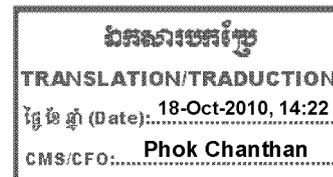


CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**DEVANT LES CO-JUGES D'INSTRUCTION****INFORMATIONS RELATIVES AU DÉPÔT****Dossier n° :** 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ**Partie déposante :** l'équipe de défense de IENG Sary**Déposé devant :** le Bureau des co-juges d'instruction**Langue :** français, original en anglais**Date du document :** 21 décembre 2009**CLASSEMENT****Classement proposé par la partie déposante :** PUBLIC**Classement retenu par les co-juges d'instruction ou par la Chambre :****Statut du classement :****Révision du classement provisoire :****Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives :****Signature :**

**ÉCRITURES SUPPLÉMENTAIRES DE IENG SARY ALTERNATIVES À SA
 REQUÊTE CONTRE L'APPLICABILITÉ DU GÉNOCIDE DEVANT LES CETC**

Déposées par :**Les co-avocats :**

Me ANG Udom
 Me Michael G. KARNAVAS

Destinataires :**Les co-juges d'instruction :**

YOU Bunleng
 Marcel LEMONDE

Les co-procureurs :

CHEA Leang
 Andrew CAYLEY

M. IENG Sary, par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense »), dépose par les présentes des écritures complémentaires alternatives à sa requête contre l'applicabilité du génocide devant les CETC. Ces écritures s'accompagnent d'une annexe qui fait le point sur l'état du droit en matière de génocide tel qu'il a évolué à travers la jurisprudence des tribunaux ad hoc. La Défense a déjà déposé une requête expliquant que le chef de génocide ne peut être retenu par les CETC¹. Les co-juges d'instruction ayant estimé que les CETC sont compétentes pour appliquer le génocide, la Défense dépose aujourd'hui des écritures accompagnées d'une annexe afin d'aider les co-juges d'instruction et la Chambre à appliquer le droit en matière de génocide tel qu'il existait en droit international pendant la période pour laquelle les CETC sont compétentes *ratione temporis*. Il est expliqué dans ces écritures que :

- a) seul le génocide qui répond à la définition donnée dans la Convention sur le génocide et les actes expressément énumérés dans la Loi relative aux CETC sont punissables par les CETC ;
- b) le génocide est un crime qui suppose une intention spécifique² et, partant, nul ne peut être appelé à répondre d'un génocide si cette intention n'est pas établie ;
- c) la jurisprudence du TPIY et du TPIR n'est pertinente que dans la mesure où elle s'accorde avec le droit en matière de génocide tel qu'il existait entre 1975 et 1979 ; et, enfin,
- d) les CETC doivent adopter une définition de l'élément moral du génocide fondée sur le but et non sur la connaissance.

I. CONTEXTE

1. Le 21 juin 1997, le Cambodge a sollicité l'aide des Nations Unies pour organiser le procès des Khmers rouges³. « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] Par égard pour le peuple cambodgien, le gouvernement du Cambodge a insisté pour que ce procès ait lieu au Cambodge, en faisant appel à du personnel et à des juges cambodgiens, ainsi qu'à du personnel international. Le Cambodge a demandé une participation internationale en raison

¹ *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Requête de IENG Sary contre l'applicabilité du génocide par les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00401925-00401940.

² L'élément moral du génocide a reçu différentes appellations dans la jurisprudence et les commentaires pertinents, à savoir l'« intention spéciale », l'« intention spécifique », l'« intention génocidaire spéciale » ou le « *dolus specialis* ».

³ Voir Histoire des CETC sur le site web des CETC à l'adresse : <http://www.eccc.gov.kh/english/backgroundECCC.aspx>.

de la faiblesse de son système juridique et de la dimension internationale des crimes, et pour l'aider à répondre aux normes internationales de la justice⁴ ».

2. Le 6 juin 2003, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique (l'« Accord ») a été signé. Il a été ratifié le 19 octobre 2004 et il est entré en vigueur le 29 avril 2005⁵. L'objet de cet Accord était :

de fixer les règles régissant la coopération entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien aux fins de traduire en justice les dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire et des conventions internationales auxquelles adhère le Cambodge, commis pendant la période comprise entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979. L'Accord prévoit notamment le fondement juridique de cette coopération, les principes qui la régissent et les modalités qui lui sont applicables⁶.

3. L'instruction dans le cas de M. IENG Sary a débuté le 18 juillet 2007, lorsque le Bureau des co-procureurs a présenté son Réquisitoire introductif⁷. L'instance introduite contre lui a ensuite été disjointe le 19 septembre 2007 de celle introduite contre Kaing Guek Eav, alias « Duch »⁸.

4. Bien que les accusations portées dans le Réquisitoire introductif soient confidentielles, le Bureau des co-procureurs a confirmé publiquement que « [l]es faits allégués dans le réquisitoire introductif constitu[ai]ent des crimes contre l'humanité, de génocide, des violations graves des Conventions de Genève, de meurtre, de torture et des persécutions religieuses. En conséquence, les co-procureurs ont demandé aux co-juges d'instruction d'inculper les personnes responsables de ces crimes »⁹.

⁴ Introduction aux CETC sur le site web des CETC à l'adresse : http://www.eccc.gov.kh/french/about_eccc.aspx.

⁵ Voir Histoire des CETC sur le site web des CETC à l'adresse : <http://www.eccc.gov.kh/english/backgroundECCC.aspx>.

⁶ Accord, art. I, par. 1.

⁷ *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Réquisitoire introductif, 18 juillet 2007, D3, ERN : 00141011-00141166.

⁸ *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Ordonnance de disjonction, 19 septembre 2007, D18, ERN : 00148803-00148804.

⁹ Voir Communiqué de presse, Déclaration des co-procureurs, 18 juillet 2007 (Non souligné dans l'original).

II. DROIT APPLICABLE

5. Les articles II et III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 (« Convention sur le génocide »)¹⁰ disposent :

Article II

Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe¹¹.

Article III

Seront punis les actes suivants :

- a) Le génocide ;
- b) L'entente en vue de commettre le génocide ;
- c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide ;
- d) La tentative de génocide ;
- e) La complicité dans le génocide.

6. L'article 9 de l'Accord prévoit, dans la partie pertinente, ce qui suit :

Compétence des chambres extraordinaires

Les chambres extraordinaires sont compétentes *ratione materiae* pour connaître des crimes de génocide tels que définis dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948.

7. La Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (« Loi relative aux CETC ») comporte des dispositions très similaires à celles

¹⁰ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, (1951) 78 RTNU 277.

¹¹ Non souligné dans l'original.

de l'article II de la Convention sur le génocide¹², mais s'écarte de l'article III. Son article 4 dispose notamment :

Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes de génocide, tels que définis dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979.

On entend par crime de génocide, qui est imprescriptible l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- le meurtre de membres du groupe,
- les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe,
- la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle,
- les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe,
- les transferts forcés d'enfants du groupe à un autre.

Les actes suivants sont passibles des mêmes peines :

- la tentative de commettre un génocide,
- la conspiration visant à commettre des actes de génocide,
- la participation à des actes de génocide¹³.

8. L'article 29 de la Loi relative aux CETC est également pertinent. Il énumère les formes de responsabilité qui peuvent amener une personne à répondre d'un crime devant les CETC :

Tout suspect qui a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis les crimes mentionnés aux Articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi, est individuellement responsable de ces crimes.

La position ou le rang d'un suspect ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale ou mitiger la peine.

Le fait qu'un des actes énumérés dans les articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 de la présente loi ait été accompli par des subordonnés ne peut exonérer le supérieur de sa responsabilité pénale individuelle, 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

¹² Remarque : la version anglaise de l'article 4 diffère de la Convention sur le génocide en ce qu'elle indique que « any acts » « such as » les actes énumérés peut constituer un génocide, tandis que la Convention sur le génocide précise que le génocide s'entend de « any of the following acts » commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, « as such ». La version française de la Loi relative aux CETC ne fait pas apparaître pareille divergence. Voir explications complémentaires au point A de l'argumentation.

¹³ Non souligné dans l'original.

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.

Le fait qu'un suspect ait agi sur ordre du Gouvernement du Kampuchéa démocratique ou d'un supérieur hiérarchique, ne peut l'exonérer de sa responsabilité pénale individuelle.

III. ARGUMENTATION

A. Seuls les crimes qui répondent à la définition donnée dans la Convention sur le génocide et les actes expressément énumérés dans la Loi relative aux CETC sont punissables par les CETC.

1. La définition du génocide retenue par les CETC doit être conforme à celle donnée par la Convention sur le génocide.

9. L'Accord affirme que « [l]es chambres extraordinaires sont compétentes *ratione materiae* pour connaître des crimes de génocide tels que définis dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 »¹⁴. Il précise en outre que les CETC sont compétentes *ratione materiae* ainsi qu'il est dit dans la Loi relative aux CETC¹⁵, laquelle a donné effet à l'Accord¹⁶.

10. La Loi relative aux CETC donne une définition du génocide en des termes sensiblement les mêmes que l'article II de la Convention sur le génocide, qui définit le génocide aux fins de la Convention. La version anglaise de la définition du génocide donnée par la Loi relative aux CETC, diffère toutefois à un double égard de la version anglaise de la Convention sur le génocide.

11. Premièrement, l'article II de la Convention sur le génocide précise : « genocide means any of the following acts committed... »¹⁷, tandis que l'article 4 de la Loi relative aux CETC dispose : « The acts of genocide, ... mean any acts committed... such as:... »¹⁸. La liste des actes énumérés dans la Convention sur le génocide serait donc exhaustive, tandis que la liste des actes répertoriés dans la Loi relative aux CETC ne le serait pas.

12. Deuxièmement, l'article II de la Convention sur le génocide précise : « *genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a*

¹⁴ Art. 9 de l'Accord (Non souligné dans l'original).

¹⁵ Accord, art. 2, par. 1.

¹⁶ Accord, art. 2, par. 2.

¹⁷ Non souligné dans l'original.

¹⁸ Non souligné dans l'original.

national, ethnical, racial or religious group, as such »¹⁹ ; tandis que l'article 4 de la Loi relative aux CETC dispose : « The acts of genocide ... mean any acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, such as... »²⁰. La Loi relative aux CETC semblerait donc assouplir les conditions d'établissement de l'élément moral du génocide : un auteur pourrait ainsi commettre un acte avec l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, sans pour autant vouloir détruire le groupe en tant que tel et être malgré tout tenu pour responsable de génocide.

13. L'expression « comme tel » revêt une importance particulière dans la définition d'un génocide : il doit être démontré que le génocidaire présumé n'a pas seulement cherché à tuer des personnes appartenant à un groupe spécifique, mais qu'il l'a fait avec l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe *comme tel*. C'est en effet ce qui différencie le génocide du crime contre l'humanité que sont les persécutions²¹. Dans l'affaire *Sikirica*, la Chambre de première instance a remarqué que « [l]es éléments de preuve doivent établir que c'est le groupe qui a été pris pour cible et pas seulement des individus spécifiques au sein de ce groupe. C'est ce que signifie l'expression « comme tel » dans le chapeau de l'article »²².

14. Il semblerait que ces disparités résultent d'une simple erreur scripturale. La version officielle anglaise ou française de la définition donnée dans la Convention sur le génocide aurait été traduite en khmer aux fins de l'article 4 de la Loi relative aux CETC puisque l'Accord précise que le génocide se définit ainsi qu'il est dit dans la Convention sur le génocide. Le texte khmer de la Loi relative aux CETC aurait ensuite été retraduit en anglais et en français, pour les Français. Le texte français ne comporte pas ces disparités.

15. Il est évident que les auteurs de la Loi relative aux CETC n'auraient pas eu l'intention de modifier l'élément moral du génocide, sachant pertinemment que l'Accord faisait expressément référence à la Convention sur le génocide. Il apparaît par conséquent que la disparité en cause est imputable à une simple erreur scripturale. Les co-juges d'instruction doivent suivre la définition donnée dans la Convention sur le génocide, ainsi que les Nations Unies et le Gouvernement cambodgien le souhaitaient et ainsi qu'ils l'ont déclaré dans leur

¹⁹ Non souligné dans l'original.

²⁰ Non souligné dans l'original.

²¹ *Le Procureur c/ Jelisić*, IT-95-10, Jugement, 14 décembre 1999 (« Jugement *Jelisić* en première instance »), par. 79.

²² *Le Procureur c/ Sikirica et consorts*, IT-95-8, Jugement relatif aux requêtes aux fins d'acquiescement, 3 septembre 2001, par. 89.

Accord. Il est hors de doute que l'élément moral est ce qui distingue le génocide des crimes moins graves²³.

2. Seuls peuvent être sanctionnés par les CETC les actes punissables expressément énumérés dans la Loi relative aux CETC.

16. Bien que la Loi relative aux CETC emprunte sa définition du génocide à la Convention sur le génocide, réserve faite des erreurs signalées plus haut, elle se distingue de l'article III de la Convention sur le génocide, qui expose les actes punissables. À la différence de l'article III, la Loi relative aux CETC ne mentionne pas parmi les actes punissables l'« incitation directe et publique à commettre le génocide » ou la « complicité dans le génocide »²⁴.

17. Indéniablement, la Loi relative aux CETC modifie la définition du génocide et contrevient ainsi à l'article 9 de l'Accord, qui précise que le génocide se définit ainsi qu'il est indiqué dans la Convention sur le génocide. La définition du génocide est celle énoncée à l'article II de la Convention sur le génocide, qui est reproduite à l'article 4 de la Loi relative aux CETC.

18. Si les auteurs de la Loi relative aux CETC avaient souhaité faire figurer l'« incitation directe et publique à commettre le génocide » et la « complicité dans le génocide » parmi les actes de génocide punissables, ils auraient simplement recopié l'article III de la Convention sur le génocide, comme ils l'ont fait pour l'article II. C'est ainsi qu'ont procédé les auteurs des statuts du TPIY et du TPIR. Il ne peut faire aucun doute que les auteurs de la Loi relative aux CETC le savaient.

19. L'Accord précisant que la compétence *ratione materiae* des chambres extraordinaires est celle que leur reconnaît la Loi relative aux CETC²⁵, laquelle n'inclut pas l'« incitation directe et publique à commettre le génocide » ou la « complicité dans le génocide », les CETC ne peuvent considérer celles-ci comme des actes de génocide punissables.

²³ Cette intention spécifique sera examinée plus en détail dans la suite.

²⁴ Loi relative aux CETC, article 4.

²⁵ Accord, art. 2, par. 1.

B. Le génocide est un crime qui exige une intention spécifique et nul ne peut avoir à répondre d'un génocide si cette intention n'est pas établie.

20. L'article II de la Convention sur le génocide, reproduit à l'article 4 de la Loi relative aux CETC, dispose que, pour qu'il y ait génocide, les actes en question doivent être « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux »²⁶. C'est cette intention spécifique de détruire, en tout ou en partie, un groupe protégé qui fait du génocide le « crime des crimes »²⁷. Ainsi que l'a remarqué la Chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Jelisić*, l'intention spécifique est ce qui « confère au génocide sa spécificité et le distingue du crime de droit commun »²⁸. En l'absence d'une telle intention, aussi graves que puissent être les faits, le génocide n'est pas constitué en tous ses éléments.

21. Bien que la Convention sur le génocide exige clairement une intention spécifique, la jurisprudence du TPIY et du TPIR a dilué l'élément moral exigé en déclarant l'accusé coupable de génocide sans qu'il ait été établi qu'il était animé de l'intention spécifique. La jurisprudence du TPIY et du TPIR sur le génocide²⁹ contrevient donc au principe de légalité : une personne peut être déclarée coupable de génocide sans preuve de l'existence d'une intention génocidaire spécifique pour complicité de génocide par aide et encouragement, pour complicité dans le génocide (complicity), en tant que supérieur hiérarchique et pour participation à une entreprise criminelle commune³⁰.

22. La dilution de l'intention génocidaire spécifique devant des tribunaux ad hoc est, semble-il, mise en évidence par la facilité avec laquelle les plaidoyers de culpabilité sont acceptés alors que les faits n'établissent pas nécessairement l'élément moral exigé ou

²⁶ Non souligné dans l'original.

²⁷ Voir p. ex. F. M. Palombino, *Should Genocide Subsume Crimes Against Humanity*, 3(3) J. INT'L CRIM. JUST. 778 (2005).

²⁸ Jugement *Jelisić*, 14 décembre 1999, par. 66.

²⁹ Pour une analyse plus complète des affaires pertinentes du TPIY et du TPIR, voir le paragraphe II.D de l'annexe.

³⁰ L'entreprise criminelle commune de la 3^e catégorie élargit la responsabilité des personnes adhérant à un projet commun à l'ensemble des crimes qui constituent une « conséquence naturelle et prévisible » de l'entreprise criminelle, qu'elles aient ou non joué un rôle dans ces crimes. L'élément moral déborde le cadre de la simple imprudence, mais est bien éloigné de l'intention génocidaire spécifique. La personne devait savoir que même si elle ne voulait pas atteindre un certain résultat, « les actes commis par le groupe entraîneraient très vraisemblablement ce résultat, mais [elle] était néanmoins disposée à courir ce risque ». Voir *Le Procureur c/ Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, par. 220. La Défense considère que, la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune ne peut s'appliquer à aucun crime relevant de la compétence des CETC. Cette question fait actuellement l'objet d'un recours. Voir *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (CP), Registre des appels, 14 décembre 2009, D97/14, ERN : 00414559.

lorsqu'un plaidoyer de culpabilité est un moyen d'assouplir les conditions d'établissement de l'élément moral. Dans l'affaire *Serushago*, la Chambre de première instance a, par exemple, accepté un plaidoyer de culpabilité pour génocide de la part d'un chef *de facto* des Interahamwe sur la base tant de l'article 6(1) (disposition sur la responsabilité individuelle) que de l'article 6(3) (disposition sur la responsabilité de supérieur hiérarchique) du statut du TPIR. Les faits ne justifiaient toutefois qu'une déclaration de culpabilité sur la base de l'article 6(1)³¹. Dans l'affaire *Kambanda*³², la Chambre de première instance a en outre accepté un plaidoyer de culpabilité pour génocide et complicité dans le génocide alors que les faits ne justifiaient qu'une déclaration de culpabilité pour génocide en tant qu'auteur sur la base de l'article 6(1) et non en tant que supérieur hiérarchique sur la base de l'article 6(3). En acceptant le plaidoyer de culpabilité sur la base tant de l'article 6(3) que de l'article 6(1), la Chambre de première instance laisse penser qu'il n'est pas indispensable que le supérieur d'un auteur d'un génocide soit animé de l'intention génocidaire spécifique.

23. L'application de la notion d'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie en matière de génocide offre un autre exemple de la dilution de l'intention génocidaire dans la jurisprudence des tribunaux ad hoc. L'affaire *Stakić* en est une illustration³³. Dans cette affaire, la Chambre de première instance, ayant conclu à l'absence de génocide contrairement à ce qui était dit dans l'acte d'accusation, a acquitté l'accusé de génocide et de complicité dans le génocide³⁴. Le *dictum* de la Chambre de première instance est néanmoins instructif parce qu'il fournit une approche bien argumentée pour interpréter le génocide. Après avoir rappelé que l'article 4 du Statut du TPIY reprend mot pour mot la Convention sur le génocide³⁵, la Chambre de première instance a énuméré quatre sources du droit sur lesquelles s'appuyer pour interpréter le génocide en raison de la « non-rétroactivité du droit pénal » : i) la Convention sur le génocide interprétée conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ; ii) les travaux préparatoires de la Convention qui mettent en lumière le but de celle-ci ; iii) la jurisprudence ultérieure des tribunaux ad hoc et des juridictions nationales ; iv) les travaux et publications

³¹ *Le Procureur c/ Serushago*, TPIR-98-39-S, Sentence, 5 février 1999, par. 25 et 28-29.

³² *Le Procureur c/ Kambanda*, TPIR 97-23-S, Jugement portant condamnation, 4 septembre 1998, par. 39-40.

³³ *Le Procureur c/ Stakić*, IT-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003 (« Jugement *Stakić* en première instance »), par. 561.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*, par. 500.

d'institutions internationales³⁶. Fait important, la Chambre de première instance a en outre jugé que l'article 4 du Statut du TPIY devait être interprété sans perdre de vue le caractère exceptionnel du génocide³⁷. Examinant la responsabilité pénale pour participation à une entreprise criminelle commune de la 3^e catégorie dans le cas d'un génocide, la Chambre de première instance a commenté l'interaction entre l'article 4 3) e) (acte punissable de complicité dans le génocide) et l'article 7 1) (sur la responsabilité individuelle) du Statut du TPIY. Elle a observé que, lorsque l'on considère la relation existant entre l'article 4 3) (qui énumère les actes punissables de génocide) et l'article 7 1) (qui énumère les formes de responsabilité pénale individuelle applicables à chaque crime relevant de la compétence du TPIY) du Statut du TPIY, l'article 4 3) peut être considéré comme la *lex specialis*) et l'article 7 1) comme la *lex generalis*³⁸. En conséquence, « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] si l'on considère les formes de responsabilité énumérées à l'article 7 1) à la lumière de l'article 4 3), tout en conservant l'exigence du dol spécial, on aboutit au même résultat »³⁹. Ainsi, la Chambre de première instance a donc jugé que les formes de responsabilité ne peuvent remplacer des éléments constitutifs d'un crime et que l'application de la notion d'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie au génocide aurait pour effet de diluer l'intention génocidaire spécifique⁴⁰.

24. Dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel, en désaccord avec le raisonnement suivi par la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Stakić*, a élargi le champ de la responsabilité pour génocide sans intention génocidaire spécifique en recourant à la notion d'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie. L'élément moral de la participation à une entreprise criminelle commune de la troisième catégorie s'analyse comme un dol éventuel. Peut être ainsi appelée à répondre du crime commis une personne qui n'avait pas l'intention de le commettre ou qui ne savait même pas avec certitude qu'il allait être commis, mais qui a simplement adhéré au projet commun qui avait été conçu de commettre un autre crime, sachant qu'il était raisonnablement prévisible que d'autres membres de

³⁶ Id., par. 501. On ne trouve rien sur le mode d'interprétation du génocide qui convient dans la plupart des décisions du TPIY et du TPIR, en particulier dans l'Arrêt *Krstić* et le Jugement *Blagojević*.

³⁷ Id., par. 502.

³⁸ Un certain chevauchement peut être constaté entre les actes de génocide et les formes distinctes de responsabilité énumérées dans les Statuts des tribunaux ad hoc. Bien que l'intention spécifique soit la pierre angulaire du génocide, les formes de responsabilité comportent leur propre élément matériel et moral. Il existe à l'évidence une tension entre le génocide en tant que crime *en soi* et certaines formes de responsabilité en tant que *moyens* par lesquels ce crime pourrait être commis.

³⁹ *Le Procureur c/ Stakić*, IT-97-24-T, Décision relative à la demande d'acquiescement déposée en application de l'article 98 bis du Règlement, 31 octobre 2002, par. 48.

⁴⁰ Jugement *Stakić* en première instance, par. 530.

l'entreprise criminelle commune commettent le crime qui a finalement été commis⁴¹. Dans l'une des décisions interlocutoires rendues dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel a jugé que la notion d'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie pouvait s'appliquer dans le cas d'un génocide en l'absence d'une intention génocidaire spécifique⁴². Le juge Shahabuddeen a néanmoins marqué son désaccord en déclarant que le génocide est un crime qui suppose une intention spécifique et une déclaration de culpabilité pour participation à une entreprise criminelle commune de la troisième catégorie n'est dès lors pas possible⁴³.

25. Les professeurs Danner et Martinez ont mis en garde contre le fait que :

[TRADUCTION NON OFFICIELLE] la mise en œuvre de la responsabilité d'une personne pour participation à une entreprise criminelle commune de la troisième catégorie ne devrait pas être permise dans le cas de crimes qui supposent une intention spécifique comme le génocide et les persécutions. (...) Le TPIY et le TPIR ont précisé clairement que le trait distinctif fondamental de ces crimes à l'origine de la stigmatisation particulière qui s'attachait à eux résidait dans l'intention spécifique qui animait leurs auteurs. Ce trait distinctif serait gommé si l'élément moral se ramenait à une prise de risques sans en avoir prévu les conséquences ou en ayant prévu les conséquences mais en ayant passé outre comme dans le cas de l'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie ou de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁴⁴.

26. La jurisprudence du TPIY et du TPIR concernant le génocide, la responsabilité du supérieur hiérarchique et la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune procède d'une interprétation de la convention sur le génocide ou de la Loi relative aux CETC qui ne suit pas le sens ordinaire des mots. L'intention génocidaire spécifique est mentionnée dans le chapeau de l'article relatif au génocide. Dès lors, une interprétation ne sera fidèle aux intentions des auteurs de la Convention sur le génocide et ne respectera le sens ordinaire des mots de la Loi relative aux CETC que si elle implique la stricte exigence d'une intention génocidaire spécifique.

⁴¹ *Le Procureur c/ Brđanin*, IT-99-36-A, Décision sur l'appel interlocutoire, 19 mars 2004, par. 5.

⁴² *Id.*, par. 7-10.

⁴³ *Id.*, Opinion individuelle du juge Shahabuddeen, par. 2-4. Le juge Shahabuddeen a tenu le raisonnement suivant : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] La troisième catégorie de Tadić ne modifie pas les éléments du crime parce qu'elle ne le peut pas ; elle ne vise pas ceux-ci ; elle les laisse intacts. L'exigence qu'il soit démontré que l'accusé possédait l'intention spécifique de commettre le génocide est un élément constitutif du crime. Il en résulte que l'intention spécifique doit toujours être démontrée ; si elle ne l'est pas, l'affaire doit être rejetée ».

⁴⁴ Allison Marston Danner & Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, 93 CAL. L. REV. 75, 151 (2005).

C. La jurisprudence du TPIY et du TPIR n'est pertinente que dans la mesure où elle tient compte de l'état du droit entre 1975 et 1979 en matière de génocide.

27. Le principe de légalité impose aux CETC d'appliquer le droit tel qu'il existait au moment des faits⁴⁵. Le génocide était entre 1975 et 1979 régi en droit international par la Convention sur le génocide de 1948⁴⁶. L'article II de la Convention sur le génocide précise que pour qu'il y ait génocide, certains actes doivent être « commis dans l'intention de détruire (...) ». Cette Convention ne prévoit aucune exception qui permettrait de mettre en cause la responsabilité d'une personne pour génocide en l'absence d'une intention génocidaire spécifique.

28. Comme il est dit dans la partie précédente et expliqué plus en détail dans l'annexe, la jurisprudence du TPIY et du TPIR a élargi le champ de la responsabilité pour génocide envisagé par les auteurs de la Convention sur le génocide par l'application de la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique ou de responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune⁴⁷. Cette jurisprudence ne reflète pas l'état du droit entre 1975 et 1979. Le professeur William Schabas, spécialiste du génocide, a remarqué que si la définition du génocide est restée inchangée, son interprétation témoigne d'un « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] énorme dynamisme », la tendance étant à une « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] interprétation large et libérale qui pourrait atténuer le terrible stigmatisme qui s'attache au génocide »⁴⁸. Les CETC ne peuvent considérer cette jurisprudence en constante évolution comme une source de précédents dont il faudrait s'inspirer puisqu'elle ne reflète pas l'état du droit à l'époque des faits⁴⁹.

⁴⁵ Voir *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Requête de IENG Sary contre l'applicabilité du génocide par les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00401925-00401940, notamment par. 7 à 12.

⁴⁶ La raison en est qu'il y a eu très peu d'affaires de génocide dans les années qui ont séparé l'entrée en vigueur de la Convention sur le génocide de la création du TPIR. Voir William A. Schabas, *National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, The 'Crime of Crimes'*, 1 J. INT'L CRIM. JUST. 39, 39-40 (2003).

⁴⁷ Voir Annexe, section II.D pour une analyse de la jurisprudence pertinente.

⁴⁸ William A. Schabas, *The "Odious Scourge": Evolving Interpretations of the Crime of Genocide*, 9-11, Document présenté à la conférence internationale « Ultimate Challenge, Human Rights and Genocide » tenue à Erevan, en Arménie, les 20 et 21 avril 2005.

⁴⁹ Les CETC pourraient plutôt s'intéresser à des affaires de génocide antérieures à la période en cause, comme le jugement dans l'affaire *Eichmann*. Le professeur Alexander Greenawalt explique que dans ce procès, « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] le tribunal de Jérusalem a considéré l'intention génocidaire comme une condition essentielle de la culpabilité d'Eichmann ». Alexander K. A. Greenawalt, *Rethinking Genocide Intent: The Case for a Knowledge Based Interpretation*, 99 COLUM. L. REV. 2259, 2259 (1999).

D. Les CETC doivent adopter une définition de l'élément moral du génocide fondée sur le but et non sur la connaissance.

29. La Convention sur le génocide a pour objet de prévenir le génocide et de punir tous les génocidaires. Les universitaires n'ont cessé de débattre de la question de savoir si ce but était ou non mieux servi par une définition de l'élément moral du génocide fondée sur le but plutôt que sur la connaissance. Les CETC défendraient au mieux le but de la Convention sur le génocide en adoptant, à l'instar des tribunaux ad hoc, une définition fondée sur le but.

30. Une telle définition suit de plus près le texte de la Convention sur le génocide en ce qu'elle exige une intention génocidaire : au moment des faits, l'auteur doit avoir eu *l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe protégé, comme tel*⁵⁰. La Chambre de première instance du TPIY l'a ainsi dit catégoriquement dans l'affaire *Krstić* : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] L'intention de détruire un groupe comme tel, en tout ou en partie, suppose que les victimes ont été choisies en raison de leur appartenance au groupe dont la destruction était recherchée. La simple connaissance par les auteurs de l'appartenance des victimes à un groupe déterminé ne suffit pas à établir l'intention de détruire le groupe comme tel. »⁵¹. Cette position a été confirmée ultérieurement par la Chambre d'appel dans la même affaire⁵².

31. La définition fondée sur la connaissance, défendue par certains universitaires, a en revanche pour effet d'assouplir les conditions d'établissement de l'élément moral : la personne serait animée de l'intention requise si elle « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] a agi dans le cadre d'une campagne dirigée contre les membres d'un groupe, sachant que le but ou l'effet manifeste de cette campagne était la destruction totale ou partielle du groupe »⁵³. Les

⁵⁰ Voir Otto Triffterer, *Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*, 14 LEIDEN J. INT'L L. 399, 404 (2001). « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] C'est l'"intention de détruire (...)" qui fait la spécificité du génocide et le distingue, par exemple, d'un homicide de droit commun". C'est l'intention de détruire qui rend l'auteur d'un génocide si dangereux et les dommages attendus si grands comparés à ceux, par exemple, d'un simple meurtre ou même d'un massacre ».

⁵¹ *Le Procureur c/ Krstić*, IT-98-33-T, Jugement du TPIY, 2 août 2001, par. 561. Voir *Le Procureur c. Akayesu*, TPIR 96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, par. 520, où la Chambre de première instance a déclaré a) que la preuve de « l'intention d'obtenir expressément comme résultat la destruction totale ou partielle d'un groupe spécifique » est indispensable pour qu'un auteur de l'un des actes défendus soit tenu responsable d'un génocide ; et b) qu'un auteur peut être coupable s'« il savait ou aurait du savoir que ledit acte qu'il a commis était susceptible de produire la destruction totale ou partielle d'un groupe ». (non souligné dans l'original).

⁵² Voir p. ex. *Le Procureur c/ Krstić*, IT-98-33-A, Arrêt, 19 avril 2004, par. 104 : « La Chambre de première instance n'a pas pu raisonnablement conclure sur la base de cette conversation que la connaissance qu'avait Radislav Krstić établissait qu'il avait l'intention de participer à la réalisation du projet de génocide ».

⁵³ Voir Greenawalt, pt. 2269. Voir également Otto Triffterer, *Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*, 14 LEIDEN J. INT'L L. 399, 405 (2001).

partisans de cette approche admettent qu'ils représentent un courant minoritaire : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] l'interprétation qui prévaut part de l'idée que le génocide est un crime qui suppose une intention spécifique, son auteur ciblant les victimes précisément en raison de leur appartenance à un groupe, dont il souhaite la destruction »⁵⁴.

32. Cette définition fondée sur la connaissance a été rejetée par les tribunaux ad hoc dans leur jurisprudence⁵⁵ et devrait être pareillement rejetée par les CETC. « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] L'un des arguments qui plaident contre l'élargissement de l'élément moral exigé est que le génocide se distingue de l'homicide par son élément mental. Le meurtre systématique et intentionnel des membres de minorités ethniques, raciales et religieuses sans intention de les exterminer reste punissable en tant que massacre en droit interne ainsi qu'en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre »⁵⁶.

33. Un autre argument qui plaide contre cette définition est que le fait de ramener l'élément moral à la connaissance rappelle la théorie très controversée et aujourd'hui jugée internationalement inacceptable qu'avait introduite par le Tribunal militaire international (TMI) à Nuremberg, en incriminant l'« appartenance à une organisation criminelle »⁵⁷. Ce concept a été discuté pour la première fois à la fin de la Deuxième guerre mondiale dans le cadre des poursuites envisagées contre les nazis. L'idée était que le TMI jugeait « le caractère criminel des organisations elles-mêmes »⁵⁸ (p. ex. les SS), et que dans des procès ultérieurs, les membres qui avaient adhéré volontairement à ces organisations en connaissant leurs visées criminelles pourraient être reconnus coupables⁵⁹. Les co-juges d'instruction ne doivent

⁵⁴ Voir Greenawalt, pt. 2259.

⁵⁵ Voir p. ex. Jugement *Jelisić* en première instance, par. 66.

⁵⁶ Matthew Lippman, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later*, 15 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 415, 464 (1998).

⁵⁷ L'article II de la Loi du Conseil de contrôle n° 10 dispose : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] 1. Chacun des actes suivants est reconnu comme un crime : (...) d) L'appartenance à des catégories d'un groupe criminel ou d'une organisation déclarée criminelle par le Tribunal militaire international ». Disponible en anglais à l'adresse : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>.

⁵⁸ Voir Danner & Martinez, pt. 113.

⁵⁹ TELFORD TAYLOR, *THE ANATOMY OF THE NUREMBERG TRIALS* 75, 113 (Alfred A. Knopf Inc. 1992) (« TAYLOR »). Voir également le jugement du TMI : Les organisations accusées, disponible en anglais à l'adresse <http://avalon.law.yale.edu/imt/judorg.asp>, qui dispose : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] La déclaration relative aux organisations et aux groupes établissant le caractère criminel de ses membres, cette définition doit exclure les personnes qui ignoraient les visées ou les actes criminels de l'organisations ou qui s'y sont trouvées enrôlées par l'État, exception faite de celles qui ont été mêlées aux actes incriminés par l'article 6 de la Charte en tant que membre de l'organisation. La seule appartenance à l'organisation ne suffit pas à entrer dans le champ d'application de ces déclarations ». Voir également TAYLOR, p. 557-58 : « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] Une personne poursuivie pour avoir appartenu à une organisation déclarée criminelle ne peut être déclarée coupable que si la preuve est rapportée qu'elle a adhéré volontairement à cette organisation et qu'il

pas oublier que « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] le mot "génocide" recèle un risque, celui de partir de son sens juridique large pour aboutir à une stigmatisation du groupe auquel appartiennent les génocidaires »⁶⁰.

34. Le concept de culpabilité collective par association a été jugé incompatible avec les droits fondamentaux de l'homme et les droits à un procès équitable dont toute personne mise en examen doit pouvoir jouir pleinement, quelle que soit la nature des crimes dont elle est accusée. En résumé, « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] la responsabilité pénale collective bafoue la justice et contredit le droit international »⁶¹. La culpabilité pénale est individuelle et ne repose pas sur l'appartenance ou l'adhésion à une organisation dont il est supposé ou dit qu'elle a commis des actes criminels.

IV. CONCLUSION

35 Comme elle l'a soutenu précédemment, la Défense maintient que les CETC ne peuvent appliquer le génocide⁶². Si, toutefois, ils en jugeaient autrement, les co-juges d'instruction devraient s'en tenir à la définition qu'en donne la Convention sur le génocide et la Loi relative aux CETC (abstraction faite des erreurs scripturales susmentionnées), faute de quoi ils enfreindraient l'Accord même qui a donné naissance à cette juridiction.

36. Les co-juges d'instruction doivent également respecter le texte, dépourvu de toute ambiguïté, de la Loi relative aux CETC et de la Convention sur le génocide et exiger que l'intention génocidaire spécifique soit établie avant de conclure au génocide. Lorsqu'ils déterminent si une personne mise en examen était animée de l'intention requise pour commettre un génocide, les co-juges d'instruction ne doivent pas se laisser influencer par la jurisprudence des tribunaux ad hoc a) qui déroge à cette exigence claire et b) qui s'est développée postérieurement à la période pour laquelle les CETC sont compétentes. Les co-juges d'instruction doivent rester fidèles à l'intention des auteurs de la Convention sur le génocide et de la Loi relative aux CETC, en adoptant une définition fondée sur le but.

savait qu'elle commettait des actes incriminés par l'article 6 de la Charte. En l'absence de preuve, la personne ne peut être déclarée coupable que s'il est établi qu'elle a été mêlée à ces crimes ».

⁶⁰ Alex de Waal, *Reflections on the Difficulties of Defining Darfur's Crisis as Genocide*, 20 HARV. HUM. RTS. J. 25, 31 (2007).

⁶¹ S. Pomorski, *Conspiracy and Criminal Organization*, in THE NUREMBERG TRIAL AND INTERNATIONAL LAW 240 (G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, éd., 1990).

⁶² *Dossier de IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00401925-00401940.

EN CONSÉQUENCE, la Défense demande aux co-juges d'instruction de :

- a. APPLIQUER le droit du génocide tel qu'il résulte de la Loi relative aux CETC, en excluant les actes punissables qui n'y sont pas énumérés;
- b. NE PAS TENIR COMPTE de la jurisprudence du TPIY et du TPIR concernant la responsabilité pour génocide qui n'exige pas une intention spécifique ;
- c. LIMITER les références à la jurisprudence du TPIY et du TPIR à celles qui tiennent compte de l'état du droit en matière de génocide entre 1975 et 1979 ; et
- d. ADOPTER une définition de l'élément moral du génocide qui soit fondée sur le but.

LES CO-AVOCATS DE M. IENG SARY

[signé]

[signé]

Me ANG Udom

Me Michael G. KARNAVAS

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 21 décembre 2009