

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

DEVANT LE BUREAU DES CO-JUGES D'INSTRUCTION

INFORMATIONS RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n°: 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

Partie déposante : La Défense de IENG Sary

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

Langue : français, original en anglais

Date du document : 23 juin 2010

INFORMATIONS RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

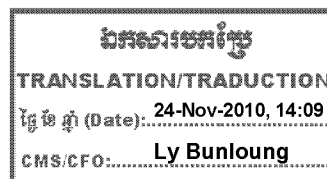
Classement retenu par le Bureau des co-juges d'instruction ou par la Chambre :

Statut du classement retenu :

Révision du classement provisoire :

**Nom du fonctionnaire chargé des
dossiers :**

Signature :



**REQUÊTE SUBSIDIAIRE DE IENG SARY SUR LES LIMITES DE
L'APPLICABILITÉ DE LA QUALIFICATION DE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ
AUX CETC**

Déposé par :

Les co-avocats :

Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS

Destinataires :

Les co-juges d'instruction :

M. le juge YOU Bunleng
M. le juge 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 excipe par la présente, en vertu de la règle 74 3) a) du Règlement intérieur des CETC de l'incompétence de celles-ci, en raison des limites de l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité au cas où les co-juges d'instruction viendraient à conclure qu'ils peuvent en connaître¹. Cette exception d'incompétence s'impose parce que les définitions des crimes contre l'humanité qu'en donnent la Loi relative à la création des CETC et l'Accord s'écartent à plus d'un titre de celle que donnait le droit international coutumier entre 1975 et 1979². Les CETC sont tenues d'appliquer le droit qui était en vigueur à cette époque.

I. DROIT APPLICABLE

A. EXTRAITS DE LA CONSTITUTION DU CAMBODGE, DE L'ACCORD ET DE LA LOI RELATIVE À LA CRÉATION DES CETC

1. L'article 5 de la Loi relative à la création des CETC est libellé comme suit en sa partie pertinente:

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 [...]

2. L'article 9 de l'Accord dispose en sa partie pertinente que « [l]es Chambres extraordinaires sont compétentes *ratione materiae* pour connaître des crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 »³.

¹ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Motion Against the Application of Crimes Against Humanity at the ECCC*, doc. n° D378, ERN: 00498540-00498552 (en anglais) (« Première requête relative aux crimes contre l'humanité »).

² Vu la récente décision rendue par la Chambre préliminaire sur l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, où la Chambre préliminaire a déclaré que les CETC pouvaient appliquer des formes de responsabilité reconnues par le droit international coutumier au moment des faits, la Défense fait observer en passant qu'elle ne revient pas sur ce qu'elle ne cesse d'affirmer concernant le statut de juridiction interne qu'ont les CETC et l'impossibilité où elles sont d'appliquer le droit international coutumier. Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 35), *Décision relative aux appels interjetés contre l'Ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune*, 20 mai 2010 (« Décision relative à l'entreprise criminelle commune »), doc. n° D97/14/15, ERN 00535249-00535323, par. 48 ; voir aussi *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 60), *IENG Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on IENG Sary's Motion Against the Application of Command Responsibility at the ECCC*, 13 avril 2010, doc. n° D345/5/1, ERN: 00491231-00491261 (en anglais), par. 29; *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 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, doc. n° D97/14/5, ERN: 00429213-00429253 (en anglais), par. 7 à 31.

³ Mais voir aussi le Statut de la Cour pénale internationale (« Statut de la CPI »), article 10 : « Aucune disposition du présent chapitre [Compétence, recevabilité et droit applicable] ne doit être interprétée comme

3. L'article 38 de la Constitution cambodgienne dispose en sa partie pertinente que « [l]e bénéfice du doute profite à l'accusé ».

4. L'article 31 de la Constitution cambodgienne dispose en sa partie pertinente :

« 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 [...] »

B. HIÉRARCHIE ET INTERACTION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES APPLICABLES

5. Les CETC sont un tribunal cambodgien⁴. Par conséquent, en cas de conflit, la Constitution cambodgienne prime sur l'Accord et sur la Loi relative à la création des CETC (ensemble, les « Textes fondateurs »). Les garanties énumérées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme cités à l'article 31 de la Constitution cambodgienne priment donc sur toute disposition contraire figurant dans les Textes fondateurs⁵. Parmi ces garanties figurent les principes *nullum crimen sine lege*⁶, *lex mitior*⁷ et *in dubio pro reo*⁸. Par conséquent les CETC doivent s'en tenir à la définition que le droit international coutumier donnait des crimes contre l'humanité entre 1975 et 1979, à moins que la définition de ce crime ne soit devenue plus favorable aux personnes mises en examen/accusés, ou qu'il y ait doute. Comme l'a déjà expliqué la Défense⁹ – les co-juges d'instruction ne se sont pas encore prononcé sur ce point¹⁰ –,

limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut ».

⁴ Voir par exemple, Dossier *Kaing Guek Eav alias « Duch »*, 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP01), Décision sur l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav *alias « Duch »*, doc. n° C5/45, 3 décembre 2007, ERN: 00154341-00154360, par. 19.

⁵ Il est à noter également que les garanties énumérées aux articles 14 and 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, ratification et l'adhésion par la résolution 2200A (XXI) de l'Assemblée générale du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 (« PIDCP »), concernant la compétence des CETC, sont également directement incorporés dans les Textes fondateurs. Voir la Loi relative à la création des CETC, art. 33 nouveau, et Accord, art. 12 2).

⁶ Voir Déclaration universelle des droits de l'homme, résolution 217A (III) de l'Assemblée générale, Documents officiels de l'Assemblée générale, 3^{ème} session, p. 71, document de l'ONU n° A/810 (1948), article 11 1) ; PIDCP, art. 15 1), où il est notamment dit ceci : « 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 ».

⁷ Voir PIDCP, art.15. En vertu du principe de la *lex mitior*, lorsqu'une loi qui lie la juridiction est remplacée par une autre plus favorable qui doit également être respectée par cette juridiction, c'est la loi la plus douce qui s'applique. Voir aussi *Le Procureur c/ Miroslav Deronjić*, IT-02-61-A, Arrêt, 20 juillet 2005, par. 97.

⁸ Voir Constitution cambodgienne, art. 38. Voir aussi par. 3 *supra*. Au TPIY, le principe *in dubio pro reo* est accepté comme corollaire de la présomption d'innocence et de la charge de la preuve au-delà de tout doute raisonnable (*Le Procureur c/ Zejnil Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, par. 601). Il a été reconnu à propos des conclusions nécessaires pour qu'un accusé soit déclaré coupable comme celles concernant les éléments constitutifs de l'infraction reprochée (*Le Procureur c/ Ftamir Limaj et consorts.*, IT-33-66-A, Arrêt, 27 septembre 2007, par. 21).

⁹ Voir Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Response to the Co-Lawyers of Civil Parties' Investigative Request Concerning the Crime of Enforced Disappearance & Request for Extension of*

la Loi relative à la création des CETC prime en cas de conflit entre les Textes fondateurs.

6. Les co-juges d'instruction ont pris « bonne note » de la définition du crime contre l'humanité retenue à l'article 7 du Statut de la CPI¹¹ en plein accord avec l'article 9 de l'Accord qui donnerait compétence en matière de crimes contre l'humanité pris au sens du Statut de la CPI¹². Bien que les juges d'instruction n'aient pas exposé leurs motifs à ce stade, on peut supposer qu'ils ont pris « bonne note » parce que l'article 9 de l'Accord doit, soit ne pas contredire, premièrement la Constitution cambodgienne y compris les instruments relatifs aux droits de l'homme qui y sont inclus et deuxièmement la Loi relative à la création des CETC¹³ soit y être subordonné..

II. ARGUMENTATION

A. La personne mise en examen/l'accusé doit avoir connaissance de l'attaque

7. Dans le dossier 001, les co-juges d'instruction ont considéré que « la connaissance de l'attaque » était un élément constitutif des crimes contre l'humanité¹⁴. Bien qu'ils n'aient pas exposé les motifs de leur décision, on peut supposer que les co-juges d'instruction ont tiré cet élément du Statut de la CPI (conformément à l'article 9 de l'Accord)¹⁵. La définition donnée dans la Loi relative à la création des CETC (qui ne suit pas de ce point de vue la formulation du Statut de la CPI) semble fondée sur le Statut du TPIR¹⁶. Il ressort toutefois clairement de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* dit que « la connaissance de l'attaque » est un élément constitutif des crimes contre l'humanité¹⁷. Pour ce qui est de cet élément, les co-juges d'instruction doivent suivre

Page Limitation, 6 août 2009, doc. n° D180/4, ERN: 00373977-00373994 (en anglais) (« Réponse relative aux disparitions forcées »), par. 16 à 20.

¹⁰ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'actes d'instruction présentée par les parties civiles concernant les crimes de disparition forcée (« Ordonnance relative aux disparitions forcées »), 22 décembre 2009, doc. n° D180/6, ERN: 00455196-00455201.

¹¹ *Ibidem.*, par. 8.

¹² Voir par. 2 *supra*.

¹³ Voir Réponse relative aux disparitions forcées, par. 16 à 20 (en anglais).

¹⁴ *Dossier Kaing Guek Eav « Duch »*, 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance de renvoi Kaing Guek Eav *alias* « Duch », 8 août 2008, par. 133: [...] « En conséquence, les crimes suivants, prévus à l'article 5 de la Loi relative aux CETC et qualifiés ci-dessous s'agissant de S-21, ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique à S-21 dirigée en connaissance de cause contre une population civile pour des motifs politiques et sont constitutifs de crimes contre l'humanité au sens du droit international coutumier en vigueur en 1975 ». (non souligné dans l'original).

¹⁵ Statut de la CPI, art. 7; Voir aussi *Le Procureur c/ Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Décision sur la confirmation des charges, 30 septembre 2008 (« Décision *Katanga* »), par. 401; Voir par. 5 et 6 *supra*.

¹⁶ Voir Statut du TPIR, art. 3.

¹⁷ *Le Procureur c/ Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Jugement, 7 juillet 2006, par. 86: « [S']agissant de crimes contre l'humanité l'accusé doit avoir agi en connaissant le contexte dans lequel se situait l'attaque et en sachant

cette interprétation dans le dossier 001 en intégrant cette condition dans l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC.

B. Les actes sous-jacents supposent un lien avec un conflit armé international

8. L'article 31 de la Constitution cambodgienne exige l'application du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*).¹⁸. Par conséquent il ne peut y avoir aux CETC de crimes contre l'humanité sans un lien entre les actes sous-jacents et un conflit armé international. La pratique des États et l'*opinio juris* montrent qu'un lien entre les actes sous-jacents et un conflit armé international était entre 1975 et 1979 nécessaire en droit international pour qu'il y ait crimes contre l'humanité¹⁹. Les crimes contre l'humanité ont pour fondement le droit de la guerre²⁰. L'article 6 c) du Statut du tribunal militaire international de Nuremberg (le « Statut du tribunal de Nuremberg ») (modifié par le protocole du 6 octobre)²¹ a établi que les crimes contre l'humanité ne pouvaient exister qu'en relation avec des crimes de guerre ou avec des crimes contre la paix²². C'est cette

que son acte entrainait dans le cadre de l'attaque que son acte faisait partie d'une attaque généralisée et systématique contre une population civile ». Voir aussi *Le Procureur c/ Dario Kordić & Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Arrêt, 17 décembre 2004 (« Arrêt Kordić & Čerkez »), par. 99; *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004 (« Arrêt Blaškić »), par. 124; *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac et consorts*, IT-96-23&23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, par. 99; *Le Procureur c/ Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999 (« Arrêt Tadić »), par. 271; *Le Procureur c/ Vidoje Blagojević & Dragan Jokić*, IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005 (« Jugement Blagojević »), par. 548; *Le Procureur c/ Radoslave Brđanin*, IT-99-36-T, Jugement, 1^{er} septembre 2004 (« Jugement Brđanin »), par. 138; *Le Procureur c/ Zoran Kupreškić et consorts*, IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000 (« Jugement Kupreškić »), par. 556; *Le Procureur c/ Fatmir Limaj et consorts*, IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005 (« Jugement Limaj »), par. 188. Au Tribunal spécial pour la Sierra Leone, il semble que le critère utilisé soit « *knew or had reason to know* » (« savait ou avait des raisons de savoir »). Voir *Prosecutor v. Fofana & Kondewa*, SCSL-04-14-T, *Judgement*, 2 août 2007, par. 121. Voir aussi *Prosecutor v. Sesay et al.*, SCSL-04-15-T, *Judgement*, 2 mars 2009 (« Jugement RUF ») par. 90.

¹⁸ Voir par. 5 et 6 *supra*.

¹⁹ Actuellement le droit international coutumier n'exige plus de lien entre les actes sous-jacents et les crimes contre l'humanité et un conflit armé. Voir *Le Procureur c/ Duško Tadić*, IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel du TPIY, 2 octobre 1995 (« Arrêt Tadić concernant l'exception préjudicielle d'incompétence »), par. 41; *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, IT-95-14, Jugement, 3 mars 2000 (« Jugement Blaškić »), par. 71.

²⁰ Voir, par exemple, M. CHERIF BASSIOUNI, *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 77 (Kluwer 1999) (« BASSIOUNI »): « La conclusion est claire : les « crimes contre l'humanité » sont similaires aux crimes de guerre dont ils sont un prolongement, et ils sont fondés sur les mêmes principes moraux et juridiques qui existent depuis longtemps et qui sont à la base des principes, normes et règles qui sont à la base de l'humanisation et du droit des conflits armés » [traduction non officielle]. Voir aussi Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity* 23 BYBIL 178, 206 (1946) (« Schwelb »): les crimes contre l'humanité tels qu'ils sont interprétés dans le Jugement du tribunal de Nuremberg « accompagnent les crimes contre la paix ou les violations des lois et coutumes de la guerre » [traduction non officielle].

²¹ *Nuremberg Trial Proceedings Volume I: Protocol Rectifying Discrepancy in the Charter (Oct. 6th 1945)* (« October 6th Protocol »), available at <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtprot.asp>.

²² Voir Leslie C. Green, *International Regulations of Armed Conflicts*, in *1 INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, CRIMES* 355, 369 (M. Cherif Bassiouni ed., 2d ed. 1999), cité dans Stuart Ford, *Crimes Against Humanity at The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Is a Connection with Armed Conflict Required?*, 24 UCLA PAC. BASIN L.J. 125 (« Ford »), n.70 (2006-2007).

interprétation qui est retenue dans le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg (le « Jugement de Nuremberg ») et les Principes de Nuremberg²³²⁴.

9. Les débats qui ont eu lieu à la Commission du droit international (la « CDI ») à la fin des années 40 et au début des années 50 concernant le *développement progressif du droit international*²⁵ montrent qu'il fallait à l'époque un lien entre les actes sous-jacents et un conflit international armé pour qu'il y ait crimes contre l'humanité²⁶. Il ne semble guère qu'entre 1950 et 1979, il ait existé une pratique générale des États et une *opinio juris* montrant que ce lien n'était plus nécessaire²⁷ et des oppositions à sa suppression se sont encore manifestées lors de la négociation en 1998 du Statut de Rome²⁸.

²³ Principes du droit international reconnus dans le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le Jugement du Tribunal, document de l'ONU n° A/1316 (1950) (« Principes de Nuremberg », *Principe VI c*); voir aussi Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg, résolution 951) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 11 décembre 1946, Documents officiels de l'Assemblée générale, première session, 55^{ème} assemblée plénière, document de l'ONU n° A/64/Add.1 (1946) p. 188.

²⁴ *Judgment of the IMT, for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, London H.S.S.O. Miscellaneous No.12 (1946), at 254.* Bien qu'on ait supprimé dans l'article II de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle l'exigence d'un conflit armé., 1) le lien établi par l'article I de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, avec le Statut du tribunal de Nuremberg a rendu sans effet cette suppression, les juges ayant exigé à maintes reprises un lien entre la guerre et les actes des accusés, et 2) les juridictions alliées et allemandes qui ont appliqué ces règles de droit étaient des juridictions « locales » qui appliquaient principalement le droit interne (national), y compris, bien sûr les dispositions adoptées par les puissances occupantes » [traduction non officielle]. Schwelb, p. 218 et 219 (en anglais).

²⁵ Voir Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, rapport de J. Spiropoulos, Rapporteur spécial, 26 avril 1950 (« Projet de code »), à 2 Y.B. INT'L COMM'N 253, 255 par. 2 (1950) (notant que le rapporteur ne codifiait pas le droit international existant mais qu'il se livrait à une tâche de « nature plus spéculative » [traduction non officielle]; Voir aussi *ibidem* p. 257, par. 20 (notant que la CDI avait débattu de la question et conclu que le Projet de code représentait le « développement progressif du droit international »); Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 61. Il est avancé que peu importe que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (« Convention sur le génocide ») n'exige pas de lien (résolution 260(III) de l'Assemblée générale (9 décembre 1948)). Voir Guénaél Mettraux, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, 43 HARV. INT'L L.J. 237, 302-306, (2002). Il est dit dans le Projet de code que le fait que l'absence, dans la Convention sur le génocide, de toute exigence d'un lien apparaît comme un trait caractéristique de ce crime, c-à-d des crimes contre l'humanité. Voir Projet de code, p. 263, par. 65. Voir aussi Ford, p. 152 et 153.

²⁶ Voir résumé de la 48^{ème} session de la CDI, 16 juin 1950, p. 364, 377 (en anglais) à : http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf.

²⁷ Voir Ford, p. 159 à 167 qui note que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968 a) est fondamentalement un document politique qui a obtenu le soutien de moins de la moitié des États membres de l'ONU (p. 161 et 162), b) donne « l'impression générale » qu'un lien avec un conflit armé est nécessaire à moins qu'aient été commis des crimes spécifiques, comme l'apartheid et le génocide, qui n'étaient explicitement pas liés à un conflit armé (p. 160), et c) montre qu'il n'existait pas de pratique générale des États à cette époque (p. 167, 183). La Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, de 1974, et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (qui est entrée en vigueur le 18 juillet 1976) n'accréditent guère l'idée que ce lien n'était plus nécessaire entre 1975 et 1979 (p. 167, 168). Mais voir *Attorney-General v. Eichmann* 36 I.L.R. 5 (JM 1961) 277-78 (S. Ct. 1962) (Isr), aff'd, 36 ILR; *Barbie* (French Court of Cassation (Criminal Chamber), 23 June 1988, reprinted in 100 I.L.R. 331, 336 (1995)); and *Touvier* (French Court of Appeal of Paris (First Chamber of Accusation, 13 April 1992, reprinted in 100 I.L.R. 361-63 (1981)) (in which the nexus arguably was not required in relation to crimes against humanity committed in World War II). Il est avancé que ces décisions nationales ne peuvent être considérées comme déclaratives du droit international coutumier à l'époque des faits.

C. L'attaque doit comporter la commission multiple d'actes commis en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation

10. Le Statut de la CPI exige une « attaque » qui implique une multiplicité d'actes commis « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation »²⁹. L'Accord renvoie à la définition des crimes contre l'humanité donnée dans le Statut de la CPI. La Loi relative à la création des CETC ne formule pas pareille exigence mais elle ne l'exclut pas non plus. La Constitution cambodgienne exige que toute ambiguïté dans l'interprétation des Textes fondateurs joue en faveur de l'accusé³⁰. L'existence d'une politique qui sous-tend les crimes contre l'humanité était aussi une condition nécessaire en droit international coutumier entre 1975 et 1979³¹. Les CETC doivent donc tenir compte de cette condition pour ne pas violer la Constitution cambodgienne en contrevenant aux principes *in dubio pro reo* et *nullum crimen sine lege*³².

D. L'attaque doit avoir été lancée pour des motifs discriminatoires

11. La Loi relative à la création des CETC exige expressément que les crimes contre l'humanité impliquent une attaque dirigée contre toute population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux. Il faut tenir compte de la limite ainsi introduite parce que 1) selon la Constitution cambodgienne, si la Loi relative à la création des CETC (qui est postérieure à l'Accord) est plus favorable à l'accusé, c'est elle qui doit s'appliquer en vertu du principe qui veut que ce soit la loi la plus douce qui

C'était au contraire la définition des crimes contre l'humanité donnée dans le Jugement de Nuremberg qui fait autorité. Voir Ford, p. 148.

²⁸ Ford, notes 283 à 287; voir aussi *Final Report of the Preparatory Committee*, 14 avril 1998, Doc. ONU A/CONF.183/2/Add.1, Part I, art. 5, p. 26, cité par BASSIOUNI p. 199.

²⁹ Statut de la CPI, art. 7 2) a). Voir aussi *Katanga* (« Décision Katanga », par. 396. Sur l'application du Statut de la CPI, Voir par. 5 et 6 *supra*).

³⁰ Constitution cambodgienne, art. 38; Voir par. 5 et 6 *supra*.

³¹ Voir Jugement de Nuremberg, par. 254, mentionnant la « politique de terreur » et la « politique de persécution, répression et meurtre de civils » [traduction non officielle]. Voir aussi *Final Report of the Commission of Experts, Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, S/1994/674, 27 May 1994, cité dans M. CHERIF BASSIOUNI & PETER MANIKAS, *THE LAW OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA* (« BASSIOUNI & MANIKAS ») P.543 (Transnational Publishers 1996); *Public Le Procureur c/ Menten, The Netherlands, District Court of Amsterdam, Extraordinary Penal Chamber*, réédité en 75 I.L.R. p. 362-63 (1981); « Le concept de « crimes contre l'humanité » exige aussi que les crimes en question fassent partie d'un système fondé sur la terreur ou constitue un lien dans une politique consciemment dirigée contre des groupes particuliers de personnes »; Voir aussi BASSIOUNI, p. 243 à 265, 277, 558. « Les actes ou la politique des États est la caractéristique essentielle des « crimes contre l'humanité »; BASSIOUNI & MANIKAS p. 548 (l'inclusion de la persécution en tant que crime contre l'humanité énuméré à part dans le Statut du TPIY « implique la suppression de la prescription de l'article 6 c) du Statut du tribunal de Nuremberg selon laquelle ces persécutions constituent une politique de persécution ». Mais voir, Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 98; Arrêt *Blaškić*, par. 120; Jugement *Blagojević*, par. 576; Jugement *Brđanin*, par. 137; Jugement *Limaj*, par. 212, 184 (sur la position du droit international coutumier d'aujourd'hui).

³² Voir par. 5 et 6 *supra*.

s'applique.³³ 2) selon la Constitution cambodgienne, tout doute dans l'interprétation des Textes fondateurs doit profiter à l'accusé³⁴, 3) la règle générale est que la Loi relative à la création des CETC prime sur l'Accord (sauf disposition contraire de la Constitution cambodgienne, qui prime sur les deux Textes fondateurs)³⁵, et 4) le droit international coutumier exigeait bien entre 1975 et 1979 une intention discriminatoire³⁶. Il s'ensuit qu'il faut rapporter la preuve d'une attaque discriminatoire pour établir l'existence de crimes contre l'humanité devant les CETC³⁷.

E. Seuls les actes sous-jacents qui étaient clairement définis comme crimes contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979 peuvent constituer des violations de l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC

12. Le droit interne cambodgien ignorait les crimes contre l'humanité entre 1975 et 1979³⁸. Si les co-juges d'instruction estiment qu'ils peuvent en connaître, les règles de droit applicables ne doivent pas contredire le droit international coutumier tel qu'il existait entre 1975 et 1979³⁹. Par conséquent, les définitions des actes sous-jacents applicables aux CETC doivent aussi respecter le droit international coutumier tel qu'il existait à cette époque. De plus, toutes les infractions énumérées à l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC⁴⁰ et à l'article 7 du Statut de la CPI⁴¹, ou celles qui sont présentées par ailleurs comme des crimes contre l'humanité⁴² n'entrent pas dans le cadre de la définition des crimes contre l'humanité que le droit international coutumier donnait

³³ Voir Constitution cambodgienne, art. 31; PIDCP, art. 15. Voir aussi par. 4 à 6 *supra*.

³⁴ Constitution cambodgienne, art. 38; Voir aussi par. 3, 5 et 6 *supra*.

³⁵ Voir par. 5 et 6 *supra*.

³⁶ Il est avancé que l'*opinio juris* exigeait encore en 1993 que les crimes contre l'humanité soient commis « pour des motifs d'ordre national, politique, ethnique, racial ou religieux ». Voir *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993) and Annex thereto*, Doc. ONU S/25704, par. 48; Voir aussi *Provisional Verbatim Record of the 3217th Meeting*, Doc. ONU S/PV.3217 (25 mai 1993) p. 11 (en anglais) (déclaration de la France, donnant la liste des motifs nationaux, ethniques, raciaux et religieux), p. 16 (en anglais) (déclaration des Etats-Unis d'Amérique, donnant la liste des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux, de genre et religieux) et p. 45 (déclaration de la Fédération de Russie donnant la liste des motifs nationaux, politiques, ethniques, religieux ou autres). Voir aussi WILLIAM SCHABAS, *THE UN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS: THE FORMER YUGOSLAVIA, RWANDA AND SIERRA LEONE 196-198* (Cambridge 2006); BASSIOUNI & MANIKAS, p. 543 (en anglais).

³⁷ On peut, pour interpréter la Loi relative à la création des CETC au sujet de la discrimination exigée, s'inspirer de la jurisprudence du TPIR. L'article 3 du Statut du TPIR, comme l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC, limite la compétence en matière de crimes contre l'humanité aux actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile pour des motifs discriminatoires. Voir *Le Procureur c/ Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt, 1^{er} juin 2001, par. 467 et 468.

³⁸ Les crimes contre l'humanité ne sont pas mentionnés en tant que catégorie distincte dans le Code pénal de 1956. Voir la Première requête relative aux crimes contre l'humanité.

³⁹ Voir par. 5 *supra*. Voir aussi la Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 48.

⁴⁰ Par exemple le viol et l'emprisonnement.

⁴¹ Par exemple, le déplacement forcé et les disparitions forcées.

⁴² Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'actes d'instruction sur les mariages forcés et les relations sexuelles forcées, 18 décembre 2009, doc. n° D268/2, ERN: 00464089-00464095.

entre 1975 et 1979. Ces infractions doivent être exclues du domaine de compétence des CETC pour ce qui est des crimes contre l'humanité⁴³.

F. La catégorie « autres actes inhumains » ne s'applique pas aux CETC ou sinon, il faut dans un premier temps réserver cette qualification aux actes qui auraient été clairement identifiables comme tels entre 1975 et 1979 au vu des normes de droit pénal ; ce n'est qu'ensuite qu'on peut recourir au principe d'interprétation par analogie (ejusdem generis)

13. En tant que tribunal cambodgien reposant sur le système de droit romano-germanique, les CETC ne peuvent connaître que des crimes expressément prévus par la loi⁴⁴. La Chambre d'appel du TPIY a déclaré dans l'affaire *Kordić* qu'elle « consid(é)rait que [...] la diversité, potentiellement grande, de tels actes peut éveiller des inquiétudes quant à une possible violation du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) »⁴⁵. L'imprécision qui s'attache aux « autres actes inhumains » se traduit aussi par des variations dans le mode d'interprétation de ce concept au TPIY⁴⁶. En raison de cette incertitude, problème qui est particulièrement aigu dans les systèmes de droit romano-germanique comme celui du Cambodge, les « autres actes inhumains » en tant que catégorie violent la règle qui veut que les crimes soient explicitement reconnus comme tels et ils ne peuvent donc pas recevoir d'application aux CETC.

⁴³ Voir aussi la section F *infra*.

⁴⁴ L'article 6 du Code pénal de 1956 dispose que « Aucune infraction ne peut être réprimée par l'application de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi auparavant qu'elle fut commise ».

⁴⁵ Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 117. La Chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Stakić* a souligné que « la catégorie « autres actes inhumains » peut être considérée comme n'étant pas suffisamment claire et définie », c'est-à-dire qu'elle viole le principe de sécurité. [traduction non officielle]. Voir *Le Procureur c/ Stakić*, IT-97-24-T, *Decision Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal*, 31 octobre 2002, par. 131. Mais voir *Le Procureur c/ Milomir Stakić*, IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006 (« Arrêt *Stakić* »), par. 315. La Chambre d'appel a annulé la décision de la Chambre de première instance sur ce point et jugé que les « autres actes inhumains » font partie intégrante du droit international coutumier. Il est toutefois avancé que dans un système de droit romano-germanique comme celui des CETC, il fallait préférer les points de vue exprimés par la Chambre d'appel dans l'affaire *Kordić & Čerkez* et par la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Stakić* sont préférables.

⁴⁶ Essayant de cerner le concept d' « autres actes inhumains », la Chambre de première instance du TPIY a, dans l'affaire *Kupreškić*, trouvé que les normes internationales en matière de droits de l'homme comme « la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 » donnaient des paramètres plus précis de ce que seraient les « autres actes inhumains » (Jugement *Kupreškić*, par. 566). Cette approche a été critiquée par la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Stakić*: « La Chambre de première instance renvoie au rapport du Secrétaire général, selon lequel « l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international coutumier qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier. En conséquence, la Chambre de première instance hésite à utiliser systématiquement des textes relatifs aux droits de l'homme comme fondement d'une norme de droit pénal, du genre de celle énoncée à l'article 5 i) du Statut [...] Une norme de droit pénal doit fournir à une Chambre de première instance des critères permettant de juger du comportement criminel allégué aux fins d'application de l'article 5 i) du Statut, et ce afin que chacun sache quel comportement est punissable et quel autre ne l'est pas » (*Le Procureur c/ Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Jugement (« Jugement »), 31 juillet 2003, par. 721) ; voir aussi Jugement *Blagojević*, par. 625.

14. Si la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, seuls les actes « de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale » doivent en faire partie⁴⁷. Si les statuts des tribunaux *ad hoc* (comme, du reste, la Loi relative à la création des CETC), ne fixent pas explicitement une telle limite, leur jurisprudence fait apparaître pareille limite⁴⁸. La jurisprudence du TPIY permet de penser que le tribunal devrait d'abord appliquer les « normes de droit pénal » pour déterminer les caractéristiques des « autres actes inhumains »⁴⁹. Compte tenu de l'imprécision inhérente au concept, ce n'est qu'ensuite qu'il faudrait avoir recours à la règle d'interprétation par analogie (*ejusdem generis*)⁵⁰. La Défense estime que cette méthode d'interprétation est conforme au Statut de la CPI et par conséquent à l'Accord, et qu'il y a donc lieu de l'adopter aux CETC.

15. Si les crimes suivants sont considérés comme des crimes contre l'humanité aux CETC, ils doivent être qualifiés d' « autres actes inhumains » et si la qualification d' « autres actes inhumains » est applicable il y a lieu d'en limiter l'application de la manière indiquée ici.

i. Viol

16. Les viols constitutifs d'un *crime contre l'humanité énuméré* n'apparaissent pas a) dans la Charte du Tribunal de Nuremberg, b) dans la Charte du Tribunal militaire

⁴⁷ Statut de la CPI, art. 7 k).

⁴⁸ Voir *Arrêt Kordić & Čerkez*, par. 117 ; *Le Procureur c/ Mladen Naletilić & Vinko Martinović*, IT-98-34-T, Jugement, 31 mars 2003, par. 247 ; *Le Procureur c/ Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Jugement, 7 juin 2001, par. 91-92.

⁴⁹ *Jugement Stakić*, par. 721. Voir note 46 *supra*. Voir aussi *Le Procureur c/ Goran Jelisić* IT-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999, par. 52 : « Il convient de rappeler la position de la Chambre de première instance dans l'affaire *Čelebići* qui précisait que la notion de « traitement cruel » prévue à l'article 3 du Statut avait « la même signification [...] que le traitement inhumain en tant qu'infraction grave aux Conventions de Genève ». De la même façon, la Chambre estime que les notions de « traitement cruel » au sens de l'article 3 et de « traitement inhumain » prévu à l'article 5 du Statut ont la même signification juridique ». C'est particulièrement vrai si l'on considère qu'un lien avec un conflit armé était toujours nécessaire en droit international coutumier entre 1975 et 1979. En revanche aujourd'hui les crimes contre l'humanité « ne sont plus liés au droit de la guerre mais à la branche du droit relative aux droits de l'homme ». Kai Ambos & Steffen Wirth, *The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, 13 CRIM. L. F. 1, 24, (2002). Voir aussi *Jugement Blagojević*, par. 625.

⁵⁰ « *Ejusdem generis* » est défini dans le BLACK'S LAW DICTIONARY 535 (7th ed. 1999) comme « [a] canon of construction that when a general word or phrase follows a list of specific persons or things, the general word or phrase will be interpreted to include only persons or things of the same type as those listed » (une règle qui veut que lorsqu'un mot ou une phrase générique suit une liste de personnes ou de choses, il doit être interprété comme s'appliquant uniquement à des personnes ou à des choses du même type que celles qui ont été énumérées, [traduction libre]).

⁵¹ Voir *Jugement Kupreškić*, par. 564 et 566. Le professeur Bassiouni a également mis en garde contre le risque, inhérent à la *common law*, qu'il y a à interpréter par analogie l'expression « autres actes inhumains ». Il fait

international pour l'Extrême-Orient de 1946, c) dans les Principes de Nuremberg, d) dans le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, ou dans la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968⁵². S'ils sont exclus de ces instruments, c'est parce qu'ils n'étaient pas des crimes contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Ainsi donc, un viol ne peut enfreindre l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC que si a) la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, et si b) le viol constituait un « autre acte inhumain » entre 1975 et 1979. Il est toutefois entendu que la Défense pense que les « autres actes inhumains » en tant que catégorie sont inapplicables⁵³,

ii. Emprisonnement

17. Les emprisonnements constitutifs d'un *crime contre l'humanité énuméré* n'apparaissent pas a) dans la Charte du Tribunal de Nuremberg, b) dans la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de 1946, c) dans les Principes de Nuremberg, d) le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, ou e) dans la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968⁵⁴. S'ils sont exclus de ces instruments, c'est parce qu'ils n'étaient pas des crimes contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Ainsi donc un emprisonnement ne peut violer l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC que si a) la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, et si b) l'emprisonnement constituait un « autre acte inhumain » entre 1975 et 1979. Il est toutefois entendu que la Défense pense que les « autres actes inhumains » en tant que catégorie est inapplicable⁵⁵.

observer que cela peut fort bien être considéré comme contrevenant aux « principes de légalité » si l'interprétation par analogie n'est pas soigneusement circonscrite » BASSIOUNI, p. 330 (en anglais).

⁵² Il est avancé que peu importe que le viol figure en tant que crime contre l'humanité dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne (« Loi n° 10 du Conseil de contrôle »). Les juridictions alliées et allemandes qui ont appliqué cette loi étaient des « juridictions locales » appliquant principalement du droit national (interne), y compris bien sûr les dispositions adoptées par les puissances occupantes ». Schwelb, p. 218 et 219 (en anglais).

⁵³ Voir par. 13 *supra*.

⁵⁴ Il est avancé que peu importe que l'emprisonnement soit cité en tant que crime contre l'humanité dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. Voir note 52 *supra*.

⁵⁵ Voir par. 13 *supra*.

iii. Travail forcé

18. Aucun instrument international antérieur à 1975 ne fait état du travail forcé comme d'un crime contre l'humanité et il n'était pas incriminé entre 1975 et 1979⁵⁶. Il faut faire la distinction entre le travail forcé et la « réduction en esclavage ». La réduction en esclavage emporte l'idée d'un droit de propriété sur une personne contrairement au travail forcé⁵⁷. Ainsi donc le travail forcé ne peut violer l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC que si a) la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, et si b) le travail forcé constituait un « autre acte inhumain » entre 1975 et 1979. Il est toutefois entendu que la Défense pense que les « autres actes inhumains » en tant que catégorie est inapplicable⁵⁸.

iv. Torture

19. Les tortures constitutives d'un *crime contre l'humanité* n'apparaissent pas dans a) la Charte du Tribunal de Nuremberg, b) dans la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de 1946, c) dans les Principes de Nuremberg, d) le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, ou dans e) la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968⁵⁹. Si elles sont exclues de ces instruments, c'est parce qu'elles n'étaient pas érigées en crime contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Ainsi donc, un acte de torture ne peut violer l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC que si a) la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, et si b) la torture constituait un « autre acte inhumain » entre 1975 et 1979. Il est toutefois entendu que la Défense pense que les « autres actes inhumains » en tant que catégorie est inapplicable⁶⁰,

20. Pour ce qui est des éléments constitutifs de la torture, la Chambre préliminaire a cherché des indications dans la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée par la résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 (la « Déclaration sur la torture ») et dans la Convention contre la torture et autres peines

⁵⁶ Voir Schwelb, p. 192, qui fait observer que : « [il] n'est cependant pas interdit à une puissance belligérante d'envoyer ses propres ressortissants au travail forcé ; selon cette interprétation, seule la réduction en esclavage est un crime contre l'humanité » [traduction non officielle] ; Voir aussi Arrêt *Blaskić*, par. 597 (où il est dit que le travail forcé n'est pas toujours illégal).

⁵⁷ Voir, par exemple, le Statut de la CPI, article 7 2) c). Voir aussi la définition de la « réduction en esclavage » dans *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac et consorts*, IT-96-23 & 23/1, Jugement, 22 février 2001, par. 542 et 543.

⁵⁸ Voir par. 13 *supra*.

⁵⁹ Nous disons que le fait que la torture soit citée en tant que crime contre l'humanité dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle n'est pas important. Voir note 52 *supra*.

002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (la « Convention sur la torture ») pour évaluer la définition de la torture applicable⁶¹. Toutefois les résolutions de l'Assemblée générale ne peuvent transformer des concepts en droit international coutumier et elles n'ont pas valeur déclaratoire, elles n'ont donc pas force obligatoire⁶². En outre, la Déclaration sur la torture n'était pas déclarative du droit coutumier international⁶³. La définition de la torture qui est donnée dans la Convention sur la torture n'est pas non plus applicable. Entre 1975 et 1979, la Convention sur la torture n'existait pas⁶⁴. On contreviendrait au principe de légalité si l'on appliquait la définition de la torture qui y est donnée⁶⁵. Si la torture est applicable en tant que « autre acte inhumain », c'est dans les Commentaires des Conventions de Genève de 1949 qu'il faut rechercher des indications quant à la définition qu'il faut appliquer⁶⁶.

v. Mariage forcé

21. Comme la Défense l'a déjà expliqué⁶⁷ – mais les co-juges d'instruction n'en ont pas tenu compte⁶⁸ – le mariage forcé n'était pas un crime contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Il ne constituait pas non plus un « autre acte inhumain » à cette époque⁶⁹. Le mariage forcé n'a été reconnu en tant que crime contre l'humanité que par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (le « TSSL »)⁷⁰, qui est

⁶⁰ Voir par. 13 *supra*.

⁶¹ *Dossier Kaing Guek Eav alias « Duch »*, 001/18-07-2007-ECCC/PTC, Décision relative à l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'ordonnance de renvoi rendue dans le dossier Kaing Guek Eav alias « Duch », doc. n° D99/3/42, 5 décembre 2008, ERN 00270362-00270417, par. 63 à 67.

⁶² Voir Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, in INTERNATIONAL LAW 115, 124 (M. Evans, ed., Oxford University Press, 2006) (où il est dit que les résolutions de l'Assemblée générale ont été considérées comme une preuve de l'*opinio juris*, et non pas comme des actes de la pratique des États).

⁶³ Voir Hans Danelius, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UNITED NATIONS AUDIOVISUAL LIBRARY OF INTERNATIONAL LAW (Nations Unies), 2008, p. 1 « [L]a Déclaration contre la torture avait pour objectif d'être le fondement de travaux futurs contre la torture.[...]La définition de la torture qui est apparue dans la Déclaration contre la torture était considérée comme vague et a été critiquée sur plusieurs points ».

⁶⁴ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Alternative Motion on the Limits of the Applicability of Grave Breaches of the Geneva Conventions at the ECCC*, 1^{er} juin 2010, doc. n° D379/2, ERN: 00526277 – 00526292 (en anglais), par. 35.

⁶⁵ PIDCP, art. 15 1); Voir par. 5 et 6 *supra*.

⁶⁶ Voir Convention (IV) de Genève, art. 147 avec le commentaire. Voir aussi *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Alternative Motion on the Limits of the Applicability of Grave Breaches of the Geneva Conventions at the ECCC*, 1^{er} juin 2010, doc. n° D379/2, ERN: 00526277 – 00526292 (en anglais), par. 33 à 35.

⁶⁷ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Response to the Co-Lawyers of Civil Parties' Investigative Request Concerning Forced Marriage and Forced Sexual Relations*, 11 août 2009, doc. n° D188/3, ERN: 00362834-00362848 (en anglais) (« Réponse aux Mariages forcés »).

⁶⁸ Voir *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'actes d'instruction sur les mariages forcés et les relations sexuelles forcées, 18 décembre 2009, doc. n° D268/2, ERN 00464089-00464095.

⁶⁹ Voir Réponse aux Mariages forcés, par. 10 et 11.

⁷⁰ Voir *Le Procureur c/ Brima et al.*, SCSL-2004-16-A, Arrêt (« Arrêt relatif à l'AFRC »), 22 février 2008, par. 175 à 202; Jugement *RUF*, par. 164; Voir aussi Neha Jain, *Forced Marriage as a Crime against Humanity*:

compétent pour juger « les crimes commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996 »⁷¹. Dès lors, l'idée émise par ce tribunal que le mariage forcé est un crime contre l'humanité en droit international coutumier ne vaut que pour les crimes commis après cette date. Il est intéressant de noter que le TSSL n'a cité, ni invoqué, aucune convention internationale interdisant le mariage forcé ni aucune décision nationale de justice mettant en cause la responsabilité pénale de qui que ce soit pour des mariages forcés. C'est simplement parce que dans de nombreux pays, même s'il heurte les valeurs occidentales, le mariage forcé ou arrangé est un fait de société accepté⁷². Il n'était certainement pas été érigé en crime en droit international coutumier entre 1975 et 1979.

vi. Disparitions forcées

22. Comme l'a déjà expliqué la Défense⁷³ – mais les co-juges d'instruction n'en ont pas tenu compte⁷⁴ – les disparitions forcées ne constituaient pas un crime contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Elles ne constituaient pas non plus un « autre acte inhumain » à cette époque⁷⁵. Aucun instrument international antérieur à 1975 ne fait état des disparitions forcées comme d'un crime contre l'humanité⁷⁶. Ce n'est qu'en 1992 que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées⁷⁷. Pour autant, cette déclaration n'a pas force obligatoire. Le premier instrument juridiquement

Problems of Definition and Prosecution, 6(5) J. INT'L CRIM. JUST. 1013, 1014 (2008); Michael Scharf & Suzanne Mattler, *Forced Marriage: Exploring the Viability of The Special Court for Sierra Leone's New Crimes Against Humanity*, Case Research Paper Series in Legal Studies, Working Paper 05-35, octobre 2005, p. 2; Amy Palmer, *An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of "Forced Marriage"*, 7 NW. U. J. INT'L HUM. RTS. 128, 137 (2009).

⁷¹ Statut du TSSL, article 1.

⁷² Voir par exemple, *ELC Research Unit, Are forced or arranged marriages a violation of human rights or a valuable cultural practice which promotes social cohesion?*; Voir aussi M.M. Mehndiratta, B. Paul & P. Mehndiratta, *Arranged Marriage, Consanguinity and Epilepsy*, NEUROLOGY ASIA p. 12, 15 à 17 (2007), Binaya Kumar Bastia, *Socio-Cultural Aspects of Sexual Practices and Sexual Offences – An Indian Scenario*, 13 J. CLIN. FORENSIC MED. 208, 210 (2006); Michelle Vachon, *Book Examines 'Ritualcide' During KR Regime*, *CAMBODIA DAILY*, 29 avril 2010, p. 1, 2, et 4: « Les mariages arrangés sont encore une forme traditionnelle d'appariement au Cambodge et les personnes interrogées [...] n'ont pas utilisé le terme « forcé » pour décrire leur mariage sous le régime [khmer rouge] ». [traduction non officielle]

⁷³ Voir Réponse relative aux disparitions forcées.

⁷⁴ Les co-juges d'instruction ont déclaré qu'ils ne pouvaient pas préjuger de la qualification qui serait donnée aux faits incriminés dans l'ordonnance de clôture en rendant une décision déclaratoire ». Ordonnance relative aux disparitions forcées, par. 8.

⁷⁵ Pour savoir pourquoi on ne peut invoquer des sources postérieures à la période en question comme preuve du droit coutumier international, voir discussion dans la Réponse relative aux disparitions forcées, par. 21 à 27.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Résolution 47/133 de l'Assemblée générale, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies 47^{ème} session, point 97 b) de l'ordre du jour, document des Nations Unies n° A/RES/47/133 (1993). Bien que cette déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies ait été adoptée en décembre 1992, très peu d'États, même aujourd'hui, ont pris des mesures spécifiques pour se conformer à ses normes.

contraignant dans ce domaine est la Convention interaméricaine sur les disparitions forcées de personnes, qui n'a été adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains qu'en 1994⁷⁸. Le Statut du TPIY ne mentionne pas les disparitions forcées parmi les crimes contre l'humanité et il n'a jamais accusé qui que ce soit d'un tel crime⁷⁹. Bien que les disparitions forcées puissent être reconnues de nos jours comme un crime contre l'humanité en droit international coutumier après la ratification du Statut de la CPI en 1998⁸⁰, ce n'était pas un crime contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979.

vii. Déplacement forcé

23. Les déplacements forcés constitutifs d'un *crime contre l'humanité* n'apparaissent pas a) dans la Charte du Tribunal de Nuremberg, b) dans la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de 1946, c) dans les Principes de Nuremberg, ou d) dans le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954⁸¹. S'ils sont exclus de ces instruments, c'est parce qu'ils ne constituaient pas un crime contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979. Le déplacement forcé n'est pas une sous-catégorie de la « déportation ». La « déportation » suppose le franchissement d'une frontière *de jure* ou, dans certains cas *de facto*⁸². Tel n'est pas le cas du déplacement forcé. Ainsi donc, un déplacement forcé ne peut constituer une violation de l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC que si a) la catégorie « autres actes inhumains » est applicable, et si b) le déplacement forcé constituait un

⁷⁸ Cette convention qui a été ratifiée par 14 des 34 États membres de l'OEA peut difficilement passer pour une preuve de la pratique uniforme des États nécessaire pour établir le droit international coutumier. On trouvera une liste des États qui ont ratifié cette Convention à l'adresse Internet suivante : <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-60.html>.

⁷⁹ La seule référence qui est faite aux disparitions forcées se trouve dans une opinion incidente exprimée dans le Jugement *Kupreškić*, par. 566, où il est dit sur la base de la Déclaration de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992 et la Convention interaméricaine de 1994 que les disparitions forcées pouvaient être considérées comme d'« autres actes inhumains »,

⁸⁰ Statut de la CPI, art. 7 1) i).

⁸¹ Il faut noter que les évacuations de populations de leur maison qui a été ensuite brûlée ont pu être qualifiées d'« acte inhumain » dans le Jugement de Nuremberg, que l'on peut consulter à l'adresse Internet suivante : <http://avalon.law.yale.edu/imt/judwarcr.asp>. « Néanmoins, le point de vue du Tribunal sur ces questions d'interprétation n'a jamais été exposé de façon systématique dans le Jugement et il faut le déduire des différents jugements prononcés pour chaque accusé ; s'agissant des [« actes inhumains »]... on ne sait pas vraiment si on a déjà tenté une interprétation ». [traduction non officielle] Sydney L. Goldenberg, *Crimes Against Humanity – 1945-1970*, 10 W. ONTARIO L. REV. 1, 42 n.132a. (1971).

⁸² Voir l'Arrêt *Stakić*, par. 278 et 289; Voir aussi le Jugement *Brđanin*, par. 542; le Jugement *Blagojević*, par. 597 à 601 et 629, pour une analyse des dérogations actuelles à l'interdiction des transferts forcés lorsqu'ils ne sont pas opérés pour un des motifs reconnus en droit international.

002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

« autre acte inhumain » entre 1975 et 1979⁸³. Il est toutefois entendu que la Défense pense que les « autres actes inhumains » en tant que catégorie est inapplicable⁸⁴.

G. Les « persécutions » doivent être définies comme des actes qui ont un lien avec d'autres crimes relevant de la compétence des CETC et qui sont d'une gravité comparable aux actes énumérés à l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC.

24. Selon le Statut de la CPI, les actes de persécution sont exclusivement des actes qui ont un lien avec d'autres crimes relevant de la compétence de la Cour. Si la Loi relative à la création des CETC n'énonce pas une telle condition, elle ne l'exclut pas non plus. L'Accord renvoie à la définition des crimes contre l'humanité que l'on trouve dans le Statut de la CPI. Par conséquent, les CETC devraient réserver la qualification de persécutions aux actes qui ont un lien avec les autres crimes qui relèvent de leur compétence⁸⁵. Au TPIY, « la gravité des actes de persécution doit au moins correspondre à celle des autres actes énumérés à l'article 5 du Statut [crimes contre l'humanité] »⁸⁶. Les co-juges d'instruction devraient également s'inspirer de la jurisprudence du TPIY et réserver la qualification de persécutions aux actes qui sont de la même gravité que les autres crimes énumérés.

H. La qualification de « persécutions » doit être réservée aux actes commis avec l'intention spécifique de discriminer pour des motifs politiques, raciaux ou religieux

25. L'article 5 de la Loi relative à la création des CETC exige expressément, comme d'ailleurs l'article 5 h) du Statut du TPIY et l'article 3 h) du Statut du TPIR, que les actes de persécution soient commis pour des motifs politiques, raciaux ou religieux⁸⁷. Il

⁸³ À ce propos, voir *THE UN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS*, p. 224: « La Chambre de première instance [saisie de l'affaire *Stakić*] a signalé que les rédacteurs du Statut du TPIY connaissaient le concept de transfert forcé puisqu'ils l'ont fait figurer à l'article 4, parmi les actes de génocide punissables (transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre groupe). Par conséquent [le] fait que le déplacement forcé ne soit pas explicitement mentionné à l'article 5 (Crimes contre l'humanité) constitue une raison supplémentaire de ne pas le considérer comme un « acte inhumain », distinct de la déportation » [...]. La conclusion de la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Stakić* traduit simplement le malaise manifeste qu'éprouvent les juges des tribunaux face au flou qui entoure la catégorie des « autres actes inhumains » [...] [à ce propos plus généralement voir le par. 13 *supra*]. De même, aux CETC, le « déplacement forcé » est reconnu à l'article 4 [Génocide] de la Loi relative à la création des CETC. Il ne devrait donc pas donner lieu à des poursuites comme « autre acte inhumain ».

⁸⁴ Voir par. 13 *supra*.

⁸⁵ Statut de la CPI, art. 7 1) h) ; Voir aussi par. 5 et 6 *supra*.

⁸⁶ Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 102 et 103 ; Voir aussi Arrêt *Blaskić*, par. 135, 138 et 139 ; Jugement *Kupreškić*, par. 618 et 619.

⁸⁷ Voir Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 711. Voir aussi *Le Procureur c/ Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, par. 113 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, T-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003, par. 184 ; Jugement *Brđanin*, par. 996 ; *Le Procureur c/ Blagoje Simić et consorts*, IT-95-9-T, Jugement, 17 octobre 2003 (« Jugement *Simić* »), par. 51, Jugement *Stakić*, par. 738 ; *Le Procureur c/ Dario Kordić & Mario Čerkez*, IT-95-14/2, Jugement, 26 février 2001 (« Jugement *Kordić & Čerkez* »), par. 212 ; *Le Procureur c/ Laurent Semanza*, ICTR-97-20-T, Jugement et sentence, 15 mai 2003, par. 350, 470 et 471. Mais voir, sur les motifs

002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

est clair que seuls les motifs politiques, raciaux et religieux énumérés dans la Loi relative à la création des CETC permettent d'établir l'existence de persécutions aux CETC.

26. Au TPIY il faut pour les actes sous-jacents (ce qui n'est pas vrai pour l'attaque en général) rapporter la preuve d'une intention spécifique de discriminer pour des motifs politiques, raciaux ou religieux et de l'intention de commettre les actes en question⁸⁸. Cette intention ne saurait « être directement déduite du caractère discriminatoire général d'une attaque qualifiée de crime contre l'humanité »⁸⁹. Il faut considérer aux CETC, que l'intention spécifique de discriminer pour des motifs politiques, raciaux ou religieux participe de l'élément moral des persécutions.

III. CONCLUSION ET MESURES DEMANDÉES

EN CONSÉQUENCE, pour tous ces motifs, la Défense prie respectueusement les co-juges d'instruction, s'ils devaient estimer, en dépit de tous les arguments en sens contraire avancés par elle que la qualification de crime contre l'humanité peut être appliquée par les CETC, de :

- a. RÉSERVER la qualification de crime contre l'humanité aux cas où la personne mise en examen /l'accusé a connaissance de l'attaque ;
- b. RÉSERVER la qualification de crime contre l'humanité aux actes ayant un lien avec un conflit armé international ;
- c. RÉSERVER la qualification de crime contre l'humanité aux actes perpétrés dans le cadre d'une attaque lancée en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ;

ethniques au TPIR, *Le Procureur c/ Ferdinand Nahimana, et consorts*, ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, par. 986 à 988 ; voir aussi *Le Procureur c/ Théoneste Bagosora et consorts*, ICTR-98-41-T, Jugement, 18 décembre 2008, par. 2209.

⁸⁸ Arrêt *Stakić*, par. 328. Jugement *Kordić & Čerkez*, par. 216 et 217 ; Jugement *Simić*, par. 51.

⁸⁹ Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 110. Il faut cependant noter que la Chambre d'appel a ajouté : « [L]a Chambre d'appel considère que « l'intention discriminatoire peut être déduite d'un tel contexte, à condition qu'il existe, au regard des faits de l'espèce, des circonstances entourant la commission des actes reprochés, qui confirment l'existence d'une telle intention ». Il est avancé que la jurisprudence du TPIY qui dilue l'élément moral (*mens rea*), en autorisant des déclarations de culpabilité dans des cas où l'intention spécifique n'est pas prouvée, heurte le principe de légalité : une personne accusée de persécution peut, sans qu'il ait été établi qu'elle était animée d'une intention spécifique de persécuter, être déclaré coupable pour avoir ordonné, planifié, incité, avoir aidé et encouragé ou avoir participé à une entreprise criminelle commune. Voir la Section J.7 de l'Annexe pour une discussion plus complète sur cette jurisprudence. Voir aussi *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007, ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Alternative Motion on the Limits of the Applicability of Command Responsibility at the ECCC*, 15 février 2010, doc. n° D345/3, ERN: 0045746-004575757 (en anglais), par. 20 et 21 ; *Dossier IENG Sary*, 002/19-09-2007, ECCC/OCIJ, *IENG Sary's Supplemental Alternative Submission to his Motion against the Applicability of Genocide at the ECCC*, 21 décembre 2009, D240/2, ERN: 00421720-00421743 (en anglais), par. 20 à 26.

002/19-09-2007-ECCC/OCIJ

- d. RÉSEVER la qualification de crime contre l'humanité aux actes commis dans le cadre d'une attaque discriminatoire lancée pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux ;
- e. RÉSERVER la qualification de crime contre l'humanité aux actes sous-jacents qui étaient clairement définis comme crimes contre l'humanité en droit international coutumier entre 1975 et 1979 ;
- f. DÉCLARER inapplicables les « autres actes inhumains » en tant que catégorie de crimes contre l'humanité aux CETC, ou de RÉSERVER la qualification d'« autres actes inhumains » aux actes qui auraient été clairement identifiables en tant que tels entre 1975 et 1979, au vu des normes du droit pénal et par application de la règle *ejusdem generis* ;
- g. RÉSERVER la qualification de « persécutions » aux actes qui ont un lien avec les autres crimes relevant de la compétence des CETC, qui sont d'une gravité comparable aux actes énumérés à l'article 5 de la Loi relative à la création des CETC, et qui ont été commis avec l'intention spécifique de discriminer pour des motifs politiques, raciaux ou religieux.

[Signé]

[Signé]

ANG Udom

Michael G. KARNAVAS

Co-avocats de M. IENG Sary

Fait à Phnom Penh, Royaume du Cambodge, le 23 juin 2010