

**CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS
DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC

Déposé par : la Défense de IENG Sary

Devant : la Chambre de première instance

Langue : français, original en anglais

Date : 24 janvier 2011

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

Classement retenu par la Chambre : PUBLIC

Statut du classement :

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**DEMANDE PRÉSENTÉE PAR IENG SARY DE RETIRER LES PARTIES DE
L'ORDONNANCE DE CLÔTURE ENTACHÉES DE NULLITÉ**

Déposé par :

Destinataires :

Les co-avocats :

Me ANG Udom

Me Michael KARNAVAS

Les juges de la Chambre de première instance :

M. le Juge NIL Nonn

M. le Juge THOU Mony

M. le Juge YA Sokhan

Mme. la Juge Silvia CARTWRIGHT

M. le Juge Jean-Marc LAVERGNE

M. le Juge YOU Ottara (juge de réserve)

Mme la Juge Claudia FENZ (juge de réserve)

Les co-procureurs :

Mme CHEA Leang

M. Andrew CAYLEY

Toutes les équipes de la défense

M. IENG Sary, par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense ») demande à la Chambre de retirer les parties de l'Ordonnance de clôture entachées de nullité. La présente demande s'impose parce que l'Ordonnance de clôture est viciée à plusieurs titres, en particulier s'agissant de son application des crimes nationaux, du génocide, des crimes contre l'humanité, de la responsabilité du supérieur hiérarchique, de l'entreprise criminelle commune, et de la participation du fait d'avoir planifié, incité, aidé et encouragé et ordonné.

I. RECEVABILITÉ

1. Le droit cambodgien et le Règlement intérieur des CETC (le « Règlement intérieur ») sont muets sur les dates limites et la procédure à respecter pour présenter des demandes d'annulation ou de modification de parties de l'Ordonnance de clôture entachées de vice de forme. Toutefois, la Chambre préliminaire a déclaré comme suit : « s'agissant des exceptions pour vice de forme de l'acte d'accusation, la Chambre préliminaire estime qu'il s'agit de questions qui, par leur nature, ne touchent manifestement pas à la compétence des CETC et, par conséquent, ne sont pas recevables au stade préliminaire de la procédure [...]. Pour cette raison, ces arguments doivent être présentés à la Chambre de première instance qui en examinera le bien-fondé au procès¹ ».

2. La Défense considère qu'il convient d'aborder ces questions maintenant, avant le début du procès. En effet, M. IENG Sary a le droit de savoir précisément la nature des accusations portées contre lui². Il est également plus efficace d'annuler les parties de l'Ordonnance de clôture entachées de nullité maintenant, avant le début du procès. Procéder ainsi contribuera à respecter le droit de M. IENG Sary à être jugé sans retard excessif³.

II. PRÉSENTATION DES ARGUMENTS

A. Crimes relevant du droit national

3. La Chambre de première instance doit retirer de l'Ordonnance de clôture les références aux crimes relevant du droit national parce que les co-juges d'instruction n'ont pas présenté les faits qui justifieraient ces allégations et parce qu'ils n'ont pas précisé les modes de participation qui s'appliquent à ces crimes. Dans l'Ordonnance de clôture, les co-juges d'instruction présentent les faits qu'ils estiment étayer les accusations de génocide, crimes

¹ Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/TC, *Decision on Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith against the Closing Order*, 15 février 2011, doc. n° D427/3/15, ERN 00644462-00644571 [Ang], par. 63.

² Voir la Loi relative à la création des CETC, article 35 (nouveau).

³ Id.

contre l'humanité et violations graves des Conventions de Genève, mais ne présentent pas les faits qui, selon eux, étaieraient les accusations de crimes visés à l'article 3 (nouveau) de la Loi relative aux CETC de meurtre, torture et persécutions religieuses. M. IENG Sary ne sait pas avec suffisamment de précision la nature et la cause des accusations portées contre lui.

4. Dans l'Ordonnance de clôture, les co-juges d'instruction n'ont pas présenté le(s) mode(s) de participation aux crimes de meurtre, torture ou persécutions religieuses reprochés à M. IENG Sary. Dans la partie de l'Ordonnance de clôture consacrée aux modes de participation applicables, les co-juges d'instruction ne développent que les questions touchant à l'entreprise criminelle commune, au fait de planifier, inciter, aider et encourager et ordonner et à la responsabilité du supérieur hiérarchique⁴. Les co-juges d'instruction ont estimé que ces modes de participation concernaient le génocide, les crimes contre l'humanité et les violations graves des Conventions de Genève, mais n'ont pas dit qu'ils concernaient les crimes visés à l'article 3 (nouveau) de la Loi relative aux CETC⁵. Les crimes relevant du droit national ont été ostensiblement exclus. Les co-juges d'instruction ont dit dans le passé que les modes de participation prévus par le droit international ne s'appliquaient pas aux crimes relevant du droit national⁶ et cette opinion n'a pas été annulée par la Chambre préliminaire⁷.

5. Puisque les modes de participation prévus par le droit international ne peuvent pas être appliqués aux crimes relevant du droit national, les co-juges d'instruction auraient dû préciser dans l'Ordonnance de clôture les modes de participation applicables prévus par le droit interne. Ils auraient dû ensuite expliquer en quoi les faits étaient conformes à la qualification juridique avancée. Si les co-juges d'instruction considéraient que M. IENG Sary a commis matériellement les crimes de meurtre, torture ou persécution religieuse, ils devaient présenter certaines informations dans l'Ordonnance de clôture. La Chambre préliminaire a déclaré comme suit : « [l]orsqu'il est reproché à l'accusé d'avoir matériellement commis les actes sous-tendant le crime en cause, l'Accusation est tenue d'indiquer, "avec grande

⁴ Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance de clôture, 15 septembre 2010, doc. n° D427, ERN : 00603639-00604410 (« Ordonnance de clôture »), par. 1521 à 1563.

⁵ Id., paras. 1525, 1545, 1546, 1548, 1549, 1551, 1552, 1554, 1555.

⁶ Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009, doc. n° D97/13, ERN: 00411057-00411067, par. 22 : « les modes de responsabilité relatifs aux crimes internationaux ne peuvent s'appliquer qu'aux crimes internationaux ».

⁷ Dossier n°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, doc. n° D97/14/15, ERN : 00535249-00535323 (« Décision relative à l'entreprise criminelle commune »), par. 102.

précision”, l’identité de la victime, le lieu et la date approximative des actes présumés et leur mode d’exécution⁸ ».

6. Comme les co-juges d’instruction n’ont présenté dans l’Ordonnance de clôture ni les faits étayant les accusations de meurtre, torture et persécutions religieuses ni les modes de participation de l’Accusé à ces crimes, la partie de l’Ordonnance de clôture concernant les crimes visés à l’article 3 (nouveau) de la Loi relative aux CETC est entachée de nullité pour vice de procédure.

B. Génocide

7. La Chambre de première instance doit retirer de l’Ordonnance de clôture toutes les références au crime de génocide parce que les co-juges d’instruction l’ont mal interprété. Les co-juges d’instruction ont correctement défini le génocide⁹ mais ils ont ensuite appliqué cette définition de manière erronée. Il est indiqué dans l’Ordonnance de clôture, entre autres¹⁰, que « [l]’intention des dirigeants du PCK de détruire le groupe cham peut également être déduite du fait que le génocide des Chams a eu lieu dans le contexte d’actes croissants de persécution dirigés contre les Chams et coordonnées par le PCK¹¹ » et que « [l]’intention des dirigeants du PCK de détruire le groupe vietnamien peut également être déduite du fait que le génocide a eu lieu dans le contexte d’actes croissants de déportation, persécution, incitation à la haine et propagande de guerre antivietnamiennes, autant d’actes décidés par ces dirigeants¹² ». Les co-juges d’instruction ont commis une erreur en concluant que l’intention génocidaire était déduite sans démontrer que cette déduction serait la seule conclusion raisonnable au vu des éléments de preuve.

8. L’intention génocidaire, d’après la jurisprudence du TPIY, « peut, à défaut d’éléments de preuve directs et explicites, procéder d’un certain nombre de faits et de circonstances, tels que le contexte général, la perpétration d’autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l’ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier,

⁸ Dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ(PTC02), Décision relative à l’appel interjeté par les co-procureurs contre l’ordonnance de clôture dans le dossier Kaing Guek Eav *alias* « Duch », 5 décembre 2008, doc. n° D99/3/42, ERN 00270362-00270417 (« Décision relative au renvoi de *Duch* »), par. 49 (non souligné dans l’original).

⁹ Ordonnance de clôture, par. 1312.

¹⁰ Voir *Id.*, pars. 1340 et 1347.

¹¹ *Id.*, par. 1341 (non souligné dans l’original).

¹² *Id.*, par. 1348 (non souligné dans l’original).

ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires¹³ ». Toutefois, cette déduction n'est autorisée que si celle-ci « est la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis¹⁴ ». C'est là un critère très rigoureux. Dans l'affaire *Jelisić*, la Chambre de première instance n'a pas pu conclure que celui-ci était animé de l'intention génocidaire requise¹⁵ alors même qu'elle avait constaté comme suit :

Goran Jelisić se présentait comme l'« Adolf serbe » et disait être venu à Brčko pour tuer tous des Musulmans. Il s'est aussi présenté comme « Adolf » lors de sa comparution initiale devant la Chambre du 26 janvier 1998. Il aurait déclaré aux détenus du camp de Luka : « j'ai vos vies entre mes mains, seuls 5 à 10 % d'entre vous sortirez d'ici. Selon un autre témoignage, Goran Jelisić aurait dit aux détenus musulmans du camp de Luka que 70 % d'entre eux devraient être tués, 30 % battus et qu'à peine 4 % de ces 30 % ne seraient peut-être pas mauvais ». Goran Jelisić a déclaré à un témoin « qu'il haïssait les Musulmans et voulait les tuer tous. Les Musulmans survivants pourraient être des esclaves, pour nettoyer les WC sans jamais avoir un métier professionnel ». Il aurait ajouté qu'il voulait « nettoyer » les Musulmans et qu'il le ferait avec plaisir, que les « balijas » avaient trop proliféré et qu'il devait en débarrasser le monde. Goran Jelisić aurait également dit qu'il haïssait les femmes musulmanes, qu'il trouvait très sales, et qu'il voulait les stériliser toutes de façon à empêcher la multiplication des Musulmans : qu'avant de les exterminer, il commencerait par les hommes de façon à éviter toute prolifération¹⁶ .

9. La Défense est d'accord avec les co-juges d'instruction quand ils ont défini le « niveau de preuve » requis au stade de l'Ordonnance de clôture¹⁷ comme étant seulement une « probabilité de culpabilité » et non l'« intime conviction » de la culpabilité¹⁸. Ce point ne doit pas être confondu avec la question de savoir si une déduction est la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis. D'après la jurisprudence du TPIY, que les co-juges d'instruction ont citée en l'approuvant, « [p]ar “présomption suffisante” [...] on entend des éléments crédibles de nature (s'ils ne sont pas contredits par la défense) à constituer un fondement suffisant pour déclarer l'accusé coupable d'un crime qui lui est reproché¹⁹ ». Les déductions des co-juges d'instructions ne seraient pas suffisantes pour déclarer M. IENG Sary coupable, puisqu'ils n'ont pas démontré, ni même tenté de le faire, que ce sont les seules raisonnables possibles. Les co-juges auraient dû, au moins, conformément au critère qu'ils ont fixé, alléguer que, au vu des probabilités, la seule déduction raisonnable était que M. IENG Sary était animé de l'intention spécifique de détruire, en tout ou en partie, un groupe

¹³ *Le Procureur c/ Jelisić*, affaire n° ICTY-95-10-A, Arrêt, 5 juillet 2001, par. 47.

¹⁴ *Le Procureur c/ Krstić*, affaire n° ICTY-98-33-A, Arrêt, 19 avril 2004, par. 4[1] (« Arrêt *Krstić* »). Voir aussi *Le Procureur c/ Vasiljević*, affaire n° ICTY-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, par. 120.

¹⁵ *Le Procureur c/ Jelisić*, affaire n° ICTY-95-10-T, Jugement, 14 décembre 1999, par. 107 et 108.

¹⁶ *Id.*, par. 102.

¹⁷ Ordonnance de clôture, par. 1320 à 1326.

¹⁸ *Id.*, par. 1323.

¹⁹ *Id.*, par. 1325, citant *Kordić et consorts*, affaire n° ICTY-95-14-I, Examen de l'acte d'accusation, 10 novembre 1995 (les co-juges d'instruction n'ont fourni ni le numéro de page ou de paragraphe, ni la date, ni le numéro de l'affaire ; non souligné dans l'original).

protégé, comme tel. Ils ne l'ont pas fait. Il n'existe aucune présomption permettant d'accuser M. IENG Sary de génocide et toutes les références au génocide doivent donc être retirées de l'Ordonnance de clôture.

10. Si la Chambre de première instance rejette la demande de retirer les paragraphes qui viennent d'être mentionnés, la Défense demande que l'Ordonnance de clôture soit modifiée pour faire en sorte que M. IENG Sary soit dûment informé des accusations portées contre lui. Les co-juges d'instruction ont commis une erreur en n'exposant pas pour quel fait de génocide punissable M. IENG Sary est poursuivi. Aux termes de la Loi relative aux CETC, sont punissables la tentative de commettre un génocide, la conspiration visant à commettre des actes de génocide et la participation à des actes de génocide. Chacun de ces modes de participation comprend certains éléments qui doivent être démontrés. La conspiration visant à commettre des actes de génocide « se caractérise par deux éléments qui doivent nécessairement être plaidés dans l'acte d'accusation : 1) un accord entre plusieurs individus ayant pour but la commission du génocide ; et 2) le fait que les individus parties à l'accord étaient animés l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel²⁰ ». Les co-juges d'instruction n'indiquent pas dans l'Ordonnance de clôture qu'il y a eu un réel accord visant à commettre un génocide, bien qu'ils allèguent que les membres de l'entreprise criminelle commune, qui avaient convenu d'un projet commun qui ne comportait pas de génocide, avaient connaissance du fait que la réalisation du projet commun s'était étendue au génocide²¹. Ils ne mentionnent pas que M. IENG Sary aurait tenté de commettre un génocide. L'Ordonnance de clôture doit donc être modifiée pour qu'il soit précisé que M. IENG Sary n'est pas accusé de tentative de génocide ou de conspiration visant à commettre un génocide.

C. Crimes contre l'humanité

11. L'Ordonnance de clôture est entachée d'erreur en ce qu'il est indiqué comme suit : « [l]es éléments constitutifs de crimes contre l'humanité sous forme de déportation sont réunis à Prey Veng et Svay Rieng et dans les coopératives de Tram Kok²² ». En outre, il est dit comme suit : « les Vietnamiens vivant au Cambodge ont été forcés en très grand nombre

²⁰ *Le Procureur c/ Nahimana et consorts*, affaire n° ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 Novembre 2007, par. 344 (non souligné dans l'original). Voir aussi *Le Procureur c/ Ntagerura et consorts*, affaire n° ICTR-99-46-A, Arrêt, 7 juillet 2006, par. 92 : « l'entente en vue de commettre le génocide est une résolution d'agir sur laquelle au moins deux personnes se sont accordées, en vue de commettre un génocide. L'existence d'un tel accord [...] aurait dû être alléguée dans l'Acte d'accusation [...] comme un fait essentiel ».

²¹ Ordonnance de clôture, par. 1527.

²² Id., par. 1398.

de quitter le lieu où ils résidaient légalement et de traverser la frontière vietnamienne²³ ». 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 supplétif²⁴ ». Les parties du réquisitoire introductif et des réquisitoires supplétifs qui traitent des crimes qui auraient été commis à Prey Veng,²⁵ Svay Rieng,²⁶ et dans les coopératives de Tram Kok²⁷ ne présentent pas des faits qui permettent de penser que « les Vietnamiens vivant au Cambodge ont été forcés en très grand nombre de quitter le lieu où ils résidaient légalement et de traverser la frontière vietnamienne ». Les co-juges d’instruction n’étaient pas autorisés à enquêter sur la déportation alléguée de Vietnamiens à Prey Veng, Svay Rieng et dans les coopératives de Tram Kok et en conséquence les paragraphes 1397 à 1401 de l’Ordonnance de clôture doivent être retirés.

12. Les co-juges d’instruction indiquent dans l’Ordonnance de clôture que « [d]ans les coopératives et les sites de travail forcé, comme lors des déplacements de population, les adversaires réels ou supposés du PCK étaient soumis à un traitement et des conditions de vie encore plus difficiles que le reste de la population²⁸ ». De même, ils indiquent que le « peuple nouveau » était « soumis à un traitement plus sévère que le peuple ancien dans un but de rééducation ou d’identification des “ennemis” en son sein²⁹ ». Cette allégation ne constitue pas une accusation particulière d’acte ou d’omission qualifiés de persécutions et manque de précision³⁰. En effet,

L’accusation de persécutions ne saurait être, du fait de son caractère vague, utilisée comme une accusation fourre-tout. Selon les principes élémentaires qui régissent l’énonciation des accusations, il ne suffit pas qu’un acte d’accusation fasse état d’un crime en termes généraux. Il doit aller dans les détails, ce qui ne veut pas dire, comme le relève à juste titre la jurisprudence de ce Tribunal, que l’Accusation soit tenue de porter une accusation distincte pour chacun des crimes que recouvre l’accusation générale de persécutions. L’Accusation doit, comme c’est le cas pour toutes les autres infractions sanctionnées par le Statut, préciser les aspects essentiels du comportement criminel de l’accusé qui, selon elle, touche au rôle

²³ Id.

²⁴ Règle 55 2) du Règlement intérieur.

²⁵ Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Réquisitoire introductif, 18 juillet 2007, doc. n° D3, ERN : 00197410-00197545, par. 11, 42, 69 et 70.

²⁶ Id., par. 42, 66, 69 et 72.

²⁷ Id., par. 43.

²⁸ Ordonnance de clôture, par. 1418.

²⁹ Id., par. 1417.

³⁰ *Le Procureur c/ Blaškić*, affaire n° ICTY-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004 (« Arrêt *Blaškić* »), par. 139 : « La Chambre d’appel fait observer que l’Accusation est tenue d’exposer précisément les actes constitutifs de persécutions ». Voir aussi *Le Procureur c/ Blagojević et Jokić*, affaire n° ICT-Y02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, par. 581 ; *Le Procureur c/ Brđanin*, ICTY-99-36-T, Jugement, 1^{er} septembre 2004 (« Jugement *Brđanin* »), par. 994 ; *Le Procureur c/ Stakić*, affaire n° ICTY-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003 (« Jugement *Stakić* »), par. 735.

qu'il a joué dans le crime commis. Sinon, l'acte d'accusation serait d'une imprécision inacceptable, car la capacité de l'accusé de préparer sa défense s'en trouverait diminuée³¹.

13. Les co-juges d'instruction ne précisent ni en quoi le « peuple nouveau » était traité différemment ni en quoi les conditions auxquelles étaient soumis les adversaires réels et supposés étaient plus difficiles que celles auxquelles étaient soumises les autres personnes. Les co-juges d'instruction n'ont pas présenté avec suffisamment de précision les faits qualifiés de crime de persécutions pour motifs politiques qu'aurait commis M. IENG Sary.

14. S'agissant de l'élément moral des persécutions religieuses, les co-juges d'instruction n'ont pas précisé comment le « contexte de l'attaque et [l]es circonstances entourant la commission des actes » indiquent une intention spécifique d'effectuer des discriminations pour motifs religieux³². Dans cette allégation ne se trouve aucune accusation concernant des actes ou omissions précis pouvant caractériser l'intention spécifique requise pour établir l'existence de persécutions pour motifs religieux ; elle n'est donc pas suffisamment précise.

15. S'agissant de l'élément moral de persécutions pour motifs raciaux, les co-juges d'instruction n'ont pas précisé comment le « contexte de l'attaque et [l]es circonstances entourant la commission des crimes » indiquent une intention spécifique d'effectuer des discriminations pour motifs raciaux³³. Dans cette allégation ne se trouve aucune accusation concernant des actes ou des omissions pouvant caractériser l'intention spécifique requise pour établir l'existence de persécutions pour motifs raciaux ; elle n'est donc pas suffisamment précise. Toutes les références à la persécution doivent donc être retirées de l'Ordonnance de clôture car elles sont entachées de nullité pour vice de forme.

D. Responsabilité du supérieur hiérarchique

16. La Chambre de première instance doit retirer toutes les références à la responsabilité du supérieur hiérarchique qui se trouvent dans l'Ordonnance de clôture parce que ce mode de participation n'a pas été exposé avec suffisamment de précision. Dans l'affaire *Duch*, la Chambre préliminaire a jugé comme suit : « [l]orsqu'il est mis en cause en sa qualité de supérieur hiérarchique, l'accusé doit être informé, de la manière la plus précise possible, non

³¹ *Le Procureur c/ Kupreškić et consorts*, affaire n° ICTY-95-16-A, Arrêt, 23 octobre 2001, para. 98.

³² Voir l'Ordonnance de clôture, par. 1423.

³³ Id.

seulement des actes qu'il aurait lui-même commis, mais aussi des actes prétendument commis par les personnes dont il est présumé responsable³⁴ ».

17. D'après la jurisprudence du TPIR (la Chambre préliminaire a affirmé que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* concernant la forme de l'acte d'accusation était pertinente devant les CETC³⁵) :

Si l'Accusation a l'intention d'invoquer la responsabilité du supérieur hiérarchique pour faire valoir qu'un accusé est pénalement responsable d'un crime visé à l'article 6.3) du Statut, l'Acte d'accusation doit exposer les éléments suivants : 1) la position de supériorité hiérarchique de l'accusé sur des subordonnés, identifiés avec suffisamment de précision, sur lesquels il exerce un contrôle effectif – dans le sens où il est matériellement en mesure d'empêcher les crimes ou d'en punir les auteurs – et dont il est allégué que les actes ont engagé sa responsabilité ; 2) les actes criminels de ces autres personnes, dont il est allégué qu'il est responsable ; 3) les actes de l'accusé qui peuvent démontrer qu'il savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés étaient sur le point de commettre des crimes ou les avaient commis ; et 4) les actes de l'accusé qui démontrent qu'il a omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ces crimes ou en punir les auteurs³⁶ [traduction non officielle]

18. L'Ordonnance de clôture ne remplit pas cette condition de précision, puisque les co-juges d'instruction ont seulement indiqué comme suit :

Il résulte de l'instruction des charges suffisantes contre **Nuon Chea, Ieng Sary, et Khieu Samphan** de s'être rendus responsables en qualité de supérieurs hiérarchiques, en raison du contrôle effectif qu'ils exerçaient sur leurs subordonnés (l'ARK ; les membres des comités de zone ; la milice et les cadres locaux ; le personnel des centres de sécurité ; les chefs d'unités et superviseurs de camps de travail et de coopératives), qui ont commis les crimes suivants : GÉNOCIDE par meurtres, infraction prévue et punie par les articles 4, 29 (nouveau) et 39 (nouveau) de la Loi relative aux CETC, à savoir le génocide de : (a) Chams (b) Vietnamiens ; VIOLATIONS GRAVES DES CONVENTIONS DE GENÈVE DU 12 AOÛT 1949 [...] à savoir : (a) homicides intentionnels (b) torture ou traitements inhumains (c) fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé (d) fait de priver intentionnellement des prisonniers de guerre ou des civils de leur droit à un procès équitable (e) détention illégale de civils (f) déportation illégale de civils CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ [...] à savoir : (a) meurtres (b) extermination (c) réduction en esclavage (d) déportation (e) emprisonnement (f) torture (g) viol dans le contexte de mariages forcés (h) persécution pour motifs politiques (i) persécution pour motifs raciaux de Vietnamiens (j) persécution pour motifs raciaux de Chams (k) persécution pour motifs religieux de Bouddhistes (l) autres actes inhumains (sous forme d'atteintes à la dignité humaine, de mariages forcés, de transferts forcés et de disparitions forcées. **Nuon Chea, Ieng Sary, et Khieu Samphan** savaient ou avaient des raisons de savoir qu'était imminente la commission, par leurs subordonnés, des crimes énumérés ci-dessous, et ils ont failli à leur obligation de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ces crimes. En outre, **Nuon Chea, Ieng Sary et Khieu Samphan** savaient ou avaient des raisons de savoir que ces crimes étaient effectivement commis par leurs subordonnés et ils ont failli à leur obligation de sanctionner les auteurs.³⁷

³⁴ Décision relative au renvoi de *Duch*, par. 49 (non souligné dans l'original).

³⁵ Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 93.

³⁶ *Le Procureur c/ Muvunyi*, affaire n° ICTR-2000-55A-A, Arrêt, 29 août 2008 [uniquement disponible en anglais], par. 19 (non souligné dans l'original).

³⁷ Ordonnance de clôture, par. 1559 et 1560.

19. Cette déclaration ne précise aucunement en particulier : **a.** les actes de M. IENG Sary, **b.** qui étaient ses subordonnés, **c.** la nature de la relation hiérarchique, **d.** les éléments qui démontrent que M. IENG Sary exerçait un contrôle effectif sur ses subordonnés, **e.** les éléments qui démontrent que M. IENG Sary avait l'obligation de prévenir les crimes commis par ses subordonnés ou d'un punir les auteurs; **f.** quels actes de ses subordonnés peuvent précisément être qualifiés de génocide, violations graves des Conventions de Genève et crimes contre l'humanité, **g.** quels éléments démontrent que M. IENG Sary avait connaissance de ces crimes commis par ses subordonnés, **h.** quels éléments étayaient l'affirmation selon laquelle il n'a pas empêché ces crimes ou puni leurs auteurs. Cette allégation dans l'Ordonnance de clôture n'est pas assez précise pour suffisamment informer M. IENG Sary de la manière par laquelle la responsabilité du supérieur hiérarchique sera appliquée en ce qui le concerne. Comme les co-juges d'instruction n'ont pas exposé les faits ou les lignes de conduite précis qui auraient justifié qu'ils mentionnent cette forme de participation, toutes les références à la responsabilité du supérieur hiérarchique doivent être retirées de l'Ordonnance de clôture car elles sont entachées de nullité pour vice de procédure.

E. Entreprise criminelle commune

20. La Chambre de première instance doit retirer toutes les références à l'entreprise criminelle commune parce que les co-juges d'instruction ont commis les erreurs suivantes : **a.** ils ont interprété à tort l'élément moral requis pour la participation de M. IENG Sary à un projet criminel commun et **b.** ils ont affirmé que le projet criminel commun s'était étendu au génocide, sans démontrer d'intention spécifique.

21. D'après la Chambre préliminaire, « [l']entreprise criminelle commune est dite élémentaire (première catégorie) lorsque les participants ont agi en exécution d'un dessein commun ou d'une entreprise commune et étaient animés d'une intention commune de commettre un crime³⁸ » Rien dans l'Ordonnance de clôture ne permet de démontrer que M. IENG Sary a participé à une entreprise criminelle commune en étant animé d'une intention commune de commettre un crime relevant de la compétence des CETC ; les co-juges d'instruction ont manifestement appliqué la doctrine de l'entreprise criminelle commune à tort à cause d'une mauvaise interprétation de l'élément moral requis. Ils affirment comme suit :

³⁸ Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 37 (non souligné dans l'original).

Le projet commun des dirigeants du PCK était de réaliser au Cambodge une révolution socialiste rapide par tous les moyens nécessaires, à la faveur d'un « grand bond en avant » et en défendant le Parti contre les ennemis de l'intérieur comme de l'extérieur. Ce projet en lui-même n'était pas de nature intégralement criminelle mais sa mise en œuvre a consisté à commettre des crimes relevant de la compétence des CETC, ou en a impliqué la perpétration. Pour réaliser ce projet commun, les dirigeants du PCK ont défini et mis en œuvre cinq politiques ci-après énumérées, dont l'application a consisté en la commission de crimes, ou en a impliqué la perpétration par des membres de l'Entreprise Criminelle Commune ainsi que par des personnes qui n'en faisaient pas partie³⁹.

22. Il semble que les co-juges d'instruction reconnaissent dans l'Ordonnance de clôture que le projet commun peut ne pas avoir été criminel et que le projet commun ne visait peut-être même pas à être mis en œuvre par des politiques nécessairement criminelles ; ce ne serait que le résultat de la mise en œuvre de ces politiques qui aurait impliqué la commission de crimes. Ils affirment comme suit « [l]'intention criminelle de M. IENG Sary peut se déduire de ses paroles, de ses actions et de ses omissions⁴⁰ ». Toutefois, « [u]ne entreprise criminelle commune de première catégorie existe lorsque l'objectif commun est de commettre un crime visé par le Statut ou en implique un. Il est nécessaire que les participants à l'entreprise criminelle commune, y compris l'accusé, partagent la même intention, celle de commettre des crimes sanctionnés par le Statut qui s'inscrivent dans le cadre de l'objectif commun⁴¹ ». L'existence d'un projet commun qui a seulement eu pour « résultat » la commission de crimes ne remplit pas la condition requise, qui veut que M. IENG Sary aurait dû adhérer à un projet criminel commun, en partageant l'intention de commettre des crimes relevant de la compétence des CETC⁴². Affirmer qu'il avait l'intention d'atteindre ce résultat, surtout en l'absence de toute preuve de cette intention, n'est pas suffisant pour affirmer qu'il existe une présomption qu'il a participé à une entreprise criminelle commune de première catégorie⁴³.

23. La conclusion que tirent les co-juges d'instruction dans l'Ordonnance de clôture, selon laquelle une entreprise criminelle commune existait alors que les crimes étaient

³⁹ Ordonnance de clôture, par. 1524 et 1525 (non souligné dans l'original).

⁴⁰ Id., par. 1535.

⁴¹ *Le Procureur c/ Krajišnik*, affaire n° ICTY-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006, par. 883. Voir aussi *Le Procureur c/ Brđanin*, affaire n° ICTY-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007 (« Arrêt *Brđanin* »), par. 418: « [c]e qui est nécessaire en revanche, c'est un but commun qui est de commettre un crime ou en implique un. [...] pour qu'un participant à une entreprise criminelle commune soit tenu responsable d'un crime commis par une autre personne, il faut que ce crime *entre dans le cadre du but criminel commun* » (non souligné dans l'original, en italique dans l'original). Voir aussi la Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 38.

⁴² Voir la Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 39. « La première catégorie requiert l'intention partagée de commettre le ou les crimes ».

⁴³ « "Par présomptions suffisantes" [...] on entend des éléments crédibles de nature (s'ils ne sont pas contredits par la Défense) à constituer un fondement suffisant pour déclarer l'accusé coupable d'un crime qui lui est reproché », Ordonnance de clôture, par. 1325, citant *Kordić et consorts*, affaire n° ICTY-95-14-I, Examen de l'acte d'accusation, 10 novembre 1995 (les co-juges d'instruction n'ont fourni ni le numéro de page ou de paragraphe, ni la date, ni le numéro de l'affaire ; non souligné dans l'original).

seulement le résultat de politiques non criminelles destinées à mettre en œuvre un projet commun non criminel s'écarte de la jurisprudence constante des tribunaux *ad hoc*. Le critère adopté par les co-juges d'instruction est encore moins rigoureux que celui, déjà très critiqué⁴⁴, développé au TSSL – à savoir que le plan criminel doit seulement « envisager » la commission de crimes visés au Statut du TSSL comme moyen d'atteindre un objectif⁴⁵. Comme l'a fait observer la juge Fisher dans son opinion partiellement dissidente dans l'Arrêt *Sesay*, « la théorie de l'entreprise criminelle commune, depuis qu'elle a été exposée par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, a fait l'objet de critiques en raison du danger d'en voir les applications aller trop loin. Les tribunaux pénaux internationaux doivent prendre ces avertissements au sérieux et s'assurer que les éléments constitutifs rigoureux élaborés pour définir l'entreprise criminelle commune sont appliqués de manière cohérente afin de garantir que la théorie de l'entreprise criminelle commune ne dépasse pas les limites qui lui ont été fixées ou ne verse pas dans une forme de culpabilité par association⁴⁶ » [traduction non officielle].

24. Si les co-juges d'instruction déduisent que M. IENG Sary a effectivement participé à un projet criminel commun dont il partageait l'intention, celle de commettre des crimes, non seulement ils doivent établir que cette déduction est la seule raisonnable⁴⁷, mais ils doivent également exposer « les faits et les circonstances qui leur permettent de tirer cette conclusion⁴⁸ ». Ils ne l'ont pas fait. Les « faits » et les circonstances qui sont exposés concernant la participation ou la contribution de M. IENG Sary au plan commun ne permettent pas de déduire qu'il partageait l'intention de commettre un crime⁴⁹. Ils permettent seulement de déduire qu'il avait l'intention de participer à un plan qui n'était pas criminel par nature et qui devait être mis en œuvre par des politiques qui n'étaient pas criminelles par nature.

⁴⁴ Voir par exemple Wayne Jordash & Penelope Van Tuyl, *Failure to Carry the Burden of Proof: How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 591 (2010); Cecily Rose, *Troubled Indictments at the Special Court for Sierra Leone: The Pleading of Joint Criminal Enterprise and Sex-Based Crimes*, 7(2) J. INT'L CRIM. JUST. 353 (2009).

⁴⁵ *Prosecutor v. Brima et al.*, SCSL-2004-16-A, *Judgement*, 22 février 2008 (uniquement disponible en anglais), par. 76.

⁴⁶ *Prosecutor v. Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, *Judgement*, 26 octobre 2009 [uniquement disponible en anglais], *Partially Dissenting and Concurring Opinion of Justice Shireen Avis Fisher*, par. 44.

⁴⁷ Arrêt *Brđanin*, par. 429.

⁴⁸ *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° ICTY-97-25-T, Décision relative à la forme du deuxième acte d'accusation modifié, 11 mai 2000, par. 16.

⁴⁹ Voir l'Ordonnance de clôture, par. 1534.

25. En outre, comme les crimes contre l'humanité et le génocide exigent que soit prouvée une intention spécifique, les co-juges d'instruction doivent, dans l'Ordonnance de clôture, exposer les faits et les circonstances dont ils déduisent que M. IENG Sary était animé de cette intention spécifique. La Chambre de première instance du TPIY a expliqué dans l'affaire *Kvočka*, ce qui a été confirmé en appel : « [l]orsque le crime exige une intention spéciale [...], doivent être également réunies sur la tête de l'accusé les conditions supplémentaires qui s'attachent à ce crime, comme par exemple l'intention d'exercer une discrimination pour des raisons politiques, raciales ou religieuses s'il est coauteur⁵⁰ ». Les co-juges d'instruction n'ont pas mentionné les éléments qui leur permettent d'affirmer que M. IENG Sary était animé d'une telle intention. Tous les paragraphes mentionnant l'entreprise criminelle commune doivent être retirés de l'Ordonnance de clôture.

26. Si la Chambre de première instance conclut que les références à l'entreprise criminelle commune ne doivent pas être retirées de l'Ordonnance de clôture, la Défense demande, à défaut, que toutes les références au fait que l'entreprise criminelle commune s'est étendue au génocide soient retirées. Il est indiqué dans l'Ordonnance de clôture comme suit :

Quant aux politiques dirigées contre les Chams et les Vietnamiens, le projet d'éliminer ces groupes pourrait n'avoir existé qu'à partir d'avril 1977 pour les Vietnamiens et à partir du début de l'année 1977 pour les Chams. À partir de ce moment-là, les membres de l'Entreprise Criminelle Commune avaient connaissance du fait que la réalisation du projet commun s'était étendue au génocide de ces groupes protégés. Le fait pour les membres de l'Entreprise Criminelle Commune d'accepter cet accroissement des moyens criminels employés tout en persistant dans la réalisation du projet commun signifiait qu'ils avaient l'intention de réaliser ce projet par le génocide⁵¹

27. Selon la jurisprudence du TPIY, il est possible d'établir par déduction que le plan criminel commun qui se trouve au cœur de l'entreprise criminelle commune a pu s'étendre et que les membres de l'entreprise criminelle commune ont accepté cet accroissement⁵². Le problème de l'affirmation des co-juges d'instruction est que, pour établir le crime de génocide, il faut démontrer que l'auteur était animé d'une intention spécifique. Le fait de connaître et d'accepter un génocide ne signifie pas avoir l'intention spécifique de détruire, en tout ou en partie, un groupe comme tel. La Chambre d'appel du TPIY a développé cette règle dans l'affaire *Krstić*. Elle a conclu comme suit :

⁵⁰ *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, ICTY-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005 (« Arrêt *Kvočka* »), par. 109 et 110.

⁵¹ Ordonnance de clôture, par. 1527 (non souligné dans l'original).

⁵² *Le Procureur c/ Krajišnik*, ICTY-00-39-A, Arrêt, 17 mars 2009, par. 163.

les moyens de preuve produits permettent seulement d'établir que Radislav Krstić avait connaissance de l'intention génocidaire qui animait certains membres de l'état-major principal de la VRS, et qu'il n'a néanmoins rien fait pour empêcher l'utilisation des membres et des moyens de Corps de la Drina pour faciliter ces massacres. La connaissance qu'il avait de cette intention génocidaire ne permet pas à elle seule de conclure qu'il en était animé. Le génocide est l'un des crimes les plus odieux qui soient, et sa gravité a pour corollaire l'exigence stricte d'une intention spécifique. Un accusé ne peut être déclaré coupable de génocide que si cette intention est clairement établie.⁵³

28. La question n'est pas de savoir s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour déduire l'intention génocidaire. Le problème est que les co-juges d'instruction ont conclu à tort que l'intention génocidaire spécifique requise pour établir la participation à une entreprise criminelle commune de la première catégorie peut être déduite du seul fait qu'un accusé avait connaissance de son accroissement et qu'il l'a accepté. Une telle déduction n'est pas possible. Par conséquent, toutes les références à un projet criminel commun visant à commettre un génocide doivent être retirées de l'Ordonnance de clôture.

F. Planifier, inciter, aider et encourager et ordonner

29. La Chambre de première instance doit retirer toutes les références au fait d'avoir planifié, incité, aidé et encouragé et ordonné qui se trouvent dans l'Ordonnance de clôture, parce que les co-juges d'instruction n'ont pas qualifié juridiquement comme il convient les faits qui permettraient d'établir une responsabilité pénale fondée sur ces formes de participation aux crimes. D'après la Chambre préliminaire, « [l]orsqu'on reproche à l'Accusé d'avoir planifié, incité à commettre, ordonné ou aidé et encouragé à exécuter les crimes allégués, l'Accusation doit préciser les "agissements" ou la "ligne de conduite" de ce dernier qui engagent sa responsabilité⁵⁴ ». Les co-juges d'instruction n'ont pas fait cela, ils se sont contentés de déclarer dans chaque partie pertinente sous le titre « Qualifications juridiques relatives aux formes de responsabilité » comme suit :

Sur la base des éléments de preuve exposés dans la section « Personnes mises en examen » de la présente Ordonnance, il résulte de l'instruction des charges suffisantes contre **Nuon Chea**, **Ieng Sary**, et **Khieu Samphan**, d'avoir planifié, la commission des crimes énumérés ci-dessous :

[...]

Sur la base des éléments de preuve exposés dans la section « Personnes mises en examen » de la présente Ordonnance, il résulte de l'instruction des charges suffisantes contre **Nuon Chea**, **Ieng Sary**, et **Khieu Samphan**, d'avoir incité d'autres individus à commettre les crimes énumérés ci-dessous :

[...]

⁵³ Arrêt *Krstić*, par. 134 (non souligné dans l'original).

⁵⁴ Décision relative au renvoi de *Duch*, par. 49 (non souligné dans l'original).

Sur la base des éléments de preuve exposés dans la section « Personnes mises en examen » de la présente Ordonnance, il résulte de l’instruction des charges suffisantes contre **Nuon Chea**, **Ieng Sary**, et **Khieu Samphan** de s’être rendus complices par aide et assistance de la commission des crimes suivants :

[...]

Sur la base des éléments de preuve exposés dans la section « Personnes mises en examen » de la présente Ordonnance, il résulte de l’instruction des charges suffisantes contre **Nuon Chea**, **Ieng Sary**, and **Khieu Samphan**, d’avoir donné des ordres à leurs subordonnés (l’ARK ; les membres des comités de Zone, secteurs et districts ; la milice et les cadres locaux ; le personnel des centres de sécurité ; les chefs d’unité et superviseurs de camps de travail et de coopératives), ce qui a contribué à la commission des crimes suivants⁵⁵.

30. Les co-juges d’instruction n’ont pas précisé les actes ou lignes de conduite précis qui justifieraient la mention de chacun des modes de participation. Dans la partie de l’Ordonnance de clôture intitulée « Rôles des personnes mises en examen » les co-juges d’instruction n’allèguent pas précisément ou clairement comment ces modes de participation s’appliquent en l’espèce. Par exemple, ils n’expliquent pas en quoi M. IENG Sary remplit les conditions nécessaires pour que lui soit reproché d’avoir ordonné de commettre un crime. « La responsabilité pénale pour le fait d’ordonner est engagée lorsqu’une personne se trouvant dans une position d’autorité donne ou transmet, de façon explicite ou implicite, l’ordre de commettre un crime, avec l’intention ou la conscience de la réelle probabilité que ce crime puisse être commis au cours de l’exécution de l’ordre donné⁵⁶ ». Ils ne font pas non plus valoir que M. IENG Sary aurait incité à commettre des crimes. Comme ils n’exposent pas les actes ou lignes de conduite précis qui justifieraient de reprocher à M. IENG Sary d’avoir planifié, incité, aidé et encouragé ou ordonné, les parties de l’Ordonnance de clôture où les co-juges d’instruction appliquent ces modes de participation doivent être retirées car elles sont entachées de nullité pour vice de procédure.

31. En outre, ces modes de participation doivent être retirés de l’Ordonnance de clôture parce que les co-juges d’instruction affirment, après avoir abordé la question de l’entreprise criminelle commune, que « [a]u surplus ou alternativement, une ou plusieurs des formes de responsabilité pénale mentionnées ci-dessous [ordonner, inciter, ordonner et aider et encourager] s’appliquent aux faits de l’espèce⁵⁷ ». C’est une erreur d’affirmer qu’il est possible d’appliquer ces modes de participation au surplus de la commission par le biais d’une entreprise criminelle commune. Une personne ne peut être tenue responsable pour avoir à la fois commis un crime et l’avoir planifié. « Une personne déclarée coupable d’avoir

⁵⁵ Ordonnance de clôture, par. 1545, 1548, 1551 et 1554.

⁵⁶ Id., par. 1553.

⁵⁷ Id., par. 1542 (non souligné dans l’original).

commis un crime ne le sera pas pour avoir planifié le même crime. Cependant, sa participation à la planification peut constituer une circonstance aggravante⁵⁸ ». Il en va de même pour avoir incité⁵⁹, ordonné⁶⁰ et aidé et encouragé⁶¹. Si les co-juges d'instruction entendaient conclure que M. IENG Sary a commis un crime ou des crimes, et a seulement planifié, ou incité, ordonné, ou aidé et encouragé à commettre un autre crime ou d'autres crimes, ils auraient dû l'exposer clairement et précisément. Au contraire, les co-juges d'instruction affirment à tort dans l'Ordonnance de clôture que M. IENG Sary a commis tous les crimes allégués dans l'Ordonnance de clôture par le biais de sa participation à une entreprise criminelle commune⁶² (sans voir que la théorie de l'entreprise criminelle commune n'est pas un mode de participation acceptable pour les crimes relevant du droit national reprochés) et qu'il peut également être responsable de génocide, crimes contre l'humanité et violations graves pour avoir planifié, incité, ordonné et aidé et encouragé⁶³.

III. MESURES DEMANDÉES

PAR CES MOTIFS, la Défense demande que la Chambre de première instance ANNULE les parties de l'Ordonnance de clôture suivantes :

- a. Toutes les références aux crimes relevant du droit national ;
- b. Toutes les références au génocide ; ou, à défaut, que la Chambre MODIFIE l'Ordonnance de clôture de manière à exclure la commission et la complicité du crime de génocide ;
- c. Les paragraphes 1397 à 1401 concernant les crimes contre l'humanité et toutes les références aux persécutions comme crime contre l'humanité ;

⁵⁸ Jugement *Brđanin*, par. 268. Voir aussi *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, affaire n° ICTY-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001, par. 386 : « une personne dont la culpabilité pour avoir commis un crime est établie ne sera pas pénalement responsable d'avoir planifié le même crime ».

⁵⁹ Arrêt *Blaškić*, par. 91 et 92 ; Arrêt *Kvočka*, par. 104 ; *Le Procureur c/ Kordić et Čerkez*, affaire n° ICTY-95-14/2-A, Arrêt, 17 décembre 2004, par. 33 à 35 ; *Le Procureur c/ Delalić et consorts*, affaire n° ICTY-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, par. 745 ; *Le Procureur c/ Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A, Arrêt, 23 mai 2005 [uniquement disponible en anglais], par. 81,82 et 91 ; *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, affaire n° ICTY-05-87-T, Jugement, 26 février 2009 [uniquement disponible en anglais], par. 77.

⁶⁰ Jugement *Stakić*, par. 445.

⁶¹ *Le Procureur c/ Simić et consorts*, affaire n° ICTY-95-9-T, Jugement, 17 octobre 2003, par. 138 : « [l]a Chambre d'appel a récemment confirmé qu'un accusé reconnu coupable d'avoir participé à une entreprise criminelle commune devait être considéré comme coauteur des crimes « commis » et non comme complice : autrement dit, la participation à une entreprise criminelle commune est une forme de coaction ».

⁶² Ordonnance de clôture, par. 1540.

⁶³ Id., par. 1545, 1548, 1551 et 1554.

- d. Toutes les références à la responsabilité du supérieur hiérarchique ;
- e. Toutes les références à l'entreprise criminelle commune ;
- f. Toutes les références au fait d'avoir planifié, incité, aidé et encouragé et ordonné.

[signé]

[signé]

Me ANG Udom

Me Michael KARNAVAS

Co-avocats de M. IENG Sary

Signé à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 24 janvier 2011.