

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

INFORMATIONS RELATIVES AU DÉPOT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

Partie déposante : l'équipe de défense de IENG Sary

Déposé devant : le Bureau des co-juges d'instruction

Langue : français, original en anglais

Date du document : le 13 avril 2010

CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

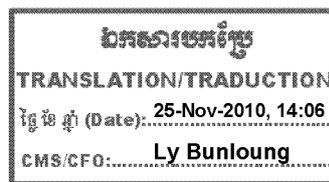
Classement retenu par les co-juges d'instruction ou par la Chambre :

Statut du classement :

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives :

Signature :



**REQUÊTE DE IENG SARY CONTRE L'APPLICABILITE DE LA
QUALIFICATION DE CRIME CONTRE L'HUMANITE AUX CETC**

Déposée par :

Destinataires :

Les co-avocats

Les co-juges d'instruction :

Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS

M. YOU Bunleng
M. Marcel LEMONDE

Les co-procureurs :

Mme 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, à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité aux CETC. Cette exception d'incompétence est rendue nécessaire par le fait que l'application des crimes contre l'humanité par les CETC violerait le principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) parce que : 1) la loi relative aux CETC et l'Accord ne peuvent pas créer une nouvelle loi qui s'appliquerait rétroactivement ; 2) le Code pénal de 1956 ne fait pas mention des crimes contre l'humanité; 3) les crimes contre l'humanité sont un concept du droit international coutumier et les juridictions cambodgiennes ne peuvent pas appliquer directement le droit international coutumier ; 4) le fait que les crimes contre l'humanité aient désormais valeur de *jus cogens* ne change rien à leur applicabilité par les CETC.

I. RECEVABILITE DE LA PRESENTE EXCEPTION D'INCOMPETENCE

1. Les questions de compétence doivent être soulevées à ce stade de la procédure¹. La règle 74 3) a) du Règlement intérieur confère à la défense le droit de faire appel auprès de la Chambre préliminaire des ordonnances reconnaissant la compétence des CETC. Ce droit n'aurait aucun sens s'il était interdit à la défense de soulever des problèmes de compétence devant les co-juges d'instruction. Le Règlement ne peut pas être interprété de façon à réduire la protection explicitement accordée aux parties. Tout doute quant à l'interprétation du Règlement doit bénéficier à M. IENG Sary, conformément à l'article 38 de la Constitution cambodgienne².

2. Quand, dans le passé, la défense a voulu exciper de l'incompétence des CETC³, les co-juges d'instruction ont rejeté l'exception en déclarant que la défense souhaitait un jugement déclaratoire et qu'il ne pouvait en être question pour des questions comme le génocide ou la responsabilité du supérieur hiérarchique puisqu'il en est fait mention explicitement dans la loi relative aux CETC⁴. Les co-juges d'instruction ont déclaré qu'il

¹ La règle 74 3) a) autorise les parties à faire appel de toute ordonnance ou décision des co-juges d'instruction confirmant la compétence des CETC. La défense doit d'abord pouvoir exciper de l'incompétence des CETC pour que cette Règle puisse s'appliquer dans la pratique.

² Voir Constitution cambodgienne de 1993, telle qu'amendée en 1999, article 38 : « Le bénéfice du doute profite à l'accusé ».

³ Voir par exemple, *Dossier IENG Sary*, 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 ; *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, IENG Sary's Motion Against the Application of Command Responsibility at the ECCC, 15 février 2010, D345/2, ERN (anglais): 00475513-00475527.

⁴ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'actes d'instruction sur l'applicabilité du crime de génocide devant les CETC, 28 décembre 2009, D240/3, ERN :

n'était pas nécessaire de faire état des qualifications juridiques finales jusqu'à l'ordonnance de clôture et qu'il n'était dès lors pas indispensable à ce stade de se livrer à une analyse exhaustive de ces questions⁵. Cependant, dans le passé, les co-juges d'instruction ont de leur propre chef examiné des questions de compétence au stade de l'instruction⁶.

3. Le TPIY a estimé que les « exceptions d'incompétence soulèvent des questions fondamentales d'équité, et qu'elles ont notamment pour but d'éviter qu'un accusé soit jugé et condamné sur la base d'accusations indûment portées devant le Tribunal »⁷. Au TPIY et au TPIR, les questions de compétence sont soulevées par voie de questions préjudicielles avant le procès⁸. Comme l'explique la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* :

Une décision sur une question aussi fondamentale que la compétence du Tribunal international ne devrait pas être repoussée à la fin d'une instance potentiellement longue, marquée par l'émotion et onéreuse. Tous les motifs de contestation sur lesquels s'appuie l'appelant se traduisent, en dernière analyse, par une évaluation de la capacité juridique du Tribunal international de juger son affaire. Ne s'agit-il pas, en fin de compte, d'une question de compétence ? (...) L'intérêt supérieur de la justice serait-il servi par une décision en faveur de l'accusé, après que ce celui-ci ait subi ce qui devrait alors être qualifié de procès injustifié. Après tout, une cour de justice se doit d'honorer le bon sens non seulement quand il s'agit de peser les faits mais également au plan de l'examen du droit et du choix de l'article approprié⁹.

4. Par cette exception d'incompétence, la défense ne demande pas aux co-juges d'instruction de préjuger des faits avant l'ordonnance de clôture. Elle leur demande simplement de déterminer si les Chambres extraordinaires sont compétentes pour accuser

00421137-00421140 (« Ordonnance sur le génocide »), par. 3 ; *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande de dépassement du nombre maximum de pages autorisé, 12 février 2010, D345/1, ERN : 00623364-00623366, par. 4.

⁵ Voir par exemple, Ordonnance sur le génocide, par. 4 ; *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la requête de Ieng Sary s'opposant à l'application devant les CETC de la théorie de la responsabilité du supérieur hiérarchique, 19 mars 2010, D345/4, ERN : 00487605-00487608, par. 11.

⁶ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Ordonnance de placement en détention provisoire, 14 novembre 2007.

⁷ *Procureur c. Prlić et consorts*, IT-04-74-AR72.3, Décision relative à l'appel de Milivoj Petković concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 23 avril 2008, par. 20.

⁸ Voir Règlement de procédure et de preuve du TPIY, article 72. L'article 72 A) i) précise que les exceptions préjudicielles sont les exceptions d'incompétence. Voir également *Procureur c. Kanyabashi*, ICTR-96-15-T, Décision sur l'exception d'incompétence soulevée par la défense, 18 juin 1997, par. 3 : « En vertu de l'article 72(B) du Règlement, tant le ministère public que la défense peuvent soulever des exceptions et la Chambre de première instance se prononce sur celles-ci *in limine litis*. Cette dernière disposition est de toute évidence conçue pour garantir que toutes les questions et objections fondamentales soulevées par les parties en ce qui concerne la compétence, la procédure et les attributions du Tribunal seront examinées et qu'il y sera répondu de façon appropriée avant le début de l'audience au fond ».

⁹ *Procureur c. Tadić*, IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 6.

M. IENG Sary de crimes contre l'humanité. La défense a le droit d'être informée des crimes pour lesquels les CETC a compétence pour juger M. IENG Sary et de soulever des exceptions légitimes d'incompétence¹⁰.

II. DROIT APPLICABLE

A. Crimes contre l'humanité

5. L'article 9 de l'Accord dispose que « les Chambres extraordinaires sont compétentes ... des crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, ... ».

6. L'article 5 de la loi relative aux CETC dispose :

Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes contre l'humanité entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979.

On entend par crime contre l'humanité, qui est imprescriptible, l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux, tels que :

- le meurtre,
- l'extermination,
- la réduction en esclavage,
- la déportation,
- l'emprisonnement,
- la torture,
- le viol,
- la persécution pour motifs politiques, raciaux ou religieux,
- tous autres actes inhumains.

B. Principe de légalité

7. Le principe de légalité¹¹ interdit de poursuivre qui que ce soit pour un acte qui, au moment des faits, n'était pas incriminé et réprimé par la loi. Ce principe est consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits

¹⁰ La défense ne peut pas supposer que les crimes contre l'humanité sont applicables par les CETC simplement parce qu'ils ont été appliqués dans le cadre de l'affaire n°001. Comme les co-juges d'instruction le savent, la défense n'a pas soulevé auprès d'eux d'exception d'incompétence dans cette affaire.

¹¹ Plus précisément, dans les pays de droit romano-germanique, le principe *nullum crimen sine lege* s'articule autour de quatre notions : i) les crimes doivent être prévus par une loi écrite (« *nullum crimen sine lege scripta* ») ; ii) les crimes doivent être prévus par une législation spécifique (« *nullum crimen sine lege stricta* ») ; iii) les crimes doivent être prévus dans des lois qui existent déjà (« *nullum crimen sine proevia lege* ») ; et iv) les crimes ne doivent pas être définis par analogie. ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 141-42 (Oxford University Press 2003) (« CASSESE »).

civils et politiques (le « Pacte relatif aux droits civils et politiques »), dont les CECT doivent respecter pleinement les normes¹².

8. L'article 11 2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme définit ce principe comme suit :

Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.

9. L'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations¹³.

10. L'article 6 du Code pénal de 1956 expose ce principe fondamental en termes plus stricts :

¹² Aux termes de l'article 31 de la Constitution du Royaume du Cambodge de 1993 révisée le 4 mars 1999, « Le Royaume du Cambodge reconnaît 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 les traités et conventions relatifs aux 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 : « La 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, « Les 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 ».

¹³ Article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'accession par la Résolution 2200A (XXI) de l'Assemblée générale du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976. Ce principe est également consacré dans une multitude d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Voir la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 7 ; la Convention interaméricaine des droits de l'homme, article 9 ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 7 2) ; le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, articles 22, 24 ; la troisième Convention de Genève de 1949, article 99 ; la quatrième Convention de Genève de 1949, article 67. Il a également été reconnu par le TPIY. Voir par exemple, *Le Procureur c. Vasiljević*, IT-98-32-T, Jugement, 29 novembre 2002, par. 193 ; *Le Procureur c. Galić*, IT-98-29-T, Jugement, 5 décembre 2003, par. 92.

La loi pénale est sans effet rétroactif. Aucune infraction ne peut être réprimée par l'application de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi auparavant qu'elle fut commise.

Toutefois, lorsque la loi supprime une infraction ou allège une peine, les nouvelles dispositions légales sont applicables aux justiciables poursuivis, même si l'infraction relevée fut commise à une époque antérieure à la promulgation de la nouvelle loi, à condition cependant qu'aucune condamnation définitive ne soit déjà intervenue¹⁴.

Cette interdiction stricte de la rétroactivité de la loi pénale, édictée dans le Code pénal de 1956¹⁵, est également inscrite dans les Accords de paix de Paris qui ont conduit à l'adoption de la Constitution cambodgienne de 1993¹⁶.

III. ARGUMENTATION

A. La loi relative aux CETC et l'Accord ne peuvent pas créer une nouvelle loi qui s'appliquerait rétroactivement,

11. L'Accord et la loi relative aux CETC ne créent pas un nouveau droit pénal. L'Accord a été conclu pour organiser la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge, en vue de traduire en justice les dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, du droit international humanitaire et des coutumes en ce domaine

¹⁴ Code pénal de 1956.

¹⁵ Le Conseil constitutionnel cambodgien a reconnu qu'il s'agissait d'un principe fondamental énoncé dans le Code pénal de 1956. Toutefois, lorsqu'il s'est demandé si l'allongement des délais de prescription pour les crimes répertoriés dans le Code pénal de 1956 violerait la Constitution cambodgienne, il a conclu par la négative, puisque le principe de légalité n'est pas inscrit dans la Constitution cambodgienne. Voir Décision du Conseil constitutionnel No. 040/002/2001, 12 février 2001. Cette décision est erronée : l'article 38 de la Constitution dispose que « L'accusation, l'arrestation, la garde à vue ou la détention d'un individu ne pourront être exécutées que conformément aux dispositions légales ». Cet article impose donc le respect du principe de légalité. L'article 31 de la Constitution dit explicitement que le Cambodge doit respecter les droits de l'homme tels qu'énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et autres instruments relatifs aux droits de l'homme. Le principe de légalité est également inscrit dans ces instruments. En outre, le Conseil constitutionnel a décidé à tort de ne pas tenir compte de l'article 6 du Code pénal de 1956. Il n'a pas été demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 6 du Code pénal de 1956, comme il a le pouvoir de le faire sur demande ainsi qu'il est dit dans l'article 141 nouveau de la Constitution, et il n'a pas déclaré cet article inconstitutionnel, comme il aurait pu le faire en vertu de l'article 142 nouveau de la Constitution. Il a simplement choisi de ne pas tenir compte de l'interdiction d'appliquer rétroactivement une loi pénale édictée par l'article 6, sans toucher à celui-ci. Cette décision a été clairement prise pour parvenir au résultat souhaité sans se préoccuper de ses fondements juridiques. Le Cambodge doit respecter ses propres lois, il ne peut faire abstraction des dispositions qui le gênent sans suivre la procédure prévue pour réviser ses lois. Ce serait violer l'article 158 nouveau de la Constitution qui dispose que « Les lois et dispositions écrites garantissant les biens de l'État, les droits, ... restent en vigueur jusqu'à ce que de nouveaux textes viennent les modifier ou les abroger, à l'exception des dispositions contraires à l'esprit de la présente Constitution ».

¹⁶ Voir Principes pour une nouvelle constitution au Cambodge, annexe 5 à l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge, 23 octobre 1991, principe 2.

ainsi que des conventions internationales auxquelles adhère le Cambodge¹⁷. La loi relative aux CETC a pour objet de « 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 »¹⁸. Dès lors, le rôle de l'Accord était d'établir la coopération entre l'ONU et le Gouvernement cambodgien, tandis que celui de la loi relative aux CETC était d'en indiquer les modalités d'application, notamment en précisant la compétence matérielle, temporelle et personnelle des CETC.

12. L'article 5 de la loi relative aux CETC donne simplement la définition des crimes contre l'humanité relevant de la compétence des CETC, s'ils étaient punissables en droit pénal. Il ne crée pas de crime en soi qui pourrait être appliqué rétroactivement. Sinon, il violerait le principe de légalité. Et, par voie de conséquence l'article 6 du Code pénal de 1956¹⁹.

¹⁷ Accord, article premier.

¹⁸ Loi relative à la création des Chambres, article premier.

¹⁹ Voir Bert Swart, *Internationalized Courts and Substantive Criminal Law*, dans INTERNATIONALIZED CRIMINAL COURTS AND TRIBUNALS : SIERRA LEONE, EAST TIMOR, KOSOVO AND CAMBODIA 291, 310 (Cesare P.R. Romano, éd., 2004). [Traduction] « Il peut y avoir des cas où l'accusé peut être tenu pour responsable sur la base du droit international et non du droit national. Le cas le plus probable est sans doute celui où, au moment des faits, il n'existe pas dans la législation nationale de texte permettant de poursuivre les auteurs de crimes reconnus comme tels par le droit international général. Le principe de légalité peut obliger, un tribunal internationalisé à acquitter l'accusé, même si l'article 15 2) du Pacte international n'interdirait peut-être pas l'application rétroactive d'une loi incriminant des « actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ». (Non souligné dans l'original.) L'étendue de la protection accordée par la loi cambodgienne contre la rétroactivité de la loi pénale dépasse celle qu'assure le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel n'offre que des garanties minimales. Il ressort de l'article 5 2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que si la protection d'un droit est supérieure à l'échelon national qu'au niveau international, la disposition nationale prévaudra et doit être appliquée. L'article 5 2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « Il ne peut être admis 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 ». Cette disposition garantit l'inviolabilité de toute loi qui offre un plus grand degré de protection des droits civils et politiques que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir MANFRED NOVAK, UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS : ICCPR COMMENTARY 118 (N.P. Engel Publisher, 2005). C'est particulièrement vrai dans le cas présent où le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été signé et ratifié par le Cambodge après les faits. Le Cambodge a signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques le 17 octobre 1980 et y a accédé le 26 mai 1992.

Voir http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=fr.

B. Le Code pénal de 1956 ne fait pas mention des crimes contre l'humanité

13. Les CETC, en tant que tribunal cambodgien, sont tenues de respecter le droit cambodgien²⁰. Le Code pénal de 1956 a été reconnu officiellement comme le Code pénal en vigueur au Cambodge pendant la période qui va de 1975 à 1979, c'est-à-dire à l'époque des faits²¹. Ce Code pénal ne contient aucune disposition faisant des crimes contre l'humanité un crime distinct. Il est dès lors impossible de se baser sur le Code pénal de 1956 pour porter une accusation de crimes contre l'humanité.

14. Le principe de légalité interdit d'accuser et de punir ensuite un suspect/accusé sur la base du Code pénal de 1956 pour des actes que celui-ci n'incrimine pas. Il exige que les actes punissables aient constitué des infractions à l'époque des faits²². S'il en allait autrement, il y aurait violation du droit cambodgien²³.

C. Les crimes contre l'humanité sont un concept du droit international coutumier et les juridictions cambodgiennes ne peuvent pas appliquer directement le droit international coutumier

15. Le droit international coutumier qui sanctionne les crimes contre l'humanité n'est pas directement applicable par les juridictions cambodgiennes. Les Chambres extraordinaires sont un tribunal national créé au sein de l'appareil judiciaire cambodgien²⁴. Le droit international coutumier ne peut pas être directement appliqué par les juridictions

²⁰ Voir Accord, article 12 1). Voir également le préambule du Règlement, Rev.4, 11 septembre 2009.

²¹ Voir *Dossier Kaing Guek Eav alias « Duch »*, 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 (anglais) : 00365471-00365472.

²² Voir Helmut Kreicker, *National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective*, 5 INT'L CRIM. L. REV. 313, 320-321(2005) (« Kreicker »), où il avance que seules les règles clairement définies et écrites du droit pénal sont facilement accessibles, de sorte que tout un chacun peut savoir de quels actes il aurait à répondre pénalement. Voir également CASSESE, PAGE 142, qui note que le principe de légalité a pour objet de [traduction] « protéger les citoyens dans toute la mesure du possible à la fois contre l'arbitraire de l'État et contre peut-être une trop grande latitude laissée aux juges. Bref, l'idée fondamentale qui inspire cette théorie dans le postulat de *favor rei* (en faveur de l'accusé) (par opposition à *favor societatis* ou en faveur de la société) ».

²³ Voir Code pénal de 1956, article 6.

²⁴ Cela a été confirmé par la Chambre préliminaire dans sa première décision. La Chambre a jugé que « À toutes fins pratiques et juridiques, les CETC constituent une entité indépendante à l'intérieur de la structure judiciaire cambodgienne et elles fonctionnent comme telle ». *Dossier Kaing Guek Eav alias « Duch »*, 001/18-07-2007-ECCC-BCJI (CP01), Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav, alias « Duch », 3 décembre 2007, par. 19. (Non souligné dans l'original). *Dossier IENG Sary*, 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 (anglais) : 00429213-00429253, par. 7 à 24 pour une explication du statut des CETC en tant que tribunal national cambodgien.

cambodgiennes, parce que le Cambodge a un système dualiste, et non moniste²⁵ en ce qui concerne l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne²⁶.

16. L'adhésion au système moniste ou dualiste détermine le mécanisme utilisé par un État pour donner effet à ses obligations internationales. Un État qui adopte le système dualiste considère le droit international comme distinct du droit national²⁷. Dans un tel système, le droit international ne s'applique que 1) si son application directe est explicitement autorisée par la Constitution ; ou 2) si des textes d'application ont été pris qui le transposent dans l'ordre juridique interne²⁸. [Traduction] « Normalement, les juridictions nationales n'engagent de poursuites pour crimes internationaux que sur la base du droit international *coutumier*, autrement dit que si le crime est reconnu comme tel dans ce corps de règles. Elles exigent généralement en revanche soit une *loi* nationale définissant le crime et leur donnant compétence pour juger son auteur soit, si l'État a ratifié un traité en la matière, l'adoption de

²⁵ [Traduction] « Les monistes affirment qu'il n'existe qu'un seul système de droit, le droit international étant un élément à côté des différentes branches du droit national'. Pour le moniste, le droit international est simplement une branche du droit du pays, au même titre que les branches plus courantes du droit national. Les dualistes, en revanche, affirment qu'il existe deux systèmes juridiques pour l'essentiel différents. Ils existent 'côte à côte dans différents domaines d'action – l'un international, l'autre national. » Michael Kirby, *The Growing Rapprochement between International Law and National Law*, dans LEGAL VISIONS OF THE 21ST CENTURY : ESSAYS IN HONOUR OF JUDGE CHRISTOPHER 333 (Antony Anghie & Garry Sturgess éd. 1998), citant ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS – INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 205 (Oxford, 1994). Bien que la France, sur le modèle de laquelle le Cambodge a organisé son système judiciaire, ait opté pour un système moniste, du moins en ce qui concerne les conventions internationales, la comparaison entre les Constitutions française et cambodgienne montre clairement que le Cambodge ne suit pas la même approche. Voir Titre VI de la Constitution française, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>, comparé à la Constitution cambodgienne. La distinction entre les systèmes français et cambodgien n'est de ce point de vue pas pertinente en ce domaine parce que même la France n'applique pas directement le droit international coutumier. Voir par. 19, *infra*.

²⁶ Voir document de l'ONU CERD/C/292/Add.2, 5 mai 1997, par. 19, où le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale fait référence à huit conventions ratifiées par le Cambodge et déclare qu'elles ne peuvent pas être directement invoquées devant les juridictions ou autorités administratives cambodgiennes. Voir également Suzannah Linton, *Putting Cambodia's Extraordinary Chambers into Context*, 11 S.Y.B.I.L. 195, 203-204 (2007), disant que le Gouvernement cambodgien a une préférence pour le dualisme.

²⁷ Dans les systèmes dualistes, [traduction] « Si le législateur et l'exécutif n'ont pas pris les mesures d'application qui conviennent, les juridictions nationales s'abstiennent souvent de faire respecter le droit international en l'appliquant directement, estimant qu'elles ne peuvent pas décider à la place des organes politiques de la manière de se conformer aux obligations internationales. En pareil cas,, la liberté de choisir le mode d'application s'élargit pour devenir la liberté de choisir *de* mettre en pratique *ou non*. » WARD N. FERDINANDUSSE, DIRECT APPLICATION OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN NATIONAL COURTS 142 (T.M.C. Asser Press 2006) (« FERDINANDUSSE »). Voir également *id.*, page 132 : [traduction] « En règle générale, le droit international laisse aux États la liberté de remplir leurs obligations internationales de la façon qu'ils jugent la meilleure ».

²⁸ Gabriele Olivi, *The Role of National Courts in Prosecuting International Crimes : New Perspectives*, 18 SRI LANKA J. INT'L L. 83, 86-87 (2006).

textes d'application leur permettant d'appliquer pleinement les dispositions conventionnelles »²⁹.

17. La loi relative aux CETC promulguée par le Cambodge ne constitue pas le texte d'application nécessaire pour que le droit international coutumier soit directement appliqué par les juridictions cambodgiennes aux actes antérieurs à l'entrée en vigueur de ladite loi. Les articles 1 et 2 de la Loi relative aux CETC disposent que les CETC ont été créées afin de « traduire en justice ... les principaux responsables des crimes et graves violations ... des règles et coutumes du droit international humanitaire, ... reconnues par le Cambodge ... ». Bien que ces articles parlent des « coutumes », ils ne peuvent pas rétroactivement intégrer le droit international coutumier dans l'ordre juridique interne du Cambodge. La Loi relative aux CETC a été adoptée en 2001 : elle ne peut dès lors transposer dans l'ordre interne que le droit international coutumier concernant les crimes commis après 2001. ce serait contraire au principe de légalité³⁰ et donc au droit cambodgien que de permettre à la Loi relative aux CETC de transposer rétroactivement dans l'ordre interne le droit international coutumier tel qu'il a pu exister en 1975-1979.

18. Les Constitutions en vigueur à l'époque des faits ne prévoient pas de procédure pour la transposition du droit international coutumier dans l'ordre interne. L'Assemblée nationale cambodgienne n'a adopté aucune loi qui transposerait, par voie de référence expresse, une quelconque règle du droit international coutumier relative aux crimes contre l'humanité dans l'ordre juridique interne. Non seulement l'application directe du droit international coutumier n'est pas autorisée dans le système de droit cambodgien, mais le principe de légalité l'interdit dans ce cas³¹.

²⁹ Voir CASSESE, page 303 (souligné dans l'original). Voir également *U.S. c. Yousef*, 327 F.3d 56, 91 (2^e Cir. 2003) [traduction] « Le droit des États-Unis n'est pas subordonné au droit international coutumier ou nécessairement subordonné au droit international conventionnel et, en fait, il peut être en contradiction avec les deux ».

³⁰ Voir par exemple, Sénégal, Cour de cassation, Souleymane Guengueng et autres contre Hissène Habré, Arrêt no. 14, 20 mars 2001 ; Timor oriental, cour d'appel, Armando dos Santos, Décision concernant la loi subsidiaire applicable, 15 juillet 2003, p. 14, où la cour a estimé que [traduction] « Bien que parmi les actes commis par l'accusé en 1999 figure un crime contre l'humanité sanctionné par le point 5.1 a) du règlement 200/15 de l'ATNUTO, l'accusé ne peut pas être jugé et déclaré coupable sur la base de cette loi pénale, qui n'existait pas au moment des faits et ne peut pas être appliquée rétroactivement ».

³¹ [Traduction] « Les deux principes de légalité et de sécurité juridique qui sont interdépendants sont généralement considérés comme tellement fondamentaux pour l'ordre juridique, qu'ils empêchent dans les faits l'intégration dans le droit pénal national – même par voie d'interprétation – de règles coutumières non écrites. ... L'adoption de textes d'application est, dès lors, une condition universelle nécessaire à l'application des principes du droit pénal international dans l'ordre juridique national ». Simonetta Stirling-Zanda, *The*

19. Les juridictions en France, pays dont le système juridique a servi de modèle au système cambodgien³², ont considéré qu'elles ne pouvaient pas appliquer directement les crimes contre l'humanité comme partie intégrante du droit international coutumier faute de dispositions écrites dans le système de droit français qui les incriminent³³. Dans l'affaire *Aussaresses*³⁴, par exemple, la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris concluant à l'impossibilité de poursuivre le général Aussaresses pour crimes contre l'humanité commis au cours de la guerre d'Algérie. Elle est arrivée à cette décision parce que le Code pénal en vigueur à l'époque ne contenait pas de dispositions sanctionnant les crimes contre l'humanité, alors qu'ils étaient reconnus comme des crimes par le droit international coutumier à l'époque³⁵. « La coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'Humanité, les faits dénoncés par la partie civile »³⁶.

20. La Cour suprême des Pays-Bas a, dans l'affaire *Bouterse*³⁷, pareillement écarté l'application directe du droit international coutumier pour justifier des poursuites pénales internationales devant les juridictions nationales. Elle a jugé dans son arrêt que l'applicabilité directe ferait planer une menace sur le principe de légalité³⁸. Dans l'avis consultatif qu'il a donné à la Cour d'appel d'Amsterdam, le Professeur John Dugard, expert désigné par la cour, déclare aussi que le droit néerlandais [traduction] « semble exiger une loi nationale qui transpose les obligations de droit international dans le droit interne en ce qui concerne la

Determination of Customary International Law in European Courts (France, Germany, Italy, The Netherlands, Spain, Switzerland), 4 NON STATE ACTORS AND INT'L L. 3, 6 (2004) (Non souligné dans l'original).

³² Voir par exemple, *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009, D97/13, ERN : 00411047-00411056, para. 22. Les co-juges d'instruction notent que le Code pénal de 1956 s'inspire du droit français.

³³ C'est un trait commun à de nombreux systèmes de droit. [Traduction] « Beaucoup d'ordres juridiques nationaux n'acceptent pas la coutume en tant que source de droit pénal, parce qu'elle ne remplit pas les conditions de précision et de prévisibilité, qui sont essentielles pour le principe de légalité et l'efficacité de la fonction préventive du droit pénal. » Héctor Olásolo, *A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law*, 18 CRIM. L. F. 301, 316-17 (2007).

³⁴ Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 juin 2003, *Bull. crim.* 2003 n° 122, p. 465.

³⁵ Voir Juliette Lelieur-Fischer, *Prosecuting the Crimes against Humanity Committed during the Algerian War : an Impossible Endeavour ?*, 2 J. INT'L CRIM. JUST. 231 (2004).

³⁶ *Id.*, page 236, citant l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2003.

³⁷ *In re Bouterse*, HR, 18 septembre 2001, NJ 559.

³⁸ FERDINANDUSSE, PAGE 69.

criminalisation des actes humains »³⁹. Des juridictions en Allemagne⁴⁰, en Suisse⁴¹ et dans d'autres États sont arrivées aux mêmes conclusions⁴².

21. Une analyse détaillée de l'application du droit international coutumier en général au Cambodge et dans d'autres pays⁴³ montre que les co-juges d'instruction ne sont pas autorisés et encore moins chargés d'appliquer directement le droit international coutumier en l'absence de texte d'application. Le droit international coutumier ne peut être appliqué directement au Cambodge que si une loi cambodgienne lui donne explicitement effet.

D. Le fait que les crimes contre l'humanité ont désormais valeur de *jus cogens* ne change rien à leur applicabilité par les CETC

22. Les normes du *jus cogens* ont été définies comme des « règles du droit coutumier qui ne peuvent pas être écartées par un traité ou par assentiment, mais uniquement par une règle coutumière ultérieure qui les contredit »⁴⁴. Dire que les crimes contre l'humanité font partie intégrante du *jus cogens* signifie que les États ont l'obligation de ne pas participer aux crimes contre l'humanité. Il n'y a pas de norme impérative correspondante qui imposerait aux États de punir les crimes contre l'humanité. [Traduction] « Nul doute que la communauté internationale a accepté que l'interdiction des crimes contre l'humanité a valeur de *jus cogens*, mais cela ne signifie pas qu'il en aille de même de l'obligation connexe de poursuivre leur auteur. En fait, tout prouve le contraire »⁴⁵. Les États ne peuvent pas invoquer la valeur *jus cogens* d'un crime pour se déclarer compétents *ratione materiae* si leur système juridique ne le prévoit pas. C'est le cas du système juridique cambodgien, comme il a été expliqué plus haut.

³⁹ *In re Bouterse*, Cour d'appel d'Amsterdam, LJN : AA8427, 7 juillet 2000, par. 8.2.2, citant BERT SWART & ANDRE KLIP (ÉDS), INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN THE NETHERLANDS 27-38 (1997).

⁴⁰ Le principe de légalité dans le droit allemand exclut apparemment totalement l'application directe générale des crimes internationaux, qu'ils soient incriminés par la coutume ou les conventions. FERDINANDUSSE, page 40.

⁴¹ La cour d'appel militaire suisse a jugé en 2000 que la coutume incriminant le génocide ne pouvait pas être appliquée en l'absence d'un texte d'application au moment des faits. *Id.*, pages 40 et 41.

⁴² Voir Kreicker, page 320.

⁴³ Voir un condensé du commentaire concernant l'application du droit international coutumier par les juridictions nationales, dans l'annexe B du *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Observations supplémentaires de Ieng Sary sur l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune aux CETC, 24 novembre 2008.

⁴⁴ IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 510 (Oxford University Press, 7^e édition, 2008).

⁴⁵ Michael Scharf, *From the Exile Files : an Essay on Trading Justice for Peace*, 63 WASH. & LEE L. REV. 339, 364-367 (2006). Voir également Christine A. E. Bakker, *A Full Stop to Amnesty in Argentina*, 3 J. INT'L CRIM. JUST. 1106, 1114 (2005). [Traduction] « La nature péremptoire de l'obligation de poursuivre les auteurs de tous les crimes contre l'humanité n'est généralement pas acceptée dans la littérature juridique. Un facteur d'explication important est l'insuffisance déclarée de la pratique étatique qui viendrait conforter cette norme péremptoire ».

23. Même si l'on admet que chaque État a l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité sur la base du droit international coutumier, cette obligation n'incombe pas aux Chambres extraordinaires, mais à l'État cambodgien. Dans les sociétés démocratiques, [traduction] « les infractions sont clairement établies par le pouvoir exécutif. Le pouvoir judiciaire ne peut pas décider lui-même de l'existence d'une infraction qui n'est pas reconnue comme telle par une loi promulguée par le pouvoir exécutif »⁴⁶. Dès lors, toute obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité que le droit international coutumier imposerait incomberait au Cambodge en tant qu'État et non aux CETC.

IV. CONCLUSION ET MESURE DEMANDEE

24. La défense excipe de l'incompétence des CETC pour juger M. IENG Sary pour crimes contre l'humanité. L'application des crimes contre l'humanité par les CETC violerait le principe de légalité, parce que : 1) la loi relative aux CETC et l'Accord ne peuvent pas créer une nouvelle loi qui s'appliquerait rétroactivement. Dès lors, la mention des crimes contre l'humanité dans ces deux instruments ne peut pas permettre leur application par les CETC ; 2) le Code pénal de 1956 ne fait pas mention de crimes contre l'humanité. Celui-ci dit explicitement que ne peuvent être punis que les crimes répertoriés dans le Code ; 3) les crimes contre l'humanité sont un concept du droit international coutumier et les juridictions cambodgiennes ne peuvent pas appliquer directement le droit international coutumier ; 4) le fait que les crimes contre l'humanité aient désormais valeur de *jus cogens* ne change en rien leur applicabilité par les CETC.

PAR CES MOTIFS, la Défense demande respectueusement aux co-juges d'instruction de REJETER l'applicabilité des crimes contre l'humanité par les CETC.

Co-avocats de M. IENG Sary

Me ANG Udom

Me Michael G. KARNAVAS

Fait à Phnom Penh, Royaume du Cambodge, le 13 avril 2010

⁴⁶ Ilias Bantekas, *Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law*, 6 INT'L CRIM. L. REV. 121, 125 (2006).