

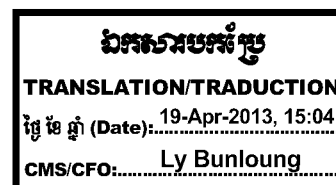
**DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT :

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC-TC
Partie déposante : l'équipe de la Défense de Nuon Chea
Déposé auprès de : la Chambre de première instance
Langue : français, original en anglais
Date du document : 18 janvier 2013

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT :

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC
Classement retenu par la Chambre de première instance : សំណាមណៈ / Public
Statut du classement :
Révision du classement provisoire retenu :
Révision du classement provisoire retenu :
Signature :



CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES RELATIVES AU DROIT APPLICABLE

Déposé par :

L'équipe de la Défense de Nuon Chea
 Me SON Arun
 Me Victor KOPPE
 PRUM Phalla
 Joshua ROSENSWEIG
 Sofie HOGESTOL
 Renee DE GEUS

Destinataires :

Les Co-accusés

Les co-procureurs :

Mme CHEA Leang
 M. Andrew CAYLEY

**Les co-avocats principaux pour
les parties civiles :**

Me PICH Ang
 Me Elisabeth SIMONNEAU-FORT

Les co-avocats de Nuon Chea (la « Défense ») déposent les présentes conclusions préliminaires relatives aux éléments constitutifs des crimes et des modes de participation visés lors du premier procès dans le dossier n° 002.

I. INTRODUCTION

1. Le 8 octobre 2012, la Chambre de première instance (la « Chambre ») a demandé aux parties de déposer la section de leurs conclusions finales relative au droit applicable au plus tard le 21 décembre 2012¹. Le 26 novembre 2012, la Chambre a indiqué que ces conclusions devaient porter plus précisément sur « les éléments constitutifs de tous les crimes et de tous les modes de participation » applicables au premier procès dans le cadre du dossier n° 002/01². Le 7 décembre 2012, la Chambre a expliqué que les parties seraient autorisées à déposer des conclusions supplémentaires relatives au droit applicable dans leurs conclusions finales à l'issue du procès (les « Conclusions finales »)³. Le 14 décembre 2012, la Chambre a en partie fait droit à la demande de la Défense tendant à bénéficier d'une prorogation de délai jusqu'au 18 janvier 2013⁴.
2. Par conséquent, la Défense présente les présentes conclusions relatives à certains aspects essentiels des éléments constitutifs des crimes et des modes de participation visés lors du premier procès dans le dossier n° 002. Elle se réserve le droit de s'étendre sur les positions ci-après et de présenter des arguments supplémentaires relatifs au droit applicable dans ses Conclusions finales.

¹ Doc. n° **E163/5**, Mémoire de la Chambre de première instance ayant pour objet : « Notification de la Décision statuant sur la demande des co-procureurs visant à inclure d'autres sites de crimes dans le cadre du premier procès dans le dossier n° 002 (Doc. n° E163) et du délai imparti pour le dépôt de la section des conclusions finales relative au droit applicable », 8 octobre 2012, ERN 00852989-00852990, par. 4.

² Doc. n° **E163/5/4**, Mémoire de la Chambre de première instance ayant pour objet : « Instructions supplémentaires relatives aux conclusions finales », 2 novembre 2012, ERN 0086843-00866844, p. 2.

³ Doc. n° **E163/5/6**, Mémoire de la Chambre de première instance ayant pour objet : « Précisions concernant le dépôt des conclusions finales portant sur le droit applicable », 7 décembre 2012, ERN 00867381-00867382, par. 3.

⁴ Doc. n° **E163/5/7**, courriel de la Chambre de première instance concernant la demande de Nuon Chea visant une prorogation de délai pour le dépôt des conclusions relatives au droit applicable, 17 décembre 2012, ERN 00881096-00881099, p. 2.

II. LA COMPÉTENCE DES CETC N'EST PAS COMPATIBLE AVEC LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ TEL QU'IL EXISTE EN DROIT CAMBODGIEN

3. Comme l'a déjà précisé la Défense⁵, la compétence des CETC n'est pas compatible avec le principe de légalité tel qu'il existe en droit cambodgien. Un tribunal (tel que les CETC) créé au sein de l'appareil judiciaire d'un État *ne* peut appliquer *que* le droit pénal positif qui existait au moment des faits reprochés. Quelle que soit la définition en droit *international* des crimes relevant de la compétence matérielle des CETC en application des articles 4 à 8 de la Loi relative aux CETC, personne ne conteste que ces crimes n'existaient pas en droit *interne* cambodgien. Il s'ensuit que la définition en droit international coutumier des crimes et des modes de participation visés dans la Décision de renvoi *n'a aucun fondement*. La Défense intègre par référence et réitère les arguments qu'elle a déjà présentés à cet égard⁶.

III. DROIT INTERNATIONAL APPLICABLE

4. À titre subsidiaire, certains crimes et modes de participation tels qu'ils existaient en droit international coutumier au moment des faits sont définis comme suit.

A. Création du droit international coutumier

5. Une règle de droit international coutumier apparaît lorsqu'elle correspond tant à la pratique des États qu'à l'*opinio juris*. La pratique des États doit être « fréquente et pratiquement uniforme »⁷ et avoir sa source dans le sentiment qu'il existe une obligation juridique et non de simples considérations de courtoisie, d'équité ou de moralité⁸. La preuve qu'il existe une *opinio juris* par notamment être rapportée par des déclarations officielles de gouvernements, des déclarations d'organisations internationales et la conclusion de traités-lois⁹. En outre, l'étendue de la pratique des États peut, à elle seule, indiquer qu'il existe une *opinio juris*¹⁰.

⁵ Doc. n° E51/3, Exceptions préliminaires, version consolidée, 25 février 2011, ERN 00710721-00710762, par. 42 à 44.

⁶ Id.

⁷ Affaires du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), Arrêt, CIJ, 20 février 1969, par. 74 (« Arrêt concernant le plateau continental de la mer du Nord »).

⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6^{ème} édition, p. 8.

⁹ Arrêt concernant le plateau continental de la mer du Nord, par. 47 à 72.

¹⁰ Ibid., par. 77. S'agissant de la création du droit international coutumier en matière de responsabilité pénale individuelle, la Chambre de la Cour suprême a conclu que le simple « fait que des crimes aient fait l'objet de peu de poursuites ne peut être considéré comme démentant automatiquement l'existence d'une pratique des États au regard du droit international coutumier », voir *Le Procureur c. Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier

B. Autres actes inhumains ayant pris la forme de transferts forcés

6. Selon la Décision de renvoi, l'élément matériel du crime d'autres actes inhumains ayant pris la forme de transferts forcés est constitué par les faits suivants : i) les victimes se sont vu infliger de graves souffrances physiques ou morales et des atteintes à la dignité humaine atteignant un degré de gravité comparable à celui d'autres crimes contre l'humanité, ii) les victimes ont été forcées de quitter le lieu où elles résidaient légalement iii) en l'absence de motifs admis en droit international¹¹. S'agissant du troisième élément, les co-juges d'instruction ont conclu que les motifs admis en droit international *incluent* i) la sécurité de la population et ii) les impératifs militaires et *peuvent* inclure la pénurie alimentaire et/ou la carence de soins médicaux¹². Ils ont également conclu qu'un transfert forcé de population n'était justifié que lorsque la population avait la possibilité d'un « retour »¹³.
7. Par les raisons exposées ci-après, cette définition se fonde trop largement sur des sources de droit qui, entre avril 1975 et 1977¹⁴, ne s'appliquaient pas au transfert de population mis en œuvre par un État souverain à l'intérieur de ses propres frontières. La définition qu'il convient de retenir est bien plus limitée et dépend également dans une large mesure des circonstances et du contexte dans lequel transfert a été effectué.
- i. Les autres actes inhumains et le principe de la légalité
8. L'imprécision qui caractérise l'expression « autres actes inhumains » suscite de vives préoccupations quant au (non) respect du principe de la légalité¹⁵. L'expression revêt une certaine spécificité au nom de la règle *esjudem generis*, en application de laquelle elle est limitée aux actes de nature ou de gravité comparable d'autres crimes contre l'humanité qui ont été énumérés¹⁶. Des tribunaux ont étoffé le contenu de cette expression en

n° 001/18-07-2007-ECCC/SC, Doc. n° **F28**, Arrêt, 3 février 2012, ERN 00881215-00881603 (« Arrêt *Duch* »), par. 93. S'agissant des transferts forcés, l'analyse que nous faisons ici ne se fonde *d'aucune manière* sur « le fait que des crimes aient fait l'objet de peu de poursuites ». Elle dépend au contraire de i) l'incapacité des États à *interdire* le comportement visé, et ce même de façon non contraignante encore jusqu'en 1974 et ii) de l'*approbation positive et enthousiaste* que leur ont réservé les États et les organisations internationales.

¹¹ Doc. n° **D427**, Ordonnance de clôture, 15 septembre 2010, ERN 00624132-00624921, par. 1449.

¹² *Ibid.*, par. 1458 et 1461.

¹³ *Ibid.*, par. 1464.

¹⁴ La phase II du transfert de populations se serait poursuivie jusque dans l'année 1977, ce qui correspond donc à la fin de la compétence temporelle de ce tribunal pour le premier procès dans le cadre du dossier n° 002. Voir l'Ordonnance de clôture, par. 163.

¹⁵ *Le Procureur c/ Kupreškić et consorts*, IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000 (« Jugement *Kupreškić* »), par. 563.

¹⁶ Statut de Rome, art. 7 1) k) ; Ordonnance de clôture, par. 1449.

établissant un lien avec les normes largement reconnues relatives aux droits de l'homme, notamment celles qui sont consacrées par le droit international coutumier et des traités ratifiés par de nombreux États¹⁷.

9. Aux CETC, vu la longue période qui s'est écoulée depuis qu'a pris fin leur compétence temporelle, les Chambres doivent faire preuve de prudence lorsqu'elles examinent l'évolution des attitudes vis-à-vis d'un fait qualifié d'autre acte inhumain. Au nom du principe de la légalité, l'accusé doit, entre autres, avoir été en mesure de prévoir qu'il pourrait être tenu pénalement responsable de ses actes s'il venait à être appréhendé¹⁸. Il s'ensuit que le fait reproché ne peut être qualifié d'autre acte inhumain que s'il était perçu *au moment des faits* comme constituant une atteinte au droit international d'une gravité comparable à celle des autres crimes contre l'humanité énumérés. Des indications selon lesquelles une forme de comportement ne constituait pas un crime contre l'humanité à la période considérée laissent supposer que ce type de fait n'était pas perçu comme tel et qu'il ne permet donc pas d'engager la responsabilité pénale de son auteur¹⁹.

- ii. Les déplacements à l'intérieur d'un pays étaient dans une large mesure non réglés avant 1977

10. En droit international, le « déplacement de populations » correspond à au moins trois types de comportement juridiquement distincts²⁰ : i) le transfert forcé par une force d'occupation de la population sous son contrôle, ii) le transfert forcé vers un autre État, ce que l'on nomme communément la « déportation » et iii) le transfert forcé *à l'intérieur*

¹⁷ Jugement *Kupreškić*, par. 566.

¹⁸ *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune, 21 mai 2003, par. 21 ; Arrêt *Duch*, par. 96.

¹⁹ La Chambre préliminaire a conclu qu'un autre acte inhumain constitue un crime en soi et qu'il n'est donc pas nécessaire de démontrer l'existence comme crime distinct d'un comportement indépendant visé dans l'acte d'accusation. Voir Doc. n° **D427/1/30**, Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'Ordonnance de clôture, 11 avril 2011, ERN 00710910-00711133, par. 378. À supposer que cette conclusion soit correcte, le fait, pendant la période concernée, de ne pas qualifier ou poursuivre un acte particulier comme crime contre l'humanité tendrait à montrer non seulement que cet acte n'était pas à l'époque un *crime distinct*, mais également que l'on ne lui attribuait pas une gravité suffisante pour qu'il constitue un « autre acte inhumain ». Comme l'a conclu la Chambre de la Cour suprême, les « autres actes inhumains » constituent un crime contre l'humanité relevant du droit international coutumier depuis 1946 (Arrêt *Duch*, par. 108 et 109). Il faut donc manifestement partir du principe que les gouvernements, les organisations internationales, les tribunaux et les commentateurs avertis auraient dû le savoir lorsqu'ils ont examiné les transferts forcés à l'intérieur des frontières.

²⁰ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (deuxième édition révisée), Kluwer Law International: 1999 (« Bassiouni »), p. 320 (décrivant plusieurs catégories de déplacement de population, y compris la déportation et le transfert de population : « À l'époque, le droit coutumier et conventionnel avait élaboré des règles et normes différentes pour chacune de ces catégories. Depuis, l'évolution du droit international n'a pas éliminé la pertinence juridique de ces distinctions » [traduction non officielle]).

d'un État. S'inspirant du TPIY, les co-procureurs concèdent que le transfert forcé et la déportation constituent des actes distincts en droit international coutumier²¹.

11. Les instruments internationaux antérieurs à 1977 portant interdiction du transfert forcé, y compris ceux sur lesquels se sont fondés les co-juges d'instruction dans l'Ordonnance de clôture, se rapportent pour la plupart aux deux premières catégories, pratiquement sans évoquer un déplacement de populations par un État à l'intérieur de ses frontières. La Charte du TMI, la Charte du TMIEO et la Loi n° 10 du Conseil de contrôle ont toutes trois érigé la « déportation » en crime de guerre et/ou crime contre l'humanité sans faire référence à un « transfert forcé »²². Le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 fait de même, à la différence notable du Projet de code de 1996 et du Statut de Rome de 1998, lesquels érigent explicitement ces deux faits en crimes²³. D'autres indications du droit coutumier entre 1950 et 1970 renforcent toujours l'idée d'un clivage entre la déportation et le transfert forcé²⁴.

²¹ Doc. n° **D427/1/17**, Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par Nuon Chea, Ieng Sary et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture, 19 novembre 2000, ERN 00633120-00633273, par. 191. Dans le même paragraphe, les co-procureurs aboutissent à la conclusion exactement inverse (que la déportation et le transfert forcé « se rapportent au même acte criminel » – sur la base du Statut de Rome, « qui consacre les principes reconnus de droit international coutumier » et recense la déportation et le transfert forcé comme un seul et même crime. Par conséquent, ils font valoir qu'à Nuremberg, le transfert forcé a été érigé en crime puisque la Charte de TMI incluait la « déportation ». Voir *id.*, par. 191 et 192. Il va de soi que cette logique est indéfendable : l'état du droit international coutumier tel qu'il est reflété dans le Statut de Rome, qui a été adopté plus de 50 ans après la Charte du TMI (et plus de 20 ans après les événements en question) est dépourvu de tout intérêt. En effet, la place du transfert forcé dans le droit international a subi une transformation considérable, en particulier dans les années 1990, pour aboutir au Statut de Rome, qui constitue la forme la plus achevée de cette évolution. Voir par. 22 et 23, *infra*.

²² Charte du Tribunal militaire international, 8 août 1945 (« Charte du TMI »), art. 6 (qui confère une compétence pour **(b) Les Crimes de Guerre** : c'est-à-dire [...] la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés [...] et **(c) Les Crimes contre l'Humanité** : c'est-à-dire [...] la déportation ») ; Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, 19 janvier 1946 (la « Charte du TMIEO »), art. 5 c) (« Crimes contre l'Humanité : À savoir [...] déportation ») ; loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne (« Loi n° 10 du Conseil de contrôle », article II 1) (« chacun des actes ci-dessous est reconnu comme crime : [...] b) Crimes de Guerre [...] déportation en vue du travail forcé ou de l'un quelconque autre but, d'une population civile du territoire occupé [et] c) Crimes contre l'Humanité [...] déportation » [traduction non officielle]). L'Ordonnance de clôture relève que l'expression allemande utilisée dans la Charte du TMI pourrait s'entendre du transfert de populations à l'intérieur d'un territoire donné (Ordonnance de clôture, par. 1314, note de bas de page n° 5198). Une telle ambiguïté est écartée dans l'acte d'accusation, qui se limite explicitement à la déportation à l'extérieur des frontières, et le Jugement, qui n'évoque aucun transfert à l'intérieur de l'Allemagne. Voir par. 13, *infra*.

²³ Document de l'ONU n° A/CN.4/88, *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session*, 28 juillet 1954, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Neuvième Session, Supplément n° 9 (A/2693) (« Projet de code de 1954 »), art. 2 1) (« les actes suivants constituent des crimes contre la paix et la sécurité [...] déportation » [traduction non officielle]) ; Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, 51 Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Supplément n° 10, Document de l'ONU n° A/CN.4/L.532, corr.1, corr. 3 (1996) (le « Projet de code de 1996 »), art. 18 g) (« la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire ») ; Statut de Rome, art. 7 1) d) (« Déportation ou transfert forcé de population »). Même en 1994 les statuts des tribunaux ad hoc reconnaissaient la

12. Le seul cas où l'interdiction d'un déplacement à l'intérieur d'un État *a été* reconnue apparaît dans le droit relatif à l'occupation belligérante, soit une interdiction qui est exclusivement fondée sur le fait que l'autorité d'une puissance occupante est limitée dans le temps et dans l'espace. L'article 49 de la Quatrième Convention de Genève interdit les transferts forcés et les déportations par les *puissances occupantes* effectuant des transferts de populations sous leur contrôle. En 1975, il n'était pas évident que cette interdiction s'appliquait à toute autre forme de transfert de population, même celui qui avait un lien avec un conflit armé international²⁵. En effet, cette interdiction doit être comprise dans le contexte du droit international relatif à l'occupation belligérante, qui interdit à l'occupant d'exercer la plupart des prérogatives de l'État²⁶. Plusieurs autres instruments antérieurs à 1975 interdisent, directement ou indirectement, le transfert forcé de la population d'un

déportation mais pas le transfert forcé comme un crime contre l'humanité autonome. Voir Statut du TPIY, art. 5 d) ; Statut du TPIR, art. 3 d).

²⁴ Voir le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, entrée en vigueur le 2 mai 1968, art. 3 (« Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, *du territoire de l'Etat* dont il est le ressortissant »). De même, pendant la Deuxième Guerre mondiale, des déclarations des Forces alliées condamnant les pratiques des Nazis visant expressément le transfert des populations à l'extérieur des frontières, telles que la « déportation de Juifs vers leur mort en Pologne ou de Norvégiens et de Français vers leur mort en Allemagne » [traduction non officielle], voir Bassiouni, p. 317. Le rapport de 1919 de la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions érigeait également la « déportation » en crime. Voir Bassiouni, p. 312 et 313.

²⁵ Règles coutumières du droit international humanitaire (CICR), règle n° 129 : Déplacement et personnes déplacées : « A. Les parties à un conflit armé international ne peuvent procéder à la déportation ou au transfert forcé de la totalité ou d'une partie de la population *d'un territoire occupé* [...] B. Les parties à un conflit armé non international ne peuvent ordonner le déplacement de la [...] population ». Tandis que l'interdiction dans le point (A) est fondée sur la *Charte du TMI et la Quatrième Convention de Genève*, l'interdiction dans (B) « est consacrée dans le *Protocole additionnel II* » *Id.* C'est ce que confirme d'ailleurs un examen rapide de la Quatrième Convention de Genève. L'interdiction des transferts forcés ne figurait pas dans le Titre II (« Protection générale des populations contre certains effets de la guerre »), dans le Titre III, Section I (« Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés ») ou, et c'est important, dans la Partie III, Section II (« Étrangers sur le territoire d'une partie au conflit »), mais bien dans la Partie III, Section III (« Territoires occupés »). Les autres dispositions de la même section interdisent à la Puissance occupante de « modifier le statut des fonctionnaires ou des magistrats du territoire occupé » (art. 54) et prévoient que « [l]a législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur » (art. 64), c'est-à-dire qu'elles ne concernent que la gestion du territoire occupé et il est clair que leur violation ne constituerait pas un crime contre l'humanité

²⁶ Voir Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907 (« Quatrième Convention de La Haye »), art. 43 (« L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics *en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays* »), art. 55 (« L'État occupant ne se considérera que comme administrateur et usufruitier des édifices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles appartenant à l'État ennemi ») ; David J. Scheffer, *Future Implication of the Iraq Conflict: Beyond Occupation Law* 97 Am. J. Int'l L. 842, 848 (le droit de l'occupation vise à « favoriser une occupation provisoire et à établir des règles pour cette occupation provisoire » [traduction non officielle]).

territoire occupé, démontrant que la loi a donc bel et bien qualifié ce fait de manière distincte depuis longtemps²⁷.

13. On ne s'étonnera donc pas que les poursuites tant devant le TMI que devant les Tribunaux militaires de Nuremberg (TMN) aient, dans une large mesure, porté sur une déportation à l'extérieur de frontières *de jure*. L'acte d'accusation du TMI se limite expressément à la déportation « depuis ces pays occupés vers l'Allemagne et d'autres pays occupés »²⁸. Chaque cas de déplacement de populations dans le Jugement du TMI invoqué dans l'Ordonnance de clôture concerne un déplacement soit au-delà des frontières, soit à l'intérieur de territoires occupés²⁹. De même, les actes d'accusation dans les affaires des TMN érigent la « déportation » en crime et, tant dans les actes d'accusation que dans les jugements auxquels ils ont donné lieu, établissent un lien entre l'acte du transfert et un déplacement au-delà des frontières (ou par l'Allemagne dans un État occupé)³⁰.

²⁷ Quatrième Convention de La Haye, art. 4 ; *US Regulations Governing the Trials of the Accused War Criminals in the Pacific Region I & II*, 1945 (interdisant « la déportation en vue de travaux forcés ou à toutes autres fins de civils du territoire occupé ou dans un territoire occupé » [traduction non officielle]). Voir également par exemple *Chypre c. Turquie*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 25781/94, Arrêt, 10 mai 2001 (concernant le transfert forcé par la Turquie de Chypriotes grecs à l'intérieur de Chypre en 1974).

²⁸ Acte d'accusation du TMI, reproduit dans Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, vol. I, p. 29 à 95 (« Acte d'accusation du TMI »), chef d'accusation III (B). Il fournit des exemples de déportations en cause ; chacune de ces déportations impliquait la traversée de frontières, de France, du Luxembourg, du Danemark, des Pays-Bas, de la Belgique, de l'Union soviétique, la Tchécoslovaquie et de la Yougoslavie vers Buchenwald (Allemagne), Dachau (Allemagne) et habituellement vers l'« intérieur de l'Allemagne ». Il convient de relever que, même si aucune déclaration explicite n'indique que les déplacements depuis l'Union soviétique et la Yougoslavie étaient à destination de l'Allemagne, l'acte d'accusation prend acte de la *déportation depuis* chaque pays. En tout état de cause, ces deux pays étaient occupés et tout déplacement à l'intérieur de leurs frontières aurait relevé des lois de la guerre concernant le déplacement de populations à l'intérieur du territoire occupé. Voir par. 12, *infra*. Il faut également observer qu'au chef d'accusation 4 ([A]), qui concerne les crimes contre l'humanité de « meurtres, exterminations, asservissements, déportation et autres actes inhumains », le premier paragraphe, qui porte sur la période qui a précédé le déclenchement de la guerre et donc « en Allemagne[, sur] les civils », conclut en alléguant que les accusés les « soumièrent à des persécutions et à des humiliations, les dépouillèrent, les asservirent, les torturèrent, les assassinèrent », omettant la déportation, et seulement la déportation, de la liste des crimes visés. Ce n'est qu'*après* que le deuxième paragraphe précise que « ces actes et cette politique se prolongèrent et s'étendirent aux territoires occupés après le 1^{er} septembre 1939 et jusqu'au 8 mai 1945 ».

²⁹ Jugement du TMI, reproduit dans Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, vol. I, p. 181 à 397 (« Jugement du TMI »), p. 227 (« des populations entières ont été déportées vers l'Allemagne »), p. 238 (évacuation de la population de Crimée), p. 271 (« évacuation des Juifs de territoires occupés » [traduction non officielle]), p. 300 (transfert de la Tchécoslovaquie vers Auschwitz, en Pologne), p. 319 (déportation des Juifs de Vienne vers le Gouvernement général).

³⁰ *United States vs. Josef Altstoetter et al.*, affaire n° 3, Acte d'accusation, par. 20, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume III, p. 23 (évoquant la « déportation » [traduction non officielle]) ; *United States vs. Ulrich Greifelt et al.*, affaire n° 8, Acte d'accusation, par. 16 et 24, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume IV, p. 614, 617 et 618 (par. 16 : victimes « évacuées de force de leur domicile et transférées soit vers d'autres territoires occupés, soit vers l'Allemagne »), (par. 24 : évoquant la « déportation » [traduction non officielle]) ; *United*

14. Ce lien a été énoncé formellement dans l'affaire *Milch*, dans un passage qui a ultérieurement été déclaré être une description correcte du droit en vigueur³¹ :

L'accusation a apporté des preuves qui tendaient à montrer qu'une grande partie de la main-d'œuvre qui fournissait à l'Allemagne les outils de la guerre absolue et totale provenait de populations qui avaient été arrachées à leur foyer dans les territoires occupés et envoyées en Allemagne contre leur gré et souvent dans les conditions les plus pénibles et difficiles qui soit. *Le déplacement de groupes de personnes d'un pays vers un autre relève bel et bien du droit international dès lors qu'il touche à la communauté des nations*³². [Traduction non officielle].

15. Pour le reste, l'évolution du droit international coutumier s'agissant de déplacements massifs de population entre 1949 et 1977 est limitée. L'adoption du Protocole

States v. Wilhelm List et al., affaire n° 7, Acte d'accusation, par. 15 f) et g), reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume XI, p. 776 (déportation de la Croatie vers l'Allemagne) ; *United States v. Friedrich Flick et al.*, affaire n° 5, Acte d'accusation, par. 1 et 2, note de bas de page n° 2, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume VI, p. 13 et 14 (par. 1 : « déportation sur une vaste échelle en vue de travaux forcés de membres des populations civiles des pays et des territoires sous l'occupation de guerre par l'Allemagne ou sous son contrôle » [traduction non officielle]), (par. 2 : cinq millions de travailleurs « déportés vers l'Allemagne » [traduction non officielle]), (par. 3, note de bas de page n° 2 : « déportation de ressortissants et de prisonniers de guerre soviétiques pour les faire travailler en Allemagne » [traduction non officielle]) ; *United States v. Wilhelm Von Leeb et al.*, affaire n° 12, Acte d'accusation, par. 64, 65, 67 a) et 67 b), reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume X, p. 37 à 39 (par. 64 : au moins 5 000 000 de travailleurs « déportés en Allemagne » [traduction non officielle] ; « envoyés sous bonne garde en Allemagne » [traduction non officielle] ; « les habitants des pays occupés étaient enrôlés et forcés de travailler dans leur propre pays » [traduction non officielle]), (par. 65 : création de commissions de recrutement aux fins de la déportation de personnes réduites en servitude depuis les territoires occupés vers l'Allemagne ; déportés en Allemagne pour être réduits aux travaux forcés), (par. 67 a) : ressortissants français déportés en Allemagne), (par. 67 b) : similaire) ; *United States v. Alfred Krupp et al.*, affaire n° 10, Acte d'accusation, par. 62, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume IX, p. 34 et 35 (qui décrit le transport transfrontalier de Berlin vers Auschwitz, en Pologne) ; *United States vs. Josef Altstoetter et al.*, affaire n° 3, « Opinion et jugement » [traduction non officielle] , reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume III, p. 1046 (évoquant le « transfert des habitants de territoires occupés vers des camps de concentration en Allemagne » [traduction non officielle]) ; *United States v. Wilhelm Von Leeb et al.*, affaire n° 12, Jugement, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume XI, p. 540 (« Des centaines de milliers de personnes sans défense ont été transférées des territoires occupés vers le Reich dans le cadre de ce programme de recrutement de main-d'œuvre » [traduction non officielle]), p. 541 (on y évoque également un « transfert vers le Reich » [traduction non officielle]) ; *United States v. Wilhelm List et al.*, affaire n° 7, Jugement, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume XI, p. 1234, 1255 et 1256 (« déportation aux fins de réduction aux travaux forcés » [traduction non officielle]), p. 1301 (« l'évacuation de la population masculine des villes croates pour qu'elle soit déportée en Allemagne aux fins de travaux forcés » [traduction non officielle]) ; *United States v. Alfred Krupp et al.*, affaire n° 10, Jugement, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume IX, p. 1429 à 1435 (« déportation » [traduction non officielle]) ; *United States vs. Ulrich Greifelt et al.*, affaire n° 8, « Avis et jugement » [traduction non officielle], reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume V, p. 100, 106, 126, 127, 131, 136 et 138 à 143 (évoquant des déportations) ; *United States v. Ernst von Weizsaecker et al.*, affaire n° 11, Jugement, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume XIV, p. 468 à 865 (des déportations sont évoquées dans l'ensemble du Jugement).

³¹ *United States v. Alfred Krupp et al.*, affaire n° 10, Jugement, par. 62, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume IX, p. 1432 et 1433.

³² *United States v. Erhard Milch*, affaire n° 2, Jugement, reproduit dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume II, p. 865.

additionnel II aux Conventions de Genève (le « Protocole additionnel II ») en **juin 1977** a été le *premier* instrument de droit international contraignant dans l'Histoire interdisant le transfert de populations dans le cadre d'un conflit armé³³. Adoptée en 1970, la résolution 2675 de l'Assemblée générale permet d'établir qu'à l'époque, le transfert forcé des populations à l'intérieur d'un État *n'était pas* illicite, dès lors qu'elle précise que les règles qui y sont contenues (y compris l'interdiction de déplacements par la force) sont des « *principes* fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé, sans préjudice de l'*approfondissement* dont ils pourront faire l'objet à l'avenir dans le cadre du développement progressif du droit international applicable aux conflits armés »³⁴. De même, le Protocole additionnel II n'a ni codifié ni fixé une norme coutumière en voie de formation, ayant été ouvert à la signature en décembre 1977 avec seulement 40 signataires, réunissant seulement 21 États parties cinq ans après avoir été adopté.

16. Les seules autres sources sur lesquelles s'appuient les co-juges d'instruction dans l'Ordonnance de clôture pour démontrer que le transfert forcé était considéré comme un « autre acte inhumain » après le TMN sont de vagues admonestations puisées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le « Pacte international ») et la Déclaration universelle des droits de l'homme en faveur du droit à la « sécurité de sa personne », du « droit de circuler et de choisir librement sa résidence » et d'une protection contre les « immixtions [...] dans [...] son domicile »³⁵. Il va de soi que ces protections ne sont pas absolues, le droit international des droits de l'homme autorisant des exceptions, et qu'elles n'interdisent pas en soi le transfert de populations ou ne

³³ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977 (« Protocole additionnel II »), art. 17.

³⁴ Document de l'ONU n° A/RES/2675(XXV), Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé, Assemblée générale, 1922^e séance plénière, 9 décembre 1970 (la « Résolution 2675 »), par. 7. Les termes utilisés en l'occurrence contrastent sensiblement avec ceux utilisés dans la clause d'introduction de la résolution 3318 (également citée dans l'Ordonnance de clôture) qui « demande à tous les Etats Membres de veiller à ce qu'elle soit strictement observée ». La résolution 3318 (un instrument non contraignant adopté en décembre 1974, soit cinq mois avant la libération de Phnom Penh) n'interdit aucunement le transfert forcé. Au lieu de cela, elle offre une protection contre « les destructions d'habitations [et] les déplacements par la force » et elle ne s'applique qu'aux femmes et aux enfants. Voir Document de l'ONU n° A/RES/3318(XXIX), Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé, Assemblée générale, 2319^e séance plénière, 14 décembre 1974, par. 5.

³⁵ Document de l'ONU n° A/RES/217A(III), Charte internationale des droits de l'homme, Assemblée générale, 183^e séances plénière, 10 décembre 1948 (la « Déclaration universelle des droits de l'homme »), art. 3 et 13 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 (« Pacte international »), art. 12 et 17.

décrivent pas les conditions dans lesquelles un tel transfert serait autorisé ou interdit³⁶. Quoi qu'il en soit, le Pacte international, avec ses 41 États parties à la fin de l'année 1977, n'avait à l'époque aucun effet contraignant sur le Cambodge, et ce tant au regard du droit international conventionnel qu'au regard du droit international coutumier³⁷.

17. Par conséquent, les règles du droit international relatives aux déplacements de populations à l'intérieur d'un État n'en était qu'aux balbutiements avant la fin la phase II du déplacement de populations, en 1977, et elles étaient sans aucun rapport avec les règles applicables aux transferts transfrontaliers ou dans les territoires occupés. Alors que les faits relevant de ces deux dernières catégories avaient été qualifiés de crimes relevant du droit international, *au moins* depuis la Deuxième Guerre mondiale, ceux relevant de la première ont été interdits – en partie indirectement et de manière non contraignante – par une seule résolution de l'Assemblée générale cinq mois avant la libération de Phnom Penh³⁸.

iii. La pratique des États et l'*opinio juris* reconnaissent une large compétence souveraine aux États s'agissant du déplacement de populations à l'intérieur d'un pays entre 1975 et 1977

18. Au silence des instruments juridiques internationaux à propos des déplacements de populations à l'intérieur d'un pays correspond la pratique généralisée des États, selon laquelle les projets de déplacements massifs de populations à l'intérieur d'un pays ont le plus souvent été considérées comme acceptables. Ces projets n'ont pratiquement jamais été accusés d'illégalité, et ils étaient même régulièrement financés et soutenus par une

³⁶ L'article 4 2) du Pacte international dresse la liste des articles auxquels aucune dérogation n'est autorisée, liste qui ne comprend pas les articles 12 et 17 qui concernent précisément les deux dispositions du Pacte qui sont les plus susceptibles d'être comprises comme interdisant le transfert forcé. Sur ce point, il est essentiel de relever que, dans l'Observation générale n° 29, rendue en 2001, le Comité des droits de l'homme a conclu qu'aucune dérogation à l'article 12 n'était plus autorisée, dès lors que le transfert forcé *constituait désormais* un crime dans le Statut de Rome. Voir le Document de l'ONU n° CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Observation générale n° 29, États d'urgence (art. 4) (2001), par. 13 d). Il en découle que, pour le Comité des droits de l'homme, le transfert forcé *ne constituait pas un acte criminel* lorsque le Pacte international a été adopté en 1966. Voir également Bassiouni, p. 325 (qui décrit la différence entre le fait de reconnaître un droit dans un instrument des droits de l'homme et le fait de qualifier de crime l'acte qui y porte atteinte, cette différence étant constituée notamment par le caractère non absolu des protections des droits de l'homme). De même, les dispositions dans les instruments régionaux de protection des droits de l'homme, qui existaient à l'époque et qui protègent des droits semblables, peuvent faire l'objet tant de dérogations que de restrictions entre autres pour des raisons de santé, de sécurité et d'ordre public. Voir Convention européenne des droits de l'homme, art. 8 2), 15 1) et 15 2); Convention américaine relative aux droits de l'homme, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, art. 22 3), 27 1) et 27 2). En 1977, le Comité des droits de l'homme ne disposait d'aucune jurisprudence pour l'aider à interpréter ces dispositions. Portant sur l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence peu abondante de la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas applicable en l'espèce.

³⁷ En effet, le Pacte international n'est entré en vigueur, et donc n'a intégré le droit conventionnel, que le 23 mars 1976.

³⁸ Voir note de bas de page n° 34, *supra*.

panoplie d'organisations internationales, y compris la Banque mondiale et même l'Organisation des Nations Unies³⁹.

19. Un rapport de l'Organisation des Nations Unies décrit les objectifs des programmes d'établissement sous

quatre angles : i) répartition, en vue d'alléger la pression dans les zones surpeuplées ; ii) économique, en vue d'accroître les revenus nationaux ou individuels ou de favoriser l'emploi ou la production agricoles ; iii) social, dans la mesure où il est plus facile pour les gouvernements de fournir ses services aux populations regroupées ; iv) politique, pour éviter la confiscation des terres agricoles découlant de la réforme foncière ou pour servir un segment particulier de la population⁴⁰ [traduction non officielle].

Le deuxième objectif revêt un intérêt tout particulier pour l'Asie du Sud-Est puisqu'en 1982, « la plupart des gouvernements avaient élaboré des programmes visant à réinstaller des populations dans des zones présentant un potentiel de développement agricole »⁴¹ [traduction non officielle]. Souvent, et surtout dans le cas d'États ayant tout récemment accédé à l'indépendance, le discours politique relatif à ces objectifs s'ancre fortement dans l'effort d'édification nationale et dans la valorisation du sacrifice au nom de l'État⁴².

20. En règle générale, avant les années 1990, les projets ayant ces objectifs n'étaient pas considérés *fâcheux* et encore moins *illégaux*. Avant février 1990, la Banque mondiale (qui, avec 187 États membres, est probablement le plus grand bailleur de fonds pour le développement au monde), n'avait même pas fixé de *stratégie* par rapport à la réinstallation d'une population à l'intérieur d'un pays en conséquence d'un projet qu'elle avait financé⁴³. Cette philosophie générale est au fondement d'une liste presque interminable de déplacements internes de populations ayant reçu une large approbation.

³⁹ Bassiouni relate un échange qui a eu lieu pendant le procès du TMI au cours duquel un avocat de la défense a tenté de décrire la déportation de ressortissants allemands de Silésie et des Sudètes immédiatement après la guerre, mais il a été interrompu par le Tribunal au motif que ces actes étaient « sans rapport avec l'espèce » [traduction non officielle]. Bassiouni relève ce qui suit : « Abstraction faite des deux poids deux mesures appliquées en l'espèce, l'argument de l'avocat était juridiquement pertinent pour démontrer que le seul transfert de populations ne portait pas atteinte au droit international coutumier puisqu'il était pratiqué dans les faits » [traduction non officielle], Bassiouni, p. 319.

⁴⁰ G.W. Jones et H.V. Richter (dir. pub.), *Population resettlement programs in Southeast Asia* (Canberra : Australian National University, 1982) (« Jones et Richter »), p. 3 et 4.

⁴¹ Jones et Richter, p. 3.

⁴² R.H.B.B.S. Samiti, H. Mander et V. Nagaraj, *Dams, Displacement, Policy and Law in India*, article pour la Commission mondiale sur les barrages, p. vii (décrivant l'appel lancé par le Premier Ministre aux déplacés : « Si vous devez souffrir, souffrez dans l'intérêt de votre pays » [traduction non officielle]) ; C. De Wet, *The Experience with Dams and Resettlement in Africa*, article pour la Commission mondiale sur les barrages, p. 6 et 7 (les barrages sont souvent considérés comme la « pierre angulaire de projets nationaux, et souvent nationalistes » [traduction non officielle]).

⁴³ M.M. Cernea, *Involuntary Resettlement in Development Projects: Policy Guidelines in World Bank-Financed Projects*, Document technique n° 80 de la Banque mondiale, 1988, p. 1 et 2.

Que ce soit en Inde, en Chine ou en Afrique, littéralement des *dizaines de millions* de personnes ont été déplacées par la force entre 1955 et 1990 à cause de constructions de barrage, d'exploitations minières et de projets industriels ou de la guerre, de la famine, de crises environnementales et du phénomène d'urbanisation⁴⁴. En Afrique, rien qu'entre 1981 et 1994, la Banque mondiale a soutenu des projets de développement à grande échelle qui ont entraîné des déplacements involontaires de populations à l'intérieur de 38 pays⁴⁵.

21. Chacun de ces déplacements aurait *automatiquement* engagé la responsabilité pénale internationale des décideurs s'il avait impliqué le franchissement d'une frontière *de jure* ou *de facto* ou s'il avait eu lieu dans un territoire occupé. À tout le moins donc, la pratique des États démontre que le « transfert forcé » *en soi* n'était pas interdit durant la période concernée.

iv. L'opinion internationale a fortement évolué au cours des années 1990

22. La tendance consistant à autoriser les déplacements forcés de populations à l'intérieur d'un État a sensiblement évolué dans les années 1990 en réaction à un débordement d'activité soudain et vigoureux de la part d'États et d'organisations internationales. Entre 1992 et 2000, un concert de voix internationales, parmi lesquelles celles de la Commission des droits de l'homme de Nations Unies, du Comité des droits de l'homme, de la Commission du droit international et du Secrétaire général de l'ONU, a déploré les déplacements de population à l'intérieur d'un pays ou a souhaité voir leur interdiction⁴⁶.

⁴⁴ N. S. Negi et S. Ganguly, *Development Projects vs. Internally Displaced Populations in India: A Literature Based Appraisal*, document de travail, *Research Conference on 'Environmental Change and Migration: From Vulnerabilities to Capabilities'*, Bad Salzflun, Allemagne, 5 au 9 décembre 2010, p. 6 (21 millions de personnes déplacées en Inde entre 1955 et 1990) ; L. Heming et autres., *Reservoir resettlement in China: past experience and the Three Gorges Dam*, (2001) 167 *The Geographical Journal* 195, p. 197.

⁴⁵ Thayer Scudder, *A Comparative Survey of Dam-Induced Resettlement in 50 Cases with the Statistical Assistance of John Gay in Thayer Scudder, The Future of Large Dams: Dealing with Social, Environmental, Institutional and Political Costs*, Taylor & Francis, 2005, p. 5 et 6.

⁴⁶ Résolution 1992/28, 35^e séance, 27 août 1992, par. 2 et 8, incluse dans le Document de l'ONU n° E/CN.4/Sub.2/1992/L.11/Add.4, projet de rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 28 août 1992, p. 18 et 19 (désignation d'un Rapporteur spécial sur les transferts de populations (« Rapporteur spécial ») par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme (« Sous-Commission »)) ; Projet de code de 1996, art. 18 g) (qui interdit le transfert forcé) ; Documents de l'ONU n° E/CN.4/1998/2 et E/CN.4/Sub.2/1997/50, Rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur sa quarante-neuvième session, 5 novembre 1997 (adoption par la Sous-Commission d'un projet de déclaration sur le transfert de population et l'implantation de colons) ; Document de l'ONU n° E/CN.4/1998/53/Add.2, Rapport du Représentant du Secrétaire général, M. Francis M. Deng, présenté conformément à la résolution 1997/39 de la Commission des droits de l'homme – Additif - Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, 11 février 1998 (élaboration par le Rapporteur spécial du Secrétaire général de principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays) ; Statut de Rome,

Le nombre d'États parties plus importants traités multilatéraux, y compris le Protocole additionnel II (de 0 État partie en 1977 à plus de 130 en 1995) et le Pacte international (de 41 États parties en 1977 à 103 en 1995) s'est brutalement accru. Dans son résumé schématique, le recueil des pratiques internationales établi par le CICR s'agissant de la règle n° 129 (« Déplacement et personnes déplacées ») comporte *exclusivement* des exemples postérieurs à l'année 1990, relevant en grande partie du conflit dans l'ex-Yougoslavie⁴⁷.

23. À en juger par le volume et l'importance de ces indices de l'existence d'une règle de droit international coutumier en l'espace de quelques années seulement, les années 1990 ont marqué une transformation radicale de la légalité (ou l'illégalité) en droit international du transfert forcé de populations à l'intérieur d'un État. Par conséquent, se fonder sur l'une quelconque source datant de cette période ou après pour établir l'état du droit coutumier en 1975 est pour le moins suspect.

v. Éléments du transfert forcé comme autre acte inhumain

24. Comme l'a rappelé la Défense, la structure de la définition du transfert forcé comme autre acte inhumain, tel qu'il est décrit dans l'Ordonnance de clôture, est manifestement tirée des Éléments des crimes de la CPI, dans la mesure où elle traite le transfert forcé de populations comme un fait qualifié de crime sous réserve de « motif[s] admis en droit international » non précisés. Le contenu des motifs admis en droit international, tel qu'il a été décrit par les co-juges d'instruction, est fondé sur le deuxième paragraphe de l'article 49 de la Quatrième Convention de Genève, qui ne reconnaît que la « sécurité de la population » et d'« impérieuses raisons militaires ». Pour les raisons que nous avons

art. 7 1) d) (interdisant le transfert forcé de population) ; Document de l'ONU n° CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Additif – Observation générale n° 27 (67) - Liberté de circulation (article 12), 1^{er} novembre 1999, par. 7 (interdisant « toute forme de déplacement forcé ») ; Jugement *Kupreškić*, par. 566 (qualifiant le transfert forcé comme un autre acte inhumain).

⁴⁷ Voir le recueil (en anglais) des pratiques internationales établi par le CICR s'agissant de la règle n° 129 (« Déplacement et personnes déplacées »), http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rulc129_sectiona. Les quelques exemples antérieurs à 1990 se rapportent tous soit à la déportation, soit à l'occupation de guerre (y compris les sources juridiques déjà évoquées et les exemples de pratiques telle que l'occupation israélienne ou la déportation de civils iraniens vers l'Irak dans les années 1980), renforçant la distinction entre ces formes de déplacement et le transfert forcé de personnes à l'intérieur de leur propre pays. Voir, par exemple, Frédéric de Mulinen, Manuel sur le droit de la guerre pour les forces armées, CICR, Genève 1987, par. 776 f) (« déportation ou transfert illégal de tout ou partie de la population *des territoires occupés* » [traduction non officielle]) : 25^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, Genève, 23 au 31 octobre 1986, Résolution n° I, Préambule (« déplacement forcé de populations civiles *par les forces d'occupation* »). Chaque exemple de pratique concernant le déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays est postérieur à 1990.

déjà évoquées, aucun de ces deux instruments ne permet de trancher la question de savoir si le crime de transfert forcé entrainé dans la catégorie d'autre acte inhumain en 1975.

25. Relevant les incohérences dans la pratique des États, Bassiouni fait valoir que le transfert forcé n'est pas illicite en soi mais qu'il peut le *devenir* en fonction des objectifs qu'il vise et de la manière dont il est réalisé : « Ce n'est pas tant le transfert de civils au sein de la juridiction d'un pays qui constitue la violation que le transfert aux fins d'extermination, de réduction en esclavage, de pratiques liées à l'esclavage et de travaux forcés. *La déportation et le transfert de populations d'un autre État belligérant restent des crimes de guerre à part entière* »⁴⁸ [traduction non officielle].
26. La Défense estime qu'une telle approche contextuelle est la seule manière de qualifier le crime de transfert forcé d'autre acte inhumain commis entre 1975 et 1977 tout en respectant le principe de légalité et les sources du droit coutumier telles qu'ils existaient à l'époque. Les seules normes *concrètes* que l'on peut puiser dans le droit émanent du droit de la déportation et de l'occupation de guerre, lesquelles sont toutes deux purement et simplement inapplicables au transfert forcé.
27. C'est pour toutes ces raisons que les éléments du transfert forcé involontaire à l'intérieur d'un pays comme autre acte inhumain entre avril 1975 et 1977 ne peuvent être décrits que de la façon la plus générale qui soit, à savoir : i) les victimes ont été contraintes de quitter l'endroit où elles résidaient légalement ; ii) dans des conditions, notamment les objectifs du transfert, son mode opératoire et ses effets, qui étaient considérées à l'époque d'une gravité comparable aux autres crimes contre l'humanité énumérés ; iii) l'accusé avait l'intention⁴⁹ de forcer les victimes à quitter l'endroit où elles résidaient légalement ; et iv) l'Accusé avait l'intention d'agir dans des conditions qui rendaient criminel un tel transfert. Pour savoir si un fait particulier répond à cette définition, il incombe d'analyser toutes les circonstances, en se fondant sur les faits et à l'aune de la pratique des États qui prévalait alors.

⁴⁸ Bassiouni, p. 315. Parmi les cas autorisés de transfert forcé, Bassiouni évoque le transfert en masse d'Américains d'origine japonaise dans des camps d'internement pendant la Deuxième Guerre mondiale, en dépit du fait qu'il portait gravement atteinte au droit à la liberté. Voir *id.*, p. 320.

⁴⁹ En application des principes généraux du droit international pénal, l'accusé ne peut être puni que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance. Statut de Rome, art. 30 1).

C. Entreprise criminelle commune

i. Éléments de l'entreprise criminelle commune : généralités

28. Aux termes du paragraphe 1540 de l'Ordonnance de clôture, Nuon Chea est accusé d'avoir « commis les crimes listés dans la présente Ordonnance » du fait de sa qualité de membre de l'entreprise criminelle commune⁵⁰, laquelle emporte une responsabilité pénale découlant de la commission d'un crime du fait de la participation de l'Accusé à un plan ou un objectif commun⁵¹. Les CETC reconnaissent deux catégories d'entreprise criminelle commune : « La première catégorie d'entreprise criminelle commune [...] concerne les affaires où les coauteurs, qui agissent de concert en exécution d'un but commun, sont tous animés de la même intention criminelle ; [et]la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, dite "systémique" se caractérise par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements, tel qu'un camp [...] de concentration »⁵².
29. Les éléments *matériels* (*actus reus*) de ces deux variantes d'entreprise criminelle commune sont identiques, et ils ont été exposés comme suit par la Chambre dans le Jugement *Duch* : « Il faut en premier lieu qu'il y ait une pluralité de personnes [...] En second lieu, il faut qu'il existe un projet commun qui consiste à commettre un des crimes relevant de la compétence des Chambres [...] En troisième lieu, il faut que l'accusé ait participé au projet commun »⁵³. Il faut que la participation de l'Accusé corresponde à une « contribution importante » aux crimes qui lui sont reprochés⁵⁴.
30. L'élément *moral* de la première catégorie d'entreprise criminelle commune est qu'« il faut que l'intention de commettre un crime précis [au cœur du projet commun] soit partagée par tous les (co)auteurs »⁵⁵. On est donc en présence de la première catégorie d'entreprise criminelle commune lorsque les participants ont tous l'intention de

⁵⁰ Ordonnance de clôture, par. 1540.

⁵¹ La Chambre préliminaire et la Chambre de première instance ont toutes deux conclu que l'entreprise criminelle commune est une forme de commission relevant de l'article 29nouveau de la Loi sur les CETC. Voir Doc. n° E188, Jugement, 26 juillet 2010, ERN 00572190-00572516 (le « Jugement *Duch* »), par. 551 ; Doc. n° D97/15/9, Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2012, ERN 00535249-00535323, par. 49.

⁵² Doc. n° E100/6, Décision relative à l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, ERN 00742721-00742741 (« Décision relative à l'entreprise criminelle commune »), par. 15. La Chambre de première instance avait déjà conclu que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne faisait pas partie du droit international coutumier pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC et s'applique donc pas à l'Accusé. Voir *id.*, par. 38, p. 21.

⁵³ Jugement *Duch*, par. 508.

⁵⁴ Jugement *Duch*, par. 508; Ordonnance de clôture, par. 1522. Voir également *Le Procureur c/ Simić*, IT-95-9-T, Jugement, 17 octobre 2003, par. 159.

⁵⁵ Jugement *Duch*, par. 509.

commettre l'*acte criminel précis* faisant l'objet de l'entreprise criminelle commune⁵⁶. S'agissant de l'élément moral de la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, il faut établir que « l'accusé avait personnellement connaissance [...] du système de mauvais traitements et qu'il a eu l'intention de contribuer au fonctionnement de ce système »⁵⁷.

ii. L'entreprise criminelle commune visée par le premier procès dans le cadre du dossier n° 002

31. Dans l'Ordonnance de clôture, les deux points suivants sont au cœur du raisonnement consacré à l'entreprise criminelle commune :

1524. Le projet commun des dirigeants du PCK était de réaliser au Cambodge une révolution socialiste rapide par tous les moyens nécessaires, en 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.

1525. 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 partie⁵⁸.

Selon l'Ordonnance de disjonction, seules deux de ces cinq « politiques » relèvent du premier procès dans le cadre du dossier n° 002, à savoir le déplacement forcé de populations et les mesures dirigées contre des groupes spécifiques⁵⁹. S'agissant de ces politiques, Nuon Chea est accusé i) de meurtres ; ii) d'extermination ; iii) de persécution

⁵⁶ Voir *Le Procureur c/ Stakić*, IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, par. 65 ; *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005 (« Arrêt Kvočka »), par. 82 ; *Le Procureur c/ Ntakirutimana et Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Arrêt, 13 décembre 2004, par. 467 ; *Le Procureur c/ Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, par. 101 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, IT-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003, par. 84 ; *Le Procureur c/ Duško Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, par. 196 ; *Le Procureur c/ Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006, par. 883 ; *Le Procureur c/ Simba*, ICTR-01-76-T, Jugement portant condamnation, 13 décembre 2005, par. 388 ; *Le Procureur c/ Limaj et consorts*, IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, par. 511 ; *Le Procureur c/ Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, par. 703 ; *Le Procureur c/ Brđanin*, IT-99-36-T, Jugement, 1^{er} septembre 2004, par. 264 ; *Le Procureur c/ Simić, Tadić et Zarić*, IT-95-9-T, Jugement, 17 octobre 2003, par. 156, 157 et 160 ; *Le Procureur c/ Vasiljević*, IT-98-32-T, Jugement, 29 novembre 2002, par. 64.

⁵⁷ Jugement *Duch*, par. 509.

⁵⁸ Ordonnance de clôture, par. 1524 et 1525.

⁵⁹ Doc. n° **E124/7.3**, Annexe, 18 octobre 2012, ERN 00854116-00854119, p. 3 (par. 5 a)).

pour motifs politiques ; et iv) d'autres actes inhumains sous forme d'atteintes à la dignité humaine, de transferts forcés et de disparitions forcées⁶⁰.

32. En février 2011, la Défense de Ieng Sary a déposé une demande tendant à faire supprimer les parties de l'Ordonnance de clôture relatives à l'entreprise criminelle commune au motif que l'objectif commun qui y était évoqué n'était pas de nature criminelle. Dans sa décision (la « Décision relative à l'entreprise criminelle commune »), la Chambre de première instance a repris la jurisprudence du TPIY et du TSSL qui prévoit que l'objectif commun à l'origine d'une entreprise criminelle commune ne doit pas être criminel en soi, si (et les formulations divergent sur ce point) cet objectif « tend vers », « implique » ou « envisage » la perpétration d'un crime⁶¹. S'agissant de l'Ordonnance de clôture, la Chambre de première instance a estimé que, comme cela y avait été précisé, « le projet commun [avait] *impliqué la commission* d'actes criminels par les participants à l'entreprise criminelle commune » et qu'il était donc suffisant au regard de la jurisprudence⁶².

iii. Éléments de preuve requis : la première catégorie d'entreprise criminelle commune

33. Comme la Défense l'a relevé plus haut, l'essence de la première catégorie d'entreprise criminelle commune est que le crime visé *relevait de l'objet* du projet commun et que l'Accusé *partageait l'intention* de la personne qui a personnellement commis le crime⁶³. En l'espèce, l'Accusé ne saurait, par conséquent, être tenu responsable, au titre de la première catégorie d'entreprise criminelle commune, que des *crimes précis* relevant de l'objet du projet commun et pour lesquels son intention a été prouvée.

34. La décision de la Chambre concernant l'entreprise criminelle commune – à savoir que l'Ordonnance de clôture avait très bien démontré que le projet commun avait « impliqué » la perpétration d'actes criminels – ne porte en rien atteinte à ce principe fondamental de la responsabilité pénale découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune⁶⁴. Tout d'abord, le terme « impliqué » est ambigu quant à la nature

⁶⁰ Ibid., p. 2 (par. 4).

⁶¹ Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 17.

⁶² Ibid., par. 19 (non souligné dans l'original).

⁶³ Note de bas de page n° 56, *supra*.

⁶⁴ Dans l'Ordonnance de clôture, les termes utilisés pour décrire le lien entre le projet commun et les crimes visés sont encore plus faibles, les co-juges d'instruction s'étant contenté d'affirmer que l'« *application* [du projet] a consisté en la commission de crimes, ou en a impliqué la perpétration ». Voir l'Ordonnance de clôture, par. 1525.

exacte de la relation qui existe entre, d'un côté, l'objectif commun et les crimes qui auraient été commis et, de l'autre, en particulier, l'intention de l'Accusé à cet égard. De surcroît, la jurisprudence invoquée par la Chambre dans la Décision relative à l'entreprise criminelle commune, à savoir l'arrêt *Brima* au TSSL et l'arrêt *Kvočka* au TPIY, n'a jamais visé à modifier en quoi que ce soit les normes applicables à la première catégorie d'entreprise criminelle commune.

35. Pour commencer, la première catégorie d'entreprise criminelle commune n'a en réalité été retenue dans aucune de ces deux affaires. Dans *Brima*, la Chambre d'appel a conclu que la Chambre de première instance n'était pas fondée en droit à conclure que l'existence d'une entreprise criminelle commune n'avait pas été correctement démontrée dans l'acte d'accusation, mais elle n'a pas cherché à apprécier la responsabilité de l'accusé par rapport à l'objectif commun allégué⁶⁵. Lorsque, dans l'affaire *RUF* qui a suivi, la Chambre de première instance du TSSL a pu cette fois aboutir à des constatations relatives à cette catégorie d'entreprise criminelle commune, elle a expliqué que « lorsque la prise du pouvoir et l'exercice d'un contrôle sur l'autorité de l'État sont censés découler de la commission de crimes visés par le Statut, cela peut correspondre à un objectif criminel commun »⁶⁶ [traduction non officielle] et que les « moyens *qui ont été convenus* pour réaliser ces objectifs ont entraîné des violations massives des droits de l'homme ainsi que des violences et des mauvais traitements à l'encontre de la population civile »⁶⁷ [traduction non officielle]. De même, dans l'affaire *Kvočka*, la Chambre de première instance a retenu la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, et non la première⁶⁸. Lorsqu'elle a examiné la première catégorie d'entreprise criminelle commune, elle l'a décrite comme étant la situation « où tous les participants agissent de concert dans un but commun et ont la même intention délictueuse »⁶⁹. Ce n'est pas très

⁶⁵ *Le Procureur c/ Brima et consorts*, SCSL-04-16-A, Arrêt, 22 février 2008 (l'« Arrêt *Brima* »), par. 87. La Défense fait également observer que la doctrine a critiqué au fond la décision rendue dans l'Arrêt *Brima*. Voir G. Boas, J.L. Bischoff et N. L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library*, volume I, *Forms of Responsibility in International Criminal Law* (2007), p. 132-133 ; W. Jordah et P. Van Tuyl, *Failure to Carry the Burden of Proof, How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone*, 606 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010) p. 8 ; voir également de façon plus générale J. Easterday, *Obscuring Joint Criminal Enterprise Liability: The Conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leone*, *Berkeley Journal of International Law (Publicist)* 3 (2009).

⁶⁶ Voir *Le Procureur c. Sesay, Kallon et Gbao*, SCSL-04-15-PT-005, Jugement, 25 février 2009 (« Jugement *RUF* »), par. 1979.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 1980.

⁶⁸ *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-T, Jugement, 2 novembre 2001, par. 268.

⁶⁹ *Ibid.*, par. 267.

différent de ce qu'a fait la Chambre de première instance dans *Haradinaj*⁷⁰, la seule source jurisprudentielle sur laquelle s'est fondé le TSSL dans *Brima*⁷¹.

36. De plus, tant dans *Kvočka* que dans *Haradinaj*, l'objectif commun évoqué était indissociable du comportement criminel allégué. Dans *Haradinaj*, l'acte d'accusation précisait que l'objectif commun « *impliquait nécessairement* la perpétration de crimes contre l'humanité et de violations des lois ou coutumes de la guerre »⁷². De même, dans *Kvočka*, l'objectif commun n'était pas, comme l'a affirmé la Chambre de première instance des CETC, de « créer un État serbe en ex-Yougoslavie »⁷³, mais de « chasser de la région de Prijedor les Musulmans et les Croates pour créer un État serbe unifié »⁷⁴. Dans ces deux affaires, le comportement criminel était indissociable de l'objectif commun. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce où le simple objectif consistant à réaliser une révolution socialiste rapide *aurait pu être* mis en œuvre sans qu'aucun acte criminel ne soit jamais commis⁷⁵.
37. Si l'on entend être fidèle aux critères constants qui s'appliquent à la première catégorie d'entreprise criminelle commune, il faut alors, indépendamment de la teneur de la définition de l'objectif commun, obliger les co-procureurs à démontrer l'intention de l'Accusé s'agissant des éléments matériels de chacun des crimes dont il doit répondre. Ainsi, les co-procureurs doivent établir : i) l'existence d'un objectif commun visant à mener une révolution sociale rapide au Cambodge par un « grand bond en avant » qui a inclus la commission de meurtres, d'exterminations, de persécutions et d'autres actes inhumains ; ii) la participation de l'Accusé à la réalisation de cet objectif commun, en ce qu'il y a apporté une contribution importante ; iii) le fait que *l'intention* qui animait l'Accusé de mettre en œuvre le projet commun *incluait* les éléments matériels des crimes visés ; et iv) l'intention spécifique qui animait l'Accusé de commettre tous les crimes visés dont l'intention spécifique constitue un élément.

⁷⁰ Outre *Haradinaj*, la Chambre de première instance du TSSL, dans l'affaire *Brima*, s'est également fondée sur le Statut de Rome. Or, la CPI a rejeté l'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité et précisé que l'article 25 3) du Statut de Rome est une « forme résiduelle de responsabilité du complice ». *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, par. 300 à 340. Il serait par conséquent erroné d'avoir recours à l'article 25 3) du Statut de Rome pour interpréter la portée de l'objectif commun.

⁷¹ *Le Procureur c. Haradinaj et consorts*, IT-04-84-T, Jugement, 3 avril 2008, par. 138.

⁷² *Le Procureur c. Haradinaj et consorts*, IT-04-84-PT, Deuxième acte d'accusation, 26 avril 2006, par. 24.

⁷³ Décision relative à l'entreprise criminelle commune, par. 17 (citant le par. 46 de l'Arrêt *Kvočka*).

⁷⁴ Arrêt *Kvočka*, par. 45. Comme nous l'avons déjà relevé, en s'appuyant sur l'Arrêt *Brima*, la Chambre de première instance a également inscrit dans le Jugement RUF le comportement criminel dans l'objectif commun.

⁷⁵ Voir par. 31, *supra*.

D. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique

38. En application de l'article 29 de la Loi sur les CETC, un supérieur peut être tenu individuellement responsable pour les crimes commis par ses subordonnés « si le supérieur avait sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle, le subordonné, et le supérieur savait ou avait des raisons de croire que le subordonné avait commis ou allait commettre ces actes, et que le supérieur n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ces actes ou réprimer les auteurs »⁷⁶.

i. La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique n'était pas reconnue en droit international coutumier au moment des faits

39. Comme l'ont déjà fait valoir d'autres équipes de la Défense, la coutume ne prévoyait pas la responsabilité du supérieur hiérarchique durant la période comprise entre 1975 et 1977 parce que i) les éléments constitutifs de ce mode de participation n'étaient pas définis avec une clarté suffisante dans la jurisprudence postérieure à la Deuxième Guerre mondiale, ii) la pratique des États n'était ni cohérente ni homogène et iii) l'article 86 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève ne reflétait pas une règle établie en droit coutumier⁷⁷. La Défense est d'accord avec ces arguments et les reprend à son compte.

40. S'agissant du manque de clarté dans la définition de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁷⁸, la Défense ajoute que, même aux États-Unis, la jurisprudence antérieure à 1975 variait considérablement, en particulier pour le critère de connaissance. Par exemple, dans l'affaire *Yamashita*, la Cour suprême des États-Unis s'est contentée de présumer que l'accusé avait eu connaissance des faits tant les crimes dont il devait

⁷⁶ La Chambre a examiné la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique dans le Jugement *Duch*. Voir Jugement *Duch*, par. 538 à 544.

⁷⁷ Doc. n° **D427/1/6**, *Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, 25 octobre 2010, ERN 00617486-00617631, paras. 283 à 302. Voir également Doc. n° **D427/2/1**, *Ieng Thirith Defence Appeal from Closing Order*, 18 octobre 2010, ERN 00613874-00613905, par. 81 à 94.

⁷⁸ Elies Van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T.M.C. Asser Press, 2003 (« Van Sliedregt (2003) »), p. 135 (« La notion schématique de responsabilité du supérieur hiérarchique qui émane de l'ensemble hétéroclite de la jurisprudence des tribunaux de l'après-Deuxième Guerre mondiale est constitué de trois éléments : i) un élément relatif aux fonctions : les fonctions de supérieur emportent une obligation d'agir ; ii) un élément relatif à la connaissance des faits : le supérieur a eu ou aurait dû avoir connaissance des crimes ; et iii) un élément opérationnel, le supérieur n'a pas agi » [traduction non officielle]. Une plus grande spécificité est hors d'atteinte dès lors que les différences qui existent dans l'« ensemble hétéroclite » de la jurisprudence a suscité d'« importantes variations dans la portée de la responsabilité du supérieur » [traduction non officielle] ; *Le Procureur c/ Halilović*, IT-01-48-T, Jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 2005, par. 48 (relevant que les critères applicables à la responsabilité du supérieur n'étaient pas interprétés de façon cohérente et homogène).

répondre étaient atroces et commis à grande échelle⁷⁹. En revanche, dans l'affaire *Medina*, la Cour d'appel militaire des États-Unis a appliqué un critère de connaissance effective étroit en application duquel même la présence de l'accusé sur le lieu des faits n'était pas suffisante pour établir qu'il avait eu connaissance des crimes qui lui étaient reprochés⁸⁰. Ce n'est qu'avec les tribunaux *ad hoc* que la définition de la responsabilité du supérieur hiérarchique a revêtu une clarté suffisante⁸¹, une réalité qui s'est manifestée dans le fait que, dans le Jugement *Duch*, la Chambre de première instance s'est *exclusivement* fondée sur la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour énoncer sa définition⁸².

41. Tout au plus, la qualité de responsabilité du supérieur hiérarchique en 1975 était incertaine. Au nom du principe selon le doute profite à l'accusé, la Chambre doit conclure que la notion de responsabilité du supérieur n'est pas applicable en l'espèce⁸³.

ii. Dans l'hypothèse où la responsabilité du supérieur hiérarchique aurait été prévue par le droit international à l'époque des faits, ce mode de participation aux crimes devrait répondre à une définition limitée

Obligation légale d'agir

42. Outre les trois éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique énumérés dans le Jugement *Duch*⁸⁴, la jurisprudence postérieure à la Deuxième Guerre mondiale exigeait que le supérieur avait eu l'obligation légale d'agir. Comme l'a conclu le Juge Röling dans son opinion dissidente au Jugement du TMIEO :

On peut soutenir que cette obligation existe dès que l'on est en présence des critères de connaissance et du pouvoir. Il se peut que le droit international y tende. Cependant, en l'état actuel des choses, il faut plutôt chercher à rechercher

⁷⁹ *United States c. Yamashita*, 327 US 1 (1946) (« *Yamashita* »). Le Juge Murphy, dans une opinion dissidente, a estimé que la décision de la majorité revenait à exclure tout critère de connaissance. Voir *id.*, p. 39 et 40.

⁸⁰ *United States c. Medina*, dans L. Friedman, *The Law of War. A Documentary History*, volume II, Random House, 1972, p. 1732.

⁸¹ Voir, par exemple, Robert Cryer et autres, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2010, p. 388 et 389.

⁸² Jugement *Duch*, par. 538 à 544.

⁸³ Voir Antonio Cassese (dir. pub.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, p. 440 et 441 (le doute profite l'accusé « est le principe en vertu duquel, en cas d'interprétations divergentes d'une règle, on retiendra celle qui est en faveur de l'accusé » [traduction non officielle]) ; voir également *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, par. 500 et 501 ; *Le Procureur c. Krstić*, IT-98-33-T, Jugement, 2 août 2001, par. 502.

⁸⁴ Ces éléments reflètent la définition *actuelle* de la responsabilité du supérieur. Voir par exemple *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998 (le « Jugement *Celebici* »), par. 346, qui a été confirmé en appel. *Le Procureur c. Delalić et consorts*, IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, par. 214.

l'existence d'une obligation spécifique aux agents de l'État et aux chefs militaires qui les rend pénalement responsables d'« omissions »⁸⁵ [traduction non officielle].

43. Plusieurs sources de premier ordre viennent étayer le point de vue du Juge Röling. La délégation américaine à la Conférence de paix de Paris en 1919⁸⁶, les juges de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Yamashita*⁸⁷ et les juges à l'issue du Procès des médecins à Nuremberg ont tous estimé que l'obligation légale d'agir constituait une condition de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁸⁸. En outre, c'est un principe général de droit que l'omission n'emporte une responsabilité pénale que lorsqu'une obligation positive d'agir existe, qu'elle est protégée par un code pénal national et qu'elle est « largement diffusée et connue »⁸⁹ [traduction non officielle]. C'est ainsi que cette obligation a été reconnue par le TPIR⁹⁰ et la CPI⁹¹ comme un aspect de la responsabilité du supérieur hiérarchique.
44. Bien qu'il soit largement accepté que les supérieurs hiérarchiques ont l'obligation légale d'empêcher et de punir les crimes commis par leurs subordonnés, « il est beaucoup moins facile de savoir si les supérieurs civils sont également, dans certaines circonstances, visés

⁸⁵ *Opinion of Member for the Netherlands (Mr. Justice Röling)*, par. 60, dans Neil Boister & Rober Cryer (dir. pub.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal – Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, 2008, p. 707 (« Opinion dissidente du Juge Röling »).

⁸⁶ Rapport présenté à la Conférence des Préliminaires de Paix par la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, 29 mars 1919, cité dans l'Opinion dissidente du Juge Röling, p. 705 et 706 (« pour établir la responsabilité dans pareils cas, ni la connaissance de la commission des crimes, ni la capacité de l'empêcher ne suffisent. **Le devoir ou l'obligation d'agir est essentiel** » [traduction non officielle]) (en caractères normaux dans l'original).

⁸⁷ Voir *Yamashita*, p. 14 et 15 (qui tente de savoir si « le droit de la guerre impose à un commandant dans l'armée le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires à sa disposition pour contrôler ses troupes » [traduction non officielle]), p. 43 et 44 (le Juge Rutledge, dans son opinion dissidente, estime que, pour que la responsabilité de l'accusé soit engagée, il faut qu'il « n'ait pas agi en toute conscience pour empêcher qu'autrui subisse un préjudice, alors qu'il avait tant le devoir que le pouvoir de le faire » [traduction non officielle]).

⁸⁸ *United States v. Karl Brandt et al.*, affaire n° 1, Jugement, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Trinunals*, volume II, p. 193, 194, 212 et 213.

⁸⁹ Alexander Zahar et Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 259 (« Zahar et Sluiter »). Voir également l'Opinion dissidente du Juge Röling, p. 704 (« la responsabilité pour "omission" est très restreinte, reconnue en droit interne dans des cas particuliers où l'obligation légale a été clairement énoncée » [traduction non officielle]).

⁹⁰ *Le Procureur c. Mpambara*, ICTR-01-65-T, Jugement, 11 septembre 2006, par. 25 et 27 (« la responsabilité pour manquement à l'obligation d'empêcher ou de punir exige qu'il soit établi que : i) l'accusé avait une obligation légale bien précise d'empêcher un crime, ii) l'accusé avait conscience de cette obligation légale et a délibérément refusé de s'en acquitter »). Voir également *Le Procureur c. Rutaganira*, ICTR-95-1C-T, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance, 14 mars 2005, par. 67 à 91 ; *Le Procureur c. Ntagaerura et consorts*, ICTR-99-46-T, Jugement, 1^{er} septembre 2009, par. 659 et 660. Le TPIY a conclu de manière plus générale que la responsabilité pour omission exigeait une obligation d'agir. Voir *Le Procureur c. Blaskić*, IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004, par. 663.

⁹¹ *Le Procureur c. Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, par. 405 citant le Jugement *Celebići*, par. 334 (la responsabilité du supérieur hiérarchique se comprend mieux « lorsqu'on considère la règle qui veut qu'il ne peut y avoir responsabilité pénale pour omission que si la loi fait obligation d'agir »).

par cette obligation et, si oui, pour quels motifs »⁹² [traduction non officielle]. C'est probablement pour cette raison que le Juge Röling a estimé que « la responsabilité qui est engagée pour ne pas avoir empêché des violations des règles de la guerre doit être limitée aux agents de l'État qui sont spécifiquement visés par la droit interne correspondant »⁹³ [traduction non officielle].

45. Or, le code pénal cambodgien n'envisageait aucune responsabilité du supérieur hiérarchique au moment des faits en l'espèce⁹⁴. Par conséquent, à moins qu'il soit possible de mettre en évidence une obligation positive d'agir dans le droit interne tel qu'il existait à l'époque, il n'est pas possible d'engager la responsabilité des supérieurs hiérarchiques non militaires.

Supérieurs non militaires

46. Quand bien même il serait *possible* de mettre en évidence une obligation d'agir pour les supérieurs hiérarchiques non militaires, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique devrait néanmoins être appliquée de façon restrictive à ces supérieurs⁹⁵, qui ne peuvent être tenus responsables que « pour autant qu'ils aient le même contrôle sur leurs subordonnés que les chefs militaires »⁹⁶.

Absence de contrôle effectif

47. Durant la période visée, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne s'appliquait qu'au comportement des *subordonnés directs*. Les grandes affaires postérieures à la Deuxième Guerre mondiale qui portaient sur la responsabilité du supérieur hiérarchique ont *toutes* concerné une responsabilité pour le comportement des

⁹² Zahar et Sluiter, p. 260.

⁹³ Opinion dissidente du Juge Röling, p. 707.

⁹⁴ Doc. n° **D427/1/6**, *Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, 25 octobre 2010, ERN 00617486-00617631, par. 293.

⁹⁵ Dans le Jugement *Akayesu*, les juges du TPIR ont estimé que « l'application [des ordres des supérieurs] à des civils demeure donc *controversée* ». Sur ce point, la Chambre a rejoint le Juge Röling dans son opinion dissidente : « Généralement parlant, les tribunaux doivent prendre grand soin lorsqu'ils imputent à des civils, agents de l'État, la responsabilité du comportement de l'armée en campagne. Qui plus est, la mission de ce Tribunal est d'appliquer les principes généraux du droit tels qu'ils existent dans leur rapport avec la responsabilité par "omission"... cette responsabilité ne doit être interprétée que dans un sens très restreint ». (*Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, par. 490 et 491).

⁹⁶ Voir, par exemple, le Jugement *Čelebići*, par. 378 ; Zahar & Sluiter, p. 265 (« pour pouvoir invoquer le concept juridique de contrôle effectif, il faut apporter la preuve que l'accusé appartenait à un groupe de personnes réunies à dessein sous la forme d'une unité hiérarchique, qu'il existait une chaîne de commandement reconnue et une pratique acceptée par tous consistant à donner des ordres et à y obéir, que ceux qui auraient été les subordonnés de l'accusé savaient que la désobéissance ou l'insubordination était passible d'une mesure disciplinaire, et que le supérieur avait les moyens de réprimer et de punir efficacement un acte non autorisé » [traduction non officielle]).

subordonnés directs de l'accusé⁹⁷, le concept de responsabilité du supérieur par l'entremise de tiers n'étant pas reconnu⁹⁸. De même, la pratique des États pendant cette période n'étaye peu ou pas du tout une telle responsabilité⁹⁹.

48. Pour Van Sliedregt, la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique est engagée uniquement :

pour autant que le supérieur ait commis un acte répréhensible qui puisse être mis en rapport avec le crime du subordonné. La responsabilité pour omission est, de par sa nature, difficile à circonscrire en raison de son « lien de causalité hypothétique ». Il n'existe aucune relation naturelle de cause à effet. C'est *a posteriori* qu'il faudra établir qu'une personne aurait pu empêcher l'acte *si* elle était intervenue. Un tel raisonnement risque d'élargir le champ de la responsabilité, ce qui est encore plus pertinent en présence de plusieurs liens avec la responsabilité pour omission¹⁰⁰ [traduction non officielle].

49. Pour ces raisons, la Chambre ne peut engager la responsabilité d'un supérieur hiérarchique que du fait des subordonnés directs de celui-ci¹⁰¹.

CO-AVOCATS DE NUON CHEA

Me SON Arun

Me Victor KOPPE

⁹⁷ Voir, par exemple, *Yamashita* ; *United States v. Oswald Pohl et al.*, affaire n° 4, Jugement, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume V ; *United States v. Wilhelm Von Leeb et al.*, affaire n° 12, Jugement, dans *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, volume XI ; *United States v. Wilhelm List et al.*, affaire n° 7, Jugement, dans *Id.*

⁹⁸ Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012 (« Van Sliedregt (2012) »), p. 194 ; Guenaël Mettraux, *The Law on Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, p. 135 et 136 (« Mettraux »).

⁹⁹ Mettraux, p. 135 ; Van Sliedregt (2012), p. 194. Le TPIY a également émis des réserves à cet égard. Jugement *Celebici*, par. 377 (on doit « prendre garde de ne pas commettre d'injustices en tenant des hommes responsables du fait d'autrui en l'absence de tout contrôle ou d'un contrôle véritable »).

¹⁰⁰ Van Sliedregt (2012), p. 194.

¹⁰¹ La Chambre d'appel du TPIY a implicitement accepté le concept de responsabilité multiple du supérieur hiérarchique dans l'affaire *Orić*. (*Le Procureur c/ Orić*, IT-03-68-A, Arrêt, 3 juillet 2008, par. 20). Outre le fait que la jurisprudence du TPIY n'établit pas qu'un supérieur hiérarchique engageait sa responsabilité dès 1975, on a reproché à cette décision qu'elle n'était pas fondée sur le droit coutumier même tel qu'il existait dans les années 1990. Voir Van Sliedregt, p. 194 ; Mettraux, p. 135 et 136.