

**DEVANT LE BUREAU DES CO-JUGES D'INSTRUCTION
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

Partie déposante : la défense de IENG Sary

Déposé devant : les co-juges d'instruction

Langue : français, original en anglais

Date du document : 15 février 2010

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

Classement retenu par le Bureau des co-juges d'instruction : សាធារណៈ/Public

Statut du classement retenu:

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**REQUÊTE DE IENG SARY PAR LAQUELLE IL S'OPPOSE À CE QUE LA
RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE PUISSE ÊTRE RETENUE
DEVANT LES CETC**

Déposé par :

Destinataires :

Les co-avocats :

Les co-juges d'instruction

Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS

M. le juge YOU Bunleng
M. le juge Marcel LEMONDE

Les co-procureurs :

M. CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Toutes les équipes de défense

Par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense »), M. IENG Sary s'oppose, par la présente requête déposée en application de la règle 55 10) du Règlement intérieur des CETC (le « Règlement »), à ce que les CETC puissent retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique à l'encontre des personnes mises en examen. Cette requête se justifie pour les motifs suivants : a) la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas un mode de participation reconnu par le droit cambodgien ; b) la responsabilité du commandement n'était pas consacrée par le droit international coutumier à l'époque en question¹ ; et c) même si les CETC pouvaient appliquer le droit international coutumier et si la responsabilité du supérieur hiérarchique était consacrée par le droit international coutumier à l'époque, son application violerait le principe de légalité.

I. RECEVABILITÉ DE LA PRÉSENTE REQUÊTE

1. La règle 55 10) du Règlement permet aux parties de demander aux co-juges d'instruction de rendre une décision ou d'accomplir les actes d'instruction qu'elles estiment utiles ou nécessaires². Les co-juges d'instruction ont affirmé précédemment que la requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une participation à une *entreprise criminelle commune* puisse être retenue devant les CETC (la « Requête relative à l'entreprise criminelle commune »)³ aurait dû être examinée au regard de la règle 55 10) du Règlement intérieur⁴. La présente requête est similaire à la Requête relative à l'entreprise criminelle commune : la Défense demande que les CETC ne puissent pas retenir une forme de responsabilité qui n'existe pas en droit cambodgien et qui n'était pas consacrée

¹ La Défense réitère le point de vue qu'elle a déjà exprimé selon lequel les CETC ne peuvent appliquer directement le droit international coutumier. Cette argumentation ne sera pas redéveloppée dans la présente du fait de la limitation du nombre de pages. Pour un exposé des motifs expliquant pourquoi les CETC ne peuvent appliquer le droit international coutumier, voir dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 35), *IENG Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise*, 22 janvier 2010, D97/14/5, ERN : 00429213-00429253 [Ang] (« appel relatif à l'entreprise criminelle commune »), par. 25 à 35 ; dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Requête de IENG Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00401925-00401940 (« Requête relative au génocide »), par. 17 à 20 et 25 à 30.

² Le Bureau des co-juges d'instruction a relevé que, contrairement à la version anglaise du Règlement, qui requiert que la décision ou l'acte d'instruction demandés soient nécessaires, la version française précise seulement qu'ils doivent être utiles. Voir dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009, D97/13, ERN : 00411047-00411056, note n° 23 (« Ordonnance relative à l'entreprise criminelle commune »).

³ Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Requête de IENG Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une participation à une *entreprise criminelle commune* puisse être retenue devant les CETC, 28 juillet 2008, D97.

⁴ Ordonnance relative à l'entreprise criminelle commune, par. 8.

par le droit international coutumier à l'époque des faits. Contrairement à l'entreprise criminelle commune, qui n'est pas mentionnée explicitement dans la Loi relative aux CETC, la responsabilité du supérieur hiérarchique est visée à son article 29. La présente requête ne tend cependant pas à l'obtention d'une décision déclaratoire⁵.

2. Traitant de l'applicabilité du crime de génocide devant les CETC, les co-juges d'instruction ont rappelé qu'ils n'étaient tenus d'annoncer les qualifications juridiques retenues qu'à partir du moment où ils rendent l'ordonnance de clôture⁶. La question de savoir si les co-juges d'instruction peuvent retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique doit être tranchée à ce stade de la procédure ; IENG Sary doit être informé des formes de responsabilité qui s'appliquent à lui. La Défense peut faire appel d'ordonnances confirmant la compétence des CETC et ce droit d'appel n'aurait aucun sens si la défense ne pouvait pas d'abord évoquer des problèmes de compétence devant les co-juges d'instruction.

II. DROIT APPLICABLE

3. L'article 29 de la Loi relative aux CETC dispose notamment :

Le fait qu'un des actes énumérés dans les articles 3 nouveau, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi ait été accompli par des subordonnés ne peut exonérer le supérieur de sa responsabilité pénale individuelle, si le supérieur avait sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle, le subordonné, et le supérieur savait ou avait des raisons de croire que le subordonné avait commis ou allait commettre ces actes, et que le supérieur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ces actes ou réprimer les auteurs.

⁵ Lorsque la Défense a demandé aux co-juges d'instruction de produire une ordonnance sur l'applicabilité du crime de génocide devant les CETC, les co-juges d'instruction ont affirmé que la défense tendait à obtenir une décision déclaratoire sur le droit applicable et que la préoccupation concernant le fait d'aviser dûment les personnes mises en examen n'existe pas dans les cas comme le génocide, comme indiqué expressément dans la Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (« Loi relative aux CETC ») et l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique (« Accord »). Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'acte d'instruction sur l'applicabilité du crime de génocide devant les CETC, 28 décembre 2009, D240/3, ERN : 00421137-00421140, par. 3. Les co-juges d'instruction ont rappelé qu'ils n'étaient tenus d'annoncer les qualifications juridiques retenues qu'à partir du moment où ils rendraient l'ordonnance de clôture et qu'il n'était dès lors pas nécessaire d'effectuer à ce stade une analyse exhaustive de la question. Id. par. 4.

⁶ Id. par. 4.

III. ARGUMENTATION

A. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas une forme de responsabilité en droit cambodgien

4. En tant que tribunal cambodgien, les CETC doivent respecter le droit cambodgien⁷. Le Code pénal de 1956 a été officiellement reconnu comme le Code pénal en vigueur au Cambodge lors de la période allant de 1975 à 1979, durant laquelle les crimes auraient été commis⁸. Le Code pénal de 1956 ne fait pas mention de la responsabilité du supérieur hiérarchique. La Loi relative aux CETC ne crée pas des règles de droit pénal interne⁹. Appliquer la responsabilité du supérieur hiérarchique violerait donc le principe de légalité.

B. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'était pas consacrée par le droit international coutumier lors de la période allant de 1975 à 1979

5. Le droit international coutumier peut être établi uniquement par a) une pratique étatique généralisée et uniforme qui est l'expression de b) l'*opinio juris*¹⁰. La pratique des États doit avoir été « fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée »¹¹. Concernant l'*opinio juris*, la Cour internationale de justice a soutenu que les États « doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit¹² ». Le juge Robertson du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a expliqué comme suit : « il devrait aller sans dire que la

⁷ Voir l'Accord, art. 12 1). Voir également le préambule du Règlement, Rev.4, 11 septembre 2009.

⁸ Voir dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, Information about the 1956 Penal Code of Cambodia and Request Authentication of an Authoritative Code, 17 août 2009, E91/5, ERN : 00365471-00365472.

⁹ La Loi relative aux CETC a été adoptée pour « traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge. » Loi relative aux CETC, art. 1. L'objet de la Loi relative aux CETC était d'en définir précisément les modalités pratiques, notamment en délimitant les compétences *ratione materiae*, *ratione temporis* et *ratione personae* des CETC. La Loi relative aux CETC expose simplement la définition de la responsabilité du commandement dont pourraient connaître les CETC si elle existait dans le droit cambodgien. Elle ne peut créer une nouvelle loi applicable à des événements qui se sont produits lors de la période allant de 1975 à 1979 sans violer le principe de légalité. Voir, par exemple, la Requête relative au génocide, par. 15 et 16.

¹⁰ Les professeurs Fletcher et Ohlin expliquent que « le droit coutumier est à l'origine une pratique coutumière qui en murissant devient une règle contraignante lorsque ceux qui suivent la règle commencent à considérer qu'ils sont tenus par elle » [traduction non officielle], George P. Fletcher et Jens David Ohlin, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, 3 J. INT'L CRIM. JUST. 539, 556 (2005) (« Fletcher et Ohlin »). Il convient de noter que « chacun sait qu'il est difficile d'atteindre un consensus suffisant pour valider une règle comme constitutive du droit international coutumier » [traduction non officielle]. Id. Voir l'appel relatif à l'entreprise criminelle commune, annexe A, section II F pour une analyse approfondie de la création du droit international coutumier.

¹¹ *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*, Recueil de la CIJ (1969), par. 74.

¹² *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, (fond), Recueil de la CIJ 1986, par. 207.

question de savoir si et quand un fait est qualifié de crime doit être soigneusement séparée de celle de savoir s'il *devrait* l'être ou avoir été¹³ » [traduction non officielle].

6. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'était pas consacrée par le droit international coutumier lors de la période allant de 1975 à 1979 : 1) l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans certains procès de l'après-Seconde Guerre mondiale n'a pas suffi pour établir l'existence d'une règle coutumière ; 2) la pratique des États lors de la période allant de 1975 à 1979 n'était pas assez étendue ou uniforme pour avoir créé une norme de droit international coutumier ; et 3) le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (le « Protocole additionnel I ») n'a pas codifié le droit international coutumier à cet égard¹⁴.

1. La jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale ne définit pas clairement les éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique

7. L'idée qu'un supérieur hiérarchique doit diriger ses troupes de manière responsable existe depuis des siècles¹⁵, mais les tribunaux créés après la Seconde Guerre mondiale ont été les premiers à lier le concept de responsabilité du supérieur hiérarchique à la responsabilité pénale¹⁶. Le professeur Damaska explique toutefois que l'on

cherchera vainement dans les volumes poussiéreux reproduisant ces traités une quelconque trace de la notion selon laquelle un chef militaire est en premier ressort responsable des crimes de guerre commis par ses soldats. Le texte de ces traités laisse seulement supposer

¹³ *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Dissenting Opinion of Justice Robertson*, 31 mai 2004 [uniquement disponible en anglais] (« opinion dissidente du juge Robertson »), par. 7.

¹⁴ Au mieux, les Protocoles additionnels I et II ont pu exprimer le droit coutumier international. Ces instruments n'ont été ratifiés par le Cambodge que le 14 janvier 1998.

¹⁵ Voir Jenny S. Martinez, *Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić and Beyond*, 53 J. INT'L CRIM. JUST. 638 (2007) (« Martinez »). « Selon les spécialistes, la notion voulant qu'un chef militaire est responsable des actes commis par ses troupes remonte au moins aux écrits de Sun Zi sur la discipline militaire en 500 av. J.-C. ; elle était intégrée dans la pratique militaire européenne dès le XVI^{ème} siècle et avait sa place dans le Code pénal militaire américain adopté en 1776 » [traduction non officielle].

¹⁶ Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume I* 823, 825 (Oxford University Press, 2002) (« Ambos »). Mais voir Jason Sengheiser, *Command Responsibility for Omissions and Detainee Abuse in the War on Terror*, 30 T. Jefferson L. Rev. 693, 702-03 (2008). « À la fin de la Première Guerre mondiale, la Commission [internationale] des responsabilités des auteurs de la guerre et des sanctions a rendu un rapport dans lequel elle a reconnu pour la première fois dans un contexte international que le supérieur hiérarchique pouvait voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir empêché ou puni des actes illégaux. Ce rapport recommandait la mise en place d'un tribunal pour traduire en justice ceux qui, notamment, avaient « ordonné ou, en ayant connaissance et en ayant le pouvoir d'intervenir, n'avaient pas empêché ou pris les mesures pour empêcher, mettre un terme ou réprimer les violations des lois ou coutumes de la guerre ». Toutefois, ces recommandations n'ont pas été suivies puisqu'un tribunal international n'a été créé qu'après la Seconde Guerre mondiale » [traduction non officielle].

qu'un supérieur dont les soldats commettent un crime de guerre est passible d'une certaine forme de sanction disciplinaire ou pénale : sa nature reste indéterminée. En réalité, encore jusqu'à la période suivant immédiatement la Seconde Guerre mondiale, le droit conventionnel limitait toujours la portée de cette forme de responsabilité aux supérieurs hiérarchiques qui avaient commis personnellement des crimes de guerre, en avaient été complices ou les avaient ordonnés¹⁷ [traduction non officielle].

8. Bien que certains tribunaux créés après la Seconde Guerre mondiale aient retenu la responsabilité du supérieur hiérarchique, aucun des instruments fondateurs de ces tribunaux – la Charte du Tribunal militaire international (le « Statut de Nuremberg »), la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne ou la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (le « Statut de Tokyo ») – ne contenait en fait de disposition définissant ce mode de participation. En réalité, les États-Unis avaient proposé qu'une disposition sur la responsabilité du supérieur hiérarchique soit insérée dans les Statuts de Nuremberg et de Tokyo¹⁸. Cette proposition n'a pas recueilli le soutien requis.

9. Les procès de l'après-Seconde Guerre mondiale ne permettent guère d'établir que le droit international coutumier prévoyait l'existence de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international coutumier : les verdicts étaient brefs et leur raisonnement juridique limité voire inexistant. Les affaires manquaient par ailleurs de cohérence quant à l'élément moral requis. Dans la célèbre affaire *Yamashita*, par exemple, le tribunal a reconnu la participation du supérieur hiérarchique en appliquant un critère rigoureux¹⁹, tandis que dans l'affaire *United-States v. Wilhelm List et al.*, le tribunal a affirmé qu'un supérieur est responsable uniquement des faits dont il avait connaissance ou « dont il aurait dû avoir connaissance²⁰ » [traduction non officielle].

10. Le « principal défaut [de ces affaires] est qu'elles expriment toute une variété de points de vue contradictoires sur la *mens rea* requise pour que la responsabilité soit engagée – parfois, malheureusement, dans la même décision. Elles ont ainsi laissé présager une grande

¹⁷ Mirjan Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, 49 AM. J. COMP. L. 455, 485 (2001) (« Damaska »).

¹⁸ Greg R. Vetter, *Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court*, 25 YALE J. INT'L L. 89, 105-06 (2000).

¹⁹ Voir *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, réimprimé dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, p. 35 (Commission des crimes de guerre des Nations Unies, 1947).

²⁰ *United States v. Wilhelm List et al.*, tome XI, procès des grands criminels de guerre devant les Tribunaux militaires de Nuremberg en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne. Un général de corps d'armée commandant de corps doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres et des actes dont le commandant de corps avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance.

part de la confusion qui a accompagné la doctrine appliquée par le TPIY et le TPIR²¹ » [traduction non officielle]. Du fait de ce manque de clarté, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a estimé en 1949 que « les principes régissant cette forme de responsabilité [...] ne sont pas encore fixés²² » [traduction non officielle].

11. Outre les incohérences relatives à l'élément moral applicable, on ne peut pas vraiment dire que les affaires de l'après-Seconde Guerre mondiale dans lesquelles les tribunaux ont recouru à la responsabilité du supérieur hiérarchique représentent une jurisprudence pertinente, parce que nombre de ces procès ont été critiqués pour avoir appliqué la « justice du vainqueur²³ » [traduction non officielle]. À propos de l'affaire *Yamashita*, par exemple, le professeur Ambos écrit : « bien que l'on ne puisse pas aller jusqu'à retirer toute valeur de précédent à la décision *Yamashita*, il est indéniable que l'ensemble des erreurs juridiques et factuelles qui la grèvent, que le juge Rutledge critique tout particulièrement dans son opinion dissidente, et des préjugés idéologiques et raciaux qui la sous-tendent, récemment démontrés par l'étude de Prévost, ternissent fortement sa valeur juridique et surtout morale²⁴ » [traduction non officielle].

²¹ Martinez. Voir également Curt Hessler, *Command Responsibility for War Crimes*, 82 Yale L.J. 1274, 1281 (1972-1973) (« Hessler »). « Les tribunaux d'après-guerre n'ont pas défini de manière cohérente l'élément moral requis dans le cas de la responsabilité du hiérarchique » [traduction non officielle]. Voir l'annexe de la requête intitulée *IENG Sary's Alternative Motion on the Limits of the Applicability of Command Responsibility*, 15 février 2010, pour l'analyse de la façon dont la *mens rea* requise par les statuts du TPIY, du TPIR et du TSSL est appliquée devant les tribunaux *ad hoc*.

²² Cité dans Ambos, p. 831.

²³ Voir Richard H. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial* 16 (1971). « Là où le droit international était imprécis ou insatisfaisant – par exemple concernant la responsabilité individuelle pour les actes d'État – les Quatre Grands ont codifié le droit international de manière à ce que soient qualifiés de crimes les actes commis par les Allemands et les Japonais et à pouvoir engager la responsabilité de certains dirigeants ennemis » [traduction non officielle]. Voir également Damaska, p. 486 et 487. « Il ne faut pas beaucoup approfondir l'étude des décisions rendues par les tribunaux militaires de l'après-Seconde Guerre mondiale pour réaliser qu'elles ne constituent pas la source la plus évidente de laquelle on attendrait des démiurges du droit international moderne qu'ils viennent puiser leur inspiration. Le fait que ces tribunaux étaient face à des personnes peu recommandables accusées de crimes odieux ne doit pas nous faire ignorer que les normes juridiques qu'ils ont créées (en particulier en Extrême-Orient) n'étaient pas conformes à ce que nous comprenons aujourd'hui d'un droit pénal respectant les droits de l'homme. Comme l'a fait remarquer il y a longtemps un expert international bien connu, les normes alors en vigueur étaient souvent celles qu'un "avocat souhaite oublier complètement aussi rapidement que possible". Leur caractéristique générale, ce qui a directement trait à notre propos, était une sévérité sans borne que l'on peut à raison considérer comme la principale source de surenchère dans les déclarations de culpabilité fondées sur la responsabilité du supérieur hiérarchique » [traduction non officielle]. Voir également Hessler, p. 1 275. « La plupart des "décisions" étaient des tentatives juridictionnelles de réunir tous les éléments possibles à charge, qu'ils soient juridiques, moraux ou factuels » [traduction non officielle].

²⁴ Ambos, p. 827. Voir également l'opinion dissidente du juge Murphy dans l'affaire *Yamashita*, cité dans Major William H. Parks, *Command Responsibility for War Crimes*, 62 MIL. L. REV. 1, 35 (1973) (non souligné dans l'original). « Il n'a pas été accusé d'avoir personnellement commis les atrocités ni de les avoir ordonnées ou approuvées. Il ne lui a même pas été reproché d'avoir eu connaissance de ces crimes. Il a simplement été allégué qu'il avait fait fi de son obligation de supérieur hiérarchique de contrôler les hommes sous son commandement,

2. La pratique des États ne montre pas que la responsabilité du commandement était consacrée par le droit international coutumier lors de la période allant de 1975 à 1979

12. Le Code pénal de la plupart des États, comme le Cambodge²⁵, ne contenait aucune disposition spécifique sur la responsabilité du commandement lors de la période allant de 1975 à 1979²⁶. Lorsque les systèmes juridiques nationaux contenaient de telles dispositions, celles-ci n'étaient pas assez uniformes pour en conclure qu'existait une pratique des États fréquente et pratiquement uniforme, qui est la condition pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier²⁷. Selon le professeur Bantekas, on a constaté après la Seconde Guerre mondiale un « déclin du recours au principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, déclin qui a duré plus de trente ans. Durant cette période, les tribunaux nationaux, conscients des motivations politiques à l'origine de telles accusations, rechignaient à condamner un officier pour les infractions commises par ses subordonnés [...] Par ailleurs, la communauté internationale ne parvenait pas à un accord sur l'élément moral requis²⁸ » [traduction non officielle].

13. Après la Seconde Guerre mondiale, dans certains États, la responsabilité du supérieur hiérarchique est apparue dans les manuels militaires. Par exemple, le manuel intitulé *US Army Field Manual on the Law of Warfare of 1956* [manuel de l'armée en campagne des États-Unis sur le droit de la guerre] indiquait que « les commandants militaires peuvent être

ce qui leur a permis de commettre les atrocités. Ni les annales de la guerre, ni les principes établis de droit international n'offrent le moindre précédent pour une telle accusation » [traduction non officielle].

²⁵ Voir l'analyse du Code pénal de 1956, *supra*.

²⁶ Le professeur Damaska explique que « [la disposition du Statut du TPIY concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique] donne à la responsabilité en droit pénal international une dimension qui dépasse de beaucoup celle qu'elle avait en droit pénal interne. Un supérieur qui ne prend pas les mesures "nécessaires et raisonnables" pour empêcher les infractions commises par ses subordonnés ou n'en punit pas les auteurs, peut être tenu personnellement responsable pour ces infractions, même si sa participation au crime ne consiste pas à avoir "planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé". Aux termes de ce paragraphe, le fondement de la responsabilité n'est dès lors pas la participation dans le sens traditionnel du droit interne : le supérieur est tenu responsable des crimes commis par ses subordonnés pour des motifs plus rigoureux et plus insolites, à savoir le fait de ne pas avoir empêché ces actes et ne pas avoir puni les auteurs. Ces deux motifs ont des ramifications qu'il est difficile de concilier avec les principes du droit pénal interne » [traduction non officielle] Damaska, p. 461 (non souligné dans l'original). Voir également la base de données sur les législations nationales de mise en œuvre sur le site internet de la CPI, qui énumère le petit nombre de pays disposant actuellement d'une législation concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique. Consultable en ligne à l'adresse <http://iccdb.webfactional.com/data/keyword/569/>.

²⁷ « Souvent, les définitions nationales de crimes internationaux ne sont pas assez inclusives, le sont trop ou les deux à la fois. [...] On trouve également nombre de ces divergences dans les définitions nationales de [...] questions accessoires telles que la responsabilité du supérieur hiérarchique » [traduction non officielle], Ward N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts 118-19* (T.M.C. Asser Press 2006).

²⁸ Ilias Bantekas, *The Contemporary Law of Superior Responsibility*, 93 AM. J. INT'L L. 573, 574-75 (1999) (« Bantekas »).

tenus responsables des crimes de guerre commis par les membres subordonnés des forces armées ou par d'autres personnes [...] Le commandant sera également tenu responsable si grâce aux rapports qu'il recevait ou à d'autre moyens, il savait effectivement ou aurait dû savoir, que des soldats ou d'autres personnes sous son autorité s'apprêtaient à commettre des crimes de guerre ou l'avaient fait et s'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour assurer le respect du droit de la guerre ou pour punir les contrevenants²⁹ » [traduction non officielle].

14. Bien que le manuel militaire prévoie la responsabilité du supérieur hiérarchique, les tribunaux militaires américains n'ont pas appliqué cette règle lors du procès du capitaine Ernest Medina poursuivi pour le massacre de My Lai commis pendant la guerre du Vietnam. En 1971, lors de ce procès, le juge militaire a dit au jury que, selon la loi, pour le déclarer coupable au titre de la responsabilité de supérieur hiérarchique, il fallait démontrer que le commandant savait effectivement :

Un commandant est également responsable s'il savait effectivement que des soldats ou d'autres personnes sous son autorité commettaient ou s'apprêtaient à commettre un crime de guerre et s'il n'a pas pris, à tort, les mesures nécessaires et raisonnables pour assurer le respect du droit de la guerre. Vous remarquerez que ces prescriptions légales imposées à un commandant appellent une connaissance effective des faits et une omission injustifiée³⁰ [traduction non officielle].

15. Un article de *Military Law Review* écrit par le colonel américain William Eckhardt en 1982, intitulé *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*³¹, souligne également l'imprécision qui entourait cette règle. Le colonel Eckhardt explique que la règle de la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas claire et qu'il faut définir avec précision ce qu'un officier est tenu de savoir³². Il affirme que « l'examen des normes actuelles et des normes proposées révèle une expression particulièrement imprécise et

²⁹ Cité dans *Le Procureur c. Hadžihasanović et consorts*, affaire n° IT-47-01-PT, Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence, Chambre de première instance du TPIY, 12 novembre 2002, par. 79 (non souligné dans l'original). D'autres États, cependant, ont inclus uniquement des dispositions sanctionnant les actions et non les omissions des supérieurs hiérarchiques. Le manuel britannique de droit militaire de 1958 reproduit le texte du manuel américain, à l'exception de la disposition selon laquelle les supérieurs hiérarchiques sont responsables s'ils « savaient effectivement ou auraient dû savoir ». Id. par. 80, restreignant ainsi la responsabilité du supérieur aux seules situations où les subordonnés commettent des crimes en exécution de ses ordres.

³⁰ Cité dans Major James D. Levine II, *The Doctrine of Command Responsibility and its Application to Superior Civilian Leadership: Does the International Criminal Court have the Correct Standard?*, 193 MIL. L. REV. 52, 66-67 (2007) (non souligné dans l'original).

³¹ Colonel William G. Eckhardt, *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*, 97 Mil. L. Rev. 1 (1982).

³² Id., voir en particulier les pages 18 à 21.

dangereusement mal articulée du contrat social qui est au nouage même de la relation entre un soldat et la citoyenneté qu'il défend »³³ [traduction non officielle].

16. Peu d'indices montrent que la plupart des États avaient des dispositions relatives à la responsabilité du supérieur hiérarchique dans leur législation nationale lors de la période allant de 1975 à 1979 et des éléments tendent en revanche à montrer que, quand la responsabilité du supérieur hiérarchique était appliquée, ses éléments constitutifs n'étaient pas appliqués uniformément, ni au sein des États ni entre ceux-ci, ce qui démontre que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'était pas clairement consacrée par le droit international coutumier.

3. Le Protocole additionnel I ne codifiait pas le droit international coutumier concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique

17. Bien que, dans certains procès de l'après-Seconde guerre mondiale, des accusés aient vu leur responsabilité engagée en qualité de supérieurs hiérarchiques, ce concept n'a pas été codifié dans les Conventions de Genève de 1949. Le Protocole additionnel I est entré en vigueur le 8 juin 1977. Ses articles 86 et 87³⁴, qui visent la responsabilité du supérieur hiérarchique dans les conflits armés internationaux, constituent la première codification du droit international en la matière.

18. On ne peut considérer que le Protocole additionnel I codifiait le droit international coutumier existant concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique ; l'élément de

³³ Id., p. 1.

³⁴ L'article 86 est libellé comme suit : « Omissions. 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir. 2. Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

L'article 87 est libellé comme suit : « Devoir des commandants 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placées sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes.

2. En vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole.

3. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations. »

connaissance des faits imputée que l'on trouve dans l'article 86 a été réécrit cinq fois avant d'être encore modifié³⁵. Le texte final a donc été le fruit de négociations et de compromis entre les États et ne reflète pas nécessairement l'état du droit international coutumier. Par ailleurs, pour la fin de l'année 1978, si 54 États avaient signé le Protocole additionnel I³⁶, seuls 3 États l'avaient ratifié : le Salvador, le Ghana et la Libye³⁷. La plupart des États n'ont ratifié le Protocole additionnel I que bien plus tard, pour ceux qui l'ont fait³⁸. Si l'on se concentre sur les cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU, la Russie l'a ratifié en 1989, le Royaume-Uni en 1998 et la France en 2001³⁹. La Chine et les États-Unis ne l'ont pas encore ratifié⁴⁰. Cela ne traduit pas la pratique étatique répandue et uniforme nécessaire pour produire une règle de droit international coutumier. « Il y a de bonnes raisons de douter des promesses qui ne se transforment pas en actes. Soit la règle présumée est l'expression d'une bonne intention vide de sens parce que trop générale, soit, pire encore, les déclarations sont hypocrites⁴¹ » [traduction non officielle].

19. Selon le professeur Martinez, s'agissant de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international, « le Protocole additionnel I a accru la confusion plus que clarifié l'élément moral requis⁴² » [traduction non officielle]. Même l'article 86 du Protocole additionnel I ne saurait représenter une définition cohérente de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Selon le commentaire du Protocole additionnel I, il semble exister, entre les versions anglaise et française finales de l'article 86, une divergence concernant l'élément moral requis pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique :

On remarquera, en premier lieu, qu'il y a une divergence sensible entre la version française « des informations leur permettant de conclure » et la version anglaise « information which should have enabled them to conclude » qui équivaut à « des informations qui auraient dû leur

³⁵ Voir Bantekas, p. 591.

³⁶ Voir la liste des États Parties du CICR, consultable en ligne à l'adresse <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>.

³⁷ À l'opposé, en 2001 dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel a estimé que l'article 87 du Protocole additionnel I reflète le droit international coutumier puisque depuis la fin de l'année 1992, 119 États l'avaient ratifié. *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001 (« Arrêt *Čelebići* »), note n° 251.

³⁸ L'examen des dates d'adhésion ou de ratification montre que la plupart des États ont ratifié le Protocole additionnel I entre 1985 et 1995. On dénombre 45 nouvelles ratifications/adhésions entre 1985 et 1990 et 44 entre 1990 et 1995. Voir la liste des États Parties du CICR, consultable en ligne à l'adresse <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>.

³⁹ Id.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Jens David Ohlin, *Applying the Death Penalty to Crimes of Genocide*, 99 Am. J. Int'l L. 747, 752 (2005). Voir également Fletcher et Ohlin, p. 557 : « il est compréhensible que les dirigeants pieux de l'Occident [...] énoncent [...] des règles contraignantes de droit international coutumier. Malheureusement, en toute cohérence, la piété de l'Occident ne peut être considérée comme une source de droit » [traduction non officielle].

⁴² Martinez.

permettre de conclure ». Comme la règle veut que, dans un tel cas, on adopte le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux les textes divergents, priorité doit être donnée à la version française, parce qu'elle couvre les deux hypothèses⁴³.

20. Par ailleurs, bien que l'on considère aujourd'hui que le Protocole additionnel I fonde la responsabilité individuelle des supérieurs hiérarchiques, il était conçu, lors de sa rédaction en 1977, pour imposer des obligations à des États, non à des personnes⁴⁴. Il « ne définit pas le caractère de la responsabilité en question [...] Il y est seulement dit que les supérieurs qui n'empêchent ou ne répriment pas les infractions commises par leurs subordonnés ne peuvent voir leur responsabilité exonérée. Les précisions sur la nature de cette responsabilité – pénale ou disciplinaire, primaire ou du fait d'autrui – étaient de la compétence du législateur des États ratifiant l'instrument⁴⁵ » [traduction non officielle]. Comme l'explique le juge Robertson, pour imputer une responsabilité, un tribunal pénal doit d'abord s'assurer qu'une interdiction est devenue une règle de droit international s'imposant aux États, puis s'assurer que la règle de droit international est devenue une règle pénale dont la transgression peut donner lieu à des sanctions individuelles prononcées par un tribunal⁴⁶. Durant la période en question, le Protocole additionnel I visait exclusivement à imposer des obligations aux États. Il n'est donc pas satisfait à ces critères.

C. Même si les CETC pouvaient appliquer le droit international coutumier et si la responsabilité du supérieur hiérarchique était consacrée par le droit international coutumier à l'époque, le principe de légalité ne permettrait pas son application devant les CETC

21. Selon le principe de légalité⁴⁷ personne ne peut être poursuivi en justice si, à l'époque où l'infraction a été commise, la loi ne criminalisait pas l'acte et ne prévoyait pas de peine. Ce principe est consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte international ») que les

⁴³ Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, commentaire, par. 3545.

⁴⁴ Voir Kai Ambos, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, 5(1) *J. Int'l Crim. Just.* 1, 9 (2007). « Bien que ces règles aient à l'origine été adressées uniquement aux États Parties, on considère aujourd'hui qu'elles constituent le fondement de règles de responsabilité pour l'omission d'une personne puisque la doctrine de la responsabilité des supérieurs et de la grande part des infractions établies par le droit de Genève (notamment le Protocole additionnel I) a été « individualisée » par le Statut de la CPI et par les législations nationales de mise en œuvre » [traduction non officielle] (non souligné dans l'original).

⁴⁵ Damaska, p. 486.

⁴⁶ Opinion dissidente du juge Robertson, par. 12.

⁴⁷ Plus particulièrement le principe de légalité s'articule autour de quatre notions dans les pays de droit romano-germanique : i) seule une loi écrite peut prévoir les infractions pénales (« *nullum crimen sine lege scripta* ») ; ii) les infractions pénales doivent être définies par une loi spéciale (« *nullum crimen sine lege stricta* ») ; iii) les infractions pénales doivent être définies dans une loi antérieure (« *nullum crimen sine proevia lege* ») ; et iv) la loi pénale est d'interprétation stricte. ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 141-42 (Oxford University Press 2003).

CETC doivent pleinement respecter⁴⁸. Ce principe est « au fondement même de l'état de droit, parce qu'il oblige les gouvernements (pour le droit interne) et la communauté internationale (pour le droit pénal international) à entreprendre une action contre un comportement odieux, à défaut de quoi ce comportement demeurera impuni. Il justifie ainsi l'existence des lois, des traités et des conventions [...] C'est la raison pour laquelle nous sommes gouvernés par la loi et non par la police⁴⁹ » [traduction non officielle]. Cela peut être « extrêmement peu commode mais c'est précisément lorsque les actes sont odieux et profondément choquants que le principe de légalité doit être appliqué le plus rigoureusement, pour veiller à ce qu'une partie défenderesse ne soit pas condamnée par dégoût plutôt que par les éléments de preuve, ou pour une infraction inexistante⁵⁰ » [traduction non officielle].

22. Le droit cambodgien applique un principe de légalité plus rigoureux que celui défini dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ou dans le Pacte international. Selon le droit cambodgien, la responsabilité du supérieur hiérarchique doit avoir été inscrite dans le droit cambodgien au moment des infractions présumées pour être applicable devant les CETC. En effet, selon l'article 6 du Code pénal de 1956, aucune infraction ne peut être réprimée par l'application de peines qui n'étaient pas prononcées par la Loi auparavant qu'elle fut commise. Si le Pacte international requiert uniquement qu'un fait constituait un acte délictueux d'après le droit international (ou que le mode de participation reproché était prévu par le droit international) au moment il a été commis, « il convient de faire la distinction entre les conditions préalables du principe de légalité tel qu'il est défini au niveau international et le principe de légalité en droit interne [...] Nombre de systèmes juridiques internes [...] imposent un principe de légalité plus strict⁵¹ » [traduction non officielle].

⁴⁸ Aux termes de l'article 31 de la Constitution cambodgienne de 1993, modifiée le 4 mars 1999, « [l]e Royaume du Cambodge reconnait et respecte les droits de l'homme tels qu'ils sont définis dans la Charte des Nations Unies, dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, et dans tous traités et conventions ayant rapport avec les droits de l'homme, de la femme et de l'enfant. » (Non souligné dans l'original.) Aux termes de l'article 33 nouveau de la Loi relative aux CETC, « [l]a Chambre extraordinaire de première instance exerce sa compétence conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect des formes régulières, tel que mentionné aux articles 14 et 15 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques. » Aux termes de l'article 13 1) de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, « [l]es droits de l'accusé consacrés aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 sont respectés pendant toute la durée du procès. »

⁴⁹ Opinion dissidente du juge Robertson, par. 14 (non souligné dans l'original).

⁵⁰ Id. par. 2.

⁵¹ Helmut Kreicker, *National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective*, 5 Int'l Crim. L. Rev. 313, 320 (2005) (non souligné dans l'original).

Comme le prévoit l'article 5 2) du Pacte international, lorsqu'un droit est mieux protégé au niveau national qu'au niveau international, la disposition nationale doit prévaloir⁵².

23. Pour satisfaire au principe de légalité, la responsabilité pénale doit par ailleurs être suffisamment prévisible et accessible au moment où les actes criminels allégués sont commis. Selon la Chambre de première instance dans l'affaire *Vasiljević* du TPIY,

Une fois convaincue qu'un acte donné ou un ensemble d'actes constituent effectivement un crime en droit international coutumier, la Chambre de première instance doit s'assurer que l'infraction reprochée à l'accusé était définie de façon suffisamment précise en droit international coutumier, pour que sa nature générale, son caractère criminel et sa gravité soient suffisamment prévisibles et puissent être reconnus. Ce faisant, la Chambre tient compte de la spécificité du droit international, en particulier du droit international humanitaire. L'exigence d'une définition suffisamment claire de l'infraction pénale est en réalité un corollaire du principe de légalité et elle doit être appréciée comme telle. Si le droit international coutumier ne fournit pas une définition suffisamment précise d'un des crimes énumérés dans le Statut, la Chambre de première instance n'a d'autre choix que de se déclarer incompétente, même si ce crime figure dans le Statut parmi les infractions punissables. Cela tient au fait que, pour reprendre les termes employés par un tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, tout ce qui, dans le statut du tribunal, déborderait le cadre du droit international coutumier existant impliquerait l'exercice d'un pouvoir et non l'application du droit⁵³.

24. La Chambre de première instance a par ailleurs expliqué que

[v]u le principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), il serait tout à fait inacceptable de la part d'une Chambre de première instance de déclarer une personne coupable de la transgression d'une interdiction qui, eu égard au caractère spécifique du droit international coutumier et au fait que les règles de droit pénal ne se clarifient que petit à petit, est insuffisamment précise pour permettre de déterminer le comportement de l'accusé et de distinguer l'illicite du licite, ou était insuffisamment reconnaissable en tant que telle à l'époque. Une déclaration de culpabilité ne saurait en effet reposer sur une règle dont l'accusé n'aurait raisonnablement pu avoir connaissance au moment des faits, et cette règle doit préciser de manière suffisamment explicite quels actes ou omissions sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale⁵⁴.

25. Même si l'on pouvait véritablement considérer que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique était consacré par le droit international coutumier lors de la période allant de 1975 à 1979, il n'était pas défini suffisamment clairement pour que les personnes

⁵² L'article 5 2) du Pacte international dispose comme suit : « [i]l ne peut être admise aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout État partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. » En substance, cette disposition préserve l'inviolabilité de toute loi apportant un degré de protection pour les droits civils et politiques plus important que celui prévu dans le Pacte international. Voir Manfred Novak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Commentary 118* (N.P. Engel Publisher, 2005).

⁵³ *Le Procureur c. Vasiljević*, IT-98-32-T, Jugement, Chambre de première instance du TPIY, 29 novembre 2002, par. 201 et 202 (non souligné dans l'original).

⁵⁴ *Id.*, par. 193 (non souligné dans l'original). Voir également *Le Procureur c. Hadžihasanović et consorts*, IT-47-01-PT, *Interlocutory Appeal on Joint Challenge to Jurisdiction*, 27 novembre 2002, par. 15. « Il est bien établi en droit pénal international que le principe de légalité impose que l'infraction dont une personne est accusée soit définie dans une loi accessible et qu'il soit prévisible, au moment où l'infraction aurait été commise, que la conduite en question puisse être sanctionnée pénalement » [traduction non officielle].

mises en examen aient pu prévoir que leur responsabilité pourrait être engagée à ce titre. L'analyse (*supra*) relative au manque de clarté de l'élément moral requis ou son applicabilité aux conflits internes et aux supérieurs civils le montre manifestement⁵⁵. Le professeur Martinez résume les contradictions qui démontrent que cette forme de responsabilité n'était pas établie de façon assez uniforme et claire pour constituer une norme de droit international coutumier :

À plusieurs reprises, les juridictions internationales ont déclaré des supérieurs coupables en se fondant sur des éléments psychologiques que l'on peut décrire comme la connaissance des faits, l'imprudence, la négligence et même, peut-être, en se fondant sur la responsabilité au sens strict du terme. Dans certains cas, pour décrire cet élément psychologique, ils ont recouru à un critère subjectif, et dans d'autres à un critère apparemment objectif. Ils se sont efforcés, sans grand succès, de situer la « cécité volontaire » entre la connaissance des faits et la négligence. Ils n'ont pas toujours été précis quand ils ont dû dire si la même réalité psychologique est requise pour chaque élément matériel constitutif de l'infraction commise par les subordonnés. En outre les décisions ont été prononcées dans des langues différentes, dans des termes sans équivalent exact d'une langue et d'un système juridique à l'autre. Le résultat brut est que malgré un demi-siècle de jurisprudence, il reste difficile de décrire avec précision l'élément moral de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁵⁶ [traduction non officielle].

26. Il est par ailleurs très improbable que la jurisprudence concernant cette forme de responsabilité ait été accessible aux personnes mises en examen à l'époque où les crimes auraient été commis. Un article de 1972 publié dans le *Yale Law Journal* explique que, puisque le jugement du TMIEO, y compris ses opinions dissidentes et convergentes « est rarement disponible même dans les grandes bibliothèques universitaires » [traduction non officielle] américaines, l'article fera référence à des documents secondaires qui citent ou paraphrasent des parties du jugement⁵⁷. Si ce jugement est rarement disponible pour les universitaires américains, comment aurait-il (de même que les autres jugements rendus par

⁵⁵ En 2002, le professeur Ambos écrit : « En somme, les critiques formulées en 1949 par la Commission des crimes de guerre des Nations Unies selon lesquelles “les principes régissant ce type de responsabilité [...] ne sont pas encore fixés” n'ont pas perdu toute pertinence, en particulier en ce qui concerne les problèmes de droit pénal inhérents à cette doctrine. Malgré l'application toujours plus fréquente de la doctrine depuis la Seconde Guerre mondiale, ses éléments ne sont pas définis assez précisément pour respecter indubitablement le principe de légalité visé dans le Statut de Rome (articles 22 et 24), en particulier en ce qui concerne son exigence de précision juridique et d'interprétation stricte » [traduction non officielle], Ambos, *Superior Responsibility*, p. 847. Voir également van Schaak, p. 166 : « Il est [...] difficile d'accepter que les éléments constitutifs de crimes puissent être glanés à partir des comportements divergents (à l'époque) de tous les différents États, surtout étant donné leurs préjugés psychologiques respectifs vis-à-vis d'une pratique donnée » [traduction non officielle].

⁵⁶ Martinez. Voir également id. « Ni le droit international conventionnel, ni le droit international coutumier ne fournit de définition complète et acceptée universellement de l'élément moral requis pour les crimes internationaux, et toute tentative d'établir les principes généraux de droit communs aux systèmes juridiques internes est compliquée par les approches variées que ces systèmes adoptent. Malheureusement, les décisions internationales ne s'embarrassent pas toujours des différences terminologiques nationales, et ne sont pas précises quant aux concepts que la terminologie essaie de saisir » [traduction non officielle].

⁵⁷ Hessler, note n° 10.

les tribunaux de l'après-Seconde Guerre mondiale) pu être accessible aux personnes mises en examen au Cambodge ?

27. Le seul fait que les tribunaux *ad hoc* aient connu de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne justifie pas que les CETC considèrent que la coutume internationale les autorise à en connaître. Ces tribunaux n'ont pas toujours respecté le principe de légalité.

Lors de la renaissance du droit pénal international après la guerre froide, les tribunaux pénaux internationaux et nationaux sont intervenus pour développer et moderniser le droit né après la Seconde Guerre mondiale. Au cours de ce processus, les tribunaux appliquent activement de nouvelles règles [de droit pénal international] à des faits passés. Il ne s'agit pas d'une interprétation judiciaire normale de la doctrine établie. Au contraire, ces tribunaux s'engagent dans une refonte complète du [droit pénal international] par le biais de la jurisprudence relevant de leur compétence et font évoluer les éléments constitutifs des crimes internationaux et les formes de responsabilité applicables. En passant, les tribunaux actualisent et étendent des traités historiques et des interdictions coutumières, bouleversent des accords négociés avec soin par les États, rejettent les compromis politiques conclus par les États à l'occasion de conférences multilatérales et ajoutent du contenu à des dispositions formulées de façon vague qui étaient conçues davantage comme des condamnations rétrospectives d'horreurs passées que comme des codes détaillés destinés à être appliqués à l'avenir⁵⁸. [traduction non officielle]

Les CETC ne doivent pas tomber dans le même piège et doivent, au contraire, respecter le principe de légalité conformément au droit cambodgien.

IV. CONCLUSION ET MESURE DEMANDÉE

28. Appliquer la responsabilité du supérieur hiérarchique violerait le principe de légalité. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'existe pas en droit cambodgien et n'était pas consacrée par le droit international coutumier lors de la période allant de 1975 à 1979.

PAR CES MOTIFS, la Défense demande respectueusement aux co-juges d'instruction de DIRE que les CETC ne peuvent connaître de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Déposé respectueusement,

ANG Udom

Michael G. KARNAVAS

Co-avocats de M. IENG Sary

Signé à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 15 février 2010

⁵⁸ Beth van Schaack, *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, 97 GEO. L.J. 119, 123-24 (2008). (Non souligné dans l'original.)