

**DEVANT LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE DES CHAMBRES EXTRAORDINAIRES
AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

N° 002/14-08-2006

KANG GUEK EAV (alias DUCH)

Conformément à l'invitation du Président de la Chambre préliminaire de présenter par écrit des observations en qualité d'*amicus curiae* au titre de la Règle 33 du Règlement intérieur des Chambres extraordinaires

**RAPPORT DU PROFESSEUR DAVID SCHEFFER, EXPERT EN DROIT
INTERNATIONAL, EN QUALITÉ D'AMICUS CURIAE, A L'APPUI DES CO-
JUGES D'INSTRUCTION**

INTÉRÊT DE L'*AMICUS CURIAE*

Conformément à la Publication du 4 septembre 2007, l'*amicus curiae* David Scheffer dépose ce rapport auprès de la Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC) dans le but de porter à l'attention de la Chambre préliminaire plusieurs aspects critiques qui ont été soit omis soit reconnus dans le *Mémoire en appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire du 31 juillet 2007* (« le Mémoire en appel de la défense), qui a été déposé devant la Chambre préliminaire le 5 septembre 2007 en relation avec M. KAING Guek Eav (alias DUCH) et l'*Ordonnance de placement en détention provisoire* qui s'y rapporte, signée par les co-juges d'instruction le 31 juillet 2007¹.

David Scheffer, du cabinet d'avocats Mayer Brown/Robert A. Helman, est professeur de droit et Directeur du Center for International Human Rights à la Northwestern University School of Law à Chicago, Illinois, Etats-Unis. Il enseigne le droit pénal international et le droit international des droits de l'homme. Son parcours universitaire peut être consulté sur le site Internet : www.law.northwestern.edu/faculty/profiles/DavidScheffer .

Le Professeur Scheffer, ancien ambassadeur extraordinaire américain chargé des crimes de guerre (1997-2001), a exercé des fonctions de haut niveau au sein de l'administration américaine dans le domaine de l'enquête et de la poursuite des crimes les plus graves (génocide, crimes contre l'humanité, et crimes de guerre) au niveau international. Au nom du gouvernement américain, il a négocié les statuts des tribunaux pénaux hybrides et

¹ Ordonnance de placement en détention provisoire, Affaire N° 002/14-08-2006, KAING Guek Eav, alias DUCH, 31 juillet 2007.

internationaux chargés de poursuivre les crimes les plus graves et a assuré la coordination du soutien en leur faveur, a dirigé la délégation américaine lors des négociations des Nations Unies pour la Cour pénale internationale. Le Professeur Scheffer a participé activement à la négociation des *Lois sur la création des chambres extraordinaires au sein des tribunaux du Cambodge pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique* (« la loi sur les CETC »)² et aux discussions relatives à l'*Accord entre les Nations unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs de crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique* (« l'Accord ONU/Cambodge »)³. Il supervise le site indépendant consacré aux activités judiciaires des CETC (www.cambodiatribunal.org) et est depuis longtemps membre de l'ordre des avocats de New York et du District de Columbia et de la Société américaine de droit international.

RÉSUMÉ DES ARGUMENTS

1. Le Mémoire en appel de la défense se refuse à reconnaître l'indépendance des CETC au sein du système judiciaire cambodgien. En tant que juridiction constituée de manière séparée, indépendante et au niveau international, qui n'existait pas durant la période de la détention subie par Duch auprès du tribunal militaire, les CETC ne sont pas responsables de la détention de DUCH auprès de ce tribunal, de même qu'elles ne peuvent être tenues pour responsables de toute référence faite par le tribunal militaire au droit des CETC. Elles ne sont pas compétentes en vertu de leurs documents constitutionnels pour se prononcer sur la légalité des ordonnances de placement en détention du juge d'instruction du tribunal militaire.

2. DUCH avait connaissance des accusations dont il faisait l'objet en vertu du droit interne cambodgien alors qu'il était détenu auprès du tribunal militaire, ce qui rend sa situation totalement différente de l'exemple cité dans le Mémoire en appel de la défense où le prévenu n'avait pas connaissance des accusations portées contre lui alors qu'il était en détention sur ordre d'une juridiction interne avant son placement en détention par un tribunal international.

3. DUCH a vécu incognito de 1979 à 1999, année où il fut arrêté par les autorités cambodgiennes. Tout élément de preuve susceptible d'être produit pour montrer que DUCH ne représentait pas un danger pour la sécurité publique alors qu'il vivait incognito durant cette période est sans rapport avec la situation actuelle, étant donné que son identité et l'endroit où il vit sont et seront bien connus du grand public. Sa propre sécurité poserait de graves problèmes s'il était remis en liberté et la possibilité qu'il s'enfuit (peut-être avec une aide) pour entrer de nouveau dans la clandestinité serait nettement plus grande même s'il était placé en résidence surveillée. Le Mémoire en appel de la défense n'offre rien d'autre que des points de vue subjectifs et follement optimistes sur le sort de DUCH s'il devait être remis en liberté et énonce de façon inexacte à qui revient la charge de la preuve pour déterminer si DUCH doit demeurer en détention.

² Loi relative à la création des chambres extraordinaires pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (27 octobre 2004) :

http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/law/4/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf .

³ Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite conformément au droit cambodgien des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (6 juin 2003), accessible sur le site

http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/agreement/5/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf

ARGUMENTATION

I. LES CETC NE PEUVENT SE PRONONCER SUR LA LÉGALITÉ DE LA DÉTENTION ANTÉRIEUREMENT SUBIE PAR DUCH ÉTANT DONNÉ QU'ELLES NE SONT PAS RESPONSABLES DE CETTE DÉTENTION ET QUE LEUR JURIDICTION NE S'ÉTEND PAS AU TRIBUNAL MILITAIRE DE PHNOM PENH.

A. Le caractère indépendant des CETC leur interdit de statuer sur la légalité des ordonnances de placement en détention du tribunal militaire.

Même si les CETC opèrent dans le cadre du droit cambodgien et du droit international, elles sont totalement indépendantes du reste du système judiciaire cambodgien. La structure des CETC est radicalement différente de la structure d'autres tribunaux cambodgiens⁴. Le Règlement intérieur qui régit les CETC (« le Règlement intérieur »)⁵ est unique en son genre. Qui plus est, il n'existe aucun droit de faire appel devant un tribunal cambodgien des décisions de la Chambre de la Cour suprême des CETC⁶. Compte tenu de leur indépendance et de leur mandat limité, les CETC ne peuvent statuer sur la légalité de la détention antérieurement subie par DUCH.

Durant les années de négociations qui ont abouti à l'établissement des CETC en tant que tribunal *de jure* opérationnel de caractère spécial (« extraordinaire ») et indépendant au sein du système judiciaire cambodgien, il n'a jamais été envisagé que les CETC siègeraient pour statuer sur les décisions rendues par des juridictions civiles ou militaires cambodgiennes. Comme en témoigne l'énoncé de la Loi sur les Chambres extraordinaires et l'Accord ONU/Cambodge, les CETC doivent rester à l'écart des juridictions cambodgiennes existantes et statuer exclusivement sur un groupe très précis de prévenus accusés d'avoir commis certains crimes durant une période de temps limitée. Aucune disposition explicite ou implicite de la Loi sur les CETC, de l'Accord ONU/Cambodge, ou du Règlement intérieur (« les Documents constitutionnels des CETC ») ne confère aux CETC le droit d'exercer leur compétence sur tout autre tribunal cambodgien ou de réexaminer ou de statuer sur les décisions rendues par une autre juridiction cambodgienne. Le co-juge d'instruction étranger et les juges internationaux ne sont pas habilités à statuer sur une décision rendue par un tribunal national cambodgien opérant exclusivement en vertu et dans le cadre du système juridictionnel du droit cambodgien. Il n'y a d'ailleurs aucune règle de procédure dans les Documents constitutionnels des CETC qui permette d'ouvrir des enquêtes ou des poursuites devant un tribunal national cambodgien et de les conclure devant les CETC. Il n'existe aucun lien de procédure entre la juridiction nationale cambodgienne et les CETC permettant une révision judiciaire des décisions rendues par des tribunaux nationaux cambodgiens. Les CETC n'ont donc aucune compétence sur le tribunal national cambodgien et sur l'affaire DUCH dont il est saisi.

⁴ Pour toutes informations générales sur l'histoire des négociations et la structure constitutionnelle des CETC, voir David Scheffer, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, un résumé du chapitre assorti de notes de bas de page du livre : David Scheffer, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, dans Cherif Bassiouni, ed., *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (Martinus Nijhoff Publishers, 3rd ed., 2008 [à paraître], republié avec l'autorisation de Koninklijke Brill NV, http://www.cambodiatribunal.org/index/php?Itemid=148&option=com_content.

⁵ Règlement intérieur, Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (12 juin 2007), sur le site http://www.eccc.gov.kh/english/internal_rules.asp.

⁶ Droit CETC, art. 36 (nouveau).

B. Les CETC ne peuvent être tenues pour responsables de la détention de DUCH

Si les CETC étaient responsables de la détention antérieurement subie par DUCH, il pourrait être dûment demandé que cette détention soit prise en compte au moment de statuer sur une nouvelle détention provisoire. Or, contrairement aux affirmations figurant dans le Mémoire en appel de la défense, les CETC ne sont en rien responsables de la détention de DUCH auprès du tribunal militaire. Le Mémoire en appel de la défense déclare « Dès février 2002, les mises en examen et ordonnances de placement et maintien en détention de M. KANG [DUCH] se basaient explicitement sur la Loi sur la création des Chambres extraordinaires en date du 10 août 2001... »⁷. Il s'avère que de nouvelles charges portées contre DUCH en février 2005 se basaient également sur la Loi sur les Chambres extraordinaires⁸. D'après le Mémoire en appel de la défense, cela signifie que les procédures engagées devant les CETC sont « intrinsèquement liées » à la détention de DUCH sur ordre du tribunal militaire⁹.

Le fait que le tribunal militaire se soit fondé sur une loi qui ne pouvait pas encore être appliquée et pour laquelle le tribunal approprié n'était pas encore établi (à savoir les CETC) pour établir ses accusations contre DUCH élude toute explication, mais ne constitue pas un fondement permettant de procéder à une révision judiciaire des décisions rendues par les CETC. La Loi sur les Chambres extraordinaires ne pouvait pas être appliquée s'agissant de tout individu faisant l'objet d'une enquête avant le 12 juin 2007 (date à laquelle les CETC sont enfin devenues pleinement opérationnelles avec l'adoption du Règlement intérieur) et toutes charges relevant de sa compétence d'attribution doivent être présentées par les co-procureurs des CETC et approuvées par les co-juges d'instruction, aucun d'entre eux n'ayant encore été désigné en 2002 ou en 2005¹⁰. Le seul fait que le tribunal militaire ait invoqué la Loi sur les Chambres extraordinaires pour fonder ses accusations contre DUCH ne suffit pas pour lier la mise en détention de DUCH auprès du tribunal militaire aux procédures actuelles.

Les CETC ne peuvent pas être tenues pour responsables des décisions du tribunal militaire sur lequel elles n'exercent aucune compétence, d'autant plus que les CETC *n'existaient* même pas à l'époque où ces actions ont eu lieu (en 2002 et en 2005). Dans tous les exemples cités dans le Mémoire en appel de la défense¹¹, les tribunaux statuant sur les affaires non seulement existaient durant les mises en détention problématiques mais exerçaient par ailleurs une compétence concurrente et/ou principale sur les juridictions ou les fonctionnaires à l'origine des mises en détention. Les CETC, en revanche, n'ont aucune compétence sur le tribunal militaire et n'existaient pas durant la totalité ou presque de la période pour laquelle DUCH a formé un recours. Les CETC ne peuvent aujourd'hui réexaminer sa cause qui relève du tribunal militaire et ne peut être défendue valablement que devant cette juridiction.

⁷ Mémoire en appel de la défense, para. 3.

⁸ Mémoire en appel de la défense, para. 28.

⁹ Mémoire en appel de la défense, para. 73.

¹⁰ DUCH peut être fondé à agir en justice contre le tribunal militaire et il est libre d'intenter un recours devant ce tribunal et devant toute cour d'appel régulièrement établie dans le cadre du système judiciaire cambodgien. Voir SOC Law on Criminal Procedure, articles 157 et 202 (1993).

¹¹ Voir *Le Procureur c. Barayagwiza*, Affaire N° TPIR 97-19, Chambre d'appel, Arrêt, § 54 (3 novembre 1999) (le TPIR et le Cameroun exerçaient une compétence *ratione personae* concurrente sur le prévenu) ; *le Procureur c. Ramush Haradinaj*, Affaire N° IT-04-84-T, Chambre de première instance, Décision sur la Requête au nom de Ramush Haradinaj aux fins de mise en liberté provisoire, §30 (6 juin 2005) (le TPIY exerçait une compétence exclusive sur le prévenu) ; *Le Procureur c. Hadzihasanovic*, Affaire N° IT-47-PT, Chambre de première instance, Décision accordant la mise en liberté provisoire à Enver Hadzihasanovic, §14 (19 décembre 2001) (le TPIY exerçait une compétence exclusive sur les prévenus).

Malgré que le tribunal militaire se soit réclamé du droit des CETC pour fonder les accusations portées contre DUCH qui constituaient la base de sa détention antérieure, les CETC à proprement parler n'ont aucune responsabilité. Comme il est établi précédemment, elles n'ont rien à voir avec le tribunal militaire et le reste du système judiciaire cambodgien et n'existaient même pas lorsque ces poursuites ont été engagées, et ont encore moins organisé ces poursuites ou les ont approuvées. Quoiqu'il en soit, comme il est admis dans le Mémoire en appel de la défense¹², l'histoire antérieure de la mise en détention de DUCH conformément aux ordonnances rendues par le tribunal militaire peut être prise en compte dans les décisions que rendront les CETC à l'issue du procès. Au cas où DUCH serait acquitté, il pourrait se voir accorder des réparations. Au cas où il serait condamné, sa peine pourrait être diminuée pour prendre en compte le temps déjà passé en détention. Mais l'existence de ces recours après le procès ne permet pas à DUCH de prétendre, avant le procès, à une mise en liberté pure et simple, à une libération sous caution ou au placement en résidence surveillée¹³.

II. DUCH AVAIT CONNAISSANCE DES ACCUSATIONS PORTÉES CONTRE LUI LORS DE SA DÉTENTION SUR ORDRE DU TRIBUNAL MILITAIRE ;

Le Mémoire en appel de la défense reconnaît que tout au long du placement en détention de DUCH sur ordonnance du tribunal militaire, à savoir du premier jour de détention le 10 mai 1999 jusqu'à la condamnation finale le 28 février 2005, et ensuite jusqu'au 30 juillet 2007 lorsque DUCH a été mis en accusation par les CETC et transféré dans son centre de détention, il était accusé de crimes relevant du droit cambodgien¹⁴. Il ressort du droit cambodgien que DUCH devait être informé de chacun des chefs d'inculpation lorsque le tribunal militaire les a formulés à son encontre¹⁵. Aucun élément de preuve n'est présenté dans le Mémoire en appel de la défense pour soutenir que DUCH n'en était pas informé le 10 mai 1999, le 22 février 2002 et le 28 février 2005 lorsque les trois séries de chefs d'inculpation ont été ordonnés par le tribunal militaire¹⁶.

Le fait que DUCH avait connaissance des chefs d'inculpation formulés contre lui par le tribunal militaire tout au long de sa détention par le tribunal distingue sa situation de celle de l'exemple clé présenté dans le Mémoire en appel de la défense. La Défense cite le jugement *Barayagwiza*¹⁷ de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et le placement en détention provisoire qui a eu lieu dans cette affaire pour sa « conclusion inévitable...que le droit de l'appelant d'être informé, sans délai, des chefs d'accusation retenus contre lui a été violé ». La Chambre d'appel du TPIR a déclaré que « force est de constater que la garde à vue dans laquelle l'Appelant a été placé, sans être informé de la nature générale des chefs d'accusation qui lui sont imputés, a été indûment longue »¹⁸. Cette situation, tout simplement, n'existait pas et n'existe pas s'agissant de DUCH. Il était apparemment au courant dès le premier jour de détention en 1999 des chefs d'inculpation retenus contre lui par le tribunal militaire et il était au courant dès le premier jour de sa détention provisoire au CETC de la nature des chefs d'inculpation dont il a à

¹² Mémoire en appel de la défense, para. 127-133.

¹³ Règlement intérieur, Règle 67.

¹⁴ Mémoire en appel de la défense, para. 2 à 4.

¹⁵ Code pénal de l'UNTAC, art. 13 (1992).

¹⁶ Mémoire en appel de la défense, para. 2.

¹⁷ *Le Procureur c. Barayagwiza*, Affaire N° TPIR 97-19, Décision de la Chambre d'appel (3 novembre 1999).

¹⁸ Mémoire en appel de la défense, para. 83.

répondre devant les CETC. Il a eu tout le loisir de contester les chefs d'inculpation du tribunal militaire dès le début de sa détention en 1999. Le Règlement intérieur lui donne amplement la possibilité de contester les chefs d'inculpation qui font actuellement l'objet d'une enquête par les co-juges d'instruction des CETC. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'invoquer le manque d'informations qui était au centre des préoccupations de la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Barayagwiza*.

III. LA VIE QUE MENAIT DUCH AU CAMBODGE AVANT SA DÉTENTION N'A RIEN DE COMMUN AVEC SA SITUATION PROBABLE AU CAS OU IL SERAIT REMIS EN LIBERTÉ AVANT L'ORDONNANCE DE CLOTURE ET PAR CONSÉQUENT LES CRAINTES DES CO-JUGES D'INSTRUCTION DEVRAIENT ÊTRE DÉCLARÉES FONDÉES ET LA DÉTENTION PROVISOIRE MAINTENUE.

A. Les ambiguïtés de la Défense concernant l'endroit où se trouvait DUCH et sa conduite de 1979 à 1999 dissimulent le fait que DUCH répond à au moins trois des conditions que fixe le Règlement intérieur en sa Règle 63 (3) en matière de détention provisoire.

Le Mémoire en appel de la défense entend montrer que DUCH ne remplit pas les conditions fixées par le Règlement intérieur pour la détention provisoire¹⁹. Le Mémoire en appel de la défense bricole une version des 28 dernières années qui est incroyablement incomplète. On peut y lire que « M. KANG [DUCH] étant en liberté de 1979 à 1999, sans qu'aucun trouble à l'ordre public n'en soit résulté. Cet élément est le seul au dossier qui permette de donner une idée de la possible réaction du public en cas de libération de M. KANG [DUCH] »²⁰. La situation de DUCH dans la société cambodgienne avant sa détention en 1999 et aujourd'hui (et plus particulièrement s'il devait être remis en liberté avant l'Ordonnance de clôture) n'ont absolument rien à voir. DUCH n'était probablement pas une menace pour l'ordre public avant son arrestation en 1999. Il vivait dans la clandestinité, sous un faux nom, et demeurait à dessein en marge de la société. D'après ce que des sources publiques d'information ont pu nous apprendre, DUCH souhaitait vivre dans l'anonymat, et ne plus rien avoir à faire avec la succession d'horreurs pour lesquelles il est mis en accusation devant les CETC ou avec quoi que ce soit associé, de près ou de loin, avec le régime de Pol Pot. Dans ces conditions, il avait tout intérêt à ne pas devenir une menace pour l'ordre public et, surtout, à assurer sa sécurité personnelle en restant dans la clandestinité durant toutes ces décennies.

Aujourd'hui, en revanche, DUCH est à nouveau une personnalité publique, comme il l'était sous le règne des Khmers rouges. S'il devait être remis en liberté en attendant le procès, son identité et l'endroit où il se trouve seraient connus de tout le monde. Personne, y compris son conseil, ne peut démontrer que DUCH serait personnellement en sécurité aujourd'hui, en quelque endroit que ce soit, si ce n'est dans un centre de détention sûr au Cambodge, tout comme la Chambre préliminaire ne peut démontrer qu'il courrait tel ou tel risque. Des dizaines de milliers de personnes encore en vie, membres des familles de dizaines de milliers de victimes de la Prison Tuol Sleng, marchent dans les rues et travaillent aujourd'hui dans les champs au Cambodge. Le conseil de la défense ne peut pas assurer la Chambre préliminaire que chacun des membres survivants des familles ne représente une menace, quelle qu'elle

¹⁹ Règlement intérieur, Règle 63.

²⁰ Mémoire en appel de la défense, para. 105.

soit, pour DUCH s'il devait être remis en liberté avant l'Ordonnance de clôture ; il est plus probable que nombre de ces survivants posent une menace réelle et importante.

Le décès suspect de Pol Pot en mars 1998 alors qu'il allait être arrêté à la frontière entre le Cambodge et la Thaïlande illustre bien les menaces qui pèsent sur la sécurité de DUCH. J'étais à l'époque l'ambassadeur extraordinaire américain chargé des crimes de guerre et je participais très activement aux opérations sur le terrain visant à localiser Pol Pot et à assurer son arrestation. Des gardes étaient sur le point de débusquer Pol Pot lorsque des informations dans la presse révélèrent l'imminence de son arrestation. Il mourut mystérieusement du jour au lendemain²¹. Son décès inopiné a considérablement retardé la recherche des responsabilités dans les atrocités commises par les Khmers rouges. Le danger que courent des individus de premier plan inculpés de crimes abominables ne devrait jamais être sous-estimé, car ils sont à la merci d'ennemis innombrables aux motivations diverses, notamment le désir de revanche et de protection. Pol Pot lui-même faisait l'objet d'une sorte d'assignation à résidence par les Khmers rouges lorsqu'il est mort de façon aussi soudaine et commode pour ceux qui voulaient se soustraire à la justice.

Le conseil de la défense ne peut pas prouver que DUCH ne profiterait pas de l'occasion pour s'enfuir et pour se soustraire de nouveau aux autorités dès lors que son identité et sa situation judiciaire sont désormais connus de tous au Cambodge – contrairement à la relative obscurité et par conséquent sécurité dont il jouissait lorsqu'il vivait incognito avant son arrestation en 1999. Le monde d'aujourd'hui n'a plus rien à voir avec celui qui était le sien. Prétendre – comme semble le faire le Mémoire en appel de la défense – que d'une façon ou d'une autre il peut reprendre la vie secrète et retirée du monde qu'il a menée pendant des années pour assurer sa sécurité et pour *garantir* qu'il sera présent au procès s'il est mis en accusation relève d'une imagination débordante. Les normes qui figurent dans deux grands traités consacrés aux droits de l'homme (le Gouvernement royal du Cambodge étant partie à l'un des deux, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) requièrent une garantie de ce type assurant la comparution de l'intéressé à l'audience avant que des juridictions collégiales ne décident en toute latitude d'une mise en liberté avant le procès²².

La description incomplète figurant dans le Mémoire en appel de la défense des lieux où se trouvait DUCH et de ses activités durant les 28 dernières années²³ occulte la nature du danger contre l'ordre public tout comme elle occulte la nature du danger contre la sécurité de DUCH et les risque d'évasion. Pendant toute la période ou presque durant laquelle DUCH était en liberté, le Cambodge était en proie à des conflits armés et l'insécurité qui régnait dans le pays était extrême. La liberté de personnalités Khmers rouges comme DUCH (indépendamment du rôle qu'il a joué durant cette période) alimentait ce climat d'insécurité et de conflit armé. Qui plus est, contrairement à l'anonymat relatif dont il a bénéficié de 1979 à 1999, les crimes supposés de DUCH font aujourd'hui l'objet d'une large publicité et le public est au courant de sa détention aux CETC. Il y a tout à parier que sa mise en liberté scandalise la population cambodgienne, comme en ont conclu les co-juges d'instruction.

²¹ Philip Shenon & Eric Schmitt, *U.S. Is Planning a Move to Seize Pol Pot for Trial*, N.Y. TIMES 9 avril 1998, à A 1 ; Philip Shenon, *Death of Pol Pot : The Questions*, N.Y. TIMES, 17 avril 1998, à A 1 ; Seth Mydans, *For Pol Pot, An Endgame*, N.Y. TIMES, 12 avril 1998, à A 1 ; Seth Mydans, *Pol Pot is Dead, Thai Army Says ; Made Cambodia a 'Killing Field'* N.Y. TIMES, 16 avril 2006, à A1.

²² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 9 (3) (« ...la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience... ») ; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, art. 5 (3) (« La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience »).

²³ Mémoire en appel de la défense, para. 105 et 112.

A supposer que la Chambre préliminaire souscrive à l'argument selon lequel la mise en liberté de DUCH ne représenterait aucune menace pour l'ordre public, cette décision ne dispenserait pas la Chambre préliminaire d'examiner les autres conditions prévues par la Règle 63 (3) (iii) du Règlement intérieur (à savoir « garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ») et de l'alinéa iv) paragraphe 3 de la Règle 63 (à savoir « protéger la sécurité de la personne mise en examen »), ce qui, comme nous l'avons vu plus haut, est une préoccupation majeure étant donné les possibilités et les conditions qui règnent au Cambodge aujourd'hui. Il suffirait que la Chambre préliminaire décide que l'une de ces conditions, ou les deux, sont présentes pour justifier le placement en détention provisoire de DUCH.

B. Les décisions des co-juges d'instruction relatives à la détention de DUCH méritent amplement d'être suivies et sont en accord avec le Règlement intérieur, le droit des Etats-Unis et le droit international.

Aspect le plus important, le Mémoire en appel de la défense commet une erreur lorsqu'il déclare qu'il revient aux co-juges d'instruction de prouver « l'existence d'un risque réel d'atteinte à la sécurité de M. KANG [DUCH] »²⁴ ou de prouver que celui-ci pourrait se soustraire à l'action de la justice²⁵. Lorsque les tribunaux sont confrontés à ce type de décision fondée sur une appréciation de la possibilité ou de la probabilité que des événements se produisent en relation avec un suspect qui demande à être remis en liberté avant un procès, le(s) juge(s) se voi(en)t accorder un large pouvoir d'appréciation et rend(ent) une décision motivée exposant ce qui pourrait arriver. C'est le jugement collectif des co-juges d'instruction qui est ici remis en question.

L'expérience des tribunaux américains en matière de détention avant le procès de suspects tels que DUCH et de personnes inculpées de crimes beaucoup moins graves peut être instructive pour la Chambre préliminaire. Aux Etats-Unis, la Loi portant réforme de la libération sous caution (« la Loi sur la libération sous caution ») régit la charge de la preuve en ce qui concerne la détention avant procès²⁶. La Loi sur la libération sous caution favorise la libération sous caution, sauf (1) si le juge n'a pas de garantie suffisante assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, et/ou (2) « s'il s'agit des crimes *les plus graves* »²⁷. (souligné par nos soins). Ces « crimes graves » sont notamment les crimes de violence pour lesquels la peine maximale est d'au moins 10 ans, et des crimes pour lesquels la peine maximale est la réclusion à perpétuité ou la peine de mort²⁸.

Un crime grave est assorti d'une présomption simple « qu'aucune condition ou ensemble de conditions ne garantiront raisonnablement la comparution de l'intéressé à l'audience ou la sécurité de la communauté »²⁹. Une fois cette présomption établie, il revient à l'accusé d'apporter la preuve qu'il ne présente pas un risque d'évasion³⁰.

²⁴ Mémoire en appel de la défense, para. 114.

²⁵ Mémoire en appel de la défense, para. 117. (?)

²⁶ 18 U.S.C.A. § 3142 (2006).

²⁷ 18 U.S.C.A. § 3142(e) ; *Etats-Unis c. Salerno*, 481 U.S. 739, 747 (1987).

²⁸ 18 U.S.C.A. § 3142 (f) ; voir également *Etats-Unis c. Salerno*, 481 U.S. p. 747.

²⁹ *Salerno*, 481 U.S. p. 750.

³⁰ *United States c. Mercedes*, 254 F.3d 433, 436 (2nd Cir. 2001).

Une fois que l'accusé a produit des éléments de preuve, la charge de la preuve revient à l'administration (c'est-à-dire au procureur) qui doit démontrer par des *preuves prépondérantes* que le prévenu présente un risque d'évasion³¹. Pour prendre cette décision finale, le tribunal doit mettre en balance les preuves apportées par le suspect pour démontrer l'absence de risque avec : (1) la nature et les circonstances des chefs d'inculpation, (2) l'ensemble des éléments de preuve à charge, (3) l'histoire et les caractéristiques de l'intéressé, et (4) la nature et la gravité du risque que pourrait encourir une personne ou la communauté en cas de libération de l'intéressé³². Les tribunaux ont également pris en compte la durée de l'incarcération en cas de condamnation et l'accès du suspect à des ressources financières pour apprécier la probabilité de se soustraire à la justice³³.

Dans l'affaire *Mercedes*, la cour d'appel a annulé la décision du tribunal de première instance de mise en liberté de trois prévenus accusés de vol à main armée³⁴. Selon l'analyse des juges, le premier prévenu n'a présenté aucun élément de preuve faisant échec à la présomption, et présentait donc un risque d'évasion³⁵. Le deuxième prévenu a combattu la présomption de risque d'évasion par la preuve de sa citoyenneté américaine, l'absence d'antécédents pénaux, les liens étroits qui l'unissent à ses garants, et par son manque de ressources financières³⁶. Pour autant, l'administration a fait prévaloir ses preuves en mettant en évidence la nature violente du crime qui lui est imputé et ses antécédents familiaux de violences³⁷. L'argument du troisième prévenu invoquant l'absence d'antécédents judiciaires a été mis en échec par le ministère public qui a invoqué le fait qu'il était au chômage, qu'il n'était pas citoyen des Etats-Unis et qu'il présentait peu de garantie³⁸.

A l'instar du tribunal dans l'affaire *Mercedes*, le juge dans l'affaire *U.S. c. Abad* n'a pas tenu compte d'éléments de preuve importants combattant la présomption de risque d'évasion dès lors que le crime allégué était suffisamment grave. Dans l'affaire *Abad*, un ressortissant philippin était accusé de viol de mineur³⁹. Il contestait la présomption légale en produisant la preuve que sa famille agirait en tant que caution tiers, des lettres de référence attestant qu'il ne représentait pas un risque d'évasion, et une caution de 65 000 dollars garantie par le logement familial⁴⁰. Pour autant, le juge a estimé que ces garanties ne suffisaient pas à compenser le fait qu'il n'était pas citoyen américain, les éléments de preuve sérieux de sa culpabilité et la sévérité de la peine qu'il encourait (30 ans)⁴¹.

Dans le cadre du système judiciaire américain, la gravité des crimes pour lesquels DUCH a été mis en accusation entraînerait de toute évidence une présomption de risque d'évasion. DUCH pourrait tenter de la combattre en produisant les quelques allégations figurant déjà dans le Mémoire en appel de la défense mais, fondamentalement, la gravité des crimes qui lui sont imputés sont un indice important de risque d'évasion. En outre, tous les éléments de preuve sérieux de la responsabilité de DUCH dont disposent les co-juges d'instruction plaideraient en faveur de la détention. L'accès à des ressources financières,

³¹ *Mercedes*, 254 F. 3d p. 436 (citant *United States c. Martir*, 782 F. 2d 1141, 1144 (2d Cir. 1991)).

³² 18 U.S.C.A. § 3142 (g).

³³ *United States c. Sabhnani*, 493 F. 3d 63, 76 (2d Cir. 2007).

³⁴ 254 F. 3d p. 436.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* p. 437.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* p. 438.

³⁹ *United States c. Abad*, 350 F. 3d 793 (8^{ème} Cir. 2003).

⁴⁰ *Ibid.* p. 799.

⁴¹ *Ibid.*

notamment de membres de sa famille et d'anciens collègues des Khmers rouges ayant les moyens d'aider DUCH à s'échapper, militerait également contre sa mise en liberté.

Qui plus est, en vertu du système américain, si un suspect ne parvient à combattre la présomption eu égard à la gravité des crimes qui lui sont reprochés, comme il est décrit ci-dessus, il ne sera pas en mesure de demander des conditions de détention moins rigoureuses. En règle générale, même si un tribunal américain n'a pas de garantie suffisante assurant la comparution de l'accusé à l'audience, le tribunal « ordonnera la mise en liberté avant le procès de l'intéressé...sous réserve de conditions ou ensemble de conditions supplémentaires moins restrictives, qui...garantiront de façon raisonnable la comparution de l'intéressé s'il y a lieu⁴². Ces conditions supplémentaires sont notamment le maintien en détention d'une tierce personne, le maintien d'un emploi, le respect de restrictions en matière d'association, le maintien en résidence surveillée, l'exécution d'une obligation, et le respect « de toute autre condition qui est *raisonnablement nécessaire* pour garantir la comparution de l'intéressé »⁴³. Aux Etats-Unis, il incombe au gouvernement de prouver que ces conditions n'existent pas au moyen de *preuves prépondérantes*⁴⁴.

DUCH plaide en faveur de conditions moins strictes pour garantir sa comparution, mais s'il était devant un tribunal américain, il constaterait que les conditions moins rigoureuses *ne s'appliquent pas* à des crimes graves qui entraînent automatiquement une présomption de risque d'évasion⁴⁵. Les juges refusent invariablement d'appliquer le critère « moins restrictif » aux auteurs de crimes graves⁴⁶. La Cour pénale internationale (CPI) consacre ce principe dans son article 59 (4) du Statut de Rome, qui dispose que lorsqu'elle se prononce sur une demande de remise en liberté provisoire : « l'autorité compétente de l'État de détention examine si, eu égard à la gravité des crimes allégués, l'urgence et des circonstances exceptionnelles justifient la mise en liberté provisoire et si les garanties voulues assurent que l'État de détention peut s'acquitter de son obligation de remettre la personne à la Cour »⁴⁷. Des règles semblables s'appliquent une fois que la personne est sous la garde de la CPI⁴⁸. Au regard du système judiciaire américain, les crimes pour lesquels DUCH est mis en accusation relèveraient de la catégorie des crimes du 18 U.S.C.A. §3182 (f) et, partant, entraînent une présomption de risque d'évasion. Compte tenu de cette présomption, il ne pourrait prétendre à demander des conditions de détention moins restrictives. Qui plus est, la gravité de ses crimes plaide résolument contre des conditions de détention plus souples.

Etant donné que la Loi sur la libération sous caution et le Règlement intérieur présentent des similitudes du point de vue structurel, la Chambre préliminaire devrait envisager une approche similaire pour décider si la détention de DUCH se justifie. Le Règlement intérieur autorise la détention s'il existe des raisons plausibles de croire que la

⁴² 18 U.S.C.A. § 3142 (c) (souligné par nos soins).

⁴³ Ibid. (souligné par nos soins).

⁴⁴ *U.S. c. Sabhmani*, 493 F. 3d 63 p. 75 (2d Cir. 2007).

⁴⁵ Ibid. (« Certains crimes déclenchent une présomption légale selon laquelle aucune condition ou ensemble de conditions ne peuvent raisonnablement garantir la comparution d'un prévenu à l'audience »).

⁴⁶ Voir *United States c. Orna*, 986 F. 2d 628, 632 (2e Cir., 1993) (l'assignation à résidence et la surveillance électronique ne remédient pas au danger que représente le truand pour la communauté) ; voir également *Mercedes*, 254 F. 3d p. 437 (la surveillance électronique, l'assignation à résidence et la supervision par le ou la fiancée n'ont pas suffisamment de poids face à de sérieux éléments de preuve d'un risque d'évasion de l'auteur d'un vol à main armée) ; *Abad*, 350 F. 3d p. 799 (la surveillance électronique et la supervision de la famille ne suffisent pas à garantir la comparution à l'audience d'un délinquant sexuel).

⁴⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 59 (4).

⁴⁸ Ibid. art. 60 (2).

personne a commis le ou les crimes et, de plus, en tant que mesure nécessaire pour 1) éviter que la personne mise en examen exerce une pression sur les témoins ; 2) conserver les preuves ou éviter leur destruction ; 3) garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 4) protéger la sécurité de la personne mise en examen, ou 5) préserver l'ordre public⁴⁹. De même, la Loi sur la libération sous caution recommande la détention 1) s'il existe un risque sérieux que l'accusé s'évade, ou 2) s'il existe un risque sérieux qu'il fasse obstruction ou qu'il tente de faire obstruction au bon déroulement de la justice, ou qu'il menace, blesse ou cherche à intimider un éventuel témoin ou juré⁵⁰. Cela étant, la Loi sur la libération sous caution est beaucoup moins rigoureuse que le Règlement intérieur s'agissant de remettre en liberté un accusé. Cette différence tient aux rôles très différents que remplissent ces deux juridictions. La Loi sur la libération sous caution s'applique dans les tribunaux américains aux innombrables auteurs de délits courants ou de crimes graves et doit par conséquent favoriser une plus grande souplesse. Cette législation fonctionne de façon que la libération sous caution ou sous caution personnelle est le mode par défaut pour un accusé. Seule une catégorie de crimes graves ne donne pas lieu à la libération sous caution.

En revanche, la compétence des CETC s'exerce exclusivement sur une catégorie limitée d'auteurs des crimes les plus graves, crimes pour lesquels la libération sous caution est rarement accordée par les tribunaux américains. La remise en liberté en vertu du Règlement intérieur est, et doit être, entièrement laissée à l'appréciation des juges en raison du surcroît de danger pour l'ordre public et pour l'accusé lui-même, sans parler du risque accru d'évasion inhérent à ces crimes⁵¹. Il suffit que les co-juges d'instruction « considèrent que la mise en détention provisoire est nécessaire » pour remplir les conditions énumérées par la juridiction⁵². Enfin, à l'inverse de la Loi sur la libération sous caution, le Règlement intérieur n'établit pas de principes généraux s'agissant de conditions de détention moins restrictives, comme l'assignation à résidence ou la surveillance électronique. Ce qui se justifie au vu des risques d'évasion de l'accusé et des craintes relatives à sa sécurité en dehors des CETC.

Par conséquent, aussi bien le droit étranger (États-Unis) que le droit international des droits de l'homme ainsi que le Règlement intérieur tendent à confirmer l'idée que les co-juges d'instruction ont eu raison en concluant que « les faits sont d'une gravité telle que, 30 ans après leur commission, ils troublent encore profondément l'ordre public, à tel point qu'il n'est pas excessif d'affirmer que la mise en liberté de l'intéressé risquerait, dans le contexte fragile de la société cambodgienne actuelle, de provoquer des manifestations d'indignation génératrices de violences, voire de mettre en péril la sécurité même de l'intéressé. En outre, étant donné que DUCH risque d'être condamné à la réclusion à perpétuité, on peut craindre qu'il puisse chercher, de ce fait, à se soustraire à la justice⁵³. La Chambre préliminaire devrait confirmer cette conclusion et ordonner la détention de DUCH jusqu'à ce que les co-juges d'instruction délivrent leur ordonnance de clôture.

CONCLUSION

⁴⁹ Règlement intérieur, Article 63 (3).

⁵⁰ 18 U.S.C.A. § 3142 (f) (2).

⁵¹ Règlement intérieur, Règle 65 (« Les co-juges d'instruction *peuvent* ordonner le maintien ou la remise en liberté de la personne mise en examen ».) (souligné par nos soins).

⁵² Règlement intérieur, Règle 63 (3) (b).

⁵³ Ordonnance de placement en détention provisoire, Affaire No. 002/14-08-2006, re KAINING Guek Eav, alias DUCH, 31 juillet 2007, para. 22.

L'indépendance des CETC au sein du système judiciaire cambodgien est indispensable en raison de la mission limitée et singulière qu'elles remplissent, du caractère internationalisé des CETC, et de leur structure constitutionnelle taillée sur mesure. DUCH invoque un droit que les CETC ne peuvent accorder que dans le cadre étroit de leur propre mandat constitutionnel, dont le pouvoir d'accorder une réparation au cas où l'intéressé ne serait pas mis en accusation ou serait acquitté à l'issue du procès, ou de réduire la durée de sa peine au cas où il serait condamné. Les facteurs que les CETC doivent prendre en compte pour se prononcer sur la détention provisoire s'inspirent de la pratique du droit de pays étrangers et du droit international et, dans le cas de DUCH, ces facteurs exigent le maintien en détention provisoire au titre du Règlement intérieur jusqu'à ce que les co-juges d'instruction rendent une Ordonnance de clôture au sujet de DUCH.

Respectueusement,

(signature)

DAVID SCHEFFER

NORTHWESTERN UNIVERSITY SCHOOL OF LAW

357 East Chicago Ave.

Chicago, Illinois 60611-3069

Etats-Unis d'Amérique

Tel : (312) 503-2224

Courriel : d-scheffer@law.northerwestern.edu