

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

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

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 : 7 mai 2010

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

Classement retenu par les co-juges d'instruction : សម្ងាត់/Confidential

Statut du classement :

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**REQUÊTE DE IENG SARY PAR LAQUELLE IL S'OPPOSE
À CE QUE LE CHEF DE VIOLATIONS GRAVES DES CONVENTIONS DE GENÈVE
PUISSE ÊTRE RETENU DEVANT LES 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

Original anglais : 00511576-00511589

IENG Sary, par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense »), s'oppose, par la présente requête, à ce que les CETC connaissent des violations graves des Conventions de Genève¹. La présente exception d'incompétence s'impose parce que poursuivre M. IENG Sary devant les CETC pour violations graves des Conventions de Genève violerait le principe de légalité. En effet : 1) ni l'Accord conclu entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien ni la Loi relative aux CETC ne créent un droit nouveau ; ils donnent uniquement aux CETC compétence pour appliquer les lois qui existent déjà ; 2) les violations graves des Conventions de Genève ne sont pas mentionnées dans le Code pénal de 1956 ; 3) les juridictions cambodgiennes ne peuvent pas appliquer directement le droit pénal international ; 4) les juridictions cambodgiennes ne peuvent pas appliquer directement le droit international coutumier ; 5) le fait que la sanction des violations graves des Conventions de Genève résulte d'une norme impérative du droit international n'a aucune incidence sur la compétence des CETC ; et 6) les CETC ne peuvent connaître des crimes de guerre.

I. Recevabilité de la présente exception d'incompétence

1. Les questions de compétence doivent être soulevées à ce stade de la procédure². Conformément à la règle 74 3) a) du Règlement intérieur, la Défense peut faire appel devant la Chambre préliminaire des ordonnances reconnaissant la compétence des CETC. Ce droit d'appel serait dénué de sens si la Défense n'était pas autorisée à soulever des exceptions d'incompétence devant les co-juges d'instruction. Le Règlement ne doit pas être interprété de manière à réduire les protections explicitement accordées aux parties. Tout doute concernant l'interprétation du Règlement doit profiter à M. IENG Sary, conformément à l'article 38 de la Constitution cambodgienne³.

2. Dans le passé, la Défense a soulevé des exceptions d'incompétence⁴ que les co-juges d'instruction ont rejetées aux motifs que la Défense visait à obtenir une décision déclaratoire et qu'il n'était pas nécessaire de dûment aviser les personnes mises en examen dans le cas d'accusation de

¹ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, le 12 août 1949 (« Convention I ») ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, le 12 août 1949 (« Convention II ») ; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, le 12 août 1949 (« Convention III ») ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, le 12 août 1949 (« Convention IV ») (ensemble « Conventions de Genève »).

² La règle 74 3) a) du Règlement autorise les parties à faire appel des ordonnances ou des décisions des co-juges d'instruction reconnaissant la compétence des CETC. Pour que cette règle trouve la moindre application pratique, il faut que la défense soit en premier lieu autorisée à soulever des questions de compétence.

³ Voir l'article 38 de la Constitution du Royaume du Cambodge, telle que modifiée en 1999, « Le bénéfice du doute profite à l'accusé ».

⁴ Voir, par exemple, le dossier de IENG Sary, n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00503845-00503863 ; Dossier n° 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.

génocide ou dans le cas de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui sont expressément définis dans la Loi sur la création des Chambres extraordinaires⁵. Les co-juges d'instructions ont dit qu'ils n'étaient tenus d'annoncer les qualifications juridiques retenues qu'à partir du moment où ils rendraient l'ordonnance de clôture et qu'il n'y avait donc pas lieu à ce stade de mener une analyse exhaustive de ces questions⁶.

3. Selon la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY »), « les exceptions d'incompétence soulèvent des questions fondamentales d'équité et [...] 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 Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR »), les questions de compétence sont soulevées avant le procès par le biais d'exceptions préliminaires⁸. Ainsi que l'a expliqué la Chambre d'appel saisie de 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 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. La présente exception d'incompétence ne vise pas à demander aux co-juges d'instruction de qualifier les faits avant de rendre l'ordonnance de clôture. La Défense demande simplement aux co-juges d'instruction de déterminer si les CETC sont compétentes pour poursuivre M. IENG Sary pour

⁵ Voir le dossier, n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance relative à la demande d'acte d'instruction sur l'applicabilité du crime de génocide devant les CETC, 28 décembre 2009, D240/3, ERN :00455202-00455205 (« Ordonnance relative au génocide »), par. 3 ; dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Order on Request for Extension of Page Limit*, 12 février 2010, D345/1, ERN (anglais) : 00452734-00452736, par. 4.

⁶ Voir, par exemple, l'Ordonnance relative au génocide, par. 4 ; dossier n° 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 : 00487600-00487604, par. 11.

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

⁸ Voir Le Règlement de procédure et de preuve du TPIY, article 72. Aux termes de son article 72 A) i), l'exception d'incompétence est une exception préjudicielle. Voir aussi *Le Procureur c/ Kanyabashi*, TPIR-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 *Le Procureur c/ Tadić*, Affaire n° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 6.

violations graves des Conventions de Genève. La Défense a le droit de savoir pour quels crimes les CETC peuvent juger M. IENG Sary et soulever les exceptions d'incompétence qui s'imposent¹⁰.

II. DROIT APPLICABLE

A. Violations graves

5. L'article 9 de l'Accord dispose en partie que « [l]es chambres extraordinaires sont compétentes pour connaître (...) des violations graves des Conventions de Genève de 1949 (...) ».

6. L'article 6 de la Loi relative aux CETC est rédigé comme suit :

Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis ou ordonné de commettre des violations graves de la Convention de Genève, tels que les actes énumérés ci-après à l'encontre des personnes ou des biens protégés par les dispositions desdites Conventions, durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979 :

- l'homicide intentionnel,
- la torture ou les traitements inhumains,
- le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé,
- la destruction et la détérioration graves de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées de façon illicite et arbitraire,
- la contrainte exercée sur des prisonniers de guerre ou des civils à servir dans les forces ennemies,
- le fait de priver intentionnellement des prisonniers de guerre ou des civils de leur droit à un procès équitable,
- les déportations ou transferts illégaux ou les détentions illégales de civils,
- la prise de civils en otages.

B. Le principe de légalité

7. Conformément au principe de légalité¹¹, nul ne peut être poursuivi pour un acte qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction prévue et réprimée par la loi. Ce principe

¹⁰ Selon la Défense, il ne suffit pas que les CETC aient connu de violations graves des Conventions de Genève dans le dossier n° 001 pour en conclure que ces infractions relèvent de sa compétence. Ainsi que les co-juges d'instruction le savent, la Défense n'a pas soulevé d'exceptions d'incompétence au stade de l'instruction dans le dossier n° 001.

¹¹ Dans les systèmes de droit romano-germanique le principe de légalité s'articule autour de quatre notions : i) les crimes doivent être prévus par une loi écrite ; ii) les crimes doivent être prévus par une loi spécifique ; iii) les crimes doivent être prévus par une loi antérieure et iv) la loi pénale est d'interprétation stricte. ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 141-42 (Oxford University Press 2003) (« Antonio CASSESE »).

est consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont les CETC doivent respecter pleinement les normes¹².

8. L'article 11 2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce 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 civiques 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 énonce ce principe fondamental en termes plus stricts :

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.

¹² Selon l'article 31 de la Constitution du Royaume du Cambodge de 1993 modifiée 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). Conformément à 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, « [I]es droits de l'accusé consacrés aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 sont respectés pendant toute la durée du procès ».

¹³ Article 15 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, la ratification et l'adhésion 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 de sauvegarde 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 et 24 ; la Convention III, article 99 ; la Convention IV, 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.

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

C. Champ de saisine de l'instruction

11. Selon la règle 55 2) du Règlement, « [l]es co-juges d'instruction sont tenus d'instruire sur les seuls faits visés par le réquisitoire introductif ou un réquisitoire supplétif ».

III. ARGUMENTATION

A. L'Accord et la Loi relative aux CETC ne créent pas un droit nouveau, ils donnent uniquement aux CETC compétence pour appliquer les lois qui existent déjà

12. L'Accord et la Loi relative aux CETC ne créent pas un nouveau droit pénal interne. L'Accord visait à fixer les règles régissant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien aux fins de traduire en justice les 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 auxquelles adhère le Cambodge¹⁷. La Loi relative aux CETC a été adoptée pour « traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables

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 le fait d'étendre les délais de prescription pour les crimes définis dans le Code pénal de 1956 constituerait une violation de la Constitution cambodgienne, il a conclu que ce ne serait pas le cas puisque le principe de légalité n'est pas inscrit dans la Constitution. Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 040/002/2001 du 12 février 2001. Cette décision est erronée : l'article 31 de la Constitution prévoit expressément que le Cambodge doit respecter les droits de l'homme définis dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Le principe de légalité est inscrit dans ces instruments. En outre, c'est à tort que le Conseil constitutionnel a décidé de ne pas tenir compte de l'article 6 du Code pénal de 1956. Il n'était pas saisi de la question de la constitutionnalité de l'article 6 du Code pénal, ce qui relèverait de sa compétence, sur requête, en application de l'article 141 (nouveau) de la Constitution cambodgienne, et il n'a pas jugé cet article inconstitutionnel, comme il aurait pu le faire en application de l'article 142 (nouveau) de la Constitution. Il a simplement choisi de ne pas tenir compte de la disposition de l'article 6 portant interdiction de la rétroactivité de la loi pénale sans la modifier. Manifestement, cette décision a été prise pour parvenir à un résultat sans se soucier de son bien-fondé juridique. Le Cambodge doit respecter ses propres lois, il ne peut faire abstraction des dispositions qui ne lui conviennent pas sans avoir recours à la procédure correcte pour modifier sa législation.

¹⁶ Voir les Principes pour une nouvelle constitution du Cambodge, annexe 5 de l'Accord pour un règlement politique global du conflit du Cambodge, Accords de Paris, 23 octobre 1991, Principe 2.

¹⁷ Accord, art. 1.

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. Ainsi, l'Accord visait à établir une coopération entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement cambodgien, alors que la Loi relative aux CETC portait sur les modalités pratiques de cette coopération, notamment en précisant la compétence *ratione materiae, temporis et personae* des CETC.

13. L'article 6 de la Loi relative aux CETC, se limite donc à donner une définition des violations graves pour lesquelles les CETC seraient compétentes dans l'hypothèse où le droit positif prévoirait la sanction de ces crimes. Il ne qualifie pas des faits de crime avec effet rétroactif. Si c'était le cas, l'article violerait le principe de légalité. Violer le principe de légalité va à l'encontre de l'article 6 du Code pénal de 1956¹⁹.

B. Les violations graves des Conventions de Genève ne sont pas mentionnées dans le Code pénal de 1956

14. Les CETC, en tant que juridiction cambodgienne, sont tenues d'appliquer la législation cambodgienne²⁰. Le Code pénal de 1956 a été officiellement reconnu comme le Code pénal en vigueur au Cambodge de 1975 à 1979, période au cours de laquelle les crimes auraient été commis²¹. Il ne contient aucune disposition érigeant spécifiquement les violations graves des Conventions de

¹⁸ Loi relative aux CETC, art. 1.

¹⁹ Voir Bert Swart, *Internationalized Courts and Substantive Criminal Law, in Internationalized criminal courts and tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia* 291, 310 (Cesare P.R. Romano, ed. 2004). « Il est possible que dans certains cas, les accusés puissent être condamnés en application du droit international mais pas du droit interne. L'exemple le plus probable de ce type de situation est sans doute celui où, au moment où l'acte a été commis, le droit interne ne disposait pas encore de la législation pénale adéquate pour les crimes relevant du droit international général. Les dispositions du droit interne relatives au principe de légalité peuvent donc obliger un tribunal hybride à acquitter l'accusé, en dépit du fait que l'article 152) du Pacte international n'interdirait peut-être pas l'application rétroactive d'une législation interne érigeant en infraction "les actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient considérés comme des crimes d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations" » (traduction non officielle, non souligné dans l'original). La protection offerte par la législation cambodgienne contre la rétroactivité de la loi pénale va donc plus loin que celle qui est prévue dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques qui n'énonce que des garanties minimales. L'article 52) du Pacte relatif aux droits civils et politiques dispose que lorsqu'un droit est mieux protégé au niveau national qu'au niveau international, c'est la disposition nationale qui prévaut. L'article 52) du Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit qu'« [i] ne peut être admise aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout État partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ». Cette disposition a essentiellement pour but de préserver le caractère inviolable de toute loi qui offre un niveau de protection plus élevé des droits civils et politiques que celui qui est prévu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir Manfred Novak, *UN Covenant on Civil and Political Rights : Commentary* 118 (N.P. Engel Publisher, 2005). C'est particulièrement vrai en l'espèce puisque le Pacte relatif aux droits civils et politiques a été signé et ratifié par le Cambodge après que les crimes allégués ont été commis. Le Cambodge a signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques le 17 octobre 1980 et y a adhéré le 26 mai 1992.

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

²⁰ Voir l'Accord, art. 12 1).

²¹ Voir le dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, *Information about the 1956 Penal Code of Cambodia and Request Authentication of an Authoritative Code*, 17 août 2009, E91/5, ERN (anglais) : 00365471-00365472.

Genève en crime. Il est donc impossible de l'invoquer pour mettre quelqu'un en examen pour violations graves des Conventions de Genève.

15. Mettre en examen puis punir un suspect ou un accusé en vertu du Code pénal de 1956 pour des actes qui, en fait, ne constituent pas une infraction serait une violation du principe de légalité, qui veut que les actes passibles de sanctions aient constitué des infractions au moment où ils ont été commis²². Une telle décision constituerait une violation du droit cambodgien²³.

C. Le droit international pénal ne peut pas être appliqué directement dans les tribunaux cambodgiens

16. L'article 2 de la Loi relative aux CETC dispose que les CETC sont compétentes dans le cadre de violations des « conventions internationales reconnues par le Cambodge ». Les Conventions de Genève qui intègrent les violations graves des Conventions de Genève, applicables aux CETC, ont été ratifiées par le Cambodge le 8 décembre 1958²⁴. Pour autant les Conventions de Genève ne peuvent pas être directement invoquées devant les tribunaux cambodgiens. Les CETC sont une juridiction nationale créée au sein de la structure judiciaire cambodgienne existante²⁵. Les traités, notamment les Conventions de Genève, ne peuvent pas être directement appliqués par les tribunaux cambodgiens. En

²² Voir Helmut Kreicker, *National Prosecution of Genocide from a Comparative Perspective*, 5 INT'L CRIM. L. REV. 313, 320-321(2005), où H. Kreicker affirme que seules les dispositions de droit pénal interne qui sont écrites et clairement définies sont aisément consultables et permettent à un individu de savoir de quels faits il peut être tenu pénalement responsable. Voir aussi CASSESE, p. 142, qui indique que le principe de légalité vise à protéger dans toute la mesure du possible les citoyens contre l'arbitraire de l'exécutif et éventuellement contre des abus dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du judiciaire. En bref, ce principe est fondé sur le postulat *favor rei* (en faveur de l'accusé), par opposition à *favor societatis* (en faveur de la société) ».

²³ Voir le Code pénal de 1956, art. 6. Voir aussi Bert Swart, *Internationalized Courts and Substantive Criminal Law, in Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia 291, 310* (Cesare P.R. Romano, ed. 2004). « Il est possible que dans certains cas, les accusés puissent être poursuivis en application du droit international mais pas en application du droit interne. L'exemple le plus courant de ce type de situation est sans doute celui où, au moment où l'acte a été commis, le droit interne ne disposait pas encore de la législation pénale adéquate pour les crimes relevant du droit international général. Les dispositions du droit interne relatives au principe *nullum crimen* peuvent donc obliger un tribunal international à acquitter l'accusé, en dépit du fait que l'article 152 du Pacte international n'interdirait peut-être pas l'application rétroactive d'une législation interne érigeant en infraction « les actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient considérés comme des crimes d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ». [traduction non officielle] (Non souligné dans l'original).

²⁴ La liste des États parties qui ont signé et ratifié les Conventions de Genève peut être consultée sur le site Web du Comité international de la Croix-Rouge, à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>.

²⁵ La Chambre préliminaire l'a confirmé dans sa première décision. Elle 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 n° 001/18-07-2007- ECCC-OCU (PTC01)*, 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). Voir aussi dossier, n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC 35), *IENG Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise*, 22 janvier 2010, D97/14/5, ERN (uniquement disponible en anglais), ERN : 00429213-00429253, par. 7 à 24 pour un développement sur la nature des CETC en tant que juridiction cambodgienne nationale.

effet, le Cambodge appartient à un système dualiste - par opposition à un système moniste²⁶ - en matière d'application du droit international dans son ordre juridique interne²⁷.

17. C'est l'adhésion à un système moniste ou à un système dualiste qui détermine le mécanisme utilisé par un État pour s'acquitter de ses obligations internationales. Un État qui applique un système dualiste considère le droit international comme distinct du droit interne²⁸. Dans un système de ce type le droit international ne s'applique que dans les cas suivants : 1) la Constitution en autorise explicitement l'application directe ou 2) une loi d'application a incorporé le droit international dans le droit interne²⁹. « Normalement, il n'y a pas de poursuite devant les juridictions nationales pour des crimes relevant du droit international sur le seul fondement du *droit international coutumier*, c'est-à-dire si le seul droit international coutumier définit ces crimes. Il faut généralement soit une loi pénale nationale définissant les crimes visés et conférant compétence aux juridictions nationales, soit, si un traité en la matière a été ratifié par l'État dont elles relèvent, qu'une loi d'application leur permette d'appliquer pleinement les dispositions pertinentes de ce traité³⁰ » [traduction non officielle].

18. La promulgation de la Loi relative aux CETC n'est pas le mécanisme juridique qui permettrait aux tribunaux cambodgiens d'appliquer directement le droit international conventionnel

²⁶ « Selon la théorie moniste, il n'y a qu'un seul système juridique, dont le droit international est un élément 'au même titre que les différentes branches du droit interne'. Pour les monistes, le droit international fait simplement partie du droit du pays aux côtés des autres branches plus familières du droit national. Selon la théorie dualiste, en revanche, il y a deux systèmes juridiques fondamentalement distincts. Ils existent en parallèle et couvrent des domaines différents - le plan international et le plan national » [traduction non officielle]. Michael Kirby, *The Growing Rapprochement between International Law and National Law, in Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher 333* (Antony Anghie & Garry Sturgess eds. 1998), citant Rosalyn Higgins, *Problems and Process - International Law and How We Use It 205* (Oxford, 1994). Bien que la France, dont le système judiciaire a servi de modèle au système cambodgien, ait un système moniste, au moins pour ce qui est des conventions internationales, il est manifeste, quand l'on compare la constitution française et la constitution cambodgienne, que le Cambodge n'a pas adopté la même approche. Comparer le titre VI de la constitution française <http://www.assmblcc-nationalc.fr/connaissancce/index.asp> avec la constitution cambodgienne. Quoi qu'il en soit la comparaison entre les systèmes français et cambodgien n'est pas pertinente sur ce point car même la France n'applique pas directement le droit international coutumier. Voir par. 22, *infra*.

²⁷ Voir doc. de l'ONU CERD/C/292/Add.2, 5 mai 1997, par. 19, dans lequel le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale cite huit pactes et conventions ratifiés par le Cambodge et précise qu'ils ne s'appliquent pas directement devant les tribunaux ou les autorités administratives. Voir également Suzannah Linton, *Putting Cambodia's Extraordinary Chambers into Context*, 11 S.Y.B.I.L.195, 203-204 (2007), où elle affirme que le Gouvernement cambodgien a une préférence pour le dualisme.

²⁸ Dans les systèmes dualistes « lorsque le législatif et l'exécutif n'ont pas pris les mesures d'application adéquates, les juridictions nationales s'abstiennent souvent d'appliquer directement le droit international, en estimant qu'elles ne peuvent décider à la place des organes politiques comment appliquer les obligations internationales. En de tels cas, la liberté de choisir *comment* appliquer en pratique s'étend à la liberté de choisir *s'il* y a lieu d'appliquer ou pas. Ward N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts 142* (T.M.C. Asser Press 2006) [« Ferdinandusse »]. Voir aussi p. 132: « En règle générale, le droit international laisse aux États la liberté du moyen de s'acquitter de leurs obligations internationales » [traduction non officielle].

²⁹ Gabriele Olivi, *The Role of National Courts in Prosecuting International Crimes: New Perspectives*, 18 SRI LANKA J. INTERNATIONAL LAW. 83, 86-87 (2006) (« Olivi »).

³⁰ Voir Cassese, p. 303 (non souligné dans l'original). Voir également *U.S. c/ Yousef*, 327 F.3d 56, 91 (2nd Cir. 2003) « Le droit des États-Unis n'est ni assujéti au droit international coutumier ni forcément assujéti au droit international conventionnel et peut même être en conflit avec eux » [traduction non officielle].

ou coutumier à des faits antérieurs à la promulgation de cette loi. Les articles 1 et 2 de la Loi relative aux CETC précisent que les CETC ont été créées pour « traduire en justice [...] les principaux responsables des crimes et graves violations [...] des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge ». Bien que ces articles mentionnent les conventions internationales et la « coutume » ils n'ont pour effet d'incorporer rétroactivement les Conventions de Genève ou le droit coutumier international dans droit interne cambodgien. La Loi relative aux CETC a été adoptée en 2001 : elle peut donc uniquement intégrer le droit international conventionnel ou coutumier relatif aux crimes commis après 2001. Permettre que la Loi relative aux CETC ait pour effet d'appliquer rétroactivement une convention ou d'incorporer un droit coutumier qui ont pu exister entre 1975 et 1979 constituerait une violation du principe de légalité³¹ et violerait donc le droit cambodgien.

19. Les Convention de Genève ne sont pas directement applicables devant les tribunaux cambodgiens³². Les constitutions en vigueur à l'époque des faits n'ont jamais prévu de procédure qui aurait eu pour effet d'incorporer les Conventions de Genève au droit cambodgien. De même, l'Assemblée nationale cambodgienne n'a pas voté de loi incorporant explicitement les Conventions de Genève dans le droit national. Les Conventions de Genève ne peuvent avoir être incorporées par l'intermédiaire du Code pénal de 1956 ou du Code de justice militaire de 1954 parce que ce n'est qu'après leur entrée en vigueur que le Cambodge a ratifié les Conventions de Genève. Par conséquent, toute sanction à l'encontre d'un suspect / accusé au titre d'une violation des Conventions de Genève violerait le principe de légalité puisqu'une telle violation n'était pas considérée comme crime au Cambodge entre 1975 et 1979.

20. Chacune des quatre Conventions de Genève comporte un article prévoyant que les États sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis une infraction grave aux Conventions de Genève³³. Cette tâche ne relève pas de la responsabilité des CETC mais du Gouvernement cambodgien. Dans les sociétés

³¹ Voir par exemple, Cour de Cassation du Sénégal, Souleymane Guengueng et autres Contre Hissène Habré, Arrêt no. 14, 20 mars 2001; Chambre spéciale pour les crimes graves, Dili (Timor Leste), *The Public Prosecutor Versus Armando dos Santos, Applicable Subsidiary Law Decision*, Chambre d'appel, 15 juillet 2003, p. 14, la Chambre a décidé que « bien que parmi les faits de 1999 reprochés à l'intimé se trouvent des crimes contre l'humanité prévus à la section 5.1 a) du Règlement 200/15 de l'ATNUTO, l'intimé ne peut être jugé et condamné au regard de ce texte pénal qui n'existait pas à l'époque des faits et à ce titre ne peut avoir d'effet rétroactif » [traduction non officielle].

³² « Il est généralement admis que les traités relatifs aux droits de l'homme, comme le droit international en général ne sont pas directement applicables », Ferdinancusse, p. 132.

³³ L'article 49 de la Convention I, l'article 50 de la Convention II, l'article 129 de la Convention III et l'article 146 de la Convention IV disposent : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant ».

démocratiques, « les lois définissant des infractions pénales sont promulguées par l'exécutif. Le pouvoir judiciaire ne peut pas lui-même créer à partir de rien une infraction qui n'est pas prévue dans des lois promulguées par l'exécutif³⁴ » [traduction non officielle]. En l'absence de loi pénale, nul ne peut être tenu pénalement responsable de violations graves des Conventions de Genève. Le Cambodge n'a pas promulgué une telle loi. Comme les CETC sont une juridiction nationale, toute sanction à l'encontre d'un suspect ou d'un accusé pour violation des Conventions de Genève irait à l'encontre du principe de légalité puisqu'une telle violation n'était pas considérée comme un acte délictueux au Cambodge dans les années entre 1975 et 1979 et qu'elle ne l'est toujours pas actuellement.

D. Le droit international coutumier ne peut pas être appliqué directement devant les tribunaux cambodgiens

21. Le droit international coutumier qui érige les violations graves des Conventions de Genève en crimes n'est pas directement applicable devant les tribunaux cambodgiens. Chaque fois que le droit international coutumier est invoqué devant une juridiction nationale, les juges doivent se demander si, et dans quelles circonstances, le droit national en autorise l'application. En l'absence de provision spécifique dans la Constitution, la Loi ou la jurisprudence nationales, une juridiction interne n'est nullement tenue d'appliquer le droit international coutumier³⁵. Le système juridique du Cambodge étant de type dualiste, sa Constitution ou sa législation nationale doivent prévoir qu'une règle de droit international coutumier est applicable en droit interne pour que cette règle puisse être appliquée.

22. Les Constitutions en vigueur à l'époque des faits ne prévoient pas de procédure d'incorporation du droit international coutumier dans le droit interne. De même, l'Assemblée nationale cambodgienne n'a pas voté de loi incorporant explicitement une règle quelconque de droit international coutumier relative aux violations graves des Conventions de Genève dans le droit national. Outre le fait que l'application directe du droit international coutumier n'est pas autorisée

³⁴ Ilias Bantekas, *Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law*, International Criminal Law Review, p. 121 et 125 (2006).

³⁵ Voir Cassese, p.303. « Normalement, il n'y a pas de poursuite devant les juridictions nationales pour des crimes de droit international sur le seul fondement du *droit international coutumier*, c'est-à-dire si le seul droit international coutumier définit ces crimes. Il faut généralement soit une *loi* pénale nationale définissant les crimes visés et conférant compétence aux juridictions nationales, soit, si un traité en la matière a été ratifié par l'État dont elles relèvent, qu'une *loi d'application* leur permette d'appliquer pleinement les dispositions pertinentes de ce traité » [traduction non officielle] (en italique dans l'original).

dans le système juridique du Cambodge, le principe de légalité en interdit l'application en droit interne en l'espèce³⁶.

23. Les tribunaux français, qui ont servi de modèle au système cambodgien, ont jugé que le droit international coutumier ne peut pas être appliqué directement par les tribunaux français faute de dispositions écrites de droit national érigeant l'acte en question en infraction. Dans *Reporters sans Frontières c/ Mille Collines* par exemple, la Cour d'appel de Paris a conclu qu'elle n'était pas compétente pour connaître de plusieurs crimes perpétrés à l'extérieur de son territoire par des étrangers au motif « qu'en l'absence de dispositions de droit interne, la coutume internationale ne saurait avoir pour effet d'étendre la compétence extraterritoriale des juridictions françaises³⁷ ».

24. Une approche similaire rejetant l'application directe du droit international coutumier a été adoptée dans l'affaire *Bouterse* par la Cour suprême des Pays-Bas, qui s'est prononcée contre le fait de se fonder sur la coutume pour engager des poursuites pénales internationales devant les juridictions internes. Les juges ont conclu que l'application directe de la coutume constituerait une menace pour le principe de légalité³⁸. Les tribunaux allemands³⁹, suisses⁴⁰ et ceux d'autres États sont parvenus à des conclusions similaires.

25. Une analyse approfondie de l'application générale du droit international coutumier au Cambodge et dans d'autres pays⁴¹ montre que les co-juges d'instruction n'ont pas le droit, et encore moins le mandat, d'appliquer directement le droit international coutumier en l'absence d'une loi d'application. Le droit international coutumier ne peut être appliqué au Cambodge que s'il a été explicitement promulgué par l'intermédiaire d'une loi cambodgienne.

³⁶ « Les deux principes interdépendants de légalité et de sécurité juridique sont généralement considérés comme si fondamentaux dans l'ordre juridique qu'ils empêchent effectivement l'introduction dans le droit pénal interne - même par voie d'interprétation - de règles coutumières non écrites [...]. L'adoption d'une loi d'application est par conséquent une condition préalable universelle à toute application des principes de droit pénal international en droit interne » [traduction non officielle] (non souligné dans l'original). Simonetta Stirling-Zanda, *The Determination of Customary International Law in European Courts (France, Germany, Italy, The Netherlands, Spain, Switzerland)*, 4 *Non State Actors and International Law*, 3, 6 (2004).

³⁷ Olivi, p. 87, citant *Reporters sans Frontières c/ Mille Collines*, Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 6 novembre 1995, p. 48 à 51.

³⁸ Ferdinandusse, p. 69.

³⁹ Le principe de légalité en droit allemand exclut apparemment toute application directe des infractions pénales internationales, qu'elles soient définies dans la coutume ou dans des conventions. Id., p. 40.

⁴⁰ Le tribunal militaire d'appel suisse a conclu en 2000 qu'il n'était pas possible de définir le génocide en tant qu'infraction en invoquant la coutume faute d'une règle de référence permettant de l'appliquer à l'époque où les actes allégués ont été commis. Id., p. 40 et 41.

⁴¹ Voir dossier n° 002/19-09-2007-ECCC-OCU, Annexe B, *Ieng Sary's Supplementary Observations on the Application of the Theory of Joint Criminal Enterprise at the ECCC*, 24 novembre 2008, pour un commentaire condensé sur l'application du droit international coutumier dans les juridictions internes.

E. Le fait que l'interdiction des violations graves des Conventions de Genève soit une norme impérative du droit international n'influe pas sur l'applicabilité devant les CETC

26. Les normes impératives de droit international ont été définies comme « des règles de droit coutumier qui ne peuvent être écartées par traité ou accord mais uniquement par la création d'une règle coutumière postérieure contraire⁴² ». Dire que l'interdiction des violations graves des Conventions de Genève est une norme impérative du droit international signifie qu'un État a l'obligation de ne pas commettre de violations graves des Conventions de Genève. Un État ne peut dire qu'un crime est sanctionné par une norme impérative du droit international pour exercer une compétence *ratione materiae* si le droit interne de cet État ne prévoit pas cette compétence. Or, comme cela a été dit, le droit cambodgien ne la prévoit pas.

F. Les crimes de guerre ne s'appliquent pas devant les CETC

27. Les violations graves des Conventions de Genève constituent une sous-section des crimes de guerre⁴³. Les crimes de guerre, autres que les violations graves des Conventions de Genève⁴⁴, ne sont visés ni par la Loi relative aux CETC, ni par l'Accord, ni par le Réquisitoire introductif. L'exclusion explicite des crimes de guerre dans la Loi relative aux CETC indique qu'ils ne s'appliquent pas devant les CETC. L'article 9 de l'Accord intitulé « Compétence des chambres extraordinaires » n'inscrit pas non plus de manière explicite les crimes de guerre dans le domaine de compétence des CETC. Comme le réquisitoire introductif ne se réfère pas aux crimes de guerre, les co-juges d'instruction ne doivent même pas faire porter leur instruction sur eux. Comme les CETC sont une juridiction cambodgienne régie par le droit romano-germanique, tout crime relevant de la compétence des CETC doit être défini de manière explicite. Reconnaître aux CETC la compétence de se prononcer dans une affaire de crimes de guerre violerait le principe de légalité et la règle 55 2) du Règlement⁴⁵.

⁴² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 510 (Oxford University Press, 7th ed, 2008).

⁴³ Cassese, p. 54 ; voir aussi l'article 8 2) du Statut de Rome de 1998 : « Aux fins du Statut, on entend par 'crimes de guerre' : les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ».

⁴⁴ L'expression « crimes de guerre » sera désormais employée pour désigner les crimes de guerre autres que les violations graves des Conventions de Genève.

⁴⁵ La règle 55 2) du Règlement dispose comme suit : « [I]Les co-juges d'instruction sont tenus d'instruire sur les seuls faits visés par le réquisitoire introductif ou un réquisitoire supplétif » (Non souligné dans l'original).

IV. CONCLUSION ET MESURE DEMANDÉE

28. La Défense s'oppose à ce que les CETC retiennent le chef de violations graves des Conventions de Genève à l'encontre de IENG Sary. L'application de violations graves des Conventions de Genève devant les CETC constituerait une violation du principe de légalité pour les raisons suivantes : 1) ni l'Accord conclu entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien ni la Loi relative aux CETC ne créent un droit nouveau ; ils donnent uniquement aux CETC compétence pour appliquer des lois qui existent déjà ; 2) les violations graves des Conventions de Genève n'existent pas dans le Code pénal de 1956 ; 3) le droit international pénal ne peut être directement appliqué dans le droit cambodgien ; 4) le droit international coutumier n'est pas directement applicable devant les tribunaux cambodgiens ; 5) le fait que l'interdiction des violations graves des Conventions de Genève soit une norme impérative du droit international n'a pas pour effet d'autoriser les CETC à en connaître ; 6) les CETC ne peuvent connaître des crimes de guerre.

Par ces motifs, la Défense demande respectueusement aux co-juges d'instruction de DÉCLARER que les violations graves des Conventions de Genève ne peuvent être retenues aux CETC.

[signé]
Me ANG Udom

[signé]
Me Michael G. KARNAVAS

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 7 mai 2010