

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

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ **Partie déposante :** la défense de IENG Sary

Déposé devant : les co-juges d'instruction **Langue :** français, original en anglais

Date du document : 30 juillet 2009

Classement proposé : PUBLIC

Classement retenu par

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

Statut du classement retenu :

**Révision du classement provisoire
retenu :**

**Nom du fonctionnaire chargé des
dossiers :**

Signature :



**RÉPLIQUE DE IENG SARY À LA RÉPONSE DES CO-PROCUREURS À LA
REQUÊTE DE IENG SARY TENDANT À CE QUE DES SANCTIONS SOIENT
IMPOSÉES CONTRE LES CO-PROCUREURS POUR AVOIR TROMPÉ
LE TRIBUNAL DANS LEURS OBSERVATIONS SUPPLÉMENTAIRES
SUR L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE**

Déposé par :

Les co-avocats :

Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS

Destinataire :

Les co-juges d'instruction :

M. YOU Bun Leng
M. Marcel LEMONDE

En vertu de la règle 35 1) du Règlement intérieur des CETC (le « Règlement »), M. IENG Sary, par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « défense »), soumet la présente réplique à la réponse que les co-procureurs ont déposée le 16 juillet 2009 à la requête qu'il avait présentée afin que des sanctions soient imposées contre les co-procureurs qu'il accusait d'avoir trompé le tribunal à propos du droit en matière d'entreprise criminelle commune (la « réponse des co-procureurs »). Dans sa réponse, les co-procureurs évitent délibérément de répondre à l'allégation faite directement par la défense dans sa requête selon laquelle le Professeur Scharf et des membres du Bureau des co-procureurs ont consciemment et délibérément trompé le Bureau des co-juges d'instruction¹. Les co-procureurs tentent de détourner les co-juges d'instruction de cette grave allégation en mettant en cause la source des informations à partir desquelles cette allégation a été faite. Aucune affirmation vague concernant la « compréhension [qu'ont les co-procureurs] du droit en matière d'entreprise criminelle commune (traduction non officielle)² » ne saurait empêcher les co-juges d'instruction de s'acquitter de leur tâche essentielle qui est de s'assurer que la procédure soit « équitable et contradictoire³ » et de sanctionner toute partie qui consciemment et délibérément entrave l'administration de la justice⁴.

I. ARGUMENTATION

1. Selon l'allégation au cœur de la requête, le Professeur Scharf aurait reconnu en public que le Bureau des co-procureurs a délibérément omis de communiquer des éléments pertinents de la jurisprudence relative à l'adoption et à la portée des principes de la Charte et des jugements de Nuremberg (les « principes de Nuremberg »). Comme l'a reconnu le Professeur Scharf pendant son exposé, ces éléments de jurisprudence auraient été dissimulés parce qu'ils ébranlaient la position de l'entreprise criminelle commune dans le droit international coutumier, position que faisaient valoir les co-procureurs dans leurs observations supplémentaires relatives à l'entreprise criminelle commune⁵. Ce point est sans aucun doute au cœur de la controverse autour de la question de savoir si l'entreprise criminelle commune est applicable aux CETC : « une question

¹ Affaire *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Ieng Sary's Request for Sanctions Under Internal Rule 35 Due to the Co-Prosecutors Misleading the Court in their Supplementary Observations on Joint Criminal Enterprise Filed on 31 December 2008*, 29 juin 2009 (la « requête »).

² Réponse des co-procureurs, par. 3.

³ Règle 21 1) a).

⁴ Règle 35 1).

⁵ Affaire *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, *Co-Prosecutors' Supplementary Observations on Joint Criminal Enterprise*, 31 décembre 2008 (les « observations supplémentaires des co-procureurs »), citées dans la requête, par.1.

fondamentale en l'espèce est celle de savoir si l'entreprise criminelle commune relevait du droit international coutumier entre 1975 et 1979 [...] et à moins que l'on puisse répondre par l'affirmative à cette question, cette forme de responsabilité ne saurait être retenue contre les personnes mises en examen devant les CETC⁶ (traduction non officielle) ».

2. Au lieu de répondre directement à l'allégation qui est portée contre eux, à savoir qu'ils ont tenu des discussions et finalement décidé de ne pas communiquer aux co-juges d'instruction l'existence de la résolution 488 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies⁷, laquelle aurait ébranlé la position de l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier, les co-procureurs se contentent dans leur réponse de faire plusieurs déclarations anodines, incomplètes ou obscures, nécessitant toutes des éclaircissements.

A. L'affirmation des co-procureurs selon laquelle leurs observations supplémentaires reflétaient correctement l'interprétation qu'ils avaient du droit en matière d'entreprise criminelle commune à la date du dépôt de ces observations⁸.

3. Les co-procureurs affirment que, « bien qu'aucune plaidoirie en droit ne saurait invoquer l'ensemble de la jurisprudence existante sur cette question [...] les observations supplémentaires se livraient à un examen exhaustif de la jurisprudence afin d'étayer leur argument selon lequel l'entreprise criminelle commune relevait du droit international coutumier durant la période comprise entre 1975 et 1979 (traduction non officielle)⁹ ». Cette remarque est sans rapport avec l'espèce. En effet, la requête ne visait pas à montrer que les co-procureurs avaient omis d'évoquer l'ensemble de la jurisprudence existante couvrant tous les aspects de l'entreprise criminelle commune. Elle leur reprochait plutôt d'avoir prétendu que la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies (la « résolution 95 (I) ») « entérinait unanimement la Charte et les jugements de Nuremberg (traduction non officielle)¹⁰ » tout en omettant délibérément de mentionner dans leurs observations supplémentaires l'existence, dont ils avaient connaissance, d'une résolution ultérieure de l'Assemblée générale des Nations Unies qui « allait manifestement à l'encontre de leur position concernant l'applicabilité de l'entreprise criminelle

⁶ Requête, par. 2.

⁷ Résolution 488 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 320^e séance plénière, adoptée le 12 décembre 1950.

⁸ Réponse des co-procureurs, par. 3.

⁹ Ibid.

¹⁰ Observations supplémentaires des co-procureurs, par. 12.

commune (traduction non officielle)¹¹ ». En se fondant catégoriquement sur la résolution 95 (I) et en en faisant la pièce maîtresse de leur argumentation, les co-procureurs se sont imposés à eux-mêmes l'obligation d'appeler l'attention des co-juges d'instruction sur toute résolution ultérieure de l'Assemblée générale des Nations Unies mettant en cause la valeur de la résolution 95 (I). Ils n'en ont rien fait, et ce en toute conscience.

4. Il est intéressant de constater que les co-procureurs expliquent pourquoi ils ont choisi de ne pas informer les co-juges d'instruction de l'existence de cette résolution ultérieure de l'Assemblée générale des Nations Unies : ils entendaient exclusivement invoquer la jurisprudence « susceptible d'étayer leur argument selon lequel l'entreprise criminelle commune relevait du droit international coutumier durant la période comprise entre 1975 et 1979 (traduction non officielle)¹² ». Les membres du Bureau des co-procureurs méconnaissent, dans une douce béatitude ou en parfaite conscience, l'obligation concrète qui est la leur de communiquer au tribunal la jurisprudence qui ne va pas dans le sens de leurs principaux arguments, une obligation que l'on retrouve d'ailleurs dans quasiment tous les codes de conduite professionnelle auxquels doivent se conformer les membres du Bureau des co-procureurs¹³. Tout agissement contraire équivaut à un manquement à leur devoir, qui est de ne pas tromper le tribunal¹⁴. Quand bien même les co-procureurs auraient jugé cette résolution ultérieure de l'Assemblée générale des Nations Unies gênante et perturbante puisqu'elle ébranlait leurs arguments relatifs à l'entreprise criminelle commune, ils avaient l'obligation évidente de la notifier aux juges. En se soustrayant consciemment et délibérément à cette obligation, ils se sont rendus passibles des sanctions prévues à la règle 35 1).

¹¹ Requête, par. 5.

¹² Réponse des co-procureurs, par. 3 (non souligné dans l'original).

¹³ Requête, Section II et par. 3 à 9. Il est intéressant de relever que, dans un entretien accordé au quotidien *The Cambodia Daily*, le Professeur Scharf fait valoir que si certains précédents juridiques contraires à sa position sont notoires, ils ne doivent pas nécessairement être communiqués au tribunal. La question n'est pas de savoir si la résolution passée sous silence est obscure ou notoire, mais plutôt de savoir si les co-procureurs avaient l'obligation éthique d'en informer les co-juges d'instruction. Aux États-Unis, le code de conduite professionnelle du Barreau du *District of Columbia* (révisé et entré en vigueur le 1^{er} février 2007) impose clairement une obligation au Professeur Scharf. Aussi est-il surprenant de constater qu'un professeur de droit d'une telle renommée se soustrait manifestement à ses obligations éthiques. Voir Douglas Gillison, *The Cambodia Daily*, « *Lawyer Denies Helping to Deceive ECCC* », 18-19 juillet 2009.

¹⁴ Aux fins de la présente réponse, le terme « tribunal » désigne l'ensemble des organes judiciaires, à savoir le Bureau des co-juges d'instruction, la Chambre préliminaire, la Chambre de première instance et la Chambre d'appel.

B. L'affirmation des co-procureurs selon laquelle ni les co-procureurs ni l'un quelconque membre du personnel du Bureau des co-procureurs n'a dissimulé, ou conseillé à quiconque de dissimuler, au tribunal des éléments pertinents de la jurisprudence¹⁵.

5. Dans son exposé, le Professeur Scharf a indiqué qu'il « était employé par le Bureau des co-procureurs en qualité d'assistant spécial détaché auprès du co-procureur international, M. Robert Petit, pendant environ 5 ou 6 semaines à la fin de l'année 2008 (traduction non officielle)¹⁶ ». Il semblerait qu'il ne travaille plus aujourd'hui pour le Bureau des co-procureurs. Dans leur réponse, les co-procureurs ne précisent pas si le Professeur Scharf fait partie du groupe des « membres du personnel » du Bureau des co-procureurs apparemment innocents d'avoir dissimulé des informations au tribunal¹⁷. Dans la mesure où le Professeur Scharf n'appartient pas à ce groupe puisqu'il n'est plus employé par le Bureau des co-procureurs, cette déclaration manque de sincérité.
6. En effet, les co-procureurs ne précisent pas dans leur réponse si le Professeur Scharf a été consulté à propos des allégations formulées par la Défense. Il leur aurait été très facile de transmettre une déclaration écrite faite sous serment par le Professeur Scharf dans laquelle il aurait réfuté les arguments avancés dans la requête. Les co-procureurs ne précisent pas si le Professeur Scharf a participé à la rédaction des observations supplémentaires et ne donnent aucune information sur l'exposé du Professeur Scharf. En réalité, ils éludent tout à fait la question de savoir si le Professeur Scharf a décrit les événements de façon exacte et si le Bureau des co-procureurs a bel et bien discuté de la résolution 95 (I) et de la résolution ultérieure qui allait à son encontre. Ils auraient très bien pu contacter le Professeur Scharf, tout comme l'a fait le journal *The Cambodia Daily*, qui a publié un article citant directement le Professeur Scharf qui niait avoir dit ou insinué que « quiconque au sein de [l'accusation] avait délibérément trompé les juges (traduction non officielle)¹⁸ ». Il va sans dire que si les co-procureurs avaient agi avec un minimum de diligence, ils auraient pu inclure dans leur réponse une réaction du Professeur Scharf.

¹⁵ Réponse des co-procureurs, par. 4.

¹⁶ Requête, par. 4.

¹⁷ Réponse des co-procureurs, par. 4.

¹⁸ *Supra*, note de base de page n° 13.

C. L'affirmation des co-procureurs selon laquelle les faits sur lesquels la requête est fondée sont tout à fait insuffisants pour envisager des sanctions au titre de la règle 35 1)¹⁹.

7. Les co-procureurs estiment que la requête n'est rien d'autre qu'une « allégation non fondée rassemblant des “souvenirs partagés” d'un consultant de la défense et d'une tierce personne (traduction non officielle)²⁰ ». Or, ils ne se fondent sur rien pour tenter de minorer les preuves contre le Professeur Scharf. Les deux témoins dont il est question ont fourni le témoignage direct de ce qui a été dit par le Professeur Scharf. La requête n'est pas fondée sur des preuves indirectes, des rumeurs ou des spéculations, mais bien sur les propos du Professeur Scharf lui-même, tels qu'il a été vu et entendu par le consultant juridique de la défense et une autre personne.

II. CONCLUSION ET MESURE SOLLICITÉE

8. L'argument des co-procureurs, selon lequel la « nature de la procédure contradictoire (traduction non officielle)²¹ » a justifié qu'ils n'aient pas informé les co-juges d'instruction de la résolution ultérieure de l'Assemblée générale des Nations Unies, est sans fondement aucun. Les co-procureurs font valoir que, puisque la défense a tout le loisir de porter cette information à l'attention du tribunal, ils n'ont pas l'obligation de le faire. En pensant de la sorte, le Bureau des co-procureurs, en invoquant la règle 21 1) a), fait de procédure devant les CETC une procédure accusatoire²². C'est pourtant là une grave méprise : la règle 21 1) a) se contente de préciser que les différentes composantes des CETC doivent agir indépendamment l'une de l'autre, et de manière « équitable et contradictoire »²³. Les CETC s'inspire du système romano-germanique²⁴, et l'utilisation du terme « *adversarial* » dans la version anglaise du Règlement intérieur n'y change rien et ne veut assurément pas dire qu'elles relèvent d'un système de *common law* animé par les parties.

¹⁹ Réponse des co-procureurs, par. 7.

²⁰ Réponse des co-procureurs, par. 7.

²¹ Réponse des co-procureurs, par. 5.

²² En revanche, le TPIY a adopté le modèle accusatoire. Voir *Le Procureur c/ Blaskić*, IT-95-12, Décision relative à la requête de la Défense aux fins de « sanctionner les violations répétées de l'article 68 du Règlement de procédure et de preuve par le Procureur », 29 avril 1998, par. 16.

²³ Règle 21 1) a).

²⁴ Affaire *IENG Sary*, 002/12-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance sur violation du secret d'instruction, 3 mars 2009, par. 13, dans lequel les co-juges d'instruction déclarent ce qui suit : « La défense ne saurait se prévaloir de sa méconnaissance du système de droit romano-germanique applicable devant les CETC... ».

9. Du reste, que les CETC fonctionnent ou non selon le modèle romano-germanique ou de *common law*, il est incontestable que les procureurs ont l'obligation sans réserve de faire preuve à tout moment de franchise envers le tribunal. Pour s'acquitter de cette obligation, ils se doivent notamment de communiquer l'ensemble de la jurisprudence pertinente relativement à un point de litige, et en particulier la jurisprudence qui est contraire à celle sur ils se fondent pour étayer leurs arguments. Les codes de conduite professionnelle auxquels sont tenus tous les procureurs du Bureau, ainsi que le Professeur Scharf, leur imposent sans équivoque de communiquer au tribunal l'intégralité de la jurisprudence. Dans leur réponse, les co-procureurs ne nient pas cette obligation, qui a été créée en vue d'aider le tribunal à faire apparaître la vérité, mais créent plutôt une diversion pour détourner l'attention du fait indéniable que a) ils avaient connaissance de la jurisprudence qui discréditait leur argumentation selon laquelle l'entreprise criminelle commune relevait du droit international coutumier et b) ils ont conspiré pour dissimuler cette jurisprudence aux co-juges d'instruction. Nous regrettons que, par pur calcul, les co-procureurs aient choisi de ruser aux dépens de leur intégrité, et aient ainsi trompé les co-juges d'instruction. Leur comportement est contraire à l'éthique, témoigne de leur mépris et doit être sanctionné.

PAR CES MOTIFS, la défense souhaite que la mesure sollicitée dans sa requête soit accordée.

Soumis respectueusement,

Me ANG Udom

Me Michael G. KARNAVAS

Co-avocats de M. IENG Sary

Fait à Phnom Penh, Royaume du Cambodge, le **30 juillet 2009**.