

UNE JURIDICTION HYBRIDE CHARGÉE DE JUGER LES KHMERS ROUGES

David BOYLE*

Docteur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Au mois de janvier 2001, les deux chambres du Parlement cambodgien ont adopté, à l'unanimité, une loi "*portant établissement de Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, chargées de traduire en justice les personnes responsables de crimes commis pendant la période de Kampuchea Démocratique*"¹. Cet empressement inattendu a ravivé un espoir de justice partagé par beaucoup de Cambodgiens et de militants pour la justice pénale internationale partout dans le monde.

Espoir qui avait été passablement ébranlé, jusque là, par les aléas de quatre ans de discussions entre le Gouvernement royal du Cambodge et les Nations Unies. Celles-ci ont commencé en juin 1997 lorsque les co-premiers ministres, le Prince Norodom Ranariddh et M. Hun Sen, ont demandé l'aide de l'ONU afin de juger Pol Pot et les autres dirigeants khmers rouges. Malgré maintes retournements politiques, y compris la mort de Pol Pot, un groupe d'experts juridiques mandaté pour répondre à la demande cambodgienne par le Secrétaire général des Nations Unies (ci-après "le Groupe d'Experts"), a préconisé, en mars 1999, la création par le Conseil de sécurité d'un troisième tribunal international *ad hoc*². Or, Hun Sen, devenu entre temps seul Premier Ministre, a affirmé sa préférence pour un procès devant les tribunaux cambodgiens. Seule la médiation d'un Sénateur américain, John Kerry, a permis de débloquer la situation en octobre 1999. Même lorsque les deux parties ont arrêté un accord de principe sur la participation internationale au tribunal, le 6 juillet 2000 - formalisé dans un projet de *Memorandum of Understanding* (ci-après le "Mémorandum")³ -, il fallut attendre janvier 2001 avant que le Parlement cambodgien n'adopte une loi plus ou moins conforme à ses termes⁴.

Espoir de justice toujours prématuré, à l'heure actuelle, car le Conseil constitutionnel cambodgien a demandé, le 12 février 2001, que la loi soit modifiée sur un point technique, relatif à la peine de mort, avant de la déclarer conforme à la Constitution. Or, des réserves relatives à la loi, exprimées par l'ONU le 9 janvier 2001, après son adoption par l'Assemblée nationale, n'ont pas trouvé de réponse dans le projet de loi révisé qui a été adopté par les deux Chambres du Parlement cambodgien les 11 et 23 juillet 2001.

* Avocat inscrit au Barreau de Sydney; chercheur en droit international à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

¹ Votée par l'Assemblée nationale le 2 janvier, et le Sénat le 15 janvier 2001, par tous les membres présents.

² Rapport du Groupe d'Experts, Doc. N.U. A/53/850 – S/1999/231, 16 mars 1999, Annexe.

³ Disponible, en anglais, à l'adresse Internet suivante : <http://www.ridi.org/boyle/unmou.htm>

⁴ La traduction officielle, en anglais, est disponible à l'adresse Internet suivante : <http://www.diplomatiejudiciaire.com/LoiCambodge.htm>

Déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel le 7 août, cette nouvelle version de la loi a été promulguée par le Roi, Norodom Sihanouk, le 10 août 2001.

En attendant la traduction officielle de cette loi, on est en mesure à présent de dresser les contours du tribunal qui devrait "sous peu" voir le jour. Bien entendu, fondés sur une traduction anglaise *officieuse* de la loi, ces commentaires demeurent, par nature, sujet à caution. Les négociations quant à la nature du tribunal compétent ont débouché sur une solution originale : la création de "Chambres extraordinaires" au sein des tribunaux cambodgiens, mais avec une participation internationale significative. Erigées, formellement, sous le régime du droit cambodgien, ces Chambres relèvent, en réalité, d'un système juridique mixte qui explique le choix d'une juridiction spéciale (I), et d'une compétence limitée aux crimes commis par les Khmers rouges pendant leur période au pouvoir (II).

I. – LA PARTICIPATION INTERNATIONALE AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS EXIGE UNE JURIDICTION SPECIALE

Le Groupe d'Experts fut mandaté afin d'étudier les options pour traduire les Khmers rouges devant "*une juridiction internationale ou nationale*"⁵. Son choix a été guidé par le souci d'organiser une participation internationale concrète et le respect des principes généraux de la justice pénale afin de garantir des procès équitables et impartiaux. Par conséquent, le groupe a préféré la création d'un nouveau tribunal international *ad hoc*. Il a estimé, en effet, qu'un tribunal interne, même avec un financement ou une participation internationale conséquents, "n'a guère de chances de répondre aux normes minimales de la justice", tandis que les négociations pour une solution mixte risquaient de durer trop longtemps (Rapport du Groupe d'Experts, para. 138). Le Premier ministre, Hun Sen, fondait son refus de cette solution sur l'exigence du respect de la souveraineté cambodgienne et le souci d'éviter tout risque de conflit interne. Mais l'ONU soupçonnait Hun Sen de vouloir protéger les anciens dirigeants khmers rouges ayant renoncé à la lutte armée en échange d'une amnistie de fait, ou qui exercent actuellement une fonction officielle au Cambodge. En effet, seul deux personnes ont été arrêtées pour l'instant : Ta Mok, un commandant militaire qui avait refusé de se rendre, et "Deuch", ancien directeur du centre d'interrogations de *Tuol Sleng*.

Malgré ces prises de position apparemment incompatibles, les deux parties étaient prêtes à faire des compromis. D'un côté, compte tenu de l'état du système judiciaire cambodgien, Hun Sen avait besoin de l'aide ainsi que de la légitimité d'une participation internationale. De l'autre côté, l'ONU a été contrainte d'infléchir sa position, car la Chine a fait savoir qu'elle opposerait son veto à toute résolution du Conseil de sécurité portant création d'un troisième tribunal *ad hoc*. Par conséquent, les deux parties ont présenté des

⁵ Lettres identiques datés du 15 mars 1999, adressées au Président de l'Assemblée générale et au Président du Conseil de sécurité par le secrétaire général, 1^{er} paragraphe, *in* Rapport du Groupe d'Experts, Doc. N.U. A/53/850 – S/1999/231, 16 mars 1999.

projets mixtes qui se distinguaient essentiellement sur le point de savoir qui contrôlerait le processus⁶. Finalement, en octobre 1999, le Sénateur Kerry a dégagé un compromis qui laissait les juges cambodgiens majoritaires tout en exigeant des décisions à la majorité qualifiée, dont au moins un juge international. En dépit de ce progrès significatif, la négociation des modalités de cette coopération, notamment en ce qui concerne l'instruction, a perduré jusqu'à l'adoption, en juillet 2000, du projet de Mémoire, puis de la loi, en janvier 2001. L'organisation d'une participation internationale sous le régime du droit cambodgien se traduit par une composition inédite des Chambres extraordinaires (A), des règles spécifiques organisant la participation internationale (B), et un mélange peu commun de procédure cambodgienne et de principes internationaux (C).

A. - La composition inédite des Chambres extraordinaires

L'article 2 de la loi adoptée en janvier 2001 prévoit la création, à Phnom Penh, de "Chambres extraordinaires" au sein de chaque niveau de la hiérarchie juridictionnelle cambodgienne: le tribunal municipal en première instance, la Cour d'Appel et la Cour Suprême. Ecartant, ainsi, tout rôle pour les tribunaux militaires, la loi garantit également l'accès de l'accusé à une voie de recours effective, voire à un contrôle de constitutionnalité de la loi⁷. La forme de la participation internationale varie selon qu'il s'agit des organes de jugement, point central du dispositif (1), ou des organes de poursuite et d'instruction (2).

1. - Les organes de jugement

Le compromis fondamental relatif aux juges siégeant dans les Chambres, prévu aux chapitres III et V de la loi de janvier 2001, reste inchangé depuis son ébauche par le Sénateur Kerry en 1999. Les juges cambodgiens seront majoritaires au sein de chaque Chambre : 3 sur 5 en première instance; 4 sur 7 devant la Cour d'Appel ; et 5 sur 9 en dernière instance. De surcroît, le Président de chaque Chambre sera cambodgien. Cependant, une simple majorité de juges ne suffira pas pour prendre une décision. L'article 14 de la loi ordonne aux juges de chercher à prendre, avant tout, des décisions unanimes. Le cas échéant, elles doivent être prises à une majorité qualifiée, nécessitant ainsi l'accord d'au moins un des juges internationaux : 4 des 5 juges en première instance ; 5 sur 7 en appel ; et 6 sur 9 au sein de la Cour Suprême. Cette solution relève non seulement du compromis politique, mais également d'un compromis entre visions anglo-saxonne et romano-germanique du délibéré. En effet, si les négociateurs onusiens ont accepté le principe de l'unanimité cher à la tradition juridique cambodgienne - héritage français renforcé par le passage du communisme - ils ont exigé, en retour, l'inclusion des opinions de la majorité *et* de la minorité dans la décision des Chambres en cas d'absence d'unanimité (Mémoire, Art. 14 § 2). Malgré toutes ces mesures, plusieurs failles ont été décelées dans la loi. Avant tout, si la majorité qualifiée est un gage de protection des accusés, les juges internationaux ne pourront pas assurer une condamnation méritée sans le soutien de plusieurs juges cambodgiens.

⁶ Getti J.P.; Shabas W., *Violations des droits de l'homme au Cambodge : Justice et lutte contre l'impunité*, FIDH, Rapport No. 284, décembre 1999.

⁷ L'article 122 de la Constitution prévoit un contrôle constitutionnel *a posteriori* par renvoi des tribunaux.

2. – *Les poursuites et l'instruction*

La loi adoptée en janvier 2001 reproduit la distinction, d'inspiration française, entre les poursuites et l'instruction. A la différence des organes de jugement, il est prévu de nommer des "co-procureurs" et des "co-juges d'instruction" ayant des pouvoirs identiques. Pour chaque poste, donc, il y aura un Cambodgien et un étranger (chapitres VI et VII de la loi). Si le principe d'une participation internationale aux poursuites a été admis très tôt, deux problèmes majeurs ont été parmi les derniers à être résolus : la nature même du système juridique appliqué; et la garantie de l'indépendance du personnel international. D'une part, les négociateurs onusiens semblaient vouloir aligner la procédure sur le système anglo-saxon, adopté par les autres tribunaux internationaux, qui confronte le procureur directement aux juges. Finalement, l'insistance des Cambodgiens sur l'utilisation de leur propre système a résulté dans l'inclusion de co-juges d'instruction internationaux. D'autre part, selon le projet cambodgien, les co-procureurs devaient travailler et prendre des décisions ensemble. L'ONU craignait que le co-procureur cambodgien puisse ainsi empêcher que certaines personnes puissantes soient poursuivies. Ce point faible a été résolu après une nouvelle médiation américaine. En cas de désaccord entre les co-procureurs ou les co-juges d'instruction sur la continuation de la procédure, cette dernière suivra son cours sauf si l'un d'entre eux demande le renvoi du différend devant une "Chambre préliminaire" constituée de façon identique à la Chambre de première instance. Cependant, à l'inverse des organes de jugement, une majorité qualifiée sera requise pour *bloquer* le déroulement de la procédure.

B. - Des règles spécifiques organisant la participation internationale

La participation internationale est encadrée par des règles destinées à garantir le contrôle des Nations Unies sur ces aspects des procès, non seulement par rapport au gouvernement cambodgien, mais aussi pour éviter tout risque d'intervention bilatérale pouvant affaiblir les exigences onusiennes. Ceci implique des règles spécifiques relatives à la sélection du personnel international composant les Chambres extraordinaires (1) et à l'organisation administrative et financière des Chambres (2).

1. – *La sélection du personnel international composant les Chambres extraordinaires*

Toutes les personnes composant les Chambres extraordinaires sont nommées pour toute la durée des procès (articles 12, 21 et 26 de la loi). Si aucune disposition du droit cambodgien n'exige que le personnel des tribunaux soit de nationalité cambodgienne, la Constitution de 1993 prévoit que le Conseil supérieur de la Magistrature "propose au Roi les nominations des juges et procureurs près toutes les juridictions" (article 115, alinéa 3). C'est ainsi que le gouvernement royal a pu exiger que *tous* les procureurs, juges d'instruction et juges des Chambres extraordinaires soient choisis par le Conseil supérieur de la Magistrature (loi de janvier 2001, article 11). Cependant, pour ce qui est du personnel international, le Conseil doit choisir dans des listes d'individus fournies par le Secrétaire général des Nations Unies. Ces listes doivent comprendre au moins deux procureurs, deux juges d'instruction et 12 juges. Si, pour une raison quelconque, un

membre du personnel international est absent, il ne sera pas remplacé par un Cambodgien, comme le voulait le projet gouvernemental, mais par une autre personne choisie dans les listes onusiennes.

2. - L'organisation administrative et financière des Chambres

Un greffe distinct est prévu, dirigé par un greffier cambodgien. Il sera secondé par un adjoint international, nommé par le gouvernement cambodgien sur proposition onusienne, alors que l'ONU avait exigé le droit de nommer cet adjoint directement. Ce dernier sera responsable, en particulier, du recrutement du personnel administratif international et de la gestion du financement onusien des Chambres. La nature du financement du tribunal a également évolué au gré des différentes propositions. Dans la loi adoptée en janvier 2001, c'est à l'organisme qui fournit le personnel d'en supporter les frais. Dans le cas du personnel international, alors que le coût d'un tribunal *ad hoc* aurait été prélevé sur le budget ordinaire de l'Organisation, la création d'un fonds spécial est envisagé pour accueillir les donations volontaires des Etats (art. 44 de la loi). Dans un souci d'efficacité, le projet de Mémoire prévoit d'entamer les procès contre les personnes déjà incarcérées sans attendre la fin de l'instruction des plaintes contre les autres personnes concernées.

La même volonté interventionniste est présente dans l'imposition de règles de procédure internationales.

C. – Un mélange de procédure pénale interne et de principes internationaux

L'article 33 de la loi adoptée en janvier 2001 spécifie que les Chambres extraordinaires conduiront les procès en vertu de la procédure pénale cambodgienne en vigueur, et dans le respect absolu des droits de l'accusé. Toutefois, et fort heureusement compte tenu de l'incertitude qui plane sur le contenu exact de la procédure cambodgienne, les Chambres peuvent s'inspirer de règles établies au niveau international pour combler toute lacune. En réalité, la loi édicte déjà un mélange de procédure cambodgienne et de principes internationaux. Si le gouvernement cambodgien a réussi à imposer son propre système pénal, notamment en ce qui concerne l'instruction, l'ONU a tenté, au nom de l'exigence d'un procès équitable, d'aligner certains aspects de cette procédure sur le modèle commun qui se dessine au sein des Tribunaux pénaux internationaux (1). Ceci ne se justifie, pourtant, que dans la mesure où ce nouveau modèle emprunte aux systèmes existants leurs meilleurs éléments. Or, notamment en ce qui concerne les victimes, le système cambodgien, d'inspiration française, offre un potentiel qui n'est pas actuellement réalisé au niveau international (2).

1. - La difficile harmonisation de la procédure pénale

Tout d'abord, le concept d'une "Chambre préliminaire" chargée de résoudre tout conflit entre les procureurs et les juges d'instruction n'est pas sans rappeler celle qui, au sein de la Cour pénale internationale, veillera sur les actes du procureur en l'absence de juge d'instruction. Mais, au Cambodge, il y aura dédoublement des deux systèmes. Ensuite, à

l'instar des tribunaux pénaux *ad hoc*, le jugement par contumace n'est pas prévu dans la loi adoptée en janvier 2001, alors qu'il est généralement admis en droit cambodgien.

Par ailleurs, la Constitution cambodgienne interdit formellement la peine de mort. Par conséquent, la peine la plus sévère prévue par l'article 38 de la loi de janvier 2001 est la perpétuité. Or, les Chambres extraordinaires seront compétentes à l'égard de certains crimes graves définis par le droit pénal cambodgien en vigueur en 1975, pour lesquelles la peine de mort était prévue. En dépit du fait que le ministre a confirmé, lors des débats parlementaires, que l'article 38 s'applique également à ces crimes de droit commun, le Conseil constitutionnel a refusé d'approuver la loi avant clarification de ce point. Cette décision semble ignorer, toutefois, le principe général selon lequel une loi pénale ultérieure plus favorable à l'accusé prime sur toute disposition antérieure plus stricte.

Egalement sur le plan des droits des accusés, la loi adoptée en janvier 2001 prévoit le droit d'être assisté par un avocat commis d'office (articles 24 et 35). Cependant, l'ONU a relevé que la loi ne prévoit pas de façon explicite la liberté des accusés de *choisir* leur propres avocats, comme l'exige l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni le droit de choisir des avocats étrangers. Or, lorsque cette question a été soulevée devant l'Assemblée nationale, le Ministre a répondu que les accusés auraient le droit de choisir l'avocat de leur choix parmi ceux admis au Cambodge. Il a précisé, toutefois, que rien n'empêchait des avocats dûment inscrits à l'étranger d'assister ces avocats cambodgiens⁸.

2. - Les victimes

Dans le système juridique cambodgien, d'inspiration française, les victimes d'un crime peuvent se constituer partie civile⁹. Le respect de ce droit dans les procès contre les Khmers rouges pourrait contribuer à l'objectif de procès exemplaires tout en promouvant la réconciliation nationale. En même temps, l'intervention des victimes donnerait une garantie supplémentaire que les faits ne soient pas dénaturés à des fins étrangères à la justice. C'est en reconnaissance de cette faiblesse dans les systèmes anglo-saxons, d'ailleurs, que le statut de la Cour pénale internationale prévoit un rôle accru des victimes, sans toutefois aller jusqu'à prévoir la constitution de partie civile. La loi adoptée en janvier 2001 ne prévoit pas formellement l'intervention des victimes dans les poursuites lancées par les co-procureurs, alors que ce droit leur est acquis en vertu du droit pénal ordinaire. En effet, la nouvelle loi ne semble envisager que des procès pénaux. Cependant, son renvoi global à la procédure cambodgienne devrait logiquement s'étendre à la constitution de partie civile, d'autant plus que les articles 36 et 37 de la loi prévoient, entre autres, le droit des *victimes* de faire appel des décisions de première instance ou de la Cour d'Appel. Notons toutefois que, compte tenu de la nature des crimes, on peut craindre la multiplication des plaintes individuelles, car la procédure pénale cambodgienne n'organise pas l'exercice collectif, par des associations de victimes, du droit de se constituer partie civile. Par ailleurs, tout droit à réparation semble compromis,

⁸ *Assemblée Nationale du Royaume de Cambodge*, Procès verbal des débats du 2 janvier 2001 sur l'article 24; traduction anglaise fournie par le *Documentation Center of Cambodia*.

⁹ Cf. Boyle D., "Quelle justice pour les Khmers rouges ?", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, No. 40, octobre 1999, pp. 818-820.

car l'article 38 de la loi prévoit la confiscation par l'Etat de toute propriété acquise de façon illégale par les personnes condamnées.

*
* *

Si les projets mixtes opposés présentés par les parties en 1999 correspondaient aux formules déjà considérées et rejetées par le Group d'Experts, la structure finale ne ressemble véritablement à aucune de ces formules. Le Groupe d'Experts avait envisagé qu'un tel procédé aboutisse à la mise en place d'un tribunal *sous administration de l'ONU*, qui aurait contrôlé notamment la sélection des juges et du personnel chargé des poursuites, ainsi que la sécurité de ceux-ci, des accusés, des témoins, des enquêteurs et des avocats. Or, il s'agit maintenant d'un tribunal sous administration cambodgienne, quoi qu'avec un droit de regard onusien renforcé par un poids financier important.

II. – UNE COMPETENCE LIMITEE AU CRIMES COMMIS PAR LES KHMERS ROUGES PENDANT LEUR PERIODE AU POUVOIR

Dans l'optique d'une participation internationale, il a été décidé de limiter la compétence du tribunal avant même d'avoir négocié sa structure. Dans la lettre qui a déclenché le processus en juin 1997, les deux co-premier ministres ont demandé "l'assistance de l'Organisation des Nations Unies et de la communauté internationale, afin de traduire en justice les personnes responsables du génocide et des crimes contre l'humanité perpétrés pendant l'administration des Khmers rouges, de 1975 à 1979". Sans grande surprise, compte tenu de son mandat limité, le rapport du Groupe d'Experts ne propose de juger que "les responsables khmers rouges pour les crimes contre l'humanité et le génocide commis du 17 avril 1975 au 7 janvier 1979" (para. 219, al. 1). Deux ans plus tard, la compétence des Chambres extraordinaires est restée quasiment identique, car l'article 2 de la loi de janvier 2001 autorise les poursuites contre les "*dirigeants supérieurs du Kampuchea démocratique et ceux qui portent la plus grande responsabilité pour les crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, du droit et de la coutume humanitaire internationale, et des conventions internationales reconnues par le Cambodge, qui furent commis pendant la période entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979*". En effet, compte tenu de l'histoire mouvementée du Cambodge depuis son indépendance, une compétence plus générale aurait ouvert la voie à des plaintes dépassant largement le cadre des crimes des Khmers rouges. Ni les puissances - "grandes" ou régionales - impliquées dans les trois conflits cambodgiens, ni le gouvernement cambodgien actuel, n'avaient d'intérêt à ce que leurs agissements avant, pendant ou après le passage au pouvoir des Khmers rouges soient exposés aux projecteurs juridiques.

Ainsi, malgré une compétence matérielle étendue (A), la législation cambodgienne limite sévèrement la compétence personnelle des Chambres extraordinaires (B). Cette limitation est étayée par des restrictions dans l'espace et dans le temps (C).

A. - Une compétence matérielle étendue

Une transposition assez fidèle de la prohibition conventionnelle et coutumière des crimes internationaux (1), est doublée par une compétence partielle relative aux crimes de droit commun les plus graves (2).

1. - Une transposition assez fidèle de la prohibition conventionnelle et coutumière des crimes internationaux

Outre sa fonction d'établissement des Chambres extraordinaires, la loi adoptée en janvier 2001 constitue une mesure de transposition en droit interne "du droit et de la coutume humanitaire internationale, et des conventions internationales reconnues par le Cambodge", afin d'en assurer l'application et prévoir des sanctions pénales efficaces. Ainsi, les articles 4 à 8 de la loi incriminent respectivement le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mais également la destruction de propriété culturelle et les crimes contre des personnes bénéficiant d'une protection internationale. Nous distinguerons ici les crimes "conventionnels" (a), du crime - coutumier - contre l'humanité (b).

a) Les crimes "conventionnels"

S'agissant de l'incrimination en droit interne d'actes prohibés par le droit international conventionnel, on a pu craindre que le Cambodge profite de l'occasion pour dénaturer leur définition de manière à faire entrer tous les crimes des Khmers rouges dans la catégorie des crimes les plus odieux, le génocide. Il convient de noter, à cet égard, que la plupart des auteurs placent les exactions commises contre la population khmère elle-même dans la catégorie des crimes contre l'humanité, malgré leur ampleur. Cependant, les exactions contre les membres des forces armées ennemies et les minorités, pour le moins, peuvent être considérées, respectivement, comme des crimes de guerre ou des actes de génocide¹⁰. C'est là un risque inhérent à toute tentative de justice "hybride". C'est pourquoi le projet de Mémoire exige l'incrimination du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, "tels que définis dans des instruments internationaux" (art. 8). En l'occurrence, les quatre articles de la loi relatifs à un crime défini par convention - tous les crimes internationaux sauf le crime contre l'humanité - prennent soin de lier l'incrimination à la définition conventionnelle. A titre d'exemple, l'article 4 autorise des poursuites contre les personnes ayant commis le génocide, "tel que défini dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide". De surcroît, suivant l'exemple du Groupe d'Experts, le choix des crimes entrant dans la compétence des Chambres extraordinaires a été dicté par la volonté de permettre de qualifier l'ensemble des exactions perpétrées par les Khmers rouges en vertu du droit international pénal sans dénaturer la spécificité de chaque crime. Cette approche "conventionnelle" donne une compétence matérielle plus large que celle des tribunaux

¹⁰ Cf. à cet égard, le Rapport du Groupe d'Experts, *op. cit.*, paras 59-79 ; et Boyle D., *op. cit.*, pp. 783-789.

pénaux internationaux, car leurs statuts sont limités à des crimes qui "font partie, sans aucun doute possible, du droit international coutumier"¹¹.

b) Le crime - coutumier - contre l'humanité

Le problème se pose de façon un peu différente s'agissant de la définition du crime contre l'humanité dans l'article 5 de la loi adoptée en janvier 2001. Celui-ci incrimine certains actes "*commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse*". En effet, ce crime, défini pour la première fois en droit international à Nuremberg, n'est repris dans aucune convention internationale ratifiée par le Cambodge¹². En l'occurrence, la loi de 2001 reproduit le texte anglais de l'article 3 du statut du TPIR¹³. Quatre variations de cette définition par rapport au droit de Nuremberg méritent d'être signalées : l'absence de référence à une guerre ; l'exigence d'une attaque généralisée et systématique ; l'inclusion d'actes prohibés supplémentaires (non seulement l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et les persécutions discriminatoires, mais également l'emprisonnement, la torture et le viol) ; un élément moral qui semble requérir une intention discriminatoire pour *tous* les actes incriminés.

Prise dans son ensemble, la loi de janvier 2001 prévoit la responsabilité individuelle pour la planification, l'incitation, la tentative et les autres formes de responsabilité indirecte, dans des termes conformes au droit international pénal contemporain. Il reste à voir si ce dispositif alourdit les incriminations en matière de droit commun par rapport au code pénal en vigueur au moment des faits.

2. - Une compétence partielle relative aux crimes de droit commun les plus graves

La quasi-totalité des actes inhumains perpétrés par les Khmers rouges peuvent être qualifiés de crimes de droit commun en vertu du Code pénal de 1956, en vigueur au moment de la prise du pouvoir par les Khmers rouges. Or, l'article 3 de la loi adoptée en janvier 2001 n'autorise des poursuites que pour les crimes les plus graves : atteintes à la vie – meurtre, assassinat, etc. –, torture et persécutions religieuses. Rien n'empêche, en principe, de juger les Khmers rouges devant un tribunal interne pour crimes de droit commun, même si leurs exactions sont également susceptibles d'être qualifiées de crimes internationaux. Certes, une telle approche, appliquée aux responsables de la planification et de la mise en œuvre de cette politique criminelle, risquerait de banaliser le crime international. Mais elle pourrait être utile en l'absence de preuves que les auteurs *physiques* des crimes avaient l'intention spéciale requise pour une qualification de crime contre l'humanité ou de génocide. Or, compte tenu de la compétence personnelle limitée des Chambres, peu d'exécutants risquent d'être poursuivis. Par conséquent, il faut voir l'inclusion des crimes de droit commun comme une sorte de garde fou visant à permettre

¹¹ Rapport du Secrétaire général sur la constitution d'un tribunal pour l'ex-Yougoslavie, Doc. N.U. S/25704, 3 mai 1993.

¹² Le Cambodge a signé le statut de la Cour pénale internationale le 23 octobre 2000, mais ne l'a pas encore ratifié au moment de la publication de cet article.

¹³ Le texte français de l'article 3 du TPIR incrimine "...une attaque généralisée *et* systématique..." (souligné par nous).

des condamnations si les poursuites pour crimes internationaux échouent. Cela étant, sans aller jusqu'à en faire une obligation juridique (voir discussion *infra* sur le principe de *nullum crimen*), cette compétence répond également à une volonté d'asseoir les poursuites sur du concret, sur des incriminations faisant partie du droit pénal cambodgien au moment des faits. Ce recours à des incriminations sur mesure est compliqué, toutefois, par une disposition qui prolonge la période de prescription, étudiée ci-après.

B. - Une compétence personnelle extrêmement limitée

Malgré la rencontre globale des esprits sur le besoin de limiter les poursuites, l'étendue précise de la compétence personnelle a été l'un des sujets de discussion les plus acharnés entre le Cambodge et les Nations Unies (1). Outre les problèmes de définition, il fallait déterminer l'effet d'actes juridiques antérieurs des autorités cambodgiennes sur la possibilité de poursuivre certaines personnes entrant dans la compétence des Chambres extraordinaires (2).

1. - L'étendue précise de la compétence personnelle

Au moment de conclure l'accord final, en juillet 2000, l'ONU a accepté que la compétence personnelle des Chambres extraordinaires, déjà limitée, soit encore restreinte pour ne toucher que les "dirigeants *supérieurs* du Kampuchea démocratique et ceux qui portent la *plus grande* responsabilité" pour les crimes entrant dans sa compétence (articles 1 et 2 de la loi de 2001). Cette rédaction s'inspire du Rapport du Groupe d'experts, qui avait suggéré la poursuite de personnes qui "(...) portent la plus grande responsabilité pour les violations les plus graves (...)". Le Groupe d'Experts admettait que ces termes ne couvrent pas forcément "toutes les personnes qui occupaient des postes élevés dans le Gouvernement du Kampuchea démocratique ou même dans le parti communiste kampuchéen", mais seulement les "dirigeants responsables de ces violations ainsi que les fonctionnaires subalternes directement impliqués dans les atrocités les plus graves." (Rapport du Groupe d'Experts, paras. 109-110). Or, comme l'a rappelé le Ministre pendant les débats au sein de l'Assemblée nationale, le but de la dernier amendement était de limiter les poursuites à un très petit nombre de personnes afin de ne pas affoler les milliers d'anciens cadres khmers rouges ayant rallié le gouvernement. Quoi que critiquable dans l'absolu, ce genre de limitation est assez caractéristique d'Etats ayant été le foyer d'atrocités dans le passé, et cela que le tribunal soit interne ou international, d'ailleurs¹⁴.

Par ailleurs, la question se posait de savoir s'il convenait d'inclure cette limitation dans la loi de façon formelle. Le Groupe d'Experts aurait préféré, à l'instar du statut des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, que les Chambre extraordinaires soient dotées d'une compétence personnelle à l'égard de "toute personne dont les actes relevaient de sa compétence matérielle", laissant au Procureur le soin de décider des personnes à inculper, "en considération du double objectif de l'établissement des responsabilités individuelles et

¹⁴ Delmas-Marty M. (Sous la direction de), "Du droit international au droit national : l'exemple du génocide", in *Les processus d'internationalisation*, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Paris, Vol. VII, 2001, pp. 216-218.

de la réconciliation nationale au Cambodge" (Rapport, paras. 110-111, 154 et 219) Finalement, l'ONU a été obligée de céder sur ce point, somme toute assez théorique, en juillet 2000, car Hun Sen en faisait la contrepartie de son acceptation des garanties de l'indépendance des procureurs et juges d'instruction internationaux. Même si le précédent n'est pas forcément transposable au niveau interne, le gouvernement cambodgien a du se sentir conforté par l'évolution actuelle au sein des TPI, qui poursuivront dorénavant, "les dirigeants civils, militaires et paramilitaires, et non les simples exécutants" (Doc. N.U. S/RES/1329, 30 novembre 2000).

2. - *L'effet de dispositions et d'actes juridiques cambodgiens antérieurs*

S'agissant de procès sous le régime du droit cambodgien, le problème des immunités de juridiction, notamment celui du chef de l'Etat de Kampuchea démocratique - successivement Norodom Sihanouk et Khieu Samphan - ne manquera pas d'être soulevé. Il convient également d'examiner l'effet, en vertu du principe *non bis in idem*, d'une condamnation antérieure par les tribunaux cambodgiens de personnes entrant dans la compétence des Chambres extraordinaires (a), et du statut de grâces royales ou d'amnisties accordées à ces personnes (b).

a) *Non bis in idem*

Le problème principal découle du fait que M. Hun Sen a suggéré qu'Ieng Sary (ancien numéro 2 du régime et encore un acteur puissant) ne devrait pas être poursuivi pour génocide, pour ne pas enfreindre ce principe. En effet, La République populaire du Kampuchea a condamné en 1979 la "clique Pol Pot – Ieng Sary" pour génocide. En réalité, cette affirmation occulte un problème juridique complexe. D'une part, même si ce procès a été considéré non conforme aux normes internationales d'équité, on peut admettre la force légale des condamnations dans l'ordre juridique *interne* du Cambodge. Toutefois, il faut rappeler qu'il s'agissait d'un jugement par *contumace*, en l'absence des accusés. Le droit pénal cambodgien, fondé sur le système français, devrait donc prévoir une nouvelle audience après l'arrestation du condamné, afin de respecter ses propres droits fondamentaux. D'autre part, la définition du crime de "génocide", taillée sur mesure en 1979 à l'intention des Khmers rouges¹⁵, était si différente de celle de la Convention de 1948 qu'elle ne constitue, vraisemblablement, qu'une simple incrimination de droit commun cambodgien. Or, le droit international permet de poursuivre une personne pour crime international même si elle a déjà été condamnée pour un crime de droit commun fondé sur les mêmes faits¹⁶. En tout cas, le forum approprié pour traiter de ces problèmes complexes est le tribunal compétent.

b) *L'effet des grâces et amnisties*

Compte tenu des liens étroits entre le gouvernement actuel du Cambodge et les Khmers rouges, l'ONU a exigé l'exclusion claire de toute amnistie ou grâce. Or, la loi adoptée en janvier 2001 ne fait qu'exclure toute *demande de la part du gouvernement* d'une amnistie envers les personnes *poursuivies ou condamnées* par les Chambres extraordinaires

¹⁵ Cf. La définition du génocide dans le Décret-loi N° 1 de la RPK : Doc. NU A/C.3/34/1 du 30 juillet 1979.

¹⁶ Cf. l'article 10 § 2 du statut du TPIY ; et l'article 20 du Statut de la CPI.

(art. 40). Cette disposition partielle vise à éviter l'obligation de réviser la Constitution, qui ne limite pas le droit du Roi d'accorder la grâce (Constitution, art. 27), et qui prévoit l'adoption des lois d'amnistie par l'Assemblée nationale (Constitution, art. 90). Ainsi, rien n'est prévu pour les personnes ayant *déjà* bénéficié d'une telle faveur. Or, Ieng Sary a reçu une grâce royale accordée par le Roi Sihanouk avec l'approbation du gouvernement et du Parlement, en contrepartie de sa reddition en août 1996. Cependant, le Roi Sihanouk aurait fait savoir qu'il s'agissait là d'un acte purement interne. Ainsi, bien que de nouvelles poursuites pour crimes de *droit commun* semblent gravement compromises par cette grâce, des poursuites pour crimes internationaux devraient encore être envisageables. Par ailleurs, en vertu de la loi de 1994 *relative à la mise hors-la-loi de la clique du Kampuchea démocratique*, la contrepartie de la reddition des Khmers rouges, dans les six mois qui suivaient, était de ne pas être condamnés "pour les crimes qu'ils ont commis"¹⁷. Cependant, cette loi ne devrait pas limiter les poursuites devant les Chambres extraordinaires, car son article 6 dispose que "les dirigeants de la clique du Kampuchea démocratique ne peuvent pas bénéficier de la faveur inscrite dans la présente loi".

Quoi qu'il en soit, en janvier 2001, l'ONU a émis des réserves à l'égard de l'article 40 de la loi de janvier 2001, rappelant qu'en vertu de l'article 7 du projet de Mémoire, "une amnistie accordée à une personne entrant dans la compétence des Chambres extraordinaires n'empêchera pas des poursuites". L'ONU a même fait du respect de ce principe un préalable à sa coopération. Voici donc une source potentielle de tergiversations supplémentaires.

C. - La démarcation de l'infraction dans le temps et dans l'espace

Outre la question de la rétroactivité de la loi pénale soulevée par la loi adoptée en janvier 2001 (1), il convient de signaler un problème de prescription des poursuites (2). Par ailleurs, ayant dépassé le cadre national, ces crimes soulèvent également des questions de compétence territoriale (3).

I. - La rétroactivité de la loi pénale

Le principe *nullum crimen sine lege*, reconnu en droit cambodgien, interdit toute loi pénale rétroactive. Certes, les exactions des Khmers rouges ont été perpétrées après la ratification, par le Cambodge, des Conventions qui fondent la compétence des Chambres extraordinaires. Mais toutes les mesures de transposition de ces crimes en droit interne ont été adoptées plus tard, y compris *a fortiori*, la loi de 2001. La question des moyens à la disposition du Cambodge pour satisfaire à ses obligations conventionnelles sans enfreindre ce principe appelle des réponses divergentes¹⁸. Toutefois, le Gouvernement cambodgien et les Nations Unies se considèrent clairement autorisés, comme le prévoit l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à envisager des poursuites pour les crimes internationaux définis au moment des faits en vertu d'une loi *de procédure* ultérieure. En l'occurrence, la loi de janvier 2001 n'incrimine pas d'actes qui

¹⁷ Royaume du Cambodge, Loi No. 064, 7 juillet 1994, article 5.

¹⁸ Cf. à ce sujet, Boyle D., *op. cit.*, pp. 773-826.

ont été formellement prohibés en droit international *depuis* 1979, tels la torture et la violation des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève.

Le crime contre l'humanité pose, à cet égard, un problème particulier. Si son inclusion confirme l'éclosion de la prohibition coutumière du crime en 1975, ses contours exacts au moment des faits sont plus difficiles à cerner. Certes, sur les quatre variations de la loi de 2001 par rapport au statut de Nuremberg relevées plus haut, l'absence de référence à une guerre et l'inclusion de l'emprisonnement, la torture et le viol, ne posent pas de problèmes particuliers car elles furent rapidement reconnues au niveau international à la suite de la deuxième guerre mondiale¹⁹. Par contre, on constate une évolution récente dans le traitement de l'exigence d'une attaque généralisée et de l'intention discriminatoire dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux *ad hoc*. Leur jurisprudence est, donc, à manier avec précaution dans le cas du Cambodge, car elle reflète l'évolution récente du droit international, plus de 20 ans après les faits.

Excepté ces quelques points d'interrogation, la loi de janvier 2001 semble satisfaire à tous les critères de licéité de la loi pénale, car elle prévoit également des peines spécifiques : des peines de prison allant de cinq ans à la perpétuité, et la confiscation des biens acquis de façon illicite (chapitre XI de la loi).

2. - La prescription

A la demande de l'ONU, la loi adoptée en 2001 confirme expressément l'imprescriptibilité du génocide et des crimes contre l'humanité. Malgré l'absence d'une telle disposition pour les autres crimes internationaux, y compris les crimes de guerre, on peut déduire leur imprescriptibilité par omission, car la loi ne se réfère à la question de la prescription que dans le contexte de violations du droit pénal cambodgien. En effet, l'article 3 de la loi prolonge de vingt ans l'échéance de la prescription des poursuites pour les crimes de droit commun énumérés dans cet article. Ajouté aux 10 ans déjà prévus dans le Code pénal de 1956, ces crimes seront donc prescrits entre 2005 et 2009. Pendant les débats parlementaires, le Ministre a assuré aux députés qu'une telle extension, étant de nature procédurale, n'est pas contraire au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale. Toutefois, dans la mesure où la prescription initiale des poursuites était *déjà* acquise depuis plus de dix ans avant l'adoption de cette loi, on peut se demander si cette disposition ne relève pas d'un abus de droit. On rencontre ici les limites d'un système hybride qui suit une logique plus politique que juridique.

3. - La compétence territoriale

Pour empêcher la création d'un tribunal international, le gouvernement cambodgien a insisté sur son droit prioritaire de juger les Khmers rouges sur le territoire où les faits se sont produits, comme le prévoit la Convention sur le génocide et le statut de la Cour pénale internationale. Or, une partie non-négligeable des exactions des Khmers rouges ont été commises hors du territoire national, en particulier les exactions contre les populations du Kampuchea *krom*, une province vietnamienne revendiquée par les Khmers rouges. La loi de janvier 2001 ne limite pas, formellement, la compétence des Chambres

¹⁹ Cf. notamment la loi No. 10 du Conseil de Contrôle allié pour l'Allemagne, du 20 décembre 1945.

extraordinaires au territoire du Cambodge. A cet égard, la compétence territoriale étendue octroyée au TPIR constitue un précédent intéressant, mais il reste à savoir si ce genre de compétence personnelle active pour les actes commis à l'étranger par les ressortissants d'un Etat est reconnue en droit cambodgien. Par ailleurs, si le projet de loi énumère les obligations des autorités policières et militaires cambodgiennes dans la recherche et l'arrestation des personnes mises en accusation (art. 31), rien n'est prévu pour la poursuite de personnes ne se trouvant pas au Cambodge. Rappelons, à cet égard, que la procédure par contumace est effectivement exclue et que le mode d'établissement des Chambres extraordinaires ne bénéficie pas de la force obligatoire pour les Etats tiers qu'aurait eu une résolution du Conseil de sécurité. Il faudra, donc, s'appuyer sur des règles d'extradition traditionnelles.

*
* *

La compétence restreinte des Chambres extraordinaires, quoi que globalement conforme aux principes du droit international pénal, ne satisfait pas pleinement aux engagements internationaux du Cambodge en la matière. Le fait que l'article premier de la loi, qui établit son objet, reproduit textuellement la définition de la compétence des Chambres extraordinaires de l'article 2, confirme la volonté du législateur de circonscrire étroitement non seulement la *compétence* des Chambres, mais également l'étendue de la *transposition* des crimes internationaux en droit cambodgien. Bien entendu, rien n'empêche le Cambodge d'élargir les poursuites à d'autres crimes à l'avenir si la volonté politique existe, d'autant plus que la licéité du procédé a maintenant été établie. Il est même prévu d'inclure les crimes internationaux dans le nouveau code pénal en discussion et de ratifier le statut de la Cour pénale internationale, mais ces démarches ne visent que des crimes à venir.

*
* *

Le projet de Mémoire ne sera signé par les Nations Unies que si la loi votée définitivement par le Parlement cambodgien est suffisamment proche des dispositions du Mémoire (art. 28 du projet)²⁰. Or, les réserves émises par les Nations Unies n'ont pas trouvé de réponse dans la loi adoptée définitivement en juillet 2001. La réponse des Nations Unies aura une signification qui dépasse le cadre national car, face à un droit international pénal qui tente de progresser vers des principes communs, le précédent cambodgien sera suivi de près. En effet, compte tenu de la nature conventionnelle de la Cour pénale internationale, fondée sur l'accord des Etats, ce genre de tribunal "mixte" a de beaux jours devant lui. Mais il faut se garder d'ériger ce compromis cambodgien en modèle, car il est le résultat de facteurs temporels, politiques, culturels et même

²⁰ Selon les informations dont disposent les Nations Unies, le Mémoire devra ensuite être ratifié par le Parlement cambodgien : Doc. N.U. SG/SM/7868, 27 juin 2001.

juridiques spécifiques au Cambodge. Il faudra attendre la mise en place des Chambres extraordinaires pour savoir si elles consolident ou affaiblissent une justice pénale naissante qui tente de rendre justice aux victimes des crimes du passé. L'expérience sud-africaine nous apprend que toute véritable réconciliation nationale repose sur la connaissance de la vérité. Mais, chaque Etat doit rester libre du choix des moyens d'y parvenir. L'ONU n'a pas intérêt à ce que les négociations échouent pour avoir trop insisté sur un système pénal étranger à la tradition juridique cambodgienne.