 16 juillet 2010, il fut déclaré coupable de crimes contre l'humanité et de violations graves des *Conventions de Genève* de 1949 et condamné à une peine de trente-cinq années d'emprisonnement par la Chambre de première instance¹⁹⁸. En appel, la Chambre de la Cour suprême a annulé cette peine et condamné Duch à une peine de réclusion à perpétuité¹⁹⁹.

Le dossier n° 002 concernait à l'origine quatre anciens dirigeants Khmers rouges : Khieu Samphan, Nuon Chea, Ieng Sary et Ieng Thirith. Les deux derniers sont décédés au cours de la procédure²⁰⁰. Le 22 septembre 2011, la Chambre de première instance a décidé la disjonction des charges du dossier en plusieurs procès, chaque procès portant sur un nombre limité de crimes contenus dans l'acte d'accusation²⁰¹. Le 7 août 2014, Khieu Samphan et Nuon Chea ont été déclarés coupables de crimes contre l'humanité dans le cadre du premier procès (procès 002/01). Ils ont tous deux été condamnés à la réclusion à perpétuité²⁰². L'instance est actuellement en appel. Le second procès du dossier n° 002 (procès 002/02), quant à lui, a commencé le 17 octobre 2014²⁰³. Il concerne, notamment, les accusations de génocide²⁰⁴.

La procédure du dossier n° 001 n'a pas rencontré de difficultés particulières : l'étendue des poursuites était extrêmement restreinte. Seul un accusé de rang subalterne était concerné et le procès s'est limité à des exactions perpétrées sur un trois lieux de crime exclusivement, tous situés à Phnom Penh et dans ses environs et dirigés par Duch (le centre de torture S-21, le camp de travail S-24 et le site d'exécution de Choeung Ek). Le champ du dossier n° 002 est quant à lui beaucoup plus important. Les accusés d'une part, sont tous d'anciens hauts dirigeants Khmers rouges (les plus hauts encore en vie), et les poursuites d'autre part, ont été étendues à de très nombreux crimes commis sur l'ensemble du territoire cambodgien²⁰⁵. L'instruction de ce dossier a donc nécessité des investigations poussées, qui ont

¹⁹⁸ Jugement 001, *supra* note 3.

¹⁹⁹ Arrêt 001, *supra* note 27.

²⁰⁰ Ieng Sary était vice-premier ministre chargé des affaires étrangères du Kampuchéa démocratique. Il est décédé le 14 mars 2013. CETC, *Ieng Sary*, en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/indicted-person/ieng-sary>>. Ieng Thirith était ministre des affaires sociales du Kampuchéa démocratique. Souffrant d'une maladie neurodégénérative, la Chambre de première instance l'estima inapte à être jugée le 13 septembre 2012. CETC, communiqué, « Décision de la Chambre de première instance faisant suite au réexamen de l'aptitude de Ieng Thirith à être jugée » (13 septembre 2012), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/media/ECCC-PR%20TC%20decision%20on%20Ieng%20Thirith-French.pdf>>. Ieng Thirith est décédée le 22 août 2015, voir CETC, communiqué, « Décès de l'accusée Ieng Thirith » (27 août 2015), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/articles/d%C3%A9c%C3%A8s-de-l'E2%80%99accus%C3%A9e-ieng-thirith>>.

²⁰¹ *Co-procureurs c NUON Chea, IENG Sary, KHIEU Samphan et IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC-TC, Ordonnance de disjonction en application de la règle 89 du *Règlement intérieur* (22 septembre 2011) (CETC, Chambre de première instance).

²⁰² Jugement 002/01, *supra* note 1.

²⁰³ Voir cet article à la note 10.

²⁰⁴ *Co-procureurs c NUON Chea et KHIEU Samphan*, 002/19-09-2007-ECCC-TC, Décision portant nouvelle disjonction des poursuites dans le dossier n° 002 et fixant l'étendue du deuxième procès dans le cadre de ce dossier (4 avril 2014) (CETC, Chambre de première instance).

²⁰⁵ Ordonnance de clôture, *supra* note 3.

touché des aspects et des acteurs en lien direct avec le milieu politique cambodgien actuel. Les difficultés ont dès lors commencé à se manifester. Fin septembre 2009, par exemple, le co-juge d'instruction international avait tenté de convoquer six hommes politiques cambodgiens afin de les auditionner²⁰⁶. Or, ces convocations sont toutes restées sans réponse²⁰⁷.

Les réticences rencontrées dans le cadre de l'instruction du dossier n° 002 sont toutefois sans commune mesure avec les obstacles auxquels le personnel international a du faire face jusqu'à présent dans les deux dernières affaires des CETC : les dossiers n° 003 et n° 004.

2. LES OBSTACLES RENCONTRÉS DANS LES DOSSIERS N° 003 ET N° 004

En 2008, le co-procureur international voulut saisir les co-juges d'instruction de deux nouvelles affaires (dossiers 003/004) concernant plusieurs anciens cadres Khmers rouges de rang intermédiaire. Il s'est alors confronté au refus de son homologue cambodgienne et de Hun Sen. Le premier ministre s'est publiquement exprimé contre de nouvelles poursuites qui, selon lui, pourraient réenclencher une guerre civile²⁰⁸. La co-procureure cambodgienne, de son côté, a interprété de manière restrictive la compétence personnelle des CETC, estimant que les suspects concernés – en raison de leur rang peu élevé dans la hiérarchie khmère rouge – n'étaient ni de hauts dirigeants, ni ne figuraient parmi les principaux responsables²⁰⁹.

La Chambre préliminaire, saisie du désaccord entre co-procureurs fin 2008, ne parvint pas à adopter une décision à la super majorité²¹⁰. En conséquence, les procédures ont suivi leur cours normal et les deux réquisitoires introductifs du co-procureur international ont été transmis aux co-juges d'instruction en septembre 2009. Le mécanisme de « déblocage » de la Chambre préliminaire, bricolé au cours des négociations, a donc permis de passer outre l'opposition de la co-procureure et des juges cambodgiens de la Chambre préliminaire. Les dossiers étant désormais ouverts, les co-juges d'instruction avaient pour obligation de les instruire²¹¹. En réalité, cependant, le désaccord qui opposait les co-procureurs n'a fait qu'être transporté devant les co-juges d'instruction²¹² : en six ans de procédure, l'opposition constante

²⁰⁶ Voir par exemple, *Co-procureurs c NUON Chea, IENG Sary, KHIEU Samphan et IENG Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Lettre du Co-juge d'instruction Marcel Lemonde à Samdech Chea Sim, Président du Sénat (25 septembre 2009) (CETC, Co-juge d'instruction international).

²⁰⁷ Marcel Lemonde, *Un juge face aux Khmers rouges*, Paris, Seuil, 2013 à la p 176 [Lemonde].

²⁰⁸ Voir par exemple, Cheang Sokha et James O'Toole, « Hun Sen to Ban Ki-Moon : Case 002, Last Trial at ECCC » *Phnom Penh Post* (27 octobre 2010), en ligne : Phnom Penh Post <<http://www.phnompenhpost.com/national/hun-sen-ban-ki-moon-case-002-last-trial-eccc>>.

²⁰⁹ « Considerations of the PTC regarding Co-Prosecutors' Disagreement », *supra* note 182 au para 32.

²¹⁰ *Ibid* à la p 20.

²¹¹ *Règlement intérieur des CETC*, *supra* note 182, art 55(2).

²¹² Lemonde, *supra* note 207 à la p 184. Voir la position du co-juge d'instruction cambodgien, identique à celle de la co-procureure cambodgienne dans CETC, communiqué, « Statement by the Co-Investigating Judges Regarding Civil Parties in Case 004 » (8 août 2011), en ligne : CETC

de la partie cambodgienne a eu raison de quatre co-juges d'instruction internationaux²¹³.

« Convaincu [...] que jamais on n'arriverait à faire les procès 003 et 004 contre la volonté des Cambodgiens »²¹⁴, Marcel Lemonde fut le premier à partir en décembre 2010²¹⁵. Il fut remplacé par Siegfried Blunk, début 2011. Fin avril, les co-juges d'instruction décidèrent de clôturer l'instruction du dossier n° 003²¹⁶, et ce, sans avoir mené des enquêtes complètes²¹⁷. Les juges internationaux de la Chambre préliminaire, saisis en appel du rejet d'une demande en constitution de partie civile²¹⁸, relevèrent plusieurs irrégularités commises lors de l'instruction²¹⁹. Le juge Blunk démissionna en octobre 2011, « en raison [...] des tentatives d'ingérence de responsables du Gouvernement [...] dans les dossiers 003 et 004 [...] de nature à faire continuellement planer le doute sur sa capacité à [...] exercer sa mission en toute indépendance »²²⁰.

Aux termes de l'article 5, paragraphe 6, de l'*Accord* et de l'article 27 de la *Loi sur les CETC*, le juge Blunk aurait dû être immédiatement remplacé par le co-juge d'instruction international suppléant, Laurent Kasper-Ansermet. Celui-ci avait été nommé en cette qualité le 30 novembre 2010 par décret royal, avec approbation du

<<http://www.eccc.gov.kh/en/articles/statement-co-investigating-judges-regarding-civil-parties-case-004>>.

²¹³ Stuart White, « Another KRT Judge exits » *Phnom Penh Post* (8 juillet 2015), en ligne : Phnom Penh Post <<http://www.phnompenhpost.com/national/another-krt-judge-exits>>.

²¹⁴ Lemonde, *supra* note 207 à la p 214.

²¹⁵ En mai 2010, il avait demandé à son homologue cambodgien de signer une commission rogatoire afin de pouvoir envoyer des enquêteurs sur le terrain. Celui-ci, deux jours après avoir signé la commission rogatoire, décidait finalement de barrer sa signature. CETC, communiqué, « Statement from the Co-Investigating Judges » (9 juin 2010), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/media/PROCIJ%28JUne2010.pdf>>.

²¹⁶ CETC, communiqué, « Statement from the Co-Investigating Judges » (30 avril 2011), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/node/14661>>.

²¹⁷ Open Society Justice Initiative, « Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia » (novembre 2011) à la p 13, en ligne : OSJI <<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/eccc-developments-20111114.pdf>>: « Courts officials repeatedly stated that “no field investigations” were being undertaken in Cases 003/004. Neither of the Case 003 suspects was ever summoned, charged, or questioned. Key witnesses were not interviewed. Crime sites were not examined. » Voir aussi Douglas Gillison, « Justice Denied » *Foreign Policy* (23 novembre 2011), en ligne : Foreign Policy <<http://foreignpolicy.com/2011/11/23/justice-denied/>>.

²¹⁸ Conformément au *Règlement intérieur*, les victimes des crimes des Khmers rouges peuvent, en se constituant « partie civile », prendre part aux procédures en tant que partie au procès. Ce faisant, elles bénéficient en principe de droits procéduraux similaires à ceux de la défense et de l'accusation et peuvent demander réparation, voir *Règlement intérieur des CETC*, *supra* note 182, règle 23(3).

²¹⁹ *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Appeal Against Order on the Admissibility of Civil Party Applicant Robert Hamill, Opinion of Judges Lahuis and Downing (24 octobre 2011) aux para 9-14 (CETC, Chambre préliminaire). Les juges internationaux relevèrent, en particulier, que de nombreux documents soumis par les parties aux co-juges d'instruction n'avaient pas été versés au dossier de l'affaire de manière conforme (retards injustifiés, documents ant-datés ou retirés du dossier, etc.).

²²⁰ CETC, communiqué, « Communiqué de presse du co-juge d'instruction international » (10 octobre 2011) en ligne : CETC <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/media/00746635-00746635_Presse_release_CIJ_2011_10_10_FR-1.pdf>.

Conseil supérieur de la magistrature du Cambodge (CSM)²²¹. Aucune autre formalité n'aurait dû être nécessaire pour permettre à ce dernier d'accéder à la fonction de co-juge d'instruction principal²²². Le 19 janvier 2012, cependant, le gouvernement cambodgien faisait connaître à l'ONU le refus du CSM²²³ de nommer le juge Kasper-Ansermet au poste de co-juge d'instruction international principal²²⁴, ayant estimé que l'article 5, paragraphe 6, de l'*Accord sur les CETC* ne créait aucune obligation de faire remplacer le juge démissionnaire par son suppléant²²⁵.

À cet égard, on relève qu'en vertu de l'article 2 de l'*Accord sur le CETC*, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* lui est applicable²²⁶. Les articles 26 et 31, paragraphe 1, de ce texte prévoient qu'un traité doit être appliqué et interprété de bonne foi, « suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »²²⁷. L'article 5, paragraphe 6, de l'*Accord sur les CETC* dispose qu'en cas de « vacance de poste ou d'empêchement du titulaire, les fonctions du juge d'instruction sont exercées par le suppléant »²²⁸. L'article 1 précise que l'« objet du présent Accord est de fixer les règles régissant la coopération entre [l'ONU] et le Gouvernement [...] aux fins de traduire en justice les

²²¹ Conformément aux articles 5(5) de l'*Accord sur les CETC* et 26 de la *Loi sur les CETC*, voir *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ et *Co-procureur international c Im Chaem, Ao An et Yim Tith*, 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Note du co-juge d'instruction international suppléant aux parties sur les dysfonctionnements flagrants au sein des CETC qui nuisent au bon déroulement de l'instruction des dossiers n° 003 et 004 (21 mars 2012) au para 10 (CETC, Co-juge d'instruction international suppléant) [Note du co-juge d'instruction international suppléant].

²²² *Disagreement*, 003/16-12-2011/ECCC-PTC, Opinion of Pre-Trial Chamber Judges Downing and Chung on the disagreement between the Co-Investigating Judges pursuant to Rule 72 (10 février 2012) au para 31 (CETC, Juges internationaux de la Chambre préliminaire) [Opinion des juges internationaux de la Chambre préliminaire concernant le désaccord entre co-juges d'instruction].

²²³ Bien que constitutionnellement détaché du pouvoir exécutif, le CSM reste très proche du gouvernement en pratique. En 2006, le Représentant spécial relevait que : « Tous [s]es membres à l'exception d'un seul appartiennent au Parti [politique de Hun Sen], et deux sont membres du Comité central de ce parti. » *Rapport de Monsieur Yash Ghai, Représentant spécial du Secrétaire général pour les droits de l'homme au Cambodge*, Rés CDH 2006/110, Doc off CDH NU, 62^e sess, Doc NU E/CN.4/2006/110 (2006) au para 16.

²²⁴ Organisation des Nations unies, communiqué, SG/SM/14072, « Secretary-General Says Decision by Cambodia Not to Appoint Current Reserve Judge to Position on Extraordinary Chambers "Matter of Serious Concern" » (20 janvier 2012), en ligne : Organisation des Nations unies <<http://www.un.org/press/en/2012/sgsm14072.doc.htm>> [Communiqué du Secrétaire général concernant le refus du CSM de nommer le Co-juge d'instruction international suppléant].

²²⁵ International Bar Association, « The ECCC – A Failure of Credibility » (février 2012) à la p 17, en ligne : International Bar Association <<http://jurist.org/paperchase/Cambodia-1.pdf>> [International Bar Association].

²²⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 64. Voir *Rapport du Secrétaire général sur les procès des Khmers rouges*, supra note 64 au para 25. Une telle règle, faisant partie du droit international coutumier, son inclusion *stricto sensu* au sein de l'*Accord sur les CETC* n'était pas nécessaire. Toutefois, comme l'a relevé un auteur, l'incorporation de l'article 2 résulte du « scepticisme de l'ONU » vis-à-vis de l'exécution par le gouvernement cambodgien, de ses obligations. Anne-Charlotte Martineau, *Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride?*, Paris, Pedone, 2007 à la p 34.

²²⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 64, art 31(1).

²²⁸ *Accord sur les CETC*, supra note 8, art 1. La version anglaise emploie le terme « must » : « In case there is a vacancy or a need to fill the post of the international co-investigating judge, the person appointed to fill this post must be the reserve international co-investigating judge. » [Nos soulignés]

hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes » commis au Cambodge entre 1975 et 1979²²⁹. À ce titre, l'article 5, paragraphe 6, « vise à ce que l'absence d'un juge n'occasionne ni perturbation, ni retard dans la procédure et c'est la raison même de l'existence de la fonction de juge suppléant »²³⁰. Le refus du CSM de laisser le juge Kasper-Ansermet accéder aux fonctions de co-juge d'instruction international en faisant valoir qu'une seconde nomination était nécessaire, ainsi que les conséquences d'un tel refus dans la pratique, constituent une violation de l'*Accord sur les CETC*²³¹.

Le juge Kasper-Ansermet s'est en effet heurté dans chacun de ses actes à l'opposition constante du co-juge d'instruction national et, plus largement, à celle de l'ensemble de la partie cambodgienne du tribunal²³². Le co-juge d'instruction cambodgien a déclaré que « le co-juge d'instruction international suppléant [devait] attendre sa nomination officielle [...] avant d'exercer sa fonction »²³³. Il considérait que « tout acte procédural accompli par le juge Kasper-Ansermet n'[était] pas légalement valide »²³⁴. Le Secrétaire général lui-même qualifia la décision du CSM de violation de l'article 5, paragraphe 6, de l'*Accord*²³⁵. Excédé par ces entraves, le juge Kasper-Ansermet finit par démissionner le 4 mai 2012, « pour des motifs manifestement plus politiques et financiers que judiciaires »²³⁶.

²²⁹ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 1.

²³⁰ Opinion des juges internationaux de la Chambre préliminaire concernant le désaccord entre co-juges d'instruction, *supra* note 222 au para 44.

²³¹ International Bar Association, *supra* note 225 à la p 24.

²³² Note du co-juge d'instruction international suppléant, *supra* note 221. En particulier, le juge Kasper-Ansermet a voulu saisir la Chambre préliminaire des désaccords qui l'opposaient à son homologue cambodgien relativement à la réouverture de l'instruction dans l'affaire n° 003 et à la réalisation d'une commission rogatoire dans l'affaire n° 004. Il s'est vu retourner son « Constat de désaccord » par le président (cambodgien) de ladite Chambre, sans qu'il y ait eu examen sur le fond, car « M Laurent Kasper-Ansermet n'a[avait] pas les qualifications suffisantes pour assumer ses fonctions conformément à la procédure en vigueur » (*ibid* au para 24). En conséquence, le personnel cambodgien compétent a refusé de verser aux dossiers des affaires concernées, l'ensemble des documents déposés par le juge Kasper-Ansermet (dont l'ordonnance de réouverture de l'instruction du dossier n° 003 et la lettre de commission rogatoire de l'affaire n° 004), au motif que ces documents ne comportaient pas la signature du co-juge d'instruction cambodgien (*ibid* aux para 34-35). En février 2012, également, le juge Kasper-Ansermet s'est vu refuser l'accès au sceau du Bureau des co-juges d'instruction, symbole de son autorité judiciaire, indispensable au dépôt en bonne et due forme de ses décisions judiciaires (*ibid* aux para 41-42).

²³³ CETC, communiqué, « Communiqué de presse du co-juge d'instruction national des CETC » (6 décembre 2011), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/articles/communiqu%C3%A9-de-presse-co-juge-d%E2%80%99instruction-national-des-cetc-traduction-non-officielle>>.

²³⁴ Note du co-juge d'instruction international suppléant, *supra* note 221 au para 12.

²³⁵ Communiqué du Secrétaire général concernant le refus du CSM de nommer le co-juge d'instruction international suppléant, *supra* note 224.

²³⁶ CETC, communiqué, « Communiqué de presse du co-juge d'instruction international (suppléant) » (4 mai 2012), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/articles/communiqu%C3%A9-de-presse-du-co-juge-dinstruction-international-suppl%C3%A9ant>>.

Nommé officiellement par le CSM en juin 2012, Mark Harmon – son successeur — entra en fonction en octobre 2012²³⁷. Il confirma la réouverture de l’instruction du dossier n° 003 initiée par le juge Kasper-Ansermet²³⁸ et continua celle du dossier n° 004²³⁹. Après deux ans d’enquêtes menées sans le soutien de son homologue cambodgien²⁴⁰ et dans la plus grande confidentialité²⁴¹, le juge Harmon décida en mars 2015, de mettre en examen *in absentia*, trois suspects des affaires n° 003 et n° 004 pour crimes contre l’humanité, crimes de guerre et homicide : Meas Muth²⁴², Im Chaem²⁴³ et Ao An²⁴⁴.

Une citation à comparaître à l’égard de Meas Muth avait été délivrée par le juge Harmon le 23 novembre 2014. Celui-ci cependant ne se présenta pas à son interrogatoire de première comparution, ayant refusé de reconnaître la validité d’une citation émanant d’un seul co-juge d’instruction²⁴⁵. Aussi, le 10 décembre 2014 et le 4 juin 2015, le juge Harmon transmettait à la police cambodgienne deux mandats

²³⁷ CETC, communiqué, « Prestation de serment de Mark Harmon, co-juge d’instruction international » (26 octobre 2012), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/articles/prestation-de-serment-de-mark-harmon-co-juge-d-instruction-international>>.

²³⁸ CETC, communiqué, « Statement by the Co-Investigating Judge regarding Case 003 » (28 février 2013), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/en/articles/statement-co-investigating-judges-regarding-case-003>>.

²³⁹ CETC, communiqué, « Déclaration du co-juge d’instruction international concernant les sites de crimes supplémentaires sur lesquelles portent les investigations dans le dossier n° 004 » (19 décembre 2012), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/fr/articles/d%C3%A9claration-du-co-juge-d%E2%80%99instruction-international-concernant-les-sites-de-crimes-suppl%C3%A9men>>.

²⁴⁰ Plusieurs désaccords entre co-juges d’instruction ont été enregistrés mais il semble que la Chambre préliminaire n’ait pas été saisie, ce qui a permis au co-juge d’instruction international de mener seul l’instruction préparatoire des dossiers n° 003 et n° 004. Voir par exemple *Co-procureur international c Im Chaem, Ao An* et Yim Tith, 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Decision on appeal against the decision rejecting his request for information concerning the Co-Investigating Judges’ disagreement of 5 April 2013 (22 janvier 2015) (CETC, Chambre préliminaire) au para 2 : « *Between 17 April 2014 and 23 April 2014, the International Co-Investigating Judge issued four decisions dismissing various requests filed by the Appellant in which he noted that he and the National Co-Investigating Judge had registered a disagreement on 5 April 2013.* » [Nos soulignés]

²⁴¹ Bien que leur droit à un avocat ait été reconnu, les suspects et leurs avocats, avant la mise en examen, n’ont pas eu accès au dossier de l’instruction, voir *Co-procureur international c Im Chaem, Ao An* et Yim Tith, 004/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Decision on the Defence requests to access the case file and take part in the judicial investigation (31 juillet 2013) (CETC, Co-juge d’instruction international).

²⁴² *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Decision to charge Meas Muth in absentia (3 mars 2015) (CETC, Co-juge d’instruction international) [Decision to charge]. Meas Muth était chef de la marine khmère rouge sous le régime du Kampuchéa démocratique. Lemonde, *supra* note 207 à la p 182.

²⁴³ Im Chaem était secrétaire d’un district sous le régime du Kampuchéa démocratique. Le pays était alors divisé en huit zones environ, chacun d’elles comprenant trois à six secteurs, eux-mêmes divisés en districts lesquels rassemblaient les communes, puis les coopératives. Lemonde, *ibid*.

²⁴⁴ CETC, communiqué, « Déclaration du co-juge d’instruction international concernant le Dossier n° 004 » (31 mars 2015), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/en/charged-person/ao-an>>. Ao An fut secrétaire de secteur puis sous-secrétaire de zone. Lemonde, *ibid*.

²⁴⁵ *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ, Procès-Verbal d’Interrogatoire de Première Comparution (11 décembre 2015) à la p 2 (CETC, Co-juge d’instruction international) [Procès-Verbal d’Interrogatoire de Première Comparution de Meas Muth].

d'amener à son encontre²⁴⁶. Ceux-ci cependant ne furent pas exécutés²⁴⁷.

La mise en examen *in absentia* n'est pas prévue dans les textes des CETC²⁴⁸. Aussi, la question de sa légalité s'est posée, également parce que ces actes ont été délivrés par un seul co-juge d'instruction. Les mandats d'amener Meas Muth et le procès-verbal de son interrogatoire de première comparution font référence à un désaccord entre co-juges d'instruction, enregistré le 7 juillet 2014²⁴⁹. La règle 72, paragraphe 3, dispose qu'« au cours de la période de règlement du désaccord [...], l'acte ou la décision qui a fait l'objet du différend est exécuté, sauf en cas de désaccord concernant [...] la notification des chefs d'inculpation »²⁵⁰ (c'est-à-dire la mise en examen). Il semble cependant que la Chambre préliminaire n'ait pas été saisie dans le délai imparti de trente jours, conformément à la règle 72, paragraphe 2. En conséquence, comme le veut la pratique des CETC²⁵¹, le co-juge d'instruction international était habilité à agir seul²⁵².

L'article 25 de l'*Accord sur les CETC* dispose que

le Gouvernement cambodgien donnera suite sans retard indu à toute demande d'assistance que lui adressent les juges d'instruction [...] ou à toute ordonnance prise [...] en ce qui concerne notamment, mais *non exclusivement* : [...] les arrestations [et] [...] le transfèrement des accusés aux chambres extraordinaires²⁵³. [Nos italiques]

Bien qu'un mandat d'amener ne constitue pas une arrestation et que le mis en examen n'ait pas le statut d'accusé²⁵⁴, le fait pour la police cambodgienne de ne pas exécuter les mandats valides délivrés par le co-juge d'instruction international constitue une violation de l'*Accord sur les CETC*²⁵⁵.

²⁴⁶ *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Mandat d'amener (10 décembre 2014) (CETC, Co-juge d'instruction international); *Co-procureur international c Meas Muth*, 003/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Mandat d'Amener (4 juin 2015) (CETC, Co-juge d'instruction international) [Mandats d'amener du co-juge d'instruction international].

²⁴⁷ Holly Robertson et Khuon Narim, « Gov't Ignored Arrest Warrant For Accused War Criminal », *The Cambodia Daily* (18 juin 2015), en ligne : <https://www.cambodiadaily.com/news/govt-ignored-arrest-warrant-for-accused-war-criminal-85795/>.

²⁴⁸ La règle 57 du *Règlement intérieur* dispose que la mise en examen du prévenu intervient au moment de sa première comparution. Les juges d'instruction informent alors celui-ci des faits qui lui sont reprochés et de ses droits. *Règlement intérieur des CETC*, *supra* note 182, art 57.

²⁴⁹ Mandats d'amener du co-juge d'instruction international, *supra* note 246 à lap 1.

²⁵⁰ *Règlement intérieur des CETC*, *supra* note 182, art 72(3).

²⁵¹ Voir cet article *infra*.

²⁵² Le co-juge d'instruction notait en outre que la procédure pénale cambodgienne autorisait la tenue de procès *in absentia* et qu'une telle procédure avait également été admise au niveau international. Decision on charge, *supra* note 242 aux para 39-42 et 46-51.

²⁵³ *Accord sur les CETC*, *supra* note 8, art 25.

²⁵⁴ Il faut pour cela qu'une décision des co-juges d'instruction de renvoyer le mis en examen devant la Chambre de première instance, conformément à la règle 67 du *Règlement intérieur des CETC*. *Règlement intérieur des CETC*, *supra* note 182, art 67.

²⁵⁵ Le co-juge d'instruction relevait « *that the Judicial Police know where Meas Muth resides; that the Judicial Police have the material means to execute the Warrant; and that they have failed to discharge*

Peu de temps après ces événements, le 7 juillet 2015, Mark Harmon annonça sa démission pour des motifs « strictement personnels »²⁵⁶. Il fut remplacé par Michael Bohlander, le 31 août 2015²⁵⁷. Le 14 décembre 2015, le juge Bohlander décida (apparemment, une fois encore, sans le soutien de son homologue cambodgien) de la nouvelle mise en examen de Meas Muth, invalidant ainsi la mise en examen et les mandats d'amener prononcés par son prédécesseur. Aucun mandat ne fut délivré cette fois-ci, le juge Bohlander se déplaça lui-même jusqu'à Battambang où réside Meas Muth, afin de lui notifier les charges pesant contre lui²⁵⁸.

Les victimes des Khmers rouges auront eu à attendre plus de trente-cinq ans pour voir quelques responsabilités individuelles de Khmers rouges être établies pour les crimes internationaux commis au Kampuchéa démocratique. Finalement, la mise en place des CETC n'aura permis qu'une reconnaissance limitée de telles responsabilités (en comparaison de l'ampleur des crimes commis). Après dix ans de fonctionnement, le bilan qui peut être dressé de l'activité de la juridiction apparaît donc mitigé²⁵⁹ : des poursuites ont été lancées à l'encontre de dix anciens Khmers rouges de haut rang et de rang intermédiaire. Quatre de ces personnes sont décédées avant que les procédures initiées à leur encontre aient abouti. Le 5 juin 2012, le procureur international a annoncé ne pas avoir l'intention de lancer de nouvelles

their responsibilities as mandated by the ECCC Agreement, ECCC Law, and the Internal Rules ». Decision to charge, *supra* note 242 au para 66.

²⁵⁶ CETC, communiqué, « Statement by the International Co-Investigating Judge » (7 juillet 2015), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/media/ECCC%20PR%20ICIJ%207%20July%202015.pdf>>.

²⁵⁷ CETC, communiqué, « Nomination du nouveau co-juge d'instruction international et de la juge suppléante » (31 août 2015), en ligne : CETC <<http://eccc.gov.kh/fr/articles/communiqu%C3%A9-de-presse-nomination-du-nouveau-co-juge-d%E2%80%99instruction-international-et-de-la-jug>>.

²⁵⁸ Alessandro Marazzi Sassoon, « Genocide charges delivered to Muth » *The Phnom Penh Post* (15 décembre 2015), en ligne : *Phnom Penh Post* <http://www.phnompenhpost.com/national/genocide-charges-delivered-muth?utm_source=The%20Phnom%20Penh%20Post%20News%20Brief&utm_campaign=f01f1fe394-atphga&utm_medium=email&utm_term=0_53e48d7faf-f01f1fe394-307854441>. A noter que le 8 décembre 2015, le juge Bohlander a également décidé la mise en examen du troisième suspect du dossier n° 004, Yim Tith. Alessandro Marazzi Sassoon, « Suspect charged in KRT's Case 004 » *The Phnom Penh Post* (9 décembre 2015), en ligne : *Phnom Penh Post* <http://www.phnompenhpost.com/national/suspect-charged-krts-case-004?utm_source=The%20Phnom%20Penh%20Post%20News%20Brief&utm_campaign=4925210992-atphga&utm_medium=email&utm_term=0_53e48d7faf-4925210992-307854441>.

²⁵⁹ Human Rights Watch, dans son *World Report* de 2013, parlait des CETC comme de « l'instance pénale internationale ou hybride la plus onéreuse qui ait jamais existé, si l'on se base sur le coût associé à chaque accusé jugé ». Voir Human Rights Watch, « *World Report 2013 : Cambodge* » (janvier 2013), en ligne : <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/cambodia_fr.pdf>.

poursuites après celles des dossiers n° 003 et n° 004²⁶⁰. Pour l'instant, seuls trois accusés ont été condamnés. Compte tenu de l'opposition constante des Cambodgiens dans les affaires n° 003 et n° 004, le futur de ces dossiers reste cependant très incertain.

²⁶⁰ CETC, communiqué, « Public Statement by the Co-Prosecutors regarding Investigation in Case 003 » (5 juin 2012), en ligne : CETC <<http://www.eccc.gov.kh/en/articles/public-statement-co-prosecutors-regarding-investigation-case-003>>.