

**AUPRÈS DE LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE
DES CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX
CAMBODGIENS**

Dépôt

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC

Partie déposante : M. KHIEU Samphan

Déposé auprès de : La Chambre de première instance

Langue originale : FRANÇAIS

Date du document : 14 février 2011

Classement

Classement suggéré par la partie déposante : PUBLIC

Classement arrêté par la Chambre de première instance :

សាធារណៈ / Public

Statut du classement :

Réexamen du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives :

Signature:

EXCEPTIONS PRELIMINAIRES PORTANT SUR LA COMPETENCE

Déposée par:

Avocats de M. KHIEU Samphan

Me SA Sovan

Me Jacques VERGES

Me Philippe GRECIANO

Auprès de:

La Chambre de première instance

NIL Nonn

Silvia CARTWRIGHT

THOU Mony

Jean-Marc LAVERGNE

YA Sokhan

Les Co-procureurs

Mme CHEA Leang

M. Andrew CAYLEY

Les avocats des parties civiles

PICH Ang

Elisabeth SIMONNEAU FORT

| |
|--|
| ឯកសារដើម ORIGINAL DOCUMENT/DOCUMENT ORIGINAL |
| ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ ទទួល (Date of receipt/Date de reception): 14 / 02 / 2011 |
| ម៉ោង (Time/Heure): 16 : 08 |
| មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: Uch Arun |

PLAISE A LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE

I- RAPPEL DE LA PROCEDURE

1. Le 13 janvier 2011, la Chambre préliminaire a renvoyé M. KHIEU Samphan devant la Chambre de première instance¹ pour être jugé pour crimes contre l'humanité, génocide, violations graves des Conventions de Genève du 12 août 1949 et infractions au code pénal Cambodgien de 1956².

II- INTRODUCTION

2. M. KHIEU Samphan dépose à ce jour les exceptions préliminaires portant sur la compétence de la Chambre de première instance sur le fondement de la règle 89(1)(a) du Règlement intérieur des CETC (« Règlement »). Il a déposé ce même jour les exceptions préliminaires relatives à l'extinction de l'action publique en vertu de la règle 89(1)(b) du Règlement. Compte tenu de la limitation du nombre de pages, ces requêtes sont déposées de manière résumée. Il se réserve le droit de développer ces points dans des conclusions supplémentaires.

A. CARACTERE HYBRIDE DES CETC

3. Le caractère hybride des CETC selon lequel les « Chambres extraordinaires sont créées au sein de l'appareil judiciaire existant, à savoir le Tribunal de première instance et la Cour suprême³ » oblige ces Chambres à appliquer le droit national cambodgien⁴.

B. PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

a. Principe de légalité : *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*

¹ Décision relative à l'appel de KHIEU Samphan contre l'ordonnance de clôture, *Document judiciaire*, D427/4/14.

² Ordonnance de clôture, 16 septembre 2010, *Document judiciaire*, D427, para. 1613.

³ Article 2 (nouveau) de la Loi sur les CETC.

⁴ Contrairement aux autres juridictions pénales internationales, les CETC n'ont pas été créées par une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies ou par un traité multilatéral. Par conséquent, les CETC ne sont pas un tribunal international. Le seul droit applicable devant les CETC est : la Constitution de la République Khmer de 1972 (qui s'applique à la période du 17 avril 1975 à janvier 1976), la Constitution du Kampuchea démocratique du 5 janvier 1976, le code pénal de 1956, toute loi pénale plus douce actuellement en vigueur et, éventuellement, le droit international coutumier existant pendant la période 1975-1979.

4. Le principe de légalité des délits et des peines⁵ est la garantie selon laquelle il n'y a pas de crime ou de peine sans un texte légal⁶. La loi doit définir le crime et établir la peine applicable. Ce principe repose sur le fait que le droit pénal doit être accessible et prévisible. Ainsi, « [t]out acte contraire à l'ordre social, aussi grave soit-il, n'expose pas nécessairement son auteur à une sanction pénale. Pour donner lieu à répression, il faut qu'il ait été incriminé par la loi. Seuls constituent des infractions punissables, les actes prévus et punis par la loi (crimes et délits) ou par un règlement (contravention). Dès lors, le juge ne saurait être autorisé à interpréter largement une disposition pénalement sanctionnée, car cela reviendrait à lui permettre de créer une norme.⁷ » En vertu de ce principe, le Conseil constitutionnel français a rappelé l'obligation du législateur de « définir les éléments constitutifs [des crimes] en des termes clairs et précis.⁸ »
5. Il ne suffit donc pas de démontrer l'existence du crime à l'époque où il a été commis, encore faut-il qu'une définition détaillée de ce crime et la peine applicable à ce dernier aient été établis par la loi.

b. Principe d'interprétation stricte de la loi pénale : *Poenalia sunt restringenda*

6. Les lois pénales sont d'interprétation stricte, seule la loi a « [l]e droit de limiter la liberté des individus en défendant certains actes sous la menace d'une peine, le juge ne peut, sous couleur d'interprétation, ajouter à la loi et frapper arbitrairement des actes que le législateur n'a pas expressément prévus ni punis.⁹ »

c. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère¹⁰

7. La Loi sur les CETC ne peut pas créer d'infractions nouvelles et les appliquer rétroactivement à des actes prétendument commis trente ans auparavant.

⁵ Ce principe est consacré par : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, Article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 33(2) de la Loi sur les CETC, l'article 6 du code pénal cambodgien de 1956. Voir aussi : Appeal against the closing order, *Document judiciaire*, D427/3/1, paras. 12 à 14.

⁶ Bernard Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 20^{ème} édition (2007), pages 101 et 125.

⁷ *Ibidem*, page 125.

⁸ Conseil Constitutionnel français, Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985.

⁹ Bernard Bouloc, Droit pénal général, Précis Dalloz, 20^{ème} édition (2007), page 126.

¹⁰ Article 72 de la Constitution du 10 mai 1972 ; Article 6 du code pénal de 1956.

ELN

d. L'application de ces principes au niveau des juridictions internationales

8. Dans son rapport au Conseil de sécurité, le Secrétaire Général des Nations Unies sur l'établissement du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY »), rappelle que le principe *nullum crimen sine lege* «[e]xige que le Tribunal International applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier.¹¹ »

e. L'inapplicabilité directe des traités internationaux

9. Selon le droit constitutionnel cambodgien, les traités internationaux ne sont pas d'applicabilité directe.

C. FORMATION DU DROIT COUTUMIER INTERNATIONAL

10. L'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de justice (« CIJ ») définit « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit. » La création du droit coutumier international répond à des règles de formation très strictes. Une règle de droit coutumier international n'existe que si deux éléments sont réunis : *usus* (pratique des Etats)¹² et *opinio juris sive necessatis*¹³. Il en résulte que la Chambre ne peut se fonder uniquement sur la jurisprudence des

¹¹ Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité, S/25704, 3 mai 1993, paragraphe 34 (souligné ajouté).

¹² Jean-Marie Henckaerts explique : « [L]a pratique de Etats doit être examinée sous deux angles : il s'agit premièrement de savoir quelles sont les pratiques qui contribuent à la création de règles de droit international coutumier (sélection de la pratique des Etats), et deuxièmement de déterminer si une pratique donnée crée effectivement une règle de droit international coutumier (évaluation de la pratique des Etats). (...) Bien que les décisions des tribunaux internationaux soient des sources auxiliaires de droit international, elles ne constituent pas une pratique des Etats. Ceci s'explique par le fait que contrairement aux juridictions nationales, les tribunaux internationaux ne sont pas des organes d'Etat. » Elle ne peut donner naissance à une règle de droit international coutumier si elle est « pratiquement uniforme » et « fréquente et représentative. » Jean-Marie Henckaerts, *Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés*, traduction d'un article original anglais publié sous le titre « Study on International humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict » dans le volume 87, numéro 857, mars 2005, pp. 175-212 de la *International Review of the Red Cross*, pages 4 et 5 de la version française.

Version française disponible sur : <http://www.africa-union.org/root/ua/Conferences/Octobre/PA/31%20oct/Abstract%20French.pdf>

¹³ CIJ, Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, 3 juin 1985, CIJ Recueil 1985, pp. 29-30, par. 27 : « [I]l est bien évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »

E46

tribunaux *ad hoc* pour démontrer l'existence d'une règle de droit coutumier international. Et ce d'autant plus que ces derniers et *a fortiori* leurs décisions n'existaient pas pendant la période 1975-1979.

III- COMPETENCE RATIONAE PERSONAE

11. L'article premier de la Loi sur les CETC limite la juridiction des Chambres aux hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et aux principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien. Le terme « dirigeant » se définit comme : « Qui dirige (...) ; personne qui assure effectivement la direction d'un pays (dirigeants de l'Etat).¹⁴ » La notion de direction effective du pays limite la compétence de la Chambre aux personnes en charge de la prise de décisions réelles, concrètes et opérationnelles au niveau gouvernemental, compte tenu des spécificités constitutionnelles du régime politique incriminé.
12. Les co-juges d'instruction affirment que : « Le comité permanent était un organe plus restreint que le Comité central. Il était composé des plus hauts dirigeants du Parti.¹⁵ » Ils affirment également « [b]ien qu'il soit clairement établi que Khieu Samphan **n'était pas** officiellement membre du Comité permanent lorsque le PCK était au pouvoir, il **semble** qu'il ait aidé ou contribué aux travaux du Comité permanent.¹⁶ » Cette affirmation est totalement fausse et non fondée en fait. M. KHIEU Samphan n'est pas un des « hauts dirigeants » puisqu'en tant que Chef d'Etat **il ne dirigeait pas son pays ni ne participait aux affaires gouvernementales ni intérieures**. La Chambre ne peut assimiler des fonctions représentatives et diplomatiques aux contributions effectives du Comité Permanent.
13. Dans son rapport pour le Cambodge, le groupe d'experts a estimé qu'il « ne pense pas que par 'dirigeants' il faille entendre toutes les personnes qui occupaient des postes élevés dans le Gouvernement du Kampuchéa démocratique ou même dans le parti communiste kampuchéen. La liste des hautes personnalités du Gouvernement et du

¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, « Dirigeant, ante », pages 312 et 313 (en annexe).

¹⁵ Ordonnance de clôture, 16 septembre 2010, *Document judiciaire*, D427, para. 41.

¹⁶ *Ibid.*, para. 45.

parti ne correspond pas nécessairement à celle des personnes principalement responsables de violations graves des droits de l'homme, dans la mesure où certaines hautes personnalités gouvernementales ne savaient peut-être pas ce qui se passait et ne participaient pas aux décisions.¹⁷» Le groupe recommande « que le tribunal ne poursuive uniquement les personnes qui ont été principalement responsables pour les violations les plus graves des droits de l'homme sous le régime du Kampuchéa démocratique.¹⁸ »

14. Enfin, il ressort clairement des longues négociations (six ans) ayant conduit à la création des CETC, que les négociateurs s'intéressent uniquement aux décideurs politiques ayant un **pouvoir exécutif effectif**. La formulation choisie par les rédacteurs de la Loi sur les CETC « les hauts dirigeants et les plus hauts responsables » reflète l'esprit de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement royal cambodgien (« Accord »). Les Chambres, créées par un acte législatif, n'ont pas le pouvoir d'étendre leur propre compétence. Eu égard au principe de séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ne crée pas la loi, il l'applique. Dès lors, il convient d'appliquer strictement l'Accord sous réserve que ce dernier ne viole pas le principe de légalité et ne porte pas atteinte au principe de justice et de recherche de la vérité.

Statut du Président du Presidium d'Etat

15. M. KHIEU Samphan était Président du Presidium d'Etat, fonction prévue au Chapitre VIII de la Constitution du Kampuchéa Démocratique¹⁹. Ce Chapitre arrive en **dernière place** de l'organisation des pouvoirs²⁰. De surcroît, le Presidium est subordonné au « respect des lignes politiques de l'Assemblée » ce qui illustre sa

¹⁷ Lettres identiques datées du 15 mars 1999 adressées au Président de l'Assemblée Générale et au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, A/53/850, S/1999/231, 16 mars 1999, para. 109.

¹⁸ Ibid., para.110.

¹⁹ Article 11 de la Constitution du Kampuchéa Démocratique de 1975 « [L]e Présidium de l'Etat représente l'Etat du Kampuchea démocratique à l'intérieur et à l'extérieur dans le respect du Kampuchea démocratique, des lois et des lignes politiques de l'Assemblée des Représentants du Peuple du Kampuchea. Le Présidium de l'Etat est composé comme suit : un président, un premier vice-président et un second vice-président. » Voir Raoul Jennar, « Les Constitutions du Cambodge (1953-1993) », La Documentation française, Paris (1994), page 69.

²⁰ Il arrive après le pouvoir législatif (Chapitre V), l'organe exécutif (Chapitre VI) et la justice (Chapitre VII).

tutelle et son absence d'autonomie. Enfin, il a été prévu que le Presidium d'Etat serait placé sous la surveillance de l'Assemblée des Représentants du Peuple du Kampuchéa²¹. Il ne s'agit donc pas d'un organe autonome.

IV-COMPETENCE RATIONAE MATERIAE

A. GENERAL

16. Il n'existe aucune règle instaurant une obligation générale de poursuivre les crimes internationaux²² et le droit international coutumier ne peut pas créer des règles de droit pénal international sans violer le principe de légalité. La défense ne nie pas le fait que les crimes constitutifs de crimes contre l'humanité et de génocide soient des crimes en droit pénal. Cependant, ces derniers doivent être traités en conformité avec leur définition en droit national applicable. Ainsi, par exemple, le crime de meurtre est incriminé en droit national mais ne peut pas être considéré comme un crime contre l'humanité ou un génocide dans la mesure où ces infractions n'étaient pas prévues par le droit national applicable pendant la période pertinente.
17. Antonio Cassese a écrit : « [n]ormalement, les juridictions nationales n'engagent pas de poursuites pour des crimes de droit international sur la seule base du droit international coutumier, c'est-à-dire lorsque les crimes visés ne sont définis que dans le corps des règles internationales coutumières. Elles cherchent plutôt à requérir l'élaboration d'une loi nationale définissant les crimes visés et leur conférant compétence pour en connaître, ou, si un traité en la matière a été ratifié par l'Etat dont elles relèvent, à demander l'adoption d'une loi d'application leur permettant

²¹ *Projet de la Résolution du 1^{er} Congrès de la 1^{ère} législature de l'Assemblée des représentants du peuple du Kampuchéa le 13 avril 1976*, in Document portant sur le 1^{er} Congrès de la 1^{ère} législature de l'Assemblée des représentants du peuple du Kampuchéa 11-13 avril 1976, *Document judiciaire*, 13.13, page 20. Ce document mentionne que « [L]'Assemblée des Représentants du Peuple du Kampuchéa doit ouvrir son assemblée plénière, une fois par an, pour rappeler la Voie de la politique intérieure et extérieure, examiner et surveiller les activités du Présidium de l'Etat. »

²² Professeur Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), page 302. « Outre le fait qu'il n'existe aucune règle coutumière à caractère général, on ne peut trouver aucun principe international d'ordre général sur lequel s'appuyer pour montrer qu'une obligation de poursuivre les crimes internationaux a pris corps au sein de la communauté internationale. » Traduction non officielle du Tribunal : Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, *Document judiciaire*, D240, note de bas de page n°54.

d'appliquer pleinement les dispositions pertinentes de ce traité.²³ » La raison étant que « [l]es deux principes interdépendants de légalité et de sécurité juridique sont généralement considérés comme si fondamentaux dans l'ordre juridique qu'ils empêchent effectivement l'introduction dans le droit pénal interne – même par voie d'interprétation – de règles coutumières non-écrites [...]. L'adoption d'une loi d'application est par conséquent un pré-requis universel à toute application des principes de droit pénal international dans l'ordre juridique interne²⁴ .»

B. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE

18. M. KHIEU Samphan reprend ici les arguments qu'il a soulevés aux paragraphes 15 à 26 du document D97/16/9²⁵ ainsi que l'ensemble des arguments soulevés par M. IENG Sary dans sa requête du 28 juillet 2008²⁶.

C. LE CRIME DE GENOCIDE

19. Bien que le Cambodge ait ratifié la Convention contre le génocide, en l'absence de transposition en droit national entre 1975 et 1979, les CETC ne peuvent pas se déclarer compétentes à l'égard de ce crime sans violer le principe de légalité. Le crime de génocide n'était pas incriminé dans le code pénal cambodgien de 1956.
20. La Convention contre le génocide n'est pas directement applicable en droit national. L'article 5 de cette Convention oblige les parties « à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un

²³ Professeur Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), page 303. Traduction non officielle du Tribunal : Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, *Document judiciaire*, D240, note de bas de page 46.

²⁴ Simonetta Stirling-Zanda, *The determination of Customary International Law in European Courts (France, Italy, Germany, The Netherlands, Spain, Switzerland)*, NON STATE ACTORS AND INTERNATIONAL LAW, 3, 6 (2004), Traduction non officielle du Tribunal : Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, *Document judiciaire*, D240, note de bas de page n°47.

²⁵ Réplique de la défense de M. KHIEU Samphan à la réponse unique des co-procureurs relativement à l'entreprise criminelle commune, 25 mars 2010, *Document judiciaire*, D97/16/9.

²⁶ Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une *entreprise criminelle commune* puisse être retenue devant les CETC, 28 juillet 2008, *Document judiciaire*, D97.

quelconque des autres actes énumérés à l'article III.²⁷ » En l'absence de telles dispositions, les CETC ne peuvent pas exercer leur compétence à l'égard de ce crime. Par ailleurs, une étude faite par le *Max Planck Institute* a démontré que « [d]ans aucun des pays étudiés [35 Etats] (...) il n'est possible de punir l'auteur d'un crime de génocide uniquement sur la base du droit international coutumier. D'une façon ou d'une autre il faut qu'il existe dans le droit pénal interne une disposition autorisant les poursuites devant les juridictions nationales.²⁸ »

21. Dans l'éventualité où la Chambre reconnaîtrait sa compétence à l'égard du crime de génocide et l'entreprise criminelle commune comme mode de responsabilité, elle ne pourrait appliquer l'entreprise criminelle III aux crimes pour lesquels l'intention fait partie du *mens rea*. La troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune, le dessein commun, consiste à persévérer dans une ligne de conduite ou l'un des acteurs commet un acte, qui ne fait pas partie du plan commun, mais qui est une conséquence naturelle et prévisible des effets produits par le but commun poursuivi. Cette forme de responsabilité repose donc sur le *dolus eventualis*. Dans l'affaire *Stakic*, le TPIY a jugé que l'Accusation confondait les formes de responsabilité et les crimes eux-mêmes. L'amalgame fait entre la troisième variante de l'entreprise criminelle commune et le génocide aurait pour effet de diluer le dol spécial au point de le faire disparaître. Le tribunal a jugé que pour que le génocide soit « commis », il fallait que ses éléments constitutifs, y compris le **dol spécial**, soient réunis²⁹.

D. LES CRIMES CONTRE L'HUMANITE

a. L'inapplicabilité de la jurisprudence postérieure à la période 1975-1979

22. La Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») s'est prononcée sur la définition de « crimes contre l'humanité » en 1956. Elle a jugé qu'« [I]l ne lui en faut pas moins rechercher, eu égard à l'état du droit international sur cette question à

²⁷ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, entrée en vigueur le 12 janvier 1951.

²⁸ Helmut Kreicker, *National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective*, *International Criminal Law Review* 5 (2005) 313-328, p. 320. Traduction non officielle du Tribunal : Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, *Document judiciaire*, D240, para. 28.

²⁹ TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003, para. 530.

l'époque pertinente, si la condamnation du requérant pour cette infraction reposait sur une base suffisamment claire » et a déclaré l'inapplicabilité des sources postérieures aux faits incriminés dans la détermination de la définition de « crimes contre l'humanité » en 1956³⁰.

b. Le droit coutumier international ne crée pas de loi pénale

23. La Chambre a jugé que « pendant la période allant de 1975 à 1979, il n'existait, en droit cambodgien, aucune disposition traitant des crimes contre l'humanité, et le Cambodge n'était partie à aucun traité international relatif à ces crimes ». Elle estime devoir « déterminer si les crimes contre l'humanité, tels que définis à l'article 5 de la Loi relative aux CETC, faisaient partie du droit international coutumier au cours de cette période.³¹ »

24. Le droit coutumier international tend à réguler les relations entre Etats³² et ne saurait régir les relations entre un Etat et ses citoyens en créant des normes de droit pénal directement applicables en droit national. En matière pénale, l'application du droit international coutumier viole le principe de légalité qui prévoit que le crime ainsi que la peine applicable au crime doivent avoir existés au moment de leur commission. S'agissant des crimes contre l'humanité, la Cour de cassation française a réaffirmé le principe de légalité : « [l]a coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crimes contre l'humanité.³³ »

c. L'imprécision du crime contre l'humanité

³⁰ CEDH, *affaire Korbely c. Hongrie*, requête n°9174/02, 19 septembre 2008, para. 79 « La Cour constitutionnelle s'est également appuyée sur l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* et sur le renvoi à l'article 3 commun opéré par le Secrétaire général des Nations Unies dans un rapport sur le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (paragraphe 18 ci-dessus). Toutefois, la Cour observe que ces deux sources sont postérieures aux faits incriminés. »

³¹ Jugement Dossier 001, 26 juillet 2010, *Document judiciaire*, E188, para. 284.

³² International Law Association (London Conference, Report of 63rd Conference, 936) "A rule of customary international law is one which is created and sustained by the constant and uniform practice of States and other subjects of international law in or impinging upon their international legal relations, in circumstances which give rise to a legitimate expectation of similar conduct in the future.", cité dans Karim Khan and Rodney Dixon, *Archbold International Criminal Courts practice, procedure and evidence*, London Sweet and Maxwell (2005).

³³ Cour de cassation (française), Chambre criminelle, n° de pourvoi : 02-80719, 17 juin 2003.

25. Si la Chambre décide que le droit coutumier international peut créer des normes de droit pénal, il lui revient la charge de démontrer l'existence d'une règle de droit coutumier international par la démonstration de l'*usus* et *opinio juris sive necessatis* existant pendant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979.
26. Le simple fait que les crimes contre l'humanité étaient codifiés dans les Statuts du Tribunal de Nuremberg et du Tribunal de Tokyo ne saurait suffire à déterminer l'existence d'un droit coutumier international dès 1945³⁴. Ces tribunaux étaient compétents pour juger les crimes contre l'humanité et les crimes de guerres mais également le crime d'agression (« crimes contre la paix »). La Cour pénale internationale (« CPI ») l'a démontré : il n'existe pas de droit international coutumier en matière d'agression³⁵. A considérer que les statuts des Tribunaux militaires reflètent l'existence du droit coutumier international, le raisonnement de considérer que seule une partie des crimes prescrits par leurs statuts reflète le droit coutumier international paraît abstrus.
27. Par ailleurs, l'article 9 du projet d'Accord stipule que les CETC sont compétentes pour connaître des crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de la CPI. Cependant, ce Statut a fait l'objet de longues négociations et de nombreux compromis entre les Etats³⁶. Lors de la Conférence préparatoire au Statut de Rome, le Comité *ad hoc* pour la création d'une Cour criminelle internationale a « souligné qu'aucune convention ne donnait de ces crimes [contre l'humanité] une définition juridique généralement reconnue et suffisamment précise.³⁷ » En vertu du principe de non-rétroactivité, la CPI a volontairement choisi de n'être compétente qu'à l'égard des

³⁴ Voir TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 octobre 1995, "They [les crimes constituent des violations graves au droit international humanitaire] were articulated in a highly emotional atmosphere in the various fora where such reverberations of revulsion could find a way to legal expression, by reaching for the proscribed acts and practices from all possible angles and by all conceivable legal ways and means. This led to relatively loose normative formulation and a large degree of overlap between these crimes."

³⁵ Les Etats ne sont pas parvenus à un accord en 1998 dans le Statut de Rome et lors de la dernière conférence de révision du Statut de Rome en 2010, les Etats parties ont décidé par consensus que la compétence de la CPI sur le crime d'agression était limitée aux « crimes d'agression commis un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente Etats parties. », Article 15^{ter} (2) du Statut de Rome adopté par la résolution RC/Rec.6, 11 janvier 2010.

³⁶ Comité *ad hoc* pour la création d'une Cour criminelle internationale, 23 août 1995, A/AC.244/CRP.6/Add.3, disponible in : <http://www.legal-tools.org/doc/449795/>

³⁷ *Ibid.*, para 7.

crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut³⁸ et permet aux Etats parties de différer l'entrée en vigueur du Statut à leur égard pour une période de sept ans renouvelable³⁹.

E. Violations graves des Conventions de Genève de 1949

a. Les Conventions de Genève de 1949

28. Le Cambodge a ratifié les quatre Conventions de Genève de 1949 le 8 décembre 1958. Le Vietnam les a ratifiées le 28 juin 1957. Les Conventions de Genève ne constituent pas du droit pénal international mais ont pour but de rappeler aux Etats leurs obligations durant la conduite des hostilités.

b. L'existence d'un conflit armé international

29. Dans l'Ordonnance de clôture, les co-juges d'instruction (« CJI ») ont déclaré qu'« [u]n conflit armé international opposant la République socialiste du Vietnam et le Kampuchéa démocratique a éclaté presque immédiatement après l'entrée dans Phnom Penh des Forces armées populaires de libération du Cambodge (« FAPLNC »), le 17 avril 1975. Ces hostilités armées prolongées ont duré au moins jusqu'à la prise de Phnom Penh par les forces vietnamiennes, le 7 janvier 1979, et au-delà.⁴⁰ » Les CIJ reconnaissent pourtant qu'il n'y avait aucune reconnaissance officielle du conflit armé international et que « les combats furent maintes fois interrompus.⁴¹ » L'exigence de démontrer de manière claire et non-équivoque l'existence d'un conflit armé international est fondamentale pour l'exercice de la compétence des Chambres. L'existence ou non d'un conflit armé permettra à la Chambre de se déclarer compétente à l'égard des violations graves des Conventions de Genève et du crime contre l'humanité⁴². A cet égard, il convient de noter qu'il

³⁸ Article 11 du Statut de Rome de la CPI. Sur les discussions relatives au principe de non-rétroactivité lors des négociations du Statut de Rome, voir Press release, *The Statute of International Court must not be retroactive, say speakers in preparatory committee*, 29 mars 1999, L/2769 disponible in : <http://www.legal-tools.org/doc/8f3e43/>.

³⁹ Article 124 du Statut de Rome de la CPI.

⁴⁰ Ordonnance de clôture, 16 septembre 2010, *Document judiciaire*, D427, para. 150.

⁴¹ *Ibid.*, *Document judiciaire*, D427, paras. 151 et 152.

⁴² En effet, la Chambre préliminaire, dans son appel contre l'ordonnance de clôture, a ajouté « la condition de l'existence d'un lien entre les actes sous-jacents et le conflit armé » aux éléments du Chapeau de crimes contre l'humanité, Décision relative à l'appel de KHIEU Samphan contre l'ordonnance de clôture,

n'existe aucune résolution du Conseil de sécurité entre 1975 et 1979 relative au prétendu conflit armé entre le Cambodge et le Vietnam. La première résolution de l'Assemblée générale de l'ONU qui se réfère au conflit armé au Kampuchéa date du 9 novembre 1979 et concerne « l'intervention armée des forces extérieures [Vietnam] dans les affaires intérieures du Kampuchea.⁴³ ».

c. Lien entre les crimes et le conflit armé

30. Dans l'hypothèse où la Chambre s'estimerait compétente en matière de crimes de guerres, M. KHIEU Samphan rappelle la jurisprudence du TPIY selon laquelle « [l]'existence d'un conflit armé ou d'une occupation et l'applicabilité du droit international humanitaire au territoire ne suffisent pas pour établir la compétence internationale sur chaque crime grave commis sur le territoire (de l'ex-Yougoslavie). Pour qu'un crime relève de la compétence du Tribunal international, un lien suffisant doit être établi entre l'infraction présumée et le conflit armé, donnant lieu à l'applicabilité du droit international humanitaire.⁴⁴ »

d. Mens rea

31. Seuls les crimes commis contre les « non-nationaux » peuvent être considérés comme étant des violations graves aux Conventions de Genève : « [s]ont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante **dont elles ne sont pas ressortissantes.**⁴⁵ » Adopter une interprétation différente irait non seulement à l'encontre même de l'esprit du texte (article 31 Conventions de Vienne sur le Droit des Traités) et de la volonté des parties contractantes mais également à l'encontre des objectifs des Conventions internationales (article 32 CVDT).

Document judiciaire, D427/4/14.

⁴³ Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 34^{ème} session, *La Situation au Kampuchea*, 9 novembre 1979, A/RES/34/22.

⁴⁴ TPIY, *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1-T, Jugement, 7 mai 1997, para. 572. La Chambre de première instance a par ailleurs fait sienne ce raisonnement : « pour que ce lien soit établi, les actes de cet accusé doivent être 'étroitement liés' au conflit armé considéré dans son ensemble. » Jugement Dossier 001, 26 juillet 2010, *Document judiciaire*, E188, para. 416 (note de bas de page omise).

⁴⁵ Article 4 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (sans soulignement dans l'original).

32. La Chambre a d'ailleurs reconnu que l'inclusion des crimes contre l'humanité « en tant que catégorie distincte de crimes dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (...), afin que n'échappent pas à la compétence de ce tribunal les actes commis par des individus contre leur propres concitoyens et qui, autrement, auraient pu ne pas tomber sous le coup de la définition traditionnelle des crimes de guerre.⁴⁶ » Considérer que des crimes de guerre peuvent être commis contre des « nationaux » reviendrait à créer un amalgame entre la définition du crime de guerre et celle du crime contre l'humanité. Aucun accusé ne peut être jugé deux fois pour les mêmes actes. Seule la plus haute qualification pénale peut être retenue. Ce raisonnement est en conformité avec l'article 14 du Code pénal cambodgien de 1956⁴⁷.

CONCLUSION

33. Les exceptions préliminaires ont pour but de déterminer la compétence de la Chambre avant le début du procès. M. KHIEU Samphan a le droit d'être informé des charges portées contre lui⁴⁸ et à disposer du **temps** et des **facilités** nécessaires à la préparation de sa défense⁴⁹. Dans la mesure où il ne dispose que d'un délai très court pour déposer ses écritures (30 jours à partir du moment où l'ordonnance de clôture devient définitive), rien ne justifie que la Chambre puisse différer sa réponse à la décision sur le jugement. Dans le dossier n°001, la Chambre de première instance s'est prononcée sur l'exception préliminaire portant sur l'extinction de l'action publique soulevée par DUCH le 26 juillet 2010, c'est-à-dire en même temps que le jugement sur le fond (en vertu de la règle 89(3) du Règlement)⁵⁰. M. KHIEU Samphan soulève qu'un tel report porte atteinte aux débats sur le fond. Si la Chambre avait déclaré « l'empêchement à la poursuite de l'exercice de l'action publique à l'encontre de l'Accusé, pour les crimes relevant du droit national » avant l'ouverture du procès, elle aurait été en mesure de concentrer les débats sur les autres charges portées contre l'accusé. M.

⁴⁶ Jugement Dossier 001, 26 juillet 2010, *Document judiciaire*, E188, para. 285.

⁴⁷ Ce dernier ne reconnaît pas la pluralité d'infractions « lorsque les mêmes faits font l'objet de plusieurs qualifications pénales différentes, dans des conditions telles qu'un même fait puisse être réprimé plusieurs fois. »

⁴⁸ Article 9(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁴⁹ Article 14(3)(b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 33 (nouveau) Loi sur les CETC.

⁵⁰ Décision relative à l'exception préliminaire portant sur l'extinction de l'action publique pour les crimes relevant du droit national, 26 juillet 2010, *Document judiciaire*, E187, para. 56.

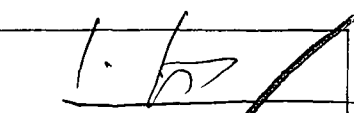
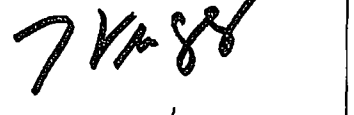


KHIEU Samphan prie donc la Chambre de répondre aux exceptions préliminaires soulevées **avant** le début du procès par souci de clarification et de qualité des débats.

PAR CES MOTIFS

34. Il est demandé à la Chambre de première instance de :

- DECLARER le présent recours recevable et le juger bien fondé ;
- CONSTATER que M. KHIEU Samphan a été **deuxième** Chef d'Etat du Presidium du Kampuchéa Démocratique en prenant la succession directe de S.M. le Roi SIHANOUK et à ce titre qu'il n'a pas été décideur politique mais simplement représentant de l'Etat, sans pouvoir effectif ni opérationnel ;
- DECLARER son incompétence *rationae personae* à l'égard de M. KHIEU Samphan Chef d'Etat comme à l'encontre de S.M. le Roi SIHANOUK, premier Chef d'Etat Khmer Rouge dont il a été le successeur souhaité et direct ;
- DECLARER son incompétence *rationae materiae* sur le génocide, crimes contre l'humanité et violations graves au Conventions de Genève de 1949 ;
- RENDRE sa décision avant l'ouverture du procès.

**SOUS TOUTES RÉSERVES,
ET CE SERA JUSTICE**

| | Me SA Sovan | Phnom Penh |  |
|---|----------------------|------------|---|
| | Me Jacques VERGÈS | Paris |  |
|  | Me Philippe GRECIANO | Paris |  |
| Date | Nom | Lieu | Signature |