



ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា  
ជាតិ សាសនា ព្រះមហាក្សត្រ  
Kingdom of Cambodia  
Nation Religion King

**អង្គជំនុំជម្រះវិសាមញ្ញក្នុងតុលាការកម្ពុជា**  
**Extraordinary Chambers in the**  
**Courts of Cambodia**

**ការិយាល័យសហចៅក្រមស៊ើបអង្កេត**  
**Office of the Co-Investigating Judges**  
**Bureau des Co-juges d'instruction**  
**សំណុំរឿងព្រហ្មទណ្ឌ**  
**Criminal Case File /Dossier pénal**  
**លេខ/No: 002/14-08-2006**  
**លេខស៊ើបអង្កេត/Investigation/Instruction**  
**លេខ/No: 001/18-07-2007**

**ដីកាសម្របចង្អុលបណ្តោះអាសន្ន**  
**Order of Provisional Detention**  
**Ordonnance de placement en détention provisoire**

We, **You Bunleng** and **Marcel Lemonde**, the Co-Investigating Judges of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia,

Noting the law on the establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia dated 27 October 2004,

Noting Rule 63 of the Internal Rules of the Extraordinary Chambers,

Noting the judicial investigation opened against :

Last Name : **KAING**  
First Name : **Guek Eav**  
Alias : **Duch**  
Born on November 17, 1942, in the village of Poevveuy , Commune Peam Bang, District Stoeung Province Kompong Thom, Nationality: Cambodian, Profession: teacher  
Residing at village O Tuntim, Commune Ta Sagn, District Somlot, Province Battambang,

Charged with Crimes against Humanity, crime(s) set out and punishable under articles 5, 29(new) and 39(new) of the Law on the establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia dated 27 October 2004.

Noting today's adversarial hearing,

## **GROUNDS FOR THE DECISION**

Whereas the following is the result of the judicial investigation to date :

### **I. STATEMENT OF THE FACTUAL AND LEGAL SITUATION**

1. To date, (and without prejudice to the outcome of the ongoing investigations, which may identify other offences referred to in the introductory submission that may implicate the person concerned), KAING GUEK EAV alias DUCH is accused of directing the Security Prison S-21 between 1975 and 1979 where, under his authority, countless abuses were allegedly committed against the civilian population (arbitrary detention, torture and other inhumane acts, mass executions, etc.), which occurred within a political context of widespread or systematic abuses and constitute crimes against humanity. He is implicated by many documents and several witnesses.

The Co-Prosecutors of the Extraordinary Chambers request Duch's placement into provisional detention on the grounds that there are well founded reasons to believe that he participated in the crimes stated in the introductory submission; that provisional detention is necessary to prevent pressure on witnesses, notably those witnesses who worked under Duch's authority; that given the risk of flight it is necessary in order to ensure the presence of the charged person during the proceedings; that it is also necessary to protect his personal safety; and finally, that it is necessary to preserve public order.

The Charged Person's lawyer states that DUCH has been detained for more than eight years, which is contrary to both Cambodian Law and international standards; that the Extraordinary Chambers are responsible for ensuring that international norms of justice are respected, in particular those set out in Article 14(3)(c) of the International Covenant on Civil and Political

Rights and Article 5(3) of the European Convention on Human Rights; that furthermore, the conditions necessary to impose provisional detention under Rule 63 of the Internal Rules have not been satisfied, as evidenced by the fact that while Duch was at liberty from 1979 to 1999 there were no incidents and, specifically, no pressure was placed upon any person; that Duch was not a senior leader of Democratic Kampuchea and that “more than two thousand persons” held positions as heads of security centres.

The Charged Person’s lawyer adds that the other suspects remain at liberty and, therefore, requests that the Court release Duch from detention and impose a bail order instead.

Duch states that he was indeed the Head of S21, that because he is ready to reveal the crimes committed by the Khmer Rouge there is no reason to believe that he will exert pressure on witnesses and, moreover, he does not know the identity of any witnesses.

2. Given that the Co-Investigating Judges are responsible for evaluating all elements in favour of both the Defence as well as the Prosecution, it is important to account for the particular circumstances of the concerned person before deciding whether to place him in provisional detention. DUCH is currently in proceedings before the Military Court of Phnom Penh due in part to facts outside the competence of the Extraordinary Chambers and in part to facts relevant to ECCC jurisdiction. Within the context of these military proceedings, he was placed in provisional detention beginning 10 May, 1999 and he remains in detention to this date. His continued provisional detention is problematic in light of international standards of justice and, more specifically, articles 9(3) and 14(3)(c) of the International Covenant on Civil and Political Rights, which states that any individual arrested or detained for a criminal offence shall be entitled to a trial within a reasonable time period or to be released.
  
3. Article 12 of the Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia dated 6 June, 2003 expressly states that the Extraordinary Chambers shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice. It is necessary, therefore, to examine if DUCH’s prior detention affects the proceedings for which the concerned person is before us today. The issue may be phrased in these terms: Does the more than 8 year detention of the Charged Person in separate proceedings before another jurisdiction taint the present proceedings? Or rather, is such detention so excessive and prejudicial to the rights of the defence as to affect the very ability to bring this case within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers (which was established within the Cambodian Judicial organization but constitutes an independent institution having a separate structure from the national

jurisdictions), to no longer allow the detention of the Charged Person within the jurisdiction of the Extraordinary Chambers, or even to require the Co-Investigating Judges to stay the proceedings?

## **II. JURISPRUDENCE**

4. The alternatives before the Co-Investigating Judges today are as follows: must the adage *Male captus, bene detentus* be applied or, on the contrary, should the theory of abuse of process take precedence? Before concluding, both theories shall be reviewed.

### **A. MALE CAPTUS, BENE DETENTUS**

5. Many examples exist in domestic as well as international law which apply this maxim, whereby the circumstances which bring an Accused before a tribunal have no effect on the judgement of the Accused. Although most of these precedents are based on the initial arrest of the Charged Person, and more rarely on the conditions of their prior detention, in both cases the reasoning is the same as that with which we are now confronted. Without pretending to provide an exhaustive account of this subject, it is nonetheless useful to recall the principal opinions on the subject.
6. Starting in the beginning of the 19th century, the principle *Male captus, bene detentus* was applied in England in the *Scott* case. There, a British woman sought for perjury was apprehended in Belgium and sent back to the United Kingdom. In response to a Defence motion on jurisdiction, the [court] stated, “The question, therefore, is this, whether if a person charged with a crime is found in this country, it is the duty of the Court ...to consider the circumstances under which she was brought here. I thought, and still continue to think, that we cannot inquire into them.”<sup>1</sup> The same solution was adopted in *Elliott*<sup>2</sup> (although with a nuance, as Lord Goddard added, “it may influence the court [in its judgment] if they think there was something irregular or improper in the arrest”). English jurisprudence then evolved, as will be explained below in the discussion of abuse of procedure doctrine.

<sup>1</sup> *Ex parte Susanna Scott* (1829) 9 B. & C. 446, 109 E.R. 106

<sup>2</sup> *R. v O/C Depot Batallion, RASC Colchester (Ex parte Elliott)* (1949), 1 All E.R. 373 KB , p.376 et 377

7. The Supreme Court of the United States has always been particularly favorable to *male captus, bene detentus*. In *Ker v. Illinois*, the defendant, a United States national kidnapped from Peru and brought back to the United States against his will, challenged the jurisdiction of the U.S. courts. The Court held, “such forcible abduction is no sufficient reason why the party should not answer when brought within the jurisdiction of the court which has the right to try him for such an offence, and presents no valid objection to his trial in such court »<sup>3</sup>. In 1952, similar reasoning was applied in *Frisbie v. Collins*<sup>4</sup>. This issue later was the subject of a lively debate in the United States: as will be elaborated below, (Cf B, N°13), in 1974, a Federal Appeals Court refused to apply the holding from *Ker* and *Frisbie* in *Toscanino*<sup>5</sup>. However, the U.S. Supreme Court maintained its traditional position in favor of *male captus, bene detentus* in the *Alvarez-Machain*<sup>6</sup> case (although this decision was deemed « monstrous » by the dissenting judges...).
  
8. The District Court of Jerusalem, in its *Adolf EICHMANN* decision dated December 11-12, 1961, adopted the same position, reasoning in the following terms: “It is an established rule of law that a person standing trial for an offence against the laws of a state may not oppose his being tried by reason of the illegality of his arrest, or of the means whereby he was brought to the area of jurisdiction of the state. The courts in England, the United States and Israel have ruled continuously that the circumstances of the arrest and the mode of bringing of the accused into the area of the state have no relevance to his trial, and they consistently refused in all cases to enter into an examination of these circumstances.”<sup>7</sup>
  
9. Similarly, the French Court of Cassation, in the *ARGOUD* opinion of June 1964, decided that “*les conditions dans lesquelles un inculpé (...) a été appréhendé et livré à la justice, constitueraient-elles une atteinte à la loi pénale ou aux principes traditionnels de notre droit, ne sont pas de nature, si déplorable qu’elles puissent apparaître, à entraîner par elles-mêmes la nullité de la poursuite, dès lors que la recherche et l’établissement de la vérité ne s’en sont pas trouvés viciés fondamentalement, ni la défense mise dans l’impossibilité d’exercer ses droits devant les juridictions d’instruction et de jugement* »<sup>8</sup>. The Court, in the *BARBIE*

<sup>3</sup> *Ker v. Illinois* (1886) 119, U.S. 436

<sup>4</sup> *Frisbie v. Collins* (1952), 342 U.S. 519

<sup>5</sup> *US v. Toscanino* (1974) 500 F 2d 267

<sup>6</sup> *US v. Alvarez-Machain* (1992) 504 US 655

<sup>7</sup> District Court of Jerusalem, *Israel v. Adolf Eichmann*, Aff 40/61, 11-12 décembre 1961, Sessions 115 à 119, § 41

<sup>8</sup> Cass crim 4 juin 1964, Bull. 192, JCP 1964, II, n° 13806 Rapport Comte

opinion dated October 6, 1983, reiterated its analysis, using roughly the same terms: « *Il n'existe aucun obstacle à l'exercice de l'action publique contre l'inculpé(...), dès lors que la plénitude des droits de la défense lui est librement assuré devant les juridictions d'instruction et de jugement* »<sup>9</sup>.

10. The International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) has stated on many occasions that it was not responsible for the illegal arrest and detention of a defendant if the act was not the result of its order. It specified, in the *Rwamakuba*<sup>10</sup> opinion, that it was not empowered to rule upon the conditions of a defendant’s detention period which occurred prior to any Tribunal request and that any relief in this respect must be directed toward the court that authorized such detention.
11. There therefore exists a solid tradition supporting the strict separation of, on the one hand, a legal procedure before one jurisdiction and, on the other hand, the prior illegal arrest and detention ordered by a different authority. However, this tradition is limited by the doctrine of “*abuse of process*.”

## B. ABUSE OF PROCESS

12. The “*abuse of process*” doctrine has been progressively elaborated in common law. In its opinion, *Barayagwiza*, the ICTR defined abuse of process as follows: a tribunal may decline to exercise jurisdiction where, “in light of serious and egregious violations of the accused’s rights, [it] would prove detrimental to the court’s integrity,” and continuing with the proceedings would “contravene the court’s sense of justice.”<sup>11</sup>
13. In 1974, the Second Circuit Court of Appeals of the United States applied the abuse of process doctrine in *Toscanino*. The defendant, an Italian national, was forcibly abducted from Uruguay and taken against his will to Brazil, where he was detained and tortured for three weeks. He

---

9 Cass crim 6 octobre 1983, Bull., JCP 1983, II, n° 20107 Rapport Le Gunehec, Concl Dontenwille

10 *Rwamakuba*, Trial Chamber II, December 12, 2000, Decision on the Defence Motion Concerning the Illegal Arrest and Illegal Detention of the Accused, Case n° ICTR 98-44-T, par. 30 ; see also, *Semanza*, Appeal chamber, 31 May 2000, n° ICTR-97-20-A, par. 79 ; or in addition *Kajelijeli*, 8 May 2000 n° ICTR 98-44-1, par 35

11 *Barayagwiza*, Appeal Chamber, 03 nov. 99, n° TPIR-97-19-AR72

was later taken to the United States, where he was prosecuted for drug-related crimes. The Court reasoned as follows: “Accordingly we view due process as now requiring a court to divest itself of jurisdiction over the person of a defendant where it has been acquired as the result of the government's deliberate, unnecessary and unreasonable invasion of the accused's constitutional rights.”<sup>12</sup> The Court stated that any other decision in such a situation would “reward police brutality and lawlessness.”

14. New Zealand, in the *Hartley* case, was one of the first jurisdictions to apply these principles. In this case, which also concerned a covert extradition, Judge Woodhouse stated: “this must never become an area where it will be sufficient to consider that the end has justified the means. The issues raised by this affair are basic to the whole concept of freedom in society.”<sup>13</sup>

15. The South African Court of Appeals, in the *Ebrahim*<sup>14</sup> case, reasoned: “the individual ha(s) to be protected against unlawful detention and against abduction, the limits of territorial jurisdiction and the sovereignty of states ha(s) to be respected, the fairness of the legal process guaranteed and the abuse thereof prevented so as to protect and promote the dignity and integrity of the judicial system. The state (i)s bound by these rules and ha(s) to come to court with clean hands.”

16. The House of Lords applied the same rule in a similar case, *Bennett*<sup>15</sup>. Lord Bridge of Harwich’s opinion summarized the decision: “To hold that the court may turn a blind eye to executive lawlessness beyond the frontiers of its own jurisdiction is, to my mind, an insular and unacceptable view. Having then taken cognisance of the lawlessness it would again appear to me to be a wholly inadequate response for the court to hold that the only remedy lies in civil proceedings at the suit of the defendant or in disciplinary or criminal proceedings against the individual officers of the law enforcement agency who were concerned in the illegal action taken. Since the prosecution could never have been brought if the defendant had not been illegally abducted, the whole proceeding is tainted. (...) To hold that in these circumstances the court may decline to exercise its jurisdiction on the ground that its process has been abused may be an extension of the doctrine of abuse of process but is, in my view, a wholly proper and necessary one.”

<sup>12</sup> *US v. Toscanino* (1974) 500 F 2d 267, p.275

<sup>13</sup> *Ibid.* 216-217

<sup>14</sup> *State v. Ebrahim*, 1991 (2) S.A. 553

<sup>15</sup> *Re v. Horseferry Rd Magistrates’ Court (Ex parte Bennett)* 24 juin 1993, [1994] 1 A.C. 42

17. The ICTR applied this theory in *Barayagwiza*<sup>16</sup>, justifying its decision as follows: “Even if fault is shared between the three organs of the Tribunal—or is the result of the actions of a third party, such as Cameroon—it would undermine the integrity of the judicial process to proceed. Furthermore, it would be unfair for the Appellant to stand trial on these charges if his rights were egregiously violated. Thus, under the abuse of process doctrine, it is irrelevant which entity or entities were responsible for the alleged violations of the Appellant’s rights. It is important to stress that the abuse of process doctrine may be invoked as a matter of discretion. It is a process by which Judges may decline to exercise the court’s jurisdiction in cases where to exercise that jurisdiction in light of serious and egregious violations of the accused’s rights would prove detrimental to the court’s integrity. The crimes for which the Appellant is charged are very serious. However, in this case the fundamental rights of the Appellant were repeatedly violated. (...) We find this conduct to be egregious and, in light of the numerous violations, conclude that the only remedy available (...) is to release the Appellant and dismiss the charges against him.”<sup>17</sup>

18. However, abuse of procedure arguments were dismissed by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”) in *NICOLIC*<sup>18</sup>. In this decision, the ICTY held that the this theory could only apply where the Accused had been subject to serious mistreatment, specifying that “Whether such a decision should be taken also depends entirely on the facts of the case and cannot be decided in the abstract. Accordingly, the level of violence used against the Accused must be assessed. Here, the Chamber observes that the assumed facts, although they do raise some concerns, do not at all show that the treatment of the Accused by the unknown individuals amounts was of such an egregious nature.”

19. In *Lubanga*,<sup>19</sup> the International Criminal Court adopted the same solution, where the court held that the violation of the rights of the defendant at the time of his prior arrest and detention could only be taken into account in two cases: if the court acted in concert with the external authorities, or if the defendant was the victim of acts of torture or serious mistreatment.

<sup>16</sup> In which case, it is important to recall that the accused was kept in detention from 21 February until 19 November 1997 at the request of the Prosecutor of the ICTR, without being transferred before that jurisdiction.

<sup>17</sup> *Barayagwiza*, Appeal Chamber, 03 nov. 99, n° TPIR-97-19-AR72, par 73 à 76

<sup>18</sup> *Nikolic* ICTY Trial Chamber II, 9 October 2002, IT-94-2-PT

<sup>19</sup> ICC, Appeal Chamber, Pros. v. Lubanga, Case ICC-01/04-01/06, 14 Dec.06, par. 42-43 ss



### III. PRESENT SOLUTION

20. In light of the theories recalled above, the Co-Investigating Judges consider that they do not have jurisdiction to determine the legality of DUCH's prior detention. The fact that the Extraordinary Chambers is part of the judicial system of the Kingdom of Cambodia does not lead to the conclusion that this special internationalised Tribunal acted in concert with the military court: the Extraordinary Chambers only became operational on June 22, 2007, the date of the entry into force of the Internal Rules. Prior to the initiation of this judicial investigation, the Co-Investigating Judges (who together form the sole authority empowered to decide upon matters of provisional detention) had no means of intervening. Once they were in a position to do so, they dealt with the issue. Thus, the time lapse between the lodging of the Introductory submission and the arrest warrant (12 days) cannot seriously be considered excessive or be characterised as negligence, given the time needed to review the case file.
21. The abuse of process doctrine does not apply to the present case. The courts that have applied this doctrine have always considered the proportional relationship between the alleged violations and the proposed remedy. It is obvious that in a case of crimes against humanity, the proceedings should be stayed only where the rights of the accused have been seriously affected, at least, for example, to the degree in *Toscanino*. The Co-Investigating Judges are therefore compelled to follow the solution adopted in *Nikolic* and *Lubanga* which requires, for the application of the abuse of procedure doctrine, the existence of grave violations of the rights of the Accused. Where it has not been established or even alleged that DUCH suffered incidents of torture or serious mistreatment prior to his transfer before the Extraordinary Chambers, the prolonged detention under the jurisdiction of the Military Court, in comparison with the crimes against humanity alleged against the Accused, cannot be considered a sufficiently grave violation of the rights of the Accused. The present proceedings by no means deprive the concerned person of his full rights of defence and thus may follow their course. To clarify, an eventual remedy for the prejudice caused by the prior detention (in the form of a reduction of sentence or by any other means decided by the Chambers) is not at issue during the investigative phase.
22. The sole remaining issue is therefore as follows: Is DUCH's provisional detention necessary today, in the context of these proceedings opened before the Extraordinary Chambers? On this

issue, the decision of the Co-Investigating Judges is as follows: the acts alleged against the Charged Person are of a gravity such that, 30 years after their commission, they profoundly disrupt the public order to such a degree that it is not excessive to conclude that the release of the person concerned risks provoking, in the fragile context of today's Cambodian society, protests of indignation which could lead to violence and perhaps imperil the very safety of the person concerned. Furthermore, because DUCH may be sentenced to life imprisonment, it is feared that he may seek, as a consequence, to flee any legal action.

23. Consequently, taking into consideration that there is a well-founded belief that KAING GUEK EAV, alias DUCH, committed the crimes with which he is charged, that provisional detention is necessary to guarantee that the Charged Person remains at the disposition of justice and to protect his safety; and that, finally, it is necessary to preserve public order; because furthermore, no bail order would be rigorous enough to ensure that these needs would be sufficiently satisfied and therefore detention remains the only means to proceed ;

**On these grounds,**

We order that **KAING GUEK EAV**, alias Duch, be placed in provisional detention for a period not exceeding one year.

Done at Phnom Penh, on 31 July, 2007

**សហចៅក្រមស៊ើបអង្កេត**

**Co-Investigating Judges  
Co-juges d'instruction**

This Order was done in Khmer and French originals. This English version is a translation.

We,....., have provided a copy of this order to the persons listed below on

.....

<b>Charged Person</b>	<b>Lawyer of Charged Person</b>	<b>Co-Prosecutors</b>	<b>Office of the Administration</b>	<b>Greffier</b>
-----------------------	---	-----------------------	---	-----------------

Through this notification, the Charged Person is informed that :

- S/He has the right to appeal this order, pursuant to the conditions outlined in Rule 75 of the Internal Rules of the Extraordinary Chambers;
- S/He has the right to be personally brought before the Co-Investigating Judges at least every 4 (four) months and to be given an opportunity to discuss his or her treatment and conditions during Provisional Detention ;
- During his or her presentation before the Co-Investigating Judges, s/he may formulate a request, upon which the Co-Investigating Judges shall decide ;
- S/He may submit an application for release to the Co-investigating Judges at any moment during the period of Provisional detention;
- If his or her conditions have changed since his or her last application, the Charged Person may file a further application not less than 3 (three) months after the final determination of the previous application for release.



ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា  
ជាតិ សាសនា ព្រះមហាក្សត្រ  
Royaume du Cambodge  
Nation Religion Roi

**អង្គជំនុំជម្រះវិសាមញ្ញក្នុងតុលាការកម្ពុជា**  
**Chambres Extraordinaires au sein**  
**des Tribunaux Cambodgiens**

**ការិយាល័យសហចៅក្រមស៊ើបអង្កេត**  
**Office of the Co-Investigating Judges**  
**Bureau des Co-juges d’instruction**  
**សំណុំរឿងព្រហ្មទណ្ឌ**  
**Criminal Case File /Dossier pénal**  
**លេខ/No: 002/14-08-2006**

**ដីកាសម្របឃុំខ្លួនបណ្តោះអាសន្ន**  
**Order of Provisional Detention**  
**Ordonnance de placement en détention provisoire**

**លេខស៊ើបអង្កេត/Investigation/Instruction**  
**លេខ/No: 001/18-07-2007**

Nous, **You Bunleng** et **Marcel Lemonde**, co-juges d’instruction des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens,

Vu la Loi sur les Chambres extraordinaires en date du 27 octobre 2004,

Vu la Règle 63 du Règlement intérieur des Chambres extraordinaires,

Vu l’instruction ouverte contre :

Nom : **KAING**  
Prénom : **Guek Eav**  
Alias : **Duch**  
Sexe masculin, né le 17 novembre 1942, au village de Poevveuy, Commune Peam Bang, District Stoeung, Province Kompong Thom, de nationalité cambodgienne, profession: enseignant, Domicilié au Village O Tuntim, Commune Ta Sagn, District Somlot, Province de Battambang,

Mis en examen pour Crimes contre l’humanité, faits prévus et réprimés par les articles 5, 29 (nouveau) et 39 (nouveau) de la Loi sur la création des Chambres extraordinaires en date du 27 octobre 2004.

Vu le débat contradictoire organisé ce jour,

**MOTIFS DE LA DECISION**

**Considérant qu’il résulte de l’instruction ce qui suit :**

**I . EXPOSE DE LA SITUATION EN FAIT ET EN DROIT**

1. En l’état (et sans préjudice du résultat des investigations qui sont en cours, susceptibles de caractériser d’autres infractions visées au réquisitoire introductif et pouvant être imputées à l’intéressé), KAING GUEK EAV alias DUCH est poursuivi pour avoir, entre 1975 et 1979, dirigé le Centre de sécurité S.21 où auraient été commis sous son autorité d’innombrables exactions à l’encontre de la population civile (emprisonnements arbitraires, tortures et autres actes inhumains, exécutions massives, etc), s’inscrivant dans le cadre de l’exécution d’une politique systématique ou généralisée, constitutives de crimes contre l’humanité. Il est mis en cause par de très nombreux documents et plusieurs témoignages.

Les co-procureurs des Chambres extraordinaires demandent sa mise en détention provisoire, aux motifs qu’il existe des raisons plausibles de croire que DUCH a participé aux crimes énoncés dans le réquisitoire introductif ; que la détention provisoire est nécessaire pour prévenir toute pression sur les témoins, notamment ceux qui ont été sous son autorité ; qu’elle est également nécessaire pour garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice, compte tenu des risques de fuite, et pour protéger la propre sécurité de l’intéressé ; qu’enfin, elle s’impose pour préserver l’ordre public.

Le conseil de la personne mise en examen fait valoir que DUCH est détenu depuis plus de 8 ans, ce qui est contraire à la loi cambodgienne et aux standards internationaux ; que les Chambres extraordinaires sont compétentes pour faire respecter les normes internationales de justice et notamment les articles 14 (3-c) du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques et 5.3 de la Convention européenne des droits de l’homme ; qu’en outre, la détention provisoire ne peut être ordonnée en l’espèce car les conditions de la règle 63 du Règlement intérieur ne sont pas remplies, dès lors que DUCH a été en liberté de 1979 à 1999 sans qu’aucun trouble en soit résulté, et en particulier sans qu’aucune pression sur lui ait eu lieu ; que DUCH n’était pas un haut dirigeant du Kampuchea Démocratique et que « plus de 2000 personnes » étaient dans sa situation de chef de centre de sécurité. Il ajoute que les autres suspects sont en liberté et, en conséquence, demande la mise en liberté de son client sous contrôle judiciaire.

DUCH déclare qu'il était bien le chef du Centre S.21, qu'il est prêt à révéler tous les crimes commis par les Khmers rouges et qu'il n'y a donc aucune raison de penser qu'il puisse faire pression sur des témoins dont il ignore d'ailleurs qui ils sont.

2. Avant de statuer sur la mise en détention provisoire de DUCH, il convient de rappeler la situation particulière de l'intéressé, qui soulève une difficulté spécifique sur laquelle les co-juges d'instruction, ayant l'obligation d'instruire à charge et à décharge, doivent se prononcer. En effet, DUCH est actuellement poursuivi devant la Cour militaire de Phnom Penh, d'une part pour des faits qui échappent à la compétence des Chambres extraordinaires et d'autre part pour des faits relevant de la compétence de celles-ci. Dans le cadre de cette procédure militaire, il a été placé en détention provisoire en Mai 1999 et il est détenu depuis lors, ce qui, de toute évidence, est problématique au regard des standards internationaux de justice et, plus particulièrement, des articles 9(3) et 14 (3-c) du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, aux termes desquels tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale doit être jugé dans un délai raisonnable ou libéré.
  
3. L'accord du 6 juin 2003 entre les Nations Unies et le Gouvernement Royal du Cambodge prévoit expressément, en son article 12, que les Chambres extraordinaires exercent leur compétence conformément aux normes internationales de justice. Il importe donc d'examiner l'incidence éventuelle de la détention antérieurement subie par DUCH sur la procédure dont celui-ci fait aujourd'hui l'objet devant nous. La question peut être posée en ces termes : le fait que la personne mise en examen ait été maintenue en détention pendant plus de 8 ans, dans le cadre d'une procédure distincte conduite devant une autre juridiction, est-il de nature à entacher la présente procédure ? Ou encore, une telle détention est-elle à ce point excessive et attentatoire aux droits de la défense qu'elle affecterait la saisine même de notre juridiction (établie au sein de l'organisation judiciaire Cambodgienne mais constituant une institution indépendante ayant une structure séparée des autres juridictions nationales) et n'autoriserait plus une nouvelle détention de la personne mise en examen, voire imposerait qu'il soit mis fin aux poursuites engagées à son encontre ?

## **II. DOCTRINE ET JURISPRUDENCE**

4. L'alternative devant laquelle sont aujourd'hui placés les co-juges d'instruction est la suivante : faut-il appliquer ici l'adage *Male captus, bene detentus* ou à l'inverse se référer à la théorie de l'abus de procédure ? Avant de se prononcer, il importe de rappeler le contenu de ces deux notions.

A. MALE CAPTUS, BENE DETENTUS

5. Il existe de très nombreux exemples, tant en droit interne qu'en droit international, d'application de cette maxime selon laquelle les circonstances dans lesquelles un accusé se trouve déféré devant un tribunal n'ont aucune importance pour le jugement de cet accusé. La plupart de ces précédents sont relatifs aux conditions de l'arrestation initiale de la personne poursuivie, plus rarement des seules conditions d'une détention antérieure, mais dans les deux cas le raisonnement est le même. Sans prétendre à l'exhaustivité, il n'est pas inutile de rappeler ici les principales décisions en la matière.
  
6. Dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, en Angleterre, le principe *Male captus, bene detentus* a été admis dans l'affaire *Scott* : une britannique recherchée pour faux témoignage avait été appréhendée en Belgique et renvoyée au Royaume-Uni. En réponse à l'exception d'incompétence soulevée par la défense, la juridiction anglaise se prononce ainsi : « *la question qui se pose est celle de savoir s'il est du devoir de la Cour (...) de tenir compte des circonstances dans lesquelles cette personne a été traduite devant elle. J'estime que nous ne pouvons enquêter sur ces circonstances*<sup>1</sup> ». Même solution dans l'affaire *Elliott*<sup>2</sup> (avec toutefois une nuance, le président, Lord Goddard, ayant ajouté : « *le tribunal pourrait être influencé dans son jugement s'il pense que l'arrestation est entachée d'irrégularité ou abusive* »). La jurisprudence anglaise devait par la suite évoluer, ainsi qu'il sera exposé ci-dessous à propos de l'abus de procédure.
  
7. La Cour suprême des États-Unis a toujours été particulièrement favorable au principe *male captus, bene detentus*. Dans *Ker v. Illinois*, l'accusé, ressortissant américain ayant été ramené de force du Pérou aux États-Unis à la suite d'un enlèvement, contestait la compétence des juridictions américaines ; la Cour lui répond : « *un tel enlèvement forcé ne constitue pas pour l'accusé une raison suffisante de ne pas répondre de l'infraction qui lui est reprochée lorsqu'il est déféré au tribunal qui a le droit de le juger pour une telle infraction, et ne présente pas d'obstacle valable à ce qu'il soit jugé par ce tribunal* »<sup>3</sup>. En 1952, un raisonnement similaire a été appliqué dans *Frisbie v. Collins*<sup>4</sup>. Cette question a par la suite fait l'objet d'un vif débat en Amérique : comme il sera développé ci-dessous (Cf B, N°13), en 1974, une Cour d'appel fédérale a refusé d'appliquer la règle *Ker-Frisbie* dans l'affaire *Toscanino*<sup>5</sup>. Cependant, la Cour suprême a maintenu sa position

<sup>1</sup> *Ex parte Susanna Scott* (1829) 9 B. & C. 446, 109 E.R. 106

<sup>2</sup> *R. v O/C Depot Battalion, RASC Colchester (Ex parte Elliott)* (1949), 1 All E.R. 373 KB , p.376 et 377

<sup>3</sup> *Ker v. Illinois* (1886) 119, U.S. 436

<sup>4</sup> *Frisbie v. Collins* (1952), 342 U.S. 519

<sup>5</sup> *US v. Toscanino* (1974) 500 F 2d 267

traditionnelle dans l'affaire *Alvarez-Machain*<sup>6</sup> (étant toutefois précisé que cette décision a été qualifiée de « monstrueuse » par les juges ayant émis une opinion dissidente...).

8. La District Court of Jerusalem, dans sa décision *Adolf EICHMANN* des 11-12 Décembre 1961, a adopté la même position, statuant en ces termes : « *It is an established rule of law that a person standing trial for an offence against the laws of a state may not oppose his being tried by reason of the illegality of his arrest, or of the means whereby he was brought to the area of jurisdiction of the state. The courts in England, the United States and Israel have ruled continuously that the circumstances of the arrest and the mode of bringing of the accused into the area of the state have no relevance to his trial, and they consistently refused in all cases to enter into an examination of these circumstances* »<sup>7</sup>.
  
9. De même, la Cour de cassation française, dans un arrêt *ARGOUD* du Juin 1964, a décidé que « *les conditions dans lesquelles un inculpé (...) a été appréhendé et livré à la justice, constitueraient-elles une atteinte à la loi pénale ou aux principes traditionnels de notre droit, ne sont pas de nature, si déplorables qu'elles puissent apparaître, à entraîner par elles-mêmes la nullité de la poursuite, dès lors que la recherche et l'établissement de la vérité ne s'en sont pas trouvés viciés fondamentalement, ni la défense mise dans l'impossibilité d'exercer ses droits devant les juridictions d'instruction et de jugement* »<sup>8</sup>. Dans sa décision *BARBIE* du 6 octobre 1983, la Cour a réitéré son analyse, reprenant à peu près les mêmes termes : « *Il n'existe aucun obstacle à l'exercice de l'action publique contre l'inculpé(...), dès lors que la plénitude des droits de la défense lui est librement assuré devant les juridictions d'instruction et de jugement* »<sup>9</sup>.
  
10. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a déclaré à maintes reprises qu'il n'était pas responsable de l'illégalité de l'arrestation et de la détention d'un accusé si celles-ci ne répondaient pas à une demande du Tribunal. Il a précisé, dans sa décision *Rwamakuba*<sup>10</sup>, qu'il n'était pas compétent pour juger des conditions de la période de détention subie par un accusé avant toute demande du Tribunal et que tout recours à cet égard devait être introduit devant les juridictions ayant ordonné cette détention.

<sup>6</sup> *US v. Alvarez-Machain* (1992) 504 US 655

<sup>7</sup> District Court of Jerusalem, *Israel v. Adolf Eichmann*, Aff 40/61, 11-12 décembre 1961, Sessions 115 à 119, § 41

<sup>8</sup> Cass crim 4 juin 1964, Bull. 192, JCP 1964, II, n° 13806 Rapport Comte

<sup>9</sup> Cass crim 6 octobre 1983, Bull., JCP 1983, II, n° 20107 Rapport Le Gunehec, Concl Dontenwille

<sup>10</sup> *Rwamakuba*, Chambre de première instance II, 12 décembre 2000, Decision on the Defence Motion Concerning the Illegal Arrest and Illegal Detention of the Accused, affaire n° ICTR 98-44-T, par. 30 ; V. également, *Semanza*, Chambre d'appel, 31 mai 2000, n° ICTR-97-20-A, par. 79 ; ou encore *Kajelijeli*, 8 mai 2000 n° ICTR 98-44-1, par 35



11. Il existe donc une solide tradition en faveur de la stricte séparation entre une procédure légalement engagée devant une juridiction donnée d'une part, et l'arrestation ou la détention ordonnées antérieurement de manière illégale par une autorité différente d'autre part. Cette tradition trouve toutefois sa limite dans la théorie de l'abus de procédure

B. ABUS DE PROCEDURE

12. La théorie de l'« *abuse of process* » a été progressivement élaborée en common law. Dans sa décision *Barayagwiza*, le Tribunal Pénal International pour le Rwanda en a donné la définition suivante : un tribunal peut être conduit à se déclarer incompétent lorsque, « *au vu des violations graves et flagrantes dont les droits de l'accusé font l'objet, l'exercice d'une telle compétence pourrait s'avérer préjudiciable à l'intégrité du Tribunal* », la continuation du procès étant alors « *contraire à la conception que le tribunal a de la justice* »<sup>11</sup>.

13. Dans l'affaire *Toscanino*, en 1974, la Cour d'appel du 2<sup>o</sup> circuit des Etats-Unis a fait application de cette théorie. L'accusé, ressortissant italien, avait été enlevé en Uruguay par les autorités uruguayennes et emmené de force au Brésil, où il avait été détenu et torturé pendant près de trois semaines, puis aux Etats-Unis où il était poursuivi pour des crimes liés à la drogue. La Cour a raisonné ainsi : « *nous estimons que le respect de la légalité exige maintenant qu'un tribunal renonce à exercer sa compétence sur la personne d'un accusé si celui-ci a été arrêté à la suite d'une atteinte délibérée, superflue et déraisonnable à ses droits constitutionnels par les autorités* »<sup>12</sup>. Toute autre décision, dans une telle situation, revenait, selon la Cour, à « *cautionner la brutalité et l'illégalité policières* ».

14. La Nouvelle-Zélande, dans l'affaire *Hartley*<sup>13</sup> a été l'une des premières à faire application de ces principes. Dans cette affaire, concernant encore une fois une extradition déguisée, le juge Woodhouse s'exprimait ainsi : « *this must never become an area where it will be sufficient to consider that the end has justified the means. The issues raised by this affair are basic to the whole concept of freedom in society* »<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> *Barayagwiza*, Ch.App., 03 nov. 99, n° TPIR-97-19-AR72

<sup>12</sup> *US v. Toscanino* (1974) 500 F 2d 267, p.275

<sup>13</sup> *Reg. v. Hartley* [1978] 2 N.Z.L.R. 199

<sup>14</sup> *Ibid.* 216-217

15. La Cour d'appel d'Afrique du Sud, dans l'affaire *Ebrahim*<sup>15</sup>, s'exprimait ainsi : « *the individual ha(s) to be protected against unlawful detention and against abduction, the limits of territorial jurisdiction and the sovereignty of states ha(ve) to be respected, the fairness of the legal process guaranteed and the abuse thereof prevented so as to protect and promote the dignity and integrity of the judicial system. The state (i)s bound by these rules and ha(s) to come to court with clean hands* ».

16. La Chambre des Lords a appliqué les mêmes principes dans une affaire similaire, *Bennett*<sup>16</sup>. L'opinion de Lord Bridge of Harwich résume la décision : « *To hold that the court may turn a blind eye to executive lawlessness beyond the frontiers of its own jurisdiction is, to my mind, an insular and unacceptable view. Having then taken cognisance of the lawlessness it would again appear to me to be a wholly inadequate response for the court to hold that the only remedy lies in civil proceedings at the suit of the defendant or in disciplinary or criminal proceedings against the individual officers of the law enforcement agency who were concerned in the illegal action taken. Since the prosecution could never have been brought if the defendant had not been illegally abducted, the whole proceeding is tainted. (...) To hold that in these circumstances the court may decline to exercise its jurisdiction on the ground that its process has been abused may be an extension of the doctrine of abuse of process but is, in my view, a wholly proper and necessary one* ».

17. Le TPIR a fait application de cette théorie dans l'affaire *Barayagwiza*<sup>17</sup>, en motivant ainsi sa décision : « *Even if fault is shared between the three organs of the Tribunal—or is the result of the actions of a third party, such as Cameroon—it would undermine the integrity of the judicial process to proceed. Furthermore, it would be unfair for the Appellant to stand trial on these charges if his rights were egregiously violated. Thus, under the abuse of process doctrine, it is irrelevant which entity or entities were responsible for the alleged violations of the Appellant's rights. It is important to stress that the abuse of process doctrine may be invoked as a matter of discretion. It is a process by which Judges may decline to exercise the court's jurisdiction in cases where to exercise that jurisdiction in light of serious and egregious violations of the accused's rights would prove detrimental to the court's integrity. The crimes for which the Appellant is charged are very serious. However, in this case the fundamental rights of the Appellant were repeatedly violated. (...) We find this conduct to be egregious and, in light of the numerous*

<sup>15</sup> *State v. Ebrahim*, 1991 (2) S.A. 553

<sup>16</sup> *Re v. Horseferry Rd Magistrates' Court (Ex parte Bennett)* 24 juin 1993, [1994] 1 A.C. 42

<sup>17</sup> Dans laquelle, il importe de le rappeler, l'accusé avait été maintenu en détention du 21 Février au 19 Novembre 1997 à la demande Procureur près le TPIR sans être transféré devant cette juridiction.

violations, conclude that the only remedy available (...) is to release the Appellant and dismiss the charges against him »<sup>18</sup>.

\*

18. Cependant, l'abus de procédure a été écarté par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'Affaire *NICOLIC* <sup>19</sup>. Dans cette décision, le Tribunal a considéré que cette théorie ne devait s'appliquer que lorsqu'un accusé avait fait l'objet de mauvais traitements graves, précisant que « *la prise de pareille décision dépend également entièrement des faits de l'espèce et elle ne peut se faire in abstracto. En conséquence, le degré de violence témoigné envers l'Accusé doit être évalué. En l'espèce, la Chambre remarque que les faits présumés, bien que soulevant certaines inquiétudes, n'établissent nullement que le traitement réservé à l'Accusé par les inconnus revêt un caractère de violation flagrante* ».

19. Cette solution a également été adoptée par la Cour Pénale Internationale dans l'affaire *Lubanga*<sup>20</sup>, la Cour estimant que la violation des droits d'un accusé à l'occasion de son arrestation ou de sa détention antérieure ne pouvait être prise en compte que dans deux cas : si la Cour et les autorités extérieures avaient agi de manière concertée ou encore si l'intéressé avait été victime d'actes de torture ou de mauvais traitements graves.

### III. SOLUTION EN L'ESPECE

20. Au vu de l'ensemble des éléments ci-dessus rappelés, les co-juges d'instruction estiment qu'ils ne sont pas compétents pour apprécier la légalité de la détention antérieurement subie par DUCH. Le fait que les Chambres extraordinaires soient constituées au sein de l'organisation judiciaire du Royaume du Cambodge ne saurait permettre de soutenir que ce Tribunal spécial internationalisé et la Cour militaire ont agi de manière concertée : les Chambres extraordinaires n'ont été effectivement opérationnelles qu'à compter du 22 juin 2007, date d'entrée en vigueur du Règlement intérieur ; avant l'ouverture de la présente instruction, les co-juges d'instruction (seule autorité compétente pour prendre une décision en matière de détention provisoire) n'avaient aucune possibilité d'intervenir ; dès qu'ils ont été en mesure de le faire, ils se sont saisis de la question, le délai écoulé entre la délivrance du réquisitoire introductif et celle du mandat d'amener

<sup>18</sup> *Barayagwiza*, Ch.App., 03 nov. 99, n° TPIR-97-19-AR72, par 73 à 76

<sup>19</sup> *Nikolic* TPIY Chambre de première instance II, 9 octobre 2002, IT-94-2-PT

<sup>20</sup> CPI, Ch. Ap. Proc. c. Lubanga, affaire CPI-01/04-01/06, 14 déc.06, par. 42 ss

(12 jours) ne pouvant sérieusement être considéré comme excessif et caractéristique d'une négligence compte tenu du temps nécessaire à la prise de connaissance du dossier.

**21.** La théorie de l'abus de procédure ne peut s'appliquer en l'espèce. Les juridictions qui ont eu recours à cette notion n'ont jamais fait totalement abstraction de la proportionnalité entre les violations alléguées et le remède proposé ; or il est évident que, dans une affaire de crimes contre l'humanité, mettre fin aux poursuites ne se peut concevoir qu'en cas d'atteinte gravissime aux droits d'un accusé, au minimum comparable à celle qui fut commise dans l'affaire *Toscanino* par exemple. Les co-juges d'instruction sont donc conduits à adopter la solution qui fut retenue dans les affaires *Nikolic* ou *Lubanga* exigeant, pour retenir l'abus de procédure, l'existence de violations graves et flagrantes des droits de l'accusé. Dès lors qu'il n'est aucunement établi ni même allégué que DUCH ait subi des actes de torture ou des mauvais traitements graves antérieurement à son transfèrement devant les Chambres extraordinaires, la détention prolongée subie devant la Cour militaire, comparativement aux crimes contre l'humanité reprochés à l'intéressé, ne peut être considérée comme une atteinte suffisamment grave. La présente procédure, dans laquelle la personne mise en examen n'est en aucune façon privé de la plénitude des droits de la défense, peut donc suivre son cours, étant précisé qu'une éventuelle réparation du préjudice subi du fait de la détention antérieure (sous forme de réduction de peine ou de toute autre façon décidée par les Chambres) ne saurait se poser au stade de l'instruction.

**22.** La seule question qui reste à trancher est donc la suivante : la détention provisoire de DUCH est-elle nécessaire aujourd'hui, dans le cadre de la procédure ouverte à son encontre devant les Chambre extraordinaires ? Sur ce point la réponse des co-juges d'instruction est la suivante : les faits reprochés à la personne mise en examen 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. Par ailleurs, la peine de réclusion criminelle à perpétuité encourue par DUCH fait craindre que celui-ci ne cherche à se soustraire à l'action de la justice.

23. En conséquence, considérant qu'il existe des raisons plausibles de croire que KAING GUEK EAV, alias DUCH, a commis les crimes qui lui sont reprochés ; que la détention provisoire est nécessaire pour garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice et pour protéger la propre sécurité de l'intéressé ; qu'enfin, elle s'impose pour préserver l'ordre public ; qu'aucune mesure de contrôle judiciaire, aussi rigoureuse soit-elle, ne serait de nature à assurer la satisfaction efficace de ces impératifs et que la détention reste l'unique moyen d'y parvenir ;

**Par ces motifs,**

Ordonnons le placement en détention provisoire de KAING GUEK EAV, alias Duch, pour une durée maximale d'un an.

Fait à Phnom Penh, le 31 juillet 2007

**សហចៅក្រមស៊ើបអង្កេត**

**Co-Investigating Judges**

**Co-juges d'instruction**

**La présente ordonnance a été rédigée en Khmer et en Français, puis traduite en Anglais.**

Nous.....avons remis copie de la présente ordonnance à la personne ci-dessous mentionnée le.....

**La personne mise en examen**

**Avocat de la personne mise en examen**

**Les co-procureurs**

**Le Bureau de l'Administration**

**Le greffier**

Par la présente notification, la personne mise en examen est informée que :

- Elle a le droit de faire appel de la présente ordonnance, dans les conditions prévues à la Règle 75 du Règlement intérieur des Chambres extraordinaires ;
- Elle peut demander sa mise en liberté auprès des co-juges d'instruction, à tout moment de sa détention ;
- Elle peut déposer une nouvelle demande de mise en liberté, 3 mois au moins après une précédente ordonnance de refus de mise en liberté, à condition que les circonstances aient changé depuis sa dernière demande ;
- Elle a le droit d'être conduite devant les co-juges d'instruction au moins tous les 4 mois et de leur présenter toute observation sur les conditions de sa détention ;
- Lors de sa présentation devant les co-juges d'instruction, elle peut formuler une demande, sur laquelle les co-juges d'instruction statueront ;
- Elle pourra présenter des observations avant que les co-juges d'instruction ne statuent, par ordonnance susceptible d'appel, sur l'éventuelle prolongation de sa détention ;