

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

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC

Partie déposante : les co-procureurs

Déposé auprès de : la Chambre de première instance

Langue : français, original en anglais

Date du document : 11 août 2011

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement du document proposé par la partie déposante :

PUBLIC

Classement du document retenu par la Chambre de première instance :

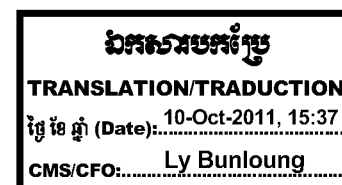
សាធារណៈ/Public

Statut du classement :

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature:



**RÉPLIQUE UNIQUE DES CO-PROCUREURS AUX RÉPONSES DÉPOSÉES PAR
LA DÉFENSE À L'ENCONTRE DES DEMANDES FORMÉES PAR LES CO-
PROCUREURS AUX FINS DE REQUALIFICATION DE FAITS RETENUS DANS LA
DÉCISION DE RENVOI ET DE SUPPRESSION DE LA CONDITION DU LIEN
AVEC UN CONFLIT ARMÉ POUR ÉTABLIR LES CRIMES CONTRE
L'HUMANITÉ**

Déposée par :

Les co-procureurs
M^{me} CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Destinataires :

La Chambre de première instance
M. le Juge NIL Nonn, Président
M^{me} la Juge Silvia CARTWRIGHT
M. le Juge YA Sokhan
M. le Juge Jean-Marc LAVERGNE
M. le Juge THOU Mony

**Les co-avocats principaux pour
les parties civiles**
M^e PICH Ang
M^e Élisabeth SIMONNEAU FORT

Copie :

Aux accusés
M. NUON Chea
M. IENG Sary
M^{me} IENG Thirith
M. KHIEU Samphan

Aux avocats de la Défense
M^e SON Arun
M^e Michiel PESTMAN
M^e Victor KOPPE
M^e ANG Udom
M^e Michael G. KARNAVAS
M^e PHAT Pouy Seang
M^e Diana ELLIS
M^e SA Sovan
M^e Jacques VERGÈS

I. INTRODUCTION

1. La présente est soumise en réplique unique aux réponses que les quatre équipes de défense ont déposées aux trois demandes suivantes formées par les co-procureurs devant la Chambre de première instance (la « Chambre ») en juin 2011 (les « Demandes ») : la « Demande des co-procureurs par laquelle ils prient la Chambre de première instance de supprimer le critère de rattachement avec un conflit armé dans la définition de crime contre l'humanité », datée du 15 juin 2011 (la « Demande relative au conflit armé »)¹, la « Demande des co-procureurs par laquelle ils prient la Chambre de première instance de requalifier les faits constitutifs du comportement de viol comme crime contre l'humanité de viol plutôt que crime contre l'humanité constitué d'autres actes inhumains », datée du 16 juin 2011 (la « Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité »)², et la « Demande des co-procureurs visant à ce que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d'un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune », datée du 17 juin 2011 (la « Demande relative à l'entreprise criminelle commune III »)³.

2. Les réponses des équipes de défense présentent des conclusions communes. Ces conclusions, qui relèvent du droit procédural et substantiel, portent sur la recevabilité des Demandes, l'étendue du pouvoir de la Chambre d'accueillir celles-ci, l'état du droit international coutumier pendant la période relevant de la compétence temporelle des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (les « CETC ») en ce qui concerne les crimes contre l'humanité et la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (l'« entreprise criminelle commune III »), et la portée et l'application du principe de légalité. C'est pourquoi, compte tenu aussi de l'économie des ressources judiciaires, ces questions communes sont traitées en une seule et même réplique.

3. Aux conclusions de droit procédural et substantiel communes aux réponses des équipes de défense, les co-procureurs répliquent ce qui suit :

¹ **E95** Demande relative au conflit armé, 15 juin 2011, ERN 00708377-00708394.

² **E99** Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, 16 juin 2011, ERN 00717390-00717405.

³ **E100** Demande relative à l'entreprise criminelle commune, 17 juin 2011, ERN 00715627-00715646.

- a) Dès lors que les Demandes ne sont pas des exceptions préliminaires au sens de la règle 89 2) du Règlement intérieur, elles ne sauraient être frappées de forclusion ;
- b) La Chambre a le pouvoir d'accueillir les Demandes en vertu de la règle 98 2) du Règlement intérieur et du principe *iura novit curia* qui sous-tend cette disposition ;
- c) Pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC, le droit international coutumier n'exigeait pas qu'il existât un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé ;
- d) Pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC, le droit international coutumier reconnaissait le viol constitutif de crime contre l'humanité ;
- e) Pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC, le droit international coutumier comptait l'entreprise criminelle commune III au nombre des modes de participation engageant la responsabilité pénale pour des crimes internationaux ;
- f) Le fait d'accueillir les Demandes ne violerait pas le principe de légalité.

4. Par conséquent, les co-procureurs demandent à la Chambre de déclarer les Demandes recevables et de les accueillir sur le fond. Ils lui demandent également de les examiner sur la base des seules conclusions écrites des parties et d'informer celles-ci de ses décisions avant l'ouverture du procès. La tenue d'une audience, telle que la sollicitent les équipes de défense de Ieng Sary et Nuon Chea, n'est pas nécessaire en l'espèce.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

5. Les actes de procédure pertinents sont rappelés dans les Demandes elles-mêmes⁴. Par suite du dépôt de celles-ci, la Chambre a informé les parties que, le cas échéant, les équipes de défense disposeraient d'un délai de réponse courant jusqu'au 22 juillet 2011, et les co-procureurs d'un

⁴ E95 Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, par. 4 et 5 ; E99 Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 2, par. 2 à 4 ; E100 Demande relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note 3, par. 5 à 7.

délai de réplique subséquent de 10 jours⁵. Ces échéances ont été confirmées par décision officielle du 7 juillet 2011, étant précisé que la réplique des co-procureurs devait être déposée le 1^{er} août 2011 au plus tard⁶.

6. Le 24 juin 2011, Ieng Sary a demandé qu'une décision urgente soit rendue sur la recevabilité des Demandes⁷. La Chambre n'a pas, à ce jour, statué sur cette demande de Ieng Sary. Le 22 juillet 2011, les équipes de défense de Ieng Thirith⁸, Ieng Sary⁹ et Khieu Samphan¹⁰ ont

⁵ Courriel adressé aux parties par Susan Lamb, juriste hors classe, sous le titre « *Trial Chamber's proposed modification of deadlines in relation to three recent Prosecution findings; advance notice of deadline for supplementary document/exhibit lists (for first phases of trial)* » [délais modifiés proposés par la Chambre de première instance relativement à trois demandes récentes des co-procureurs et avis préalable de délai relatif aux listes de documents et pièces (pour les premières phases du procès)], 20 juin 2011.

⁶ **E107** « *Decision on Extension of Time* » [décision de prorogation de délais], 7 juillet 2011, ERN (anglais) 00711953-00711954.

⁷ **E103** « Demande présentée par IENG Sary tendant à ce que la Chambre de première instance rende une décision urgente statuant si les co-procureurs peuvent déposer des demandes de requalification à ce stade de la procédure ET le cas échéant, Demande de prorogation du délai pour répondre à ces demandes », 24 juin 2011, ERN 00717415-00717428.

⁸ **E95/2** « *Defence Response to Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Amend the Definition of Crimes against Humanity* » [réponse de la Défense à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance modifie la définition des crimes contre l'humanité], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00714797-00714809 (notifiée en anglais et en khmer le 25 juillet 2011) (la « Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé »); **E99/2** « *Defence Response to 'Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Re-characterize the Facts Establishing the Conduct of Rape as The Crime Against Humanity of Rape Rather than the Crime Against Humanity of Other Inhumane Acts* » [réponse de la Défense à la « Demande des co-procureurs par laquelle ils prient la Chambre de première instance de requalifier les faits constitutifs du comportement de viol comme crime contre l'humanité de viol plutôt que crime contre l'humanité constitué d'autres actes inhumains »], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00716118-00716132 (notifiée en anglais le 25 juillet 2011 et en khmer le 3 août 2011) (la « Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité »); **E100/1** « *Defence Response to Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as An Alternative Mode of Liability* » [réponse de la Défense à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance envisage de retenir, à titre subsidiaire, la responsabilité pénale découlant de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune], 22 juillet 2011, ERN 00714810-22 (notifiée en anglais et en khmer le 25 juillet 2011) (la « Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III »).

⁹ **E95/4** « *Ieng Sary's Response to the Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Exclude the Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity & Request for an Oral Hearing* » [réponse de Ieng Sary à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance excepte la condition du lien avec un conflit armé de la définition des crimes contre l'humanité, et demande en vue de la tenue d'une audience], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00716010-00716025 (notifiée en anglais le 26 juillet 2011 et en khmer le 28 juillet 2011) (la « Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé »); **E99/4** « *Ieng Sary's Response to the Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Recharacterize the Facts Establishing the Conduct of Rape as the Crime Against Humanity of Other Inhuman Acts & Request for an Oral Hearing* » [réponse de Ieng Sary à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance requalifie les faits de viol retenus en tant qu'autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité, et demande en vue de la tenue d'une audience], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00716026-00716037 (notifiée en anglais le 26 juillet 2011 et en khmer le 28 juillet 2011) (la « Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité »); **E100/2** « *Ieng Sary's Response to the Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as an Alternative Mode of Liability & Request for an Oral Hearing* » [réponse de la Défense à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première

déposé des réponses à chacune des trois Demandes, et l'équipe de Nuon Chea a répondu à la Demande relative au conflit armé et à la Demande relative à l'entreprise criminelle commune III¹¹. Les diverses réponses ont été notifiées les 25 et 26 juillet 2011, la version en khmer faisant encore défaut dans certains cas. Les co-avocats principaux pour les parties civiles ont déposé des réponses à l'appui de chacune des trois Demandes¹².

7. Le 26 juillet 2011, par suite du retard accusé dans la notification des réponses de la Défense en deux langues officielles, les co-procureurs ont demandé que leur soit accordé un délai de réplique de 10 jours à partir du moment où la dernière réponse de la Défense serait notifiée en anglais et en khmer¹³. Par courriel daté du même jour, la Chambre a informé les co-procureurs

instance envisage de retenir, à titre subsidiaire, la responsabilité pénale découlant de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, et demande en vue de la tenue d'une audience], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00719826-00719841 (notifiée en anglais le 26 juillet 2011 et en khmer le 28 juillet 2011) (la « Réponse Ieng Sary relative à l'entreprise criminelle commune III »).

¹⁰ **E95/3** « Réponse à la demande des co-procureurs par laquelle ils prient la Chambre de première instance de supprimer le critère de rattachement avec un conflit armé dans la définition de crime contre l'humanité », 22 juillet 2011, ERN 00716550-00716560 (notifiée en français et en khmer le 26 juillet 2011) (la « Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé ») ; **E99/3** « Réponse à la demande des co-procureurs relative à la requalification des faits constitutifs de viol », 22 juillet 2011, ERN 00718662-00718671 (notifiée en français et en khmer le 26 juillet 2011) (la « Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité ») ; **E100/3** « Réponse à la demande des co-procureurs relative à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune », 22 juillet 2011, ERN 00716541-00716549 (notifiée en français et en khmer le 26 juillet 2011) (la « Réponse de Khieu Samphan relative à l'entreprise criminelle commune III »).

¹¹ **E95/5** « *Response to the Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Exclude the Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity* » [réponse à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance excepte la condition du lien avec un conflit armé de la définition des crimes contre l'humanité], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00717406-00717414 (la « Réponse de Nuon Chea relative au conflit armé ») ; **E100/5** « *Response to Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as an Alternative Mode of Liability* » [réponse à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance envisage de retenir, à titre subsidiaire, la responsabilité pénale découlant de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune], 22 juillet 2011, ERN (anglais) 00717650-00717657 (la « Réponse de Nuon Chea relative à l'entreprise criminelle commune III »).

¹² **E95/1** « *Civil Party Lead Co-Lawyers' Response in Support of the Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Exclude the Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity* » [réponse des co-avocats principaux pour les parties civiles à l'appui de la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance excepte la condition du lien avec un conflit armé de la définition des crimes contre l'humanité], 17 juin 2011, ERN (anglais) 00707942-00707946 ; **E99/1** « Réponse des co-avocats principaux pour les parties civiles à la Demande des co-procureurs tendant à requalifier les faits constitutifs du comportement de viol comme crime contre l'humanité », 21 juillet 2011, ERN 00724012-00724028 ; **E100/4** « Mémoire en appui à la demande des co-procureurs visant à ce que la chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d'un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune », 22 juillet 2011, ERN 00716981-00716985.

¹³ **E107/1** « *Co-Prosecutors' Request for Extension of Time to Reply to Defence Responses on JCE III, Rape as a Crime Against Humanity and Exclusion of the Armed Conflict Nexus for Crimes Against Humanity* » [demande des co-procureurs aux fins de prorogation du délai pour répliquer aux réponses de la Défense relatives à l'entreprise

Réplique unique des co-procureurs aux réponses déposées par la Défense à l'encontre des demandes formées par les co-procureurs aux fins de requalification de faits retenus dans la décision de renvoi et de suppression de la condition du lien avec un conflit armé pour établir les crimes contre l'humanité 5/44

qu'elle faisait droit à leur demande¹⁴, ce qu'elle a confirmé par décision du 2 août 2011 accordant un nouveau délai de réplique de 10 jours civils à dater de la dernière notification en khmer de la dernière réponse de la Défense¹⁵. La dernière notification en khmer ayant eu lieu le 3 août 2011¹⁶, le délai de réplique des co-procureurs vient à expiration le 12 août 2011.

III. DROIT APPLICABLE

8. Le droit applicable relève de l'Accord et de la Loi relatifs aux CETC, du Règlement intérieur des CETC (le « Règlement intérieur ») et des règles et pratiques procédurales cambodgiennes. L'article 9 de l'Accord du 6 juin 2003 entre l'Organisation des Nations Unies (l'« ONU ») et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique (l'« Accord relatif aux CETC »), se lit comme suit :

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, des crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998, des violations graves des conventions de Genève de 1949 et autres crimes tels que définis au chapitre II de la loi portant création de chambres extraordinaires promulguée le 10 août 2011. (Non souligné dans l'original.)

9. L'article 12 de l'Accord relatif aux CETC autorise le recours aux règles de procédure internationales. Son passage pertinent se lit comme suit :

La procédure est régie par le droit cambodgien. Toutefois, si celui-ci est muet sur un point particulier ou si se pose la question de la compatibilité d'une règle du droit

criminelle commune III, au viol constitutif de crime contre l'humanité et à la suppression de la condition du lien à un conflit armé pour établir les crimes contre l'humanité], 26 juillet 2011, ERN (anglais) 00720244-00720246.

¹⁴ Courriel adressé par Susan Lamb à William Smith et Chakriya Yet, dont copie à Andrew Cayley, Leang Chea et Kolvuthy Se, et intitulé « *NEW DOCUMENT(S): Case File No. 002 – Ieng Sary – Ieng Sary's response to the Co-Prosecutors' request for the Trial Chamber to consider JCE III as an alternative mode of liability and request for an oral hearing* » [nouveau(x) document(s) : dossier n° 002 – Ieng Sary – réponse de Ieng Sary à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre de première instance envisage de retenir, à titre subsidiaire, la responsabilité pénale découlant de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, et demande en vue de la tenue d'une audience], 26 juillet 2011, 15 h 59.

¹⁵ **E107/3** « *Decision on the Co-Prosecutors' request for extension of time* » [décision relative à la demande des co-procureurs aux fins de prorogation de délai], 2 août 2011, ERN (anglais) 00721799-00721801.

¹⁶ **D99/2** Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**

Réplique unique des co-procureurs aux réponses déposées par la Défense à l'encontre des demandes formées par les co-procureurs aux fins de requalification de faits retenus dans la décision de renvoi et de suppression de la condition du lien avec un conflit armé pour établir les crimes contre l'humanité 6/44

cambodgien avec les normes internationales, les règles de procédure établies au niveau international pourront aussi servir de référence.

10. L'article 5 de la Loi sur la création des chambres extraordinaires, avec inclusion d'amendements, promulguée le 24 octobre 2004 (la « Loi relative aux CETC »), confère compétence aux CETC pour connaître des crimes contre l'humanité et définit ces crimes. Il se lit comme suit :

Les chambres extraordinaires sont compétentes pour juger les suspects qui ont commis des crimes contre l'Humanité entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979.

On entend par crime contre l'humanité, qui est imprescriptible, l'un quelconque des actes énumérés ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux, tels que :

- le meurtre,
- l'extermination,
- la réduction en esclavage,
- la déportation,
- l'emprisonnement,
- la torture,
- le viol,
- la persécution pour motifs politiques, raciaux ou religieux,
- tous autres actes inhumains.

11. L'article 29 de la Loi relative aux CETC, qui contient les dispositions relatives à la responsabilité pénale, se lit comme suit :

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 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.

12. L'article 33 (nouveau) de la Loi relative aux CETC, qui autorise le recours aux règles de procédure internationales, se lit comme suit en son passage pertinent :

La Chambre extraordinaire de première instance veille à ce que les procès soient équitables et dans un délai raisonnable, et conduits conformément aux procédures en vigueur, en respectant pleinement les droits des accusés et en assurant la protection des victimes et des témoins. Lorsque la législation en vigueur ne traite pas d'une question particulière, ou en cas d'incertitude quant à l'interprétation ou à l'application d'une règle de droit cambodgien, ou encore si se pose la question de la compatibilité de celui-ci avec les normes internationales, référence peut être faite aux règles de procédure établies au niveau international.

13. La règle 89 1) du Règlement intérieur, relative aux exceptions préliminaires, se lit comme suit:

Les exceptions préliminaires concernent :

- a) La compétence de la Chambre ;
- b) L'extinction de l'action publique ;
- c) La nullité d'actes de procédure accomplis postérieurement à la décision de renvoi.

Sous peine d'irrecevabilité, elles doivent être présentées au plus tard dans les trente (30) jours suivant la date à laquelle l'ordonnance de renvoi devient définitive.

14. La règle 98 2) du Règlement intérieur prévoit la requalification des crimes visés dans la Décision de renvoi. Elle se lit comme suit en son passage pertinent :

La Chambre ne peut statuer que sur les faits mentionnés dans la décision de renvoi. Toutefois, la Chambre peut modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi, sous réserve de n'introduire aucun élément constitutif nouveau.

15. L'article 348 du Code de procédure pénale du Royaume du Cambodge de 2007 (le « Code de procédure pénale cambodgien ») permet également de requalifier les faits. Il se lit comme suit :

Le tribunal ne peut statuer que sur les faits mentionnés dans l'arrêt de renvoi, l'ordonnance de renvoi, la citation directe ou le procès verbal de comparution immédiate.

Dans le cas où le tribunal, statuant en formation collégiale, estime que les faits dont il est saisi constituent un délit ou une contravention, il demeure compétent pour les juger.

Dans le cas où le tribunal, statuant à juge unique, estime que les faits dont il est saisi constituent un crime, il renvoie le dossier au procureur du Royaume afin que celui-ci ouvre une instruction.

IV. ARGUMENTATION

A. Les demandes sont irrecevables

i. Les Demandes des co-procureurs ne concernent pas la « compétence de la Chambre » au sens de la règle 89 du Règlement intérieur

16. Dans leurs réponses, Ieng Sary¹⁷, Ieng Thirith¹⁸ et Khieu Samphan¹⁹ plaident l'irrecevabilité des Demandes au motif qu'elles comprennent des exceptions préliminaires portant sur la compétence et auraient donc dû être soulevées, conformément à la règle 89 du Règlement intérieur, dans les 30 jours suivant l'Ordonnance de clôture. Les co-procureurs ne sont pas d'accord avec ce raisonnement. La règle 89 vise les exceptions portant sur la compétence de la Chambre telle que la circonscrit la décision de renvoi ; elle n'empêche pas la juridiction de jugement de considérer des questions de compétence au sens large, touchant à la requalification.

17. En l'espèce, les co-procureurs ne contestent pas la compétence telle que la retient la décision de renvoi. Dès lors que celle-ci ne vise ni le viol en tant que crime contre l'humanité ni l'entreprise criminelle commune III en tant que mode de participation subsidiaire, la Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité et la Demande relative à l'entreprise criminelle commune III ne sauraient être considérées comme des exceptions préliminaires relatives à la compétence ainsi retenue. En réalité, elles tendent à établir, d'une part, que certains faits retenus dans le cadre de l'instruction correspondent mieux à la qualification de viol constitutif de crime contre l'humanité et, d'autre part, que les accusés pourraient également avoir engagé leur responsabilité pénale à raison de certains crimes en y participant dans le cadre d'une entreprise criminelle commune III. En l'occurrence, ce qui est demandé, c'est l'ajout d'un crime et d'un mode de participation qui ne figurent pas dans la version actuelle de la décision de renvoi.

¹⁷ E100/2 Réponse de Ieng Sary relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note 9, par. 3 et 4 ; E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 9 et 10 ; E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 16 et 17.

¹⁸ E100/1 Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 7 à 10 ; E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 6 à 9 ; E95/2 Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 3 à 7.

¹⁹ E100/3 Réponse de Khieu Samphan relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note 10, par. 10 et 22 ; E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 6 et 17 ; E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 14 et 15.

18. De même, la Demande relative au conflit armé ne tend pas à remettre en cause la compétence matérielle que la Chambre se voit octroyer par la décision de renvoi en matière de crimes contre l'humanité, mais à ce que la Chambre modifie la définition des éléments contextuels que la décision de renvoi retient pour ces crimes.

19. Enfin, les co-procureurs notent qu'à l'audience initiale, tout en faisant valoir que « l'application des crimes contre l'humanité » était une « question de compétence » relevant de la règle 89 du Règlement intérieur, la Défense de Ieng Sary a concédé que la question de savoir « dans quelle mesure les crimes contre l'humanité devaient s'appliquer » n'était « pas nécessairement » une question de compétence [traductions non officielles]²⁰.

ii. Le Règlement intérieur fait la distinction entre les exceptions préliminaires et la requalification

20. Le Règlement intérieur prévoit à la fois la requalification et les exceptions préliminaires relatives à la compétence. Si toutes les demandes de requalification devaient être considérées comme des exceptions préliminaires concernant la compétence, la règle 98 2) du Règlement intérieur, qui envisage la possibilité de modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi, n'aurait plus de sens. Le fait que le Règlement intérieur prévoit tant la requalification que les exceptions préliminaires relatives à la compétence ne laisse aucun doute quant au caractère distinct de ces deux mécanismes de procédure.

21. La Chambre a déjà considéré dans le Jugement *Duch*²¹ que les demandes de requalification ne constituaient pas des « exceptions préliminaires » au sens de la règle 89 du Règlement intérieur. Cette conclusion était fondée sur une interprétation correcte du Règlement intérieur, comme les co-procureurs l'ont précédemment fait valoir, et elle s'impose en l'espèce²².

22. Qui plus est, le fait que les Demandes auraient pu avoir été déposées en tant qu'exceptions préliminaires au sens de la règle 89 1) du Règlement intérieur n'empêche pas la Chambre de les examiner. Contrairement aux exceptions préliminaires sur lesquelles elle doit statuer

²⁰ E1/7.1 Transcription, ERN 00713808, ligne 24, à ERN 00713809, ligne 2.

²¹ E188 « Jugement », 26 juillet 2010 (le « Jugement *Duch* »), par. 14.

²² E9/30/2 « Co-Prosecutors Response to "Ieng Sary's Observations to the co-prosecutors' notification of legal issues it intends to raise at the initial hearing" » [réponse des co-procureurs aux observations formulées par Ieng Sary sur la notification donnée par les co-procureurs des points de droit qu'ils entendent soulever à l'audience initiale], 18 mai 2011, ERN 9(anglais) 00694582-00694585, par. 6.

conformément aux règles 89 3) et 80 *bis* 3) du Règlement intérieur, les Demandes sont soumises à son examen si elle juge opportun de s'en saisir.

iii. Les Demandes ne sont pas un recours contre les décisions de la Chambre préliminaire

23. Certaines réponses de la Défense font également valoir que les Demandes constituent essentiellement un recours des co-procureurs contre les décisions rendues par la Chambre préliminaire sur les appels interjetés par les accusés contre l'Ordonnance de clôture²³ et l'applicabilité de l'entreprise criminelle III devant les CETC²⁴. Khieu Samphan voit dans le fait que les co-procureurs demandent à la Chambre de « corriger » la définition des crimes contre l'humanité énoncée dans l'Ordonnance de clôture modifiée une tentative de former un appel « déguisé »²⁵. Ayant rappelé que lors d'une audience devant la Chambre préliminaire en janvier 2011, les co-procureurs avaient eux-mêmes déclaré que cet organe statuait en dernier recours, la Défense de Ieng Thirith conclut que la seule façon pour les co-procureurs de contester la définition des crimes contre l'humanité adoptée par la Chambre préliminaire dans l'Ordonnance de clôture modifiée eût été de soulever une exception préliminaire²⁶.

24. Les co-procureurs ne remettent pas en cause le caractère définitif et sans appel des décisions de la Chambre préliminaire. Ils s'inscrivent cependant en faux contre tout argument donnant à penser que les Demandes ne seraient qu'une tentative de contourner le Règlement intérieur et d'« appeler » de décisions rendues par la Chambre préliminaire. Les Demandes ont pour seul but d'amener la Chambre à se pencher sur des questions de droit relevant de son pouvoir de décision explicite ou implicite. L'absence de voie de recours ne saurait empêcher la Chambre

²³ **D427/2/15** « Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture », 15 février 2011, ERN 00686338-00686455 (« Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith »); **D427/1/30** « Décision relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'Ordonnance de clôture », 11 avril 2011, ERN 00710910-00711133 (« Décision relative à l'appel de Ieng Sary »).

²⁴ **D97/14/15** « Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune », 20 mai 2010, ERN 00535249-00535323.

²⁵ **E95/3** Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 17; **E95/3** Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 18 (où il est question d'« un appel déguisé »).

²⁶ **E95/2** Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 17; **E100/1** Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 9; **E99/2** Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 8.

d'exercer son pouvoir intrinsèque d'examiner toute question de droit qui l'aurait déjà été par la Chambre préliminaire. Les décisions de la Chambre préliminaire ne sont certes pas susceptibles d'appel, mais elles ne sont pas non plus contraignantes pour la juridiction de jugement.

B. La Chambre est habilitée à faire droit aux demandes

i. La règle 98 2) du Règlement intérieur habilite la Chambre à modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi (y compris les modes de participation)

25. La règle 98 2) du Règlement intérieur mentionne explicitement le pouvoir de la Chambre de « modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi ». Bien que la règle 98 2) ne mentionne pas spécifiquement la requalification de faits correspondant à un mode de participation subsidiaire, le pouvoir inhérent de la Chambre, tel que l'exprime cette disposition, lui permet aussi de modifier la qualification de faits se rapportant au mode de participation des accusés à une infraction donnée. C'est l'interprétation retenue par la Chambre dans le Jugement *Duch*²⁷.

26. Ieng Sary a précédemment admis que le pouvoir de la Chambre de modifier la qualification des crimes pouvait s'étendre, s'agissant en particulier de l'entreprise criminelle commune, aux modes de participation²⁸. Mais il a aussi affirmé que le droit cambodgien applicable « ne permettait pas » [traduction non officielle] la modification des modes de participation²⁹. Ses réponses les plus récentes sont muettes sur la question. Ieng Thirith affirme que la requalification des « faits » est permise, mais qu'elle est à distinguer de la requalification des « charges » [traductions non officielles]³⁰. Ces affirmations méconnaissent le vrai rôle attribué à la Chambre

²⁷ E188 Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 493.

²⁸ D[97]/14/14 « Réplique de Ieng Sary à la réponse faite par les co-procureurs aux appels interjetés par Ieng Sary, Ieng Thirith et Khieu Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune », 18 mars 2010, ERN 00711266-00711307, par. 12.

²⁹ E9/30/1 « *Ieng Sary's Observations to the Co-Prosecutors' Notification of Legal Issues it Intends to Raise at the Initial Hearing* » [observations formulées par Ieng Sary sur la notification donnée par les co-procureurs des points de droit qu'ils entendent soulever à l'audience initiale], 3 mai 2011, ERN (anglais) 00686131-00686138, par. 10.

³⁰ E100/1 Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note Error! Bookmark not defined., par. 12 ; E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note Error! Bookmark not defined., par. 12.

par le système des CETC et le droit cambodgien, ces derniers étant principalement issus du droit de tradition civiliste.

27. La faculté de requalification reconnue à la Chambre a une portée clairement et correctement énoncée dans la réponse suivante de Khieu Samphan :

La requalification juridique des faits permet, à mesure de l'examen de la preuve, la **concordance** des faits avec une qualification juridique plus appropriée, étant bien entendu que cette qualification juridique plus appropriée soit légalement définie et du ressort de la juridiction. Si tel n'est pas le cas, celle-ci doit purement et simplement se déclarer incompétence.³¹

Cette interprétation de la règle 98 2) du Règlement intérieur est des plus conformes à la règle 67 2) du même Règlement, selon laquelle la décision de renvoi doit indiquer la « qualification juridique » des faits ainsi que la « nature de la responsabilité pénale ». Les co-procureurs soutiennent que la façon la plus appropriée de qualifier le comportement reproché aux accusés est d'indiquer à leur encontre au moins un crime et au moins un mode de participation. Si elle n'avait pas pleinement rendu compte de la « nature de la responsabilité pénale » des accusés en précisant à la fois les crimes et les modes de participation qui leur étaient reprochés, la décision de renvoi aurait été frappée de nullité pour vice de procédure au regard de la règle 67 2) et le dossier n'aurait pu être renvoyé en jugement. Par leur Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité et leur Demande relative à l'entreprise criminelle commune III, les co-procureurs visent l'ajout d'un crime et d'un mode de participation subsidiaire qui relèvent de la compétence des CETC et ne sont pas retenus dans la version actuelle de la décision de renvoi.

28. Comme le note la Chambre dans le Jugement *Duch*, le Code de procédure pénale cambodgien ne prévoit pas la requalification des modes de participation³². À défaut de commentaires écrits consolidant la pratique judiciaire sous l'empire du Code de procédure pénale cambodgien, les co-procureurs relèvent que les juridictions cambodgiennes siégeant en collège modifient routinièrement la qualification juridique de modes de participation relatifs aux crimes sans renvoyer le dossier au procureur du Royaume et qu'elles se fondent, ce faisant, sur

³¹ E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 10 (souligné dans l'original) ; voir aussi E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 10 et 11 ; E100/3 Réponse de Khieu Samphan relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note 10, par. 14 et 15.

³² E188 Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 493, citant la norme 5 du Règlement de la cour, Documents officiels de la Cour pénale internationale, ICC-BD/01-01-4 (entrée en vigueur : le 26 mai 2004).

l'article 348 du Code de procédure pénale cambodgien. Les co-procureurs font valoir que la Chambre est en droit de dresser le constat judiciaire d'une pratique routinière des juridictions cambodgiennes en tant que « fait de notoriété publique »³³.

29. Les co-procureurs demandent à la Chambre de considérer que contrairement à la *common law* qui se fonde sur une recherche de la vérité par l'affrontement contradictoire des faits et du droit avancés respectivement par l'État et l'accusé, le droit de tradition civiliste se fonde sur une recherche judiciaire de la vérité et tend à ne pas recourir à des mécanismes tels que la modification officielle des charges ou l'imputation d'« infractions moindres et incluses » en cas de décalage entre les faits reprochés et le droit applicable. Un commentateur a relevé ce qui suit au sujet du droit procédural de huit systèmes juridiques représentatifs de la tradition civiliste :

Dans ces systèmes de droit civil, le juge a tout à la fois le pouvoir et le devoir de dire le droit [...] Cette conception active du rôle du juge a des implications sur la façon dont sont traités les ingrédients juridiques de l'infraction reprochée. Les systèmes de droit civil habilent souvent le juge à examiner les faits dénoncés par le parquet sous une qualification différente de celle retenue dans l'acte accusatoire, et ce, sans modification préalable des charges. De fait, la qualification retenue par le parquet se conçoit avant tout comme une recommandation, tandis que c'est au juge que revient la tâche de déterminer le droit substantiel qui s'impose au procès en fonction des faits présentés par les parties. [Traduction non officielle.]³⁴

30. Par conséquent, les co-procureurs font valoir en toute déférence que la Chambre, dont les caractéristiques à cet égard sont fort comparables à celles d'une juridiction statuant en formation collégiale au sein du système juridique cambodgien, est en droit de requalifier les faits retenus dans la décision de renvoi de sorte que les crimes et modes de participation reprochés concordent au mieux avec ces faits.

ii. La Chambre a le pouvoir de modifier la définition juridique des crimes retenus dans la décision de renvoi

31. Les équipes de défense Ieng Thirith, Ieng Sary et Khieu Samphan soutiennent dans leurs réponses que comme la Demande relative au conflit armé vise une modification de la définition du

³³ Le pouvoir inhérent de dresser le constat judiciaire de faits de notoriété publique, quoique n'étant pas expressément visé dans le Règlement intérieur, a été invoqué par la Chambre préliminaire dans C9/4/7 « *Decision on Appeal Against Order on Extension of Provisional Detention of NUON Chea* » [décision relative à l'appel contre la prolongation de la détention provisoire de Nuon Chea], 4 mai 2009, ERN (anglais) 00303454-00303470, par. 42.

³⁴ Carsten Stahn, « *Modification of the legal characterization of facts in the ICC system: a portrayal of Regulation 55* », 16 *Criminal Law Forum* 1-31 (2005), p. 5.

droit applicable plutôt qu'une requalification, elle n'est pas formée sur le terrain de la règle 98 2) du Règlement intérieur et ne saurait être accueillie par la Chambre³⁵. En réplique, les co-procureurs précisent que la Demande relative au conflit armé ne vise pas une requalification au sens de la règle 98 2), mais tend à ce que la Chambre, agissant en vertu du principe plus large *iura novit curia*, veille à l'exactitude du droit appliqué devant les CETC.

32. La règle 98 2) du Règlement intérieur consacre un aspect du principe *iura novit curia*, à savoir le pouvoir d'une juridiction de modifier la qualification des crimes sur la base des faits qui lui sont présentés. Elle ne consacre toutefois pas la totalité de ce principe qui octroie aussi à la juridiction le pouvoir de définir correctement le droit applicable.

33. Faute d'indications dans les sources juridiques relatives au CETC ou au Cambodge, il convient de se pencher sur la portée et l'application du principe *iura novit curia* dans la jurisprudence internationale. La Cour internationale de justice (la « CIJ ») a confirmé à plusieurs reprises qu'il était du ressort de la juridiction de déterminer le droit applicable à une affaire donnée. Dans l'*Affaire de la compétence en matière de pêcheries*, elle s'est prononcée comme suit :

La Cour [...] n'en est pas moins censée constater le droit international et [...] est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.³⁶

34. La Cour de justice des Communautés européennes s'est prononcée de façon similaire quant à la responsabilité qui incombe à une juridiction de déterminer le sens exact du droit applicable :

« En vertu du principe *iura novit curia*, la détermination du sens de la loi ne relève pas du champ d'application d'un principe de libre disposition du litige entre les mains des parties et le juge communautaire n'est donc pas tenu de divulguer aux parties

³⁵ E95/2 Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 8, ainsi que 10 et 11 ; E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 11 à 13.

³⁶ *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 175, à la p. 181 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3, à la p. 9 ; voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 27 juin 1986, Recueil C.I.J. 1986, p. 14, aux p. 24 et 25.

l'interprétation qu'il entend retenir afin de leur permettre de prendre position à ce sujet. »³⁷.

35. Bien que le principe *iura novit curia* ne soit pas inscrit dans le Règlement intérieur, la Chambre peut y recourir, dans l'exercice de ses pouvoirs inhérents, pour déterminer et appliquer les règles de droit correctes. C'est en effet l'approche qui a été adoptée par la Chambre dans le Jugement *Duch* pour les chefs de crimes contre l'humanité. Alors que la définition des crimes figurant dans la Loi relative aux CETC n'avait pas été contestée par la Défense, la Chambre a néanmoins estimé qu'il était de sa propre responsabilité de confirmer que les crimes visés s'accordaient bien avec le droit international coutumier tel qu'il se présentait à l'époque des faits. Elle s'est prononcée en ces termes :

Si la Chambre est compétente *ratione materiae* pour connaître des crimes et formes de responsabilité visés dans l'Ordonnance de renvoi modifiée, cela n'empêche pas que pour être constitué chacun de ceux-ci doit satisfaire au principe de légalité.³⁸

36. Il est également de pratique courante pour d'autres juridictions internationales et internationalisées de vérifier proprio motu si elles appliquent le juste droit. Comme souligné par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY ») dans l'affaire *Vasilijević*, « [l]es chambres de première instance sont par conséquent tenues de veiller à ce que les règles de droit qu'elles appliquent à telle ou telle infraction pénale fassent effectivement partie intégrante du droit coutumier »³⁹.

37. Dans un contexte différent, l'affaire *Tadić* jugée par le TPIY fournit une autre illustration utile de l'application de la doctrine des pouvoirs inhérents dont sont investies les juridictions pour se prononcer sur une question de droit non prévue par leurs textes constitutifs. Dans cette affaire, faisant appel à cette doctrine, le TPIY s'est déclaré compétent pour examiner la question de la légalité de sa propre création. Il a décrit son pouvoir de procéder de la sorte comme « décou[ant]

³⁷ *Commission c. Roodhuijzen*, affaire n° T-58/08 P, « Arrêt du Tribunal, chambre des pourvois », 5 octobre 2009.

³⁸ **E188** Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 26.

³⁹ *Le Procureur c. Mitar Vasilijević*, affaire n° IT-98-32-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 29 novembre 2002, par. 198.

automatiquement de l'exercice de la fonction judiciaire »⁴⁰, de sorte qu'« il [était] inutile qu'il [fût] expressément prévu dans les documents constitutifs [de tout tribunal judiciaire ou arbitral] »⁴¹.

38. Pour les co-procureurs, il ne fait aucun doute que la Chambre a le pouvoir et, qui plus est, la responsabilité, de modifier la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la décision de renvoi pour veiller à ce qu'elle corresponde exactement au droit applicable.

C. À l'époque des faits, le droit international coutumier ne posait pas la condition d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé

39. La Demande relative au conflit armé tend à ce que la Chambre supprime l'exigence d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé qui figure dans l'Ordonnance de clôture modifiée. Si elle est accordée, cette modification aura pour effet de rétablir la définition des crimes contre l'humanité qui est énoncée à l'article 5 de la Loi relative aux CETC, qui ne prévoit pas le lien en question. Outre les arguments procéduraux auxquels il est répliqué ci-dessus, la Défense présente des arguments de fond en contestation de la Demande relative au conflit armé.

40. La Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé présente un argument nouveau en ce qu'elle affirme que le lien avec le conflit armé est requis même s'il n'est pas explicitement prévu à l'article 5 de la loi relative aux CETC. Il se fonde dans cette interprétation sur le chapeau de la définition des crimes contre l'humanité, où il est requis que l'attaque soit lancée contre une « population civile ». Khieu Samphan fait valoir qu'en l'absence de conflit armé, cette précision deviendrait « superflue »⁴². Cet argument est mal fondé. Premièrement, même en temps de paix, le personnel militaire est distinct de la population civile et pourrait très bien faire l'objet d'une attaque. Deuxièmement, cette précision concernant la population civile figure dans d'autres instruments internationaux, notamment le Statut du Tribunal international pour le Rwanda (le

⁴⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, « Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence » (Chambre d'appel du TPIY), 2 octobre 1995, par. 14.

⁴¹ *Ibid.*, par. 18.

⁴² E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 23.

« Statut du TPIR »)⁴³ et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (le « Statut de Rome »)⁴⁴, dont il est incontestable qu'ils n'exigent pas de lien entre l'attaque et un conflit armé.

41. Mis à part ce qui précède, les équipes de défense fondent leur opposition à la Demande relative au conflit armé sur l'argument commun selon lequel le droit international coutumier à l'époque des faits exigeait un lien avec un conflit armé, ou n'était pas suffisamment clair à ce sujet pour qu'un tel lien puisse être exclu de la Loi relative aux CETC.

42. L'état du droit international coutumier en ce qui concerne l'exigence d'un lien avec un conflit armé a déjà été examiné par la Chambre dans le Jugement *Duch*⁴⁵, et par la Chambre préliminaire dans ses décisions sur les appels interjetés par les accusés contre l'Ordonnance de clôture⁴⁶. Il a également fait l'objet d'abondantes écritures de la part de toutes les parties. À cet égard, les co-procureurs relèvent, et adoptent par renvoi, leurs conclusions antérieures tendant à établir que pendant la période visée, le droit international coutumier n'exigeait pas qu'il y eût un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé⁴⁷.

43. Vu l'étendue de ces conclusions antérieures, la présente réplique ne portera que sur des arguments propres aux réponses des équipes de défense ou sur des questions appelant un plus ample développement.

⁴³ Statut du TPIR, annexé à la Résolution 955 du Conseil de sécurité, doc. ONU S/RES/955 (8 novembre 1994), art. 3 ; voir aussi *Le Procureur c. Akayesu*, « Jugement », affaire n° ICTR-96-4-T (Chambre de première instance du TPIR), 2 septembre 1998, par. 565 (selon lequel « [I]es crimes contre l'humanité sont [...] punissables qu'ils aient ou non été commis au cours d'un conflit armé de caractère international ou de caractère interne »).

⁴⁴ Statut de Rome, doc. ONU A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, art. 7 ; voir aussi *Éléments des crimes* (CPI, 2011), p. 5 (selon lesquels l'attaque lancée contre une population civile « ne doi[t] pas nécessairement constituer une attaque militaire »).

⁴⁵ La Chambre a jugé que le fait que l'article 5 de la Loi relative aux CETC n'exigeait pas d'établir l'existence d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé s'accordait avec le droit international coutumier à l'époque des faits. Elle a dégagé cette conclusion de l'examen de la pratique des États à cette époque, de la jurisprudence subséquente établie aux niveaux international et régional et du Rapport du Groupe d'experts pour le Cambodge recommandant la création des CETC. **E188** Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 291 à 296.

⁴⁶ La Chambre préliminaire a conclu à l'opposé de la Chambre de première instance, en raison du « défaut d'une pratique des États et d'une *opinio juris* manifestes » à l'époque des faits quant à l'exigence d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé. **D427/1/30** Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 9, par. 310 ; **D427/2/15** Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 144. La Chambre préliminaire a dégagé sa conclusion de l'examen de la plupart, mais pas de la totalité, des sources considérées aux mêmes fins dans le Jugement *Duch*.

⁴⁷ **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 2010, ERN 00633120-633273, par. 172 à 185 ; **E95** Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, par. 14 à 23.

i. *Le Statut et les Principes de Nuremberg ne sont pas nécessairement représentatifs du droit international coutumier quant à l'exigence d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé*

44. Dans sa Réponse relative au conflit armé, Ieng Sary réitère sa prétention selon laquelle il faut considérer la définition des crimes contre l'humanité figurant dans le Statut et les Principes de Nuremberg, qui tous deux exigent le lien avec un conflit armé, comme faisant foi pour la période allant de 1975 à 1979⁴⁸. Ayant relevé que selon la Chambre préliminaire, les auteurs du Statut de Nuremberg avaient inclus le rattachement à un conflit armé « pour éviter qu'il ne soit reproché aux condamnations qui en résulteraient d'outrepasser les normes du droit international coutumier », Ieng Sary reproche aux co-procureurs d'avoir « ignoré cette conclusion » [traduction non officielle]⁴⁹. La Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé va encore plus loin, déclarant qu'en fait, « les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre étaient pour ainsi dire confondus » devant le Tribunal de Nuremberg [traduction non officielle]⁵⁰. Les co-procureurs répliquent que cette assertion, en ce qu'elle revient à dire que les crimes contre l'humanité pourraient n'avoir pas existé en tant que catégorie distincte de crimes en 1945, est sans fondement et n'est étayée par aucune source.

45. En réplique à Ieng Sary, les co-procureurs précisent qu'ils n'ont pas « ignoré » la conclusion de la Chambre préliminaire, mais qu'ils ne l'ont pas jugée concluante quant à l'état du droit international coutumier à l'époque des faits. Ils notent que la Chambre préliminaire s'est fondée pour la dégager sur des déclarations extraites du traité « *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* » de Cherif Bassiouni⁵¹. Lorsque ces déclarations sont considérées en contexte, il en ressort qu'elles cherchent à expliquer ce qui pourrait avoir motivé l'inclusion du lien au conflit armé dans le Statut de Nuremberg, mais qu'à aucun moment, l'auteur ne dit que le droit international coutumier contemporain du Statut de Nuremberg aurait exigé que ce lien fût

⁴⁸ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 21 et 22, ainsi que 25 (renvoyant à D427/1/23 « *Ieng Sary's reply to the Co-Prosecutors' joint response to Nuon Chea, Ieng Sary and Ieng Thirith's appeals against the Closing Order* » [réplique de Ieng Sary à la réponse unique des co-procureurs aux appels de Nuon Chea, Ieng Sary et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture], 6 décembre 2010, ERN (anglais) 00629968-00623043, par. 87).

⁴⁹ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 21.

⁵⁰ E95/2 Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé, *supra* note Error! Bookmark not defined., par. 27

⁵¹ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, Kluwer Law International (1999) (« Bassiouni »), p. 23 à 25, 29 et 30, ainsi que 43 (cité dans D427/2/15 Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 139, et D427/1/30 Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 23, par. 308).

établi. De fait, plus loin dans son traité, Bassiouni qualifie le parti des auteurs du traité comme une « précaution [...] pour éviter que ne [leur] soit opposé l'argument d'une violation du "principe de légalité" » [traduction non officielle]⁵².

46. Les co-procureurs trouvent plus convaincants les commentaires de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (la « Commission pour les crimes de guerre »), qui déclarait en 1948 que le droit pénal international pouvait sanctionner des individus du chef de crimes contre l'humanité « non seulement en temps de guerre, mais aussi, dans certaines circonstances, en temps de paix » et que l'inclusion du lien au conflit armé dans le Statut de Nuremberg « limitait le champ d'application de la notion de crimes contre l'humanité » [traductions non officielles]⁵³.

47. Pour ce qui est des Principes de Nuremberg, les co-procureurs font valoir qu'il n'est rien de surprenant à ce qu'ils reprennent la définition des crimes contre l'humanité telle que l'énonçait le Statut de Nuremberg, lien au conflit armé compris. Ils n'avaient pas pour vocation de déclarer le droit international coutumier tel qu'il se rapportait, au moment de leur adoption, aux principaux crimes internationaux et à la responsabilité pénale individuelle – directe et du supérieur – qui s'y rattachait, mais devaient être – et sont – déclaratoires du droit appliqué par le Tribunal de Nuremberg. C'est ce qui appert du libellé de la résolution 177 (II) de l'Assemblée générale des Nations unies confiant à la Commission du droit international (la « CDI ») « la formulation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour »⁵⁴. La CDI s'est strictement conformée à ce mandat, déclarant au début de ses travaux que sa tâche « n'était pas [...] de rechercher si ces principes étaient ou n'étaient pas des principes de droit international [...] [mais] simplement de les formuler » [traduction non officielle]⁵⁵. Les Principes de Nuremberg ne sauraient donc venir étayer la thèse selon laquelle le lien avec un conflit armé était exigé pour établir les crimes contre l'humanité au regard du droit international coutumier en 1945.

⁵² Bassiouni, *supra* note 51, p. 80.

⁵³ Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *History of the United National War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (1948), p. 192 et 193.

⁵⁴ Résolution 177 (II) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 21 novembre 1947.

⁵⁵ *Yearbook of the International Law Commission – 1950*, vol. II (A/CN.4/22), par. 36.

ii. *L'évolution du droit après le Statut de Nuremberg permet clairement de conclure que l'exigence du lien avec un conflit armé n'existait pas en 1975*

48. Dans la Demande relative au conflit armé, les co-procureurs soutiennent que certains développements significatifs postérieurs au Statut de Nuremberg, relevés aux niveaux international et national, permettent de conclure de façon probante que l'exigence d'un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé n'existait pas en 1975⁵⁶. Les réponses de la Défense rejettent cette conclusion, affirmant que le lien en question était toujours requis pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC.

49. Les réponses de Khieu Samphan et Ieng Sary donnent toutes deux à penser que la condition du lien avec un conflit armé n'aurait été levée en droit international coutumier qu'après l'adoption du Statut de Rome. Ils s'appuient en cet argument sur certains documents montrant que la question du lien a été débattue dans le cadre des négociations qui ont conduit à l'adoption de ce texte⁵⁷. Les co-procureurs répliquent que les débats suscités par le lien avec un conflit armé dans les négociations du Statut de la CPI, voire les opinions divergentes exprimées par certaines délégations à cette occasion, ne suffisent pas à jeter le doute sur l'état du droit international coutumier en la matière. L'évolution du droit international coutumier tient à la constance de la pratique des États, et non à son uniformité absolue. La thèse de la Défense est en outre contraire aux jurisprudences de la Chambre et du TPIY, selon lesquelles, dans l'hypothèse où le droit international coutumier aurait autrefois exigé qu'il y eût un lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé, tel n'était plus le cas depuis bien avant l'adoption du Statut de Rome⁵⁸.

⁵⁶ E95 Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, aux par. 20-23

⁵⁷ E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 21 à 22 ; E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, note 46.

⁵⁸ E188 Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 292 ; *Le Procureur c. Tadić*, *supra* note 40, par. 140. La Chambre préliminaire a également indiqué que le lien avec un conflit armé pourrait ne pas avoir été exigé au regard du droit international coutumier avant l'adoption du Statut de Rome. Voir : D427/1/30 Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 23, par. 310 (évoquant un « point crucial » entre 1968 et 1984 où la pratique des États et l'*opinio juris* auraient fait la transition) ; D427/2/15 Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 137 (citant l'affaire *Tadić* du TPIR et déclarant, en ce qui concerne l'absence du lien, qu'il « avait pu en être ainsi » en 1995). Voir cependant D427/2/15 Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 143 (déclarant que « le désaccord quant à l'opportunité du lien à un conflit armé a[vait] persisté jusqu'à la conférence sur la création de la CPI »).

50. Les réponses de la Défense contestent également la pertinence d'un certain de nombre de sources sur lesquelles les co-procureurs s'appuient dans leur Demande relative au conflit armé pour déterminer l'état du droit international coutumier à partir de 1975.

Loi n° 10 du Conseil de contrôle

51. Ieng Thirith et Ieng Sary contestent les arguments que les co-procureurs tirent de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle⁵⁹ et de la jurisprudence subséquente des tribunaux militaires siégeant sous l'empire de cette loi.

52. Citant un article de Egon Schwelb, Ieng Thirith soutient que l'omission de l'expression « avant ou pendant la guerre » est sans incidence pratique dès lors que d'autres dispositions de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle indiquent clairement que les crimes visés ont été commis avant comme pendant la guerre. À première vue, cette partie de l'article de Schwelb ne semble pas être invoquée à bon escient. Elle ne répond pas à l'argument des co-procureurs selon lequel la Loi n° 10 du Conseil de contrôle ne rattachait pas les crimes contre l'humanité à un conflit armé ; l'argument des co-procureurs ne porte pas sur l'expression « avant ou pendant la guerre », mais sur l'exclusion dans la Loi n° 10 du lien avec d'autres crimes du ressort du Tribunal de Nuremberg, à savoir les crimes de guerre et les crimes contre la paix. Qui plus est, comme relevé dans la Demande relative au conflit armé, Schwelb a confirmé ailleurs que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle ne retenait pas le lien avec un conflit armé⁶⁰.

53. Ieng Sary nie la valeur que les co-procureurs accordent à certaines déclarations faites par le tribunal militaire américain dans le procès *des Einsatzgruppen* et le procès *justice*. Qualifiant les énoncés concernés d'incidents⁶¹, il accorde plus de poids, vu son caractère déterminant pour l'affaire, au rejet dans le procès *Flick* de la thèse selon laquelle le lien avec le conflit armé n'était

⁵⁹ Loi n° 10 – Châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, adoptée par le Conseil de contrôle allié en Allemagne réunissant le Royaume-Uni, la France, les États-Unis et l'Union soviétique, 20 décembre 1945, *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n° 3, 1946, p. 50 et suiv., art. II 1) c).

⁶⁰ E95 Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, par. 20 (citant la déclaration de Egon Schwelb dans « *Crimes against Humanity* », 23 *British Yearbook of International Law* 178 (1946), p. 218, selon laquelle « la jurisprudence issue du procès de Nuremberg qui tend à limiter la portée des crimes contre l'humanité aux seuls faits rattachés à la guerre perd sa pertinence devant les juridictions qui connaissent ou connaîtront des crimes contre l'humanité [sous la Loi n° 10 du Conseil de contrôle] »).

⁶¹ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 23.

pas requis dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. Il affirme également que les tribunaux créés sous l'empire de la Loi n° 10 du conseil de contrôle doivent être considérés comme des juridictions de droit interne plutôt qu'international.

54. Les co-procureurs ne contestent pas que les énoncés relevés dans le procès *des Einsatzgruppen* et le procès *justice* soient incidents, ni que l'absence de lien avec un conflit armé ait été déterminante pour le rejet des accusations dans le procès *Flick*. Les déclarations faites dans les deux premières affaires n'en restent pas moins des interprétations décisives du texte constitutif du tribunal lui-même. Celui-ci dit explicitement dans la première et laisse entendre dans la seconde qu'aucun rattachement à un conflit armé ne conditionne l'établissement d'un crime contre l'humanité. La Chambre est en droit de prendre acte de ces affaires dans son appréciation.

55. Pour ce qui est de la nature du droit appliqué par les tribunaux militaires régis par la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, les co-procureurs renvoient à leurs conclusions antérieures et maintiennent qu'il s'agit du droit international⁶². À noter d'ailleurs que dans le procès *Flick*, le tribunal lui-même s'est décrit comme un « tribunal international » qui « applique le droit international » [traduction non officielle]⁶³.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954

56. Ieng Sary affirme que les co-procureurs ont « ignoré » la conclusion de la Chambre préliminaire selon laquelle le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954 (le « Projet de code ») n'avait pas été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies⁶⁴.

57. Les co-procureurs ont pris en compte cette conclusion de la Chambre préliminaire. Ils maintiennent cependant que, nonobstant ce rejet, le Projet de code fournit des indications précieuses sur l'opinion collective d'éminents spécialistes du droit international quant à la pratique des États et l'*opinio juris* relatives au lien avec un conflit armé. Il ressort des documents de l'ONU

⁶² E95 Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, par. 21.

⁶³ *United States v. Flick, Case No. 48, 20 April-22 December 1947* dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII (UNWCC 1949), p. 14.

⁶⁴ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 27.

que la raison pour laquelle le Projet de code n'a pas été adopté était sans rapport aucun avec l'absence du lien à un conflit armé, mais concernait la définition de l'agression⁶⁵.

58. En outre, il est régulièrement fait appel au Projet de code qui, quoique n'ayant jamais été adopté, constitue une source importante pour ce qui est de la substance du droit international coutumier et notamment le rattachement des crimes contre l'humanité à un conflit armé. C'est ainsi, par exemple, que dans son rapport de 1989 sur l'élaboration d'une nouvelle version du Projet de code, le Rapporteur spécial de la CDI s'est appuyé sur le texte de 1954 (ainsi que sur la Convention sur l'apartheid et la Convention sur le génocide) pour affirmer dans les termes suivants que les crimes contre l'humanité n'exigeaient pas de lien avec un conflit armé :

D'abord liée à l'état de belligérance, comme il a été indiqué, la notion de crime contre l'humanité a acquis progressivement son autonomie et aujourd'hui cette notion a une existence distincte de celle de crime de guerre. C'est ainsi que non seulement le projet de code de 1954, mais même les conventions entrées en vigueur (sur le génocide ou sur l'*apartheid*) ne lient plus cette notion à l'état de guerre.⁶⁶

59. Les co-procureurs maintiennent donc que la Chambre peut à raison tenir compte du Projet de code dans son appréciation de la question.

Convention sur le génocide de 1948 et Convention sur l'apartheid de 1973

60. Khieu Samphan et Ieng Sary contestent tous deux les arguments que les co-procureurs tirent de la Convention sur le génocide de 1948 et de la Convention sur l'apartheid de 1973. Khieu Samphan, affirmant que la CDI « a déduit en 1993, que seuls les crimes d'apartheid et de génocide constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international », fait valoir « qu'il s'en déduit que seuls ces deux crimes contre l'humanité constituaient des crimes internationaux et non pas qu'un crime contre l'humanité puisse être commis en temps de paix »⁶⁷.

61. Ce raisonnement est mal fondé et tout à fait erroné. Contrairement à ce qu'affirme Khieu Samphan, la CDI n'a jamais conclu, fût-ce en 1993 ou à un autre moment, que « seuls les crimes d'apartheid et de génocide constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international ». Khieu Samphan fonde son affirmation sur un projet de statut pour la CPI établi à

⁶⁵ Assemblée générale des Nations Unies, 9^e session, 504^e séance plénière, 4 décembre 1954, par. 897.

⁶⁶ Annuaire de la Commission du droit international – 1989, vol. II, première partie, p. 93, par. 38.

⁶⁷ E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 22.

titre de document de travail préalable, entre mai et juillet 1993, par un Groupe de travail de la CDI. Ce projet énonçait notamment le génocide (comme défini par la Convention sur le génocide) et l'apartheid (comme défini par la Convention sur l'apartheid) au nombre des crimes qui relèveraient de la compétence de la future juridiction. Tel qu'il ressort du commentaire du Groupe de travail, le projet entendait ne répertorier que des crimes définis par des traités et pour lesquels ces traités prévoyaient des mécanismes d'application⁶⁸. Le projet et le commentaire du Groupe de travail de la CDI ne sauraient emporter la conclusion que seuls le génocide et l'apartheid constituaient des crimes contre l'humanité au regard du droit international coutumier.

62. Les objections de Ieng Sary se fondent quant à elles sur les conclusions de la Chambre préliminaire selon lesquelles la Convention sur le génocide donnait de ce crime une définition qui « se détachait nettement de celle des crimes contre l'humanité dont elle partageait l'origine, puisqu'elle requérait une "intention spécifique" » et la Convention sur l'apartheid « n'avait recueilli la signature, la ratification ou l'adhésion que de 25 États Membres de l'ONU [...] au 17 avril 1975, et de 32 États Membres de plus durant la période relevant de la compétence temporelle des CETC »⁶⁹.

63. Les co-procureurs font valoir, sans vouloir manquer de respect à la Chambre préliminaire, que ces conclusions ne sont guère convaincantes. Ni la Chambre préliminaire ni Ieng Sary n'ont pu expliquer de façon concluante en quoi l'inclusion d'une intention spécifique dans la définition du génocide consacrée par la Convention sur le génocide signifierait que ce dernier n'est plus un crime contre l'humanité. S'il est vrai que les États parties à la Convention sur l'apartheid étaient relativement peu nombreux pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC – s'agissant de déterminer l'état du droit international coutumier –, il reste que le nombre d'États parties à une convention à un moment donné n'est pas le seul le facteur, ni même le facteur le plus important, à cet égard. Il convient également de prendre en compte la pratique des États pendant les négociations, les votes relatifs à l'adoption par l'Assemblée générale et les raisons de ces votes.

⁶⁸ Rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, reproduit dans doc. ONU A/48/10, annexe, p. 111 (cité dans E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 22).

⁶⁹ D427/1/30 Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 23, par. 309 ; D427/2/12 Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, 142.

Convention sur l'imprescriptibilité de 1968

64. Se fondant sur les conclusions de la Chambre préliminaire, Ieng Sary soutient que la Convention sur l'imprescriptibilité de 1968⁷⁰ n'est pas représentative du droit international coutumier parce qu'elle n'était ratifiée que par 18 pays pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC⁷¹. Le nombre d'États parties à une convention pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC ne saurait à lui seul compromettre la valeur du texte en tant que source du droit international coutumier substantiel. Il est à noter en particulier que rien ne permet de déduire que le faible ralliement à la convention eût été dû à l'absence de lien à un conflit armé. En fait, les documents relatifs à la négociation de cette convention indiqueraient que le principal reproche qui lui était fait était non pas qu'elle supprimait le rattachement à un état de belligérance, mais qu'elle n'était pas le moyen approprié pour élargir les catégories de crimes contre l'humanité⁷².

Législations et jurisprudences internes

65. Ieng Sary note que selon la Chambre préliminaire, « il n'est que peu d'exemples de législations nationales définissant les crimes contre l'humanité sans inclure la condition d'un lien avec un conflit armé » et ajoute que l'« unique » [traduction non officielle] cas, hormis celui de l'Allemagne par le biais de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, est fourni en Israël par la *Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, 1950* [loi israélienne de 1950 sur le châtiment des nazis et de leurs collaborateurs]⁷³. Tout en reconnaissant la paucité des lois internes portant sur les crimes contre l'humanité, les co-procureurs maintiennent que la déclaration de Ieng Sary est erronée. Comme indiqué dans la Demande relative au conflit armé, le *International Crimes*

⁷⁰ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, annexée à la résolution 2391 (XXIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 novembre 1968, art 1 b).

⁷¹ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 28 (citant D427/1/30 Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 23, par. 309).

⁷² Robert H. Miller, « *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* », 65 *American Journal of International Law* 476 (1971), p. 491.

⁷³ E95/4 Réponse de Ieng Sary relative au conflit armé, *supra* note 9, par. 29 (citant D427/1/30 Décision relative à l'appel de Ieng Sary, *supra* note 23, par. 309).

(*Tribunals*) Act 1973 au Bangladesh définit les crimes contre l'humanité sans faire référence au Statut de Nuremberg ni à quelque lien que ce soit à un conflit armé⁷⁴.

66. Ce serait également se tromper que de déduire de la rareté des lois internes définissant les crimes contre l'humanité sans lien à un conflit armé que les États ne souscrivaient pas à une telle définition. En fait, avant 1975, très rares étaient les États qui avaient adopté des lois internes relatives aux crimes contre l'humanité. Ce fait n'a pas affecté l'existence de ces crimes en droit international coutumier, et n'a pas empêché non plus les juridictions nationales de se fonder sur le droit international coutumier pour connaître de ces crimes. Cependant, comme la majorité des poursuites internes pour crimes contre l'humanité menées au cours du XX^e siècle l'ont été en rapport avec la Seconde Guerre mondiale, la question de savoir si le lien avec un conflit armé était requis par le droit international coutumier ne s'est simplement pas posée dans ces affaires.

Accord et loi relatifs aux CETC

67. Ni les réponses des équipes de défense, ni les décisions antérieures de la Chambre préliminaire n'ont tenu compte de l'Accord et de la Loi relatifs aux CETC dans leur analyse du droit international coutumier à l'époque des faits.

68. La compétence matérielle des CETC a d'abord été arrêtée dans l'Accord relatif aux CETC – traité contraignant entre l'ONU et le Gouvernement royal cambodgien – comme recouvrant notamment les « crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 ». Les parties conviennent que le Statut de Rome ne prévoit pas de lien à un conflit armé pour ces crimes. Les termes de l'Accord en ce qui concerne la compétence matérielle des CETC sont basés dans une large mesure sur le travail du Groupe d'experts pour le Cambodge nommé conformément à la résolution 52/135 de l'Assemblée générale, dont le rapport dit notamment ceci : « Il semble, en effet, que le lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé avait été éliminé en 1975 »⁷⁵. L'Accord a été approuvé par l'Assemblée générale des

⁷⁴ Loi n° XIX de 1973 (*International Crimes Act (Tribunals) Act 1973*) ; voir E95 Demande relative au conflit armé, *supra* note 1, par. 23, note 42.

⁷⁵ D366/7.1.556 Rapport du Groupe d'experts pour le Cambodge créé par la résolution 52/135 de l'Assemblée générale, 19 février 1999, ERN (anglais) 00078333-00078428, par. 71 [en français voir doc. ONU A/53/850-S/1999/231]

Nations Unies en mai 2003⁷⁶ et signé par les deux parties le 6 juin 2003. La Loi relative aux CETC, promulguée en 2011 et modifiée en 2004, et qui donne effet à l'Accord, exclut le lien à un conflit armé de la définition des crimes contre l'humanité.

69. Il est entendu que le Rapport du Groupe d'experts, le texte de l'Accord et le texte de la Loi ne sont pas probants quant au droit en vigueur à l'époque des faits, et il appartient à la Chambre elle-même de dire que les crimes internationaux ressortissant à sa compétence étaient bien alors des crimes de droit international. Ces documents et instruments n'en fournissent pas moins des renseignements très utiles sur l'opinion actuelle des États Membres de l'ONU, dont le Cambodge, et d'éminents spécialistes qui se sont consacrés à l'étude du lien entre le crime contre l'humanité et le conflit armé pendant la période concernée.

iii. L'invocation du principe du favor rei ne se justifie pas en l'espèce

70. Les réponses des équipes de défense rejettent l'argument des co-procureurs selon lequel le principe *in dubio pro reo* ne saurait justifier l'inclusion du lien à un conflit armé⁷⁷. Les co-procureurs soulignent que pris en son sens formel, le principe *in dubio pro reo* ne s'impose qu'en cas de doute suscité par la preuve⁷⁸. Ils précisent que s'ils ne sont pas sans reconnaître qu'un recours au principe plus large de *favor rei* peut se justifier en cas de doute suscité par la loi, ils estiment que tel n'est pas le cas en l'espèce. Comme démontré dans les sections précédentes, le droit international coutumier se présentait avec suffisamment de certitude à l'époque des faits pour que la Chambre considère qu'un crime contre l'humanité pouvait être commis sans qu'il fût lié à un conflit armé. À défaut d'incertitude avérée, il n'y a pas lieu de recourir au principe de *favor rei*.

⁷⁶ Résolution 57/228B de l'Assemblée générale, adoptée le 13 mai 2003 (sans vote).

⁷⁷ E95/2 Réponse de Ieng Thirith relative au conflit armé, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 18 à 24 ; E95/4 Réponse Ieng Sary relatif au conflit armé, *supra* note 9, par. 32 à 34 ; E95/5 Réponse de Nuon Chea relative au conflit armé, *supra* note 11, par. 6 à 21.

⁷⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (2003), p. 157.

D. À l'époque des faits, le viol comptait parmi les crimes contre l'humanité reconnus par le droit international coutumier

71. La Chambre préliminaire a reconnu que le viol était punissable en droit pénal international depuis le XIX^e siècle⁷⁹. La Défense et les co-procureurs s'accordent dans une large mesure sur ce constat⁸⁰.

72. Seul Ieng Sary soutient qu'au regard du droit international pénal tel qu'il se présentait jusque dans les années 1990, le viol n'était pas considéré comme illégal mais comme « une récompense nécessaire pour les hommes au combat » [traduction non officielle]⁸¹, affirmant que sa prohibition en tant que crime contre l'humanité avait dû attendre la décennie suivant la guerre froide, lorsque « [p]our la première fois, il y [eut] des progrès vers une reconnaissance des femmes en tant que sujets à part entière des droits de l'homme et de la justice pénale internationale »⁸².

73. C'est fixer bien trop tard la reconnaissance de la nature criminelle du viol. À l'appui de sa thèse, Ieng Sary rapporte le commentaire suivant :

Les actes de violence perpétrés dans les territoires occupés par le Japon pendant la Seconde Guerre mondiale à l'encontre de milliers de filles et de jeunes femmes qui n'étaient pas d'origine japonaise ont été "ignorés" par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient. [Traduction non officielle.]⁸³

74. Ce commentaire exagère la position adoptée vis-à-vis du viol par les tribunaux siégeant au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Lorsqu'il a retenu la culpabilité de Kōki Hirota, Ministre japonais des affaires étrangères, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (le « Tribunal de Tokyo ») a reconnu comme suit la nature criminelle des actes de viol :

Le Tribunal est d'avis que Hirota a négligé son devoir en n'insistant pas devant le Cabinet pour qu'il fût immédiatement mis fin aux atrocités, à défaut de toute autre mesure à sa disposition susceptible d'obtenir le même résultat. Il s'est contenté de recevoir des assurances dont il savait qu'elles restaient lettre morte tandis que tous les

⁷⁹ D427/2/15 Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 151.

⁸⁰ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 19 et 20 ; E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 21 à 34.

⁸¹ E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 14.

⁸² *Ibid.*, par. 16, note 47.

⁸³ *Ibid.*, par. 14.

jours se commettaient des centaines de meurtres, viols et autres atrocités. Son inaction est constitutive de négligence coupable.⁸⁴

75. Comme l'a déjà relevé la Chambre préliminaire, sans que cela ne soit contesté par la Défense, des éléments relatifs au viol ont été « produits par les procureurs français et soviétique devant le Tribunal international de Nuremberg », même s'il n'y a pas eu de condamnation de ce chef⁸⁵. En tout état de cause, la prétention selon laquelle il a fallu attendre la création des tribunaux ad hoc pour que le viol soit considéré comme un acte criminel en droit pénal international méconnaît une longue série de sources faisant autorité⁸⁶. S'il fallait encore réaliser « des progrès vers une reconnaissance des femmes en tant que sujets à part entière des droits de l'homme » dans les années 90, l'illégalité du viol n'en était pas un.

76. Les réponses de Ieng Thirith et Khieu Samphan adoptent une position plus modérée en faisant valoir que ces sources antérieures à la Seconde Guerre mondiale attestent l'inclusion du viol constitutif de crime de guerre et non de crime contre l'humanité⁸⁷. Cela étant, la catégorie des crimes contre l'humanité n'a été expressément formulée qu'avec l'adoption du Statut de Nuremberg le 8 août 1945⁸⁸, et c'est le 20 décembre 1945 que le viol a été énuméré en tant que crime contre l'humanité distinct dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle⁸⁹. Ainsi le viol a-t-il été

⁸⁴ *The Complete Transcripts of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East*, reproduit dans R. John Pritchard et Sonia Magbanua Zaide (dir.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 20 (1981), p. 49 et 791.

⁸⁵ **D427/2/15** Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith, *supra* note 23, par. 152.

⁸⁶ *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique* (Code Lieber), 24 avril 1863, art. 44 ; *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté par l'Institut du droit international, Oxford, 9 septembre 1880, art. 49 ; Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre, annexé à la Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre, La Haye, 29 juillet 1899, art. 46 ; Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre, annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre, La Haye, 18 octobre 1907, art. 46. Voir, par exemple, *Le Procureur c. Zejnil Delalić*, affaire n° IT-96-21-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 16 novembre 1998, par. 476 (dans lequel, au vu de ces sources ainsi que des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, la Chambre de première instance du TPIY a conclu en ces termes : « Il ne fait aucun doute que le viol et les autres formes de violences sexuelles sont expressément prohibés par le droit international humanitaire. »)

⁸⁷ **E99/2** Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 20 ; **E99/3** Réponse de Khieu Samphan relative au viol en tant que crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 22.

⁸⁸ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (2005) (« Werle »), p. 216 : « C'est à l'article 6 c) du Statut de Nuremberg que se trouve la première formulation explicite des crimes contre l'humanité. » [Traduction non officielle.]

⁸⁹ Loi n° 10 du Conseil de contrôle, *supra* note 59 : « Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique,

inclus au nombre des crimes contre l'humanité quelques mois seulement après la formulation cohérente de ce principe juridique, et ce, dans le dernier texte constitutif d'un tribunal internationalisé avant la période du Kampuchéa démocratique.

77. Nonobstant l'observation de Khieu Samphan selon laquelle la pratique des États et l'*opinio juris* ne sauraient se dégager de la seule Loi n° 10 du Conseil de contrôle⁹⁰, il ressort de la jurisprudence et de la pratique des États subséquentes qu'il est admis que le viol s'est établi en tant que crime contre l'humanité en droit international coutumier à ce moment-là ou peu après. Deux facteurs clefs amènent à conclure dans ce sens.

78. Premièrement, il n'y a pas eu d'évolution significative des normes de droit pénal international pertinentes pour la criminalisation du viol constitutif de crime contre l'humanité entre le début de la période du Kampuchéa démocratique et la création des tribunaux ad hoc. Selon Gerhard Werle, « les assises juridiques du droit pénal international étaient dans une large mesure établies » au début des années 90, mais « les États et la communauté des nations n'avaient pas eu la volonté d'appliquer ces principes » avant 1990 [traductions non officielles]⁹¹. D'où sa conclusion quant à la raison pour laquelle la poursuite des principaux crimes internationaux est restée limitée jusqu'à la fin de la guerre froide :

Durant la guerre froide [...], un manque de volonté politique a empêché que des sanctions pénales fussent prises à l'encontre des atrocités commanditées par les États. Il fallut attendre la fin de cette période pour que l'ONU, éperonnée par les crimes terribles commis en Yougoslavie et au Rwanda, fassent montre d'une nouvelle volonté politique... [Traduction non officielle.]⁹²

79. L'existence d'une règle de droit coutumier international érigeant le viol en crime est à distinguer conceptuellement de la volonté politique nécessaire pour poursuivre les grands crimes internationaux ou accorder la priorité voulue à la poursuite de crimes visant principalement les femmes. Il n'est pas surprenant, vu la criminalisation de longue date du viol constitutif de crime contre l'humanité en droit international coutumier, qu'animés d'une « nouvelle volonté

racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés. »

⁹⁰ E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 25 : « En effet, une pratique générale des États et une *opinio juris* ne peuvent se dégager [...] de la seule Loi n° 10 du Conseil du contrôle. »

⁹¹ Werle, *supra* note 88, p. 15.

⁹² *Ibid.*, p. 3.

politique », les États responsables de l'adoption des statuts du TPIY et du TPIR aient pu y énumérer le viol au nombre des crimes contre l'humanité, sans que cela ne soulève de controverse ni d'objections, et que les juridictions concernées aient chacune pu prononcer des déclarations de culpabilité du chef de viol constitutif de crime contre l'humanité au regard du droit international coutumier⁹³.

80. Contrairement à ce que soutient Ieng Sary, le viol n'a pas été érigé en crime contre l'humanité dans le « cadre de l'intégration des genres » qui a suivi la guerre froide⁹⁴. Ieng Sary a tort de présenter la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993 comme des faits significatifs pour la criminalisation du viol constitutif de crime contre l'humanité⁹⁵ : faute de pouvoir adopter un traité contraignant, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a opté pour une déclaration non contraignante, sans compter qu'en tout état de cause, la Conférence s'est tenue après la période pendant laquelle le TPIY avait conclu que la prohibition du viol constitutif de crime contre l'humanité ne « fai[sai]t aucun doute ».

81. Les réponses de Ieng Thirith et Khieu Samphan, en particulier, rejette toute référence aux tribunaux ad hoc au motif que leur compétence temporelle est postérieure à celle des CETC⁹⁶. Mais là n'est pas la question. Contrairement à ce que font valoir ces deux réponses, ce n'est pas comme source du droit en vigueur pendant les années 70 que les co-procureurs invoquent une jurisprudence limitée à des faits survenus pendant les années 90⁹⁷, mais comme élément utile pour déterminer le statut du viol en tant que crime contre l'humanité au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁹⁸. Khieu Samphan ne répond pas sur ce point et Ieng Thirith se borne à déclarer que « [l]a Défense soutient que cette affirmation est fausse » et « doit être rejetée comme étant

⁹³ E99 Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 2, par. 16 et 17.

⁹⁴ E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 18.

⁹⁵ Ibid., par. 16.

⁹⁶ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 22 à 24 ; E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 31 et 32.

⁹⁷ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 24 ; E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 31.

⁹⁸ E99 Demande relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 2, par. 18 à 21.

sans logique ni fondement » [traduction non officielle]⁹⁹. La seule objection soulevée à cet égard par Ieng Sary est fondée sur « le rôle auxiliaire attribué aux décisions judiciaires » par l'article 38 1) d) du Statut de la Cour internationale de justice¹⁰⁰, alors que cette disposition porte sur le statut des décisions judiciaires devant la CPI et ne concerne pas directement l'application par les CETC des décisions du TPIY, ni d'ailleurs le recours à la jurisprudence des tribunaux internationaux et internationalisés en général¹⁰¹.

82. Les lois régissant le TPIY ne sont pas le produit d'une adaptation récente du droit pénal international relatif aux crimes contre l'humanité, mais ont été soigneusement élaborées pour ne viser que les crimes « qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier »¹⁰².

83. Selon Ieng Sary, cette déclaration ne veut pas dire que « les crimes internationaux [...] énumérés dans le Statut du TPIY faisaient “sans aucun doute possible” partie du droit international coutumier » », mais que « le TPIY était requis d'agir avec prudence pour veiller à n'*appliquer* que celles des règles qui, “sans aucun doute possible”, faisaient effectivement partie du droit international coutumier » [traductions non officielles]¹⁰³. D'un point de vue pratique, cette distinction n'a guère d'incidence : les personnes reconnues coupables de viol constitutif de crime contre l'humanité devant le TPIY l'ont été, au mot près, sur la base des définitions contenues dans le Statut du TPIY¹⁰⁴. Bien que, pour étayer la thèse que ce crime n'existe que depuis peu, Khieu Samphan relève des divergences dans la jurisprudence du TPIY quant à la définition du viol¹⁰⁵, les décisions qu'il cite ne varient que par leur définition de certains éléments du viol qui ne sont pas

⁹⁹ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 23.

¹⁰⁰ E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 17.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, par. 34 ; voir aussi *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire no IT-94-1-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 7 mai 1997, par. 662 ; *Le Procureur c. Milan Milutinović*, affaire n° IT-05-87-PT, « Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić (coaction indirecte) » (Chambre de première instance du TPIY), 22 mars 2006, par. 15.

¹⁰³ E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 15.

¹⁰⁴ Voir, par exemple, la condamnation pour viol dans *Le Procureur c. Kunarac*, affaire n°s IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 22 février 2001, par. 436 à 464.

¹⁰⁵ E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 30 : « La toute récente de l'incrimination du viol en tant que crime contre l'humanité est encore attestée par les divergences entre les premières jurisprudences des TPI sur l'étendue de la notion... »

contestés en l'espèce, et sont en revanche remarquablement unanimes dans leur reconnaissance du viol en tant que crime contre l'humanité distinct¹⁰⁶.

84. Ieng Thirith affirme que « [l]es co-procureurs ne citent pas les sources qui pourraient attester que le viol existait en tant que crime contre l'humanité à part entière avant 1975 » [traduction non officielle]¹⁰⁷. Khieu Samphan soutient que les co-procureurs doivent pouvoir « fournir des sources tendant à attester l'incrimination coutumière du viol constitutif de crime contre l'humanité avant ou pendant la période allant de 1975 à 1979 »¹⁰⁸.

85. Les co-procureurs font valoir que les réponses exagèrent grandement les conditions auxquelles est soumise la formation du droit international coutumier applicable au crime contre l'humanité de viol, alors qu'une règle coutumière peut être établie par la pratique de quelques États seulement, pour autant que d'autres ne soulèvent pas d'objections. Dans un article publié en 1977 sur la formation du droit international coutumier, Michael Akehurst a fait observer ce qui suit :

Tous les énoncés judiciaires exigeant une pratique largement répandue parmi les États ont été prononcés dans des cas où cette pratique connaissait des contradictions [...] Un très petit nombre d'actes n'impliquant que quelques États sur une période très courte suffisent à créer une règle de droit coutumier, à condition que la pratique ne soit pas contradictoire. [Traduction non officielle.]¹⁰⁹

86. De même, Malcolm Shaw souscrit à la proposition selon laquelle des règles de droit international coutumier peuvent être créées par quelques États seulement :

[L]a coutume peut être créée par quelques États pourvu que ceux-ci soient intimement associés à la question concernée, en raison de leur richesse et de leur pouvoir ou de leur rapport particulier à l'objet de la pratique... [traduction non officielle]¹¹⁰

¹⁰⁶ *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° IT-95-17/1-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIR), 2 septembre 1998 ; *Le Procureur c. Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 10 décembre 1998 ; *Le Procureur c. Kunarac*, affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, « Jugement » (Chambre de première instance du TPIY), 22 février 2001.

¹⁰⁷ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 22.

¹⁰⁸ E99/3 Réponse de Khieu Samphan relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 10, par. 23 : « À défaut de pouvoir fournir des sources tendant à attester l'incrimination coutumière du viol constitutif de crime contre l'humanité avant ou pendant la période allant de 1975 à 1979, les co-procureurs se perdent en conjectures. »

¹⁰⁹ Michael Akehurst, « Custom as a source of international law » (1974-1975) *British Yearbook of International Law* 1, p. 18 et 19.

¹¹⁰ Malcolm Shaw, *International Law* (6^e éd., 2008), p. 79.

87. La pratique des États dont on dispose étaye effectivement la thèse selon laquelle le viol s'est établi en tant que crime contre l'humanité avant et pendant la période du Kampuchéa démocratique. À la suite de la Guerre de libération par laquelle le Pakistan oriental s'est séparé du Pakistan occidental pour devenir le Bangladesh, la nouvelle législature bangladaise a adopté le *International Crimes (Tribunals) Act 1973* pour poursuivre les auteurs de viols en masse. La définition des crimes contre l'humanité retenue dans la législation bangladaise est à l'image de celle contenue dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et fait figurer le viol parmi les crimes contre l'humanité énumérés¹¹¹.

88. La même conclusion peut être dégagée en examinant la façon dont a évolué la définition des crimes contre l'humanité. À chaque fois, ils ont été définis en termes presque identiques. Leur première formulation, dans le Statut de Nuremberg, date d'août 1945 et se lit comme suit :

[L]'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux...¹¹²

89. Quelques mois plus tard, la Loi n° 10 du Conseil de contrôle étendait la définition à « l'emprisonnement, la torture, le viol » :

Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux...¹¹³

90. Dix-huit ans plus tard, immédiatement avant la période du Kampuchéa démocratique, le législateur bangladais adoptait la même liste en y ajoutant « enlèvement, séquestration » [traduction non officielle] :

[L]'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, l'emprisonnement, l'enlèvement, la séquestration, la torture, le viol ou autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial, ethnique ou religieux... [Traduction non officielle.]¹¹⁴

¹¹¹ *International Crimes (Tribunals) Act 1973, supra note 74, sect. 3 2) a).*

¹¹² Statut de Nuremberg, 1945, art. 6 c).

¹¹³ Loi n° 10 du Conseil de contrôle, *supra note 59.*

¹¹⁴ *International Crimes (Tribunals) Act 1973, supra note 74, sect. 3 2) a).*

91. Le Statut du TPIY contient la même série de crimes contre l'humanité que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle :

... a) assassinat ; b) extermination ; c) réduction en esclavage ; d) déportation ; e) emprisonnement ; f) torture ; g) viol ; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) autres actes inhumains.¹¹⁵

92. Étant donné l'inclusion du viol constitutif de crime contre l'humanité dans Loi n° 10 du Conseil de contrôle dès 1945, de même que la similarité remarquable, dans la pratique des États, entre toutes les formulations disponibles de ces crimes, l'absence de contre-exemples significatifs dans l'évolution du droit international et la confirmation judiciaire du fait que le crime contre l'humanité de viol relevait « sans aucun doute possible » du droit international coutumier dans les années 90, les co-procureurs font valoir en toute déférence que le viol faisait partie de la *lex lata*, en tant que crime contre l'humanité avant et pendant la période du Kampuchéa démocratique.

E. À l'époque des faits, le droit international coutumier reconnaissait l'entreprise criminelle commune III comme mode de participation engageant la responsabilité pénale

93. Il appert de la jurisprudence bien établie des TPIY et TPIR, que l'entreprise criminelle III était un mode de participation reconnu au regard du droit international coutumier en 1992, au point de départ du comportement poursuivi et sanctionné par le TPIY. Trois réponses des équipes de défense font valoir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne faisait pas partie du droit international coutumier pendant la période du Kampuchéa démocratique¹¹⁶. Le TPIY et le TPIR ont été saisis de prétentions similaires concernant l'état du droit international coutumier au début des années 90. Dans l'affaire *Joseph Nzirorera*, par exemple, l'appelant alléguait ce qui suit :

[L]e Tribunal n'est pas compétent pour retenir la troisième forme de responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune à raison de crimes commis par des participants à une entreprise de grande ampleur, en particulier ceux qui sont géographiquement et structurellement éloignés de l'accusé, étant donné qu'il ne relève

¹¹⁵ Statut du TPIY, art. 5 (non souligné dans l'original).

¹¹⁶ **E100/5** Réponse de Nuon Chea relative à l'entreprise criminelle III, *supra* note 11, par. 8 ; **E100/1** Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 18 et 19, ainsi que 24 ; **E100/2** Réponse de Ieng Sary relative à l'entreprise criminelle commune, *supra* note 9, par. 9 à 18.

aucun élément établissant que le droit international coutumier permet de retenir la troisième catégorie de responsabilité pour leurs crimes¹¹⁷.

94. La Chambre d'appel du TPIR a d'emblée rejeté ce moyen d'appel en se fondant sur la jurisprudence manifeste du TPIY, déclarant qu'« il n'y a aucun doute que la troisième catégorie de responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune est fermement établie en droit international coutumier »¹¹⁸ et, plus loin, qu'« il est manifeste que le droit international coutumier sert de base à la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune, en général, et à la troisième forme de cette responsabilité en particulier »¹¹⁹.

95. Les co-procureurs font valoir en toute déférence qu'il ne peuvent relever aucun élément significatif dans l'évolution du droit international coutumier entre 1974 et 1991 qui pourrait attester une modification de l'état du droit relatif à l'entreprise criminelle commune en tant que forme de coaction. Quand bien même la Chambre considérerait que l'entreprise criminelle commune III ne faisait pas partie du droit international coutumier pendant la période du Kampuchéa démocratique, cela tendrait à tenir pour erronées les condamnations prononcées par le TPIY et TPIR du chef de cette forme de participation.

96. Ieng Thirith¹²⁰ et Ieng Sary¹²¹ récusent l'invocation par les co-procureurs de la compatibilité entre l'entreprise criminelle commune III et les objets et le but du droit pénal international. Ieng Sary affirme que la politique publique internationale servie par l'entreprise criminelle commune « ne saurait justifier » [traduction non officielle] son application à rebours du « précepte fondamental qui veut qu'un accusé ne puisse être tenu responsable que pour un comportement dont il s'est rendu personnellement coupable » [traduction non officielle]¹²². Les co-procureurs se permettent de renvoyer la Chambre au développement suivant présenté dans le cadre d'une toute récente analyse de la légalité de l'entreprise criminelle commune III entreprise par la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban (le « TSSL ») :

¹¹⁷ *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n°s ICTR-98-44-AR72.5, ICTR-98-44-AR72.6, « Décision relative aux appels portant sur des exceptions d'incompétence : entreprise criminelle commune » (Chambre d'appel du TPIR), 12 avril 2006, par. 14.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 13.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 16.

¹²⁰ **E100/1** Réponse de Ieng Thirith relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 22.

¹²¹ **E100/2** Réponse de Ieng Sary relative à l'entreprise criminelle commune III, *supra* note 9, par. 25 à 28.

¹²² *Ibid.*, par. 25.

Cette troisième catégorie d'ECC a été contestée, par crainte qu'elle ne porte atteinte au principe de la culpabilité (*nullum crimen sine culpa*). Certains ont affirmé que, dans le cadre de cette catégorie d'ECC, la culpabilité de l' "auteur secondaire" (qui a adhéré au plan ou à l'entente de nature criminelle, a agi conformément à ce plan et avait prévu l'infraction supplémentaire qui devait intervenir en dehors de l'accord) est assimilée, à tort, à celle de l' "auteur principal" (qui commet le crime convenu et le crime supplémentaire, non convenu). Ainsi, selon certains, un individu (l' "auteur secondaire") peut être déclaré coupable de meurtre, alors qu'il n'avait pas l'intention de tuer, cette intention étant poursuivie par l' "auteur principal", qui a commis le meurtre.

[...] i) S'agissant du degré de culpabilité, même s'il n'avait pas l'intention (*dolus*) de commettre le crime non concerté, l' "auteur secondaire" était un membre volontaire de l'entreprise visant à commettre un crime faisant l'objet d'une entente, et le crime supplémentaire a été possible grâce, tout à la fois, à sa participation à l'entreprise criminelle (qui doit comporter une contribution importante à la réalisation du plan criminel de l'entreprise) et au fait qu'il ne s'est pas éloigné de la perpétration du crime supplémentaire ou bien ne l'a pas empêché, une fois qu'il était en mesure de le prévoir. ii) En ce qui concerne la nécessité d'adapter ou de moduler la peine, il est vrai que la culpabilité et le caractère condamnable des agissements de l' "auteur secondaire" ne sont pas aussi importants que pour l' "auteur principal" ; cette différence doit cependant être prise en compte lors du prononcé de la peine. iii) S'agissant de la véritable "raison d'être" de l'ECC III, ce mode de responsabilité est fondé sur des considérations de politique publique, à savoir sur le besoin de protéger la société contre des personnes qui s'associent en bandes pour participer à des entreprises criminelles et qui, même si elles ne partagent pas l'intention criminelle des participants qui entendent commettre des *crimes plus graves* en dehors du cadre de l'entreprise criminelle, savent que de tels crimes objectivement prévisibles peuvent être commis et ne prennent aucune mesure pour s'y opposer ou pour les empêcher, poursuivant au contraire la mise en œuvre des autres objectifs criminels de l'entreprise¹²³

97. Il ne fait pas de doute que les théories de la responsabilité pénale individuelle en droit international, y compris les modes de participation, se sont significativement développées *après* la création des tribunaux ad hoc. Les co-procureurs ne nient pas la tendance actuelle au sein du droit international coutumier qui s'éloigne des théories fondées sur une distinction subjective entre responsabilité principale et responsabilité secondaire (comme dans le cas de l'entreprise criminelle commune) en faveur d'une approche fondée sur le « contrôle du crime ». Ils ne sont pas non plus sans ignorer que cette tendance – « coqueluche actuelle des universitaires »¹²⁴ – recueille

¹²³ « Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications » (Chambre d'appel du TSSL, affaire n° STL-11-01/1, 16 février 2011, par. 244 et 245.

¹²⁴ Jens David Ohlin, « *Joint intentions to commit international crimes* » (2011) 11(2) *Chicago Journal of International Law* 693, p. 693.

l'assentiment de la CPI¹²⁵ et de spécialistes respectés¹²⁶. Il reste que ces considérations n'ont aucune pertinence en l'espèce : l'entreprise criminelle commune, en ses trois catégories, a été retenue sans équivoque par de multiples chambres au sein des tribunaux internationaux, dont la compétence temporelle est plus proche de la période du Kampuchéa démocratique, tandis que de solides raisons de politique publique internationale en sous-tendent l'application. La Défense voudrait-elle que les chambres s'adonnent à un exercice rétrospectif à la lumière d'une évolution actuelle des théories de la responsabilité pénale internationale ? Ce serait contraire au principe de légalité et à l'intégrité du système de justice pénale internationale.

F. Les mesures demandées ne sont pas contraires au principe de légalité

98. Les co-procureurs notent d'emblée que le strict respect du principe de légalité n'empêche pas une juridiction de préciser et d'interpréter les éléments d'un crime. C'est ce qu'a considéré la Chambre elle-même, conformément à la conclusion suivante de la Chambre d'appel du TPIY :

[L]e principe [*nullum crimen sine lege*] n'empêche pas un tribunal, qu'il soit national ou international, de trancher une question à travers un processus d'interprétation et de clarification des éléments constitutifs d'un crime donné ; il ne l'empêche pas non plus de s'appuyer sur certaines décisions antérieures qui renferment une interprétation du sens à donner à certains éléments d'un crime.¹²⁷

99. Les sections précédentes ont démontré à suffisance que les modifications et requalifications demandées par les co-procureurs concordent avec le droit international coutumier en vigueur pendant la période relevant de compétence temporelle des CETC et que leur mise en œuvre n'enfreindrait pas l'interdiction frappant l'application rétroactive des règles de droit.

100. Bien entendu, le principe de légalité qui s'impose aux CETC veut aussi que le droit prévoyant la poursuite d'un individu pour un crime soit « suffisamment prévisible et qu'à l'époque des faits, la législation pertinente permettant d'engager sa responsabilité pour ce crime lui soit

¹²⁵ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, « Décision sur la confirmation des charges », 2[9] janvier 2007, par. 317 à 367 ; *Le Procureur c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC-01/04-01/07, « Décision relative à la confirmation des charges », 30 septembre 2008, par. 489.

¹²⁶ Cette question a été considérée par le détail dans Héctor Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (2009), en part. ch. 4 et 5.

¹²⁷ *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, « Arrêt », 24 mars 2000, par. 127 ; **E188** Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 34.

suffisamment accessible »¹²⁸. Pour ce qui est de la prévisibilité, l'accusé « doit être capable de savoir si son comportement revêt un caractère criminel au sens où on l'entend généralement, sans faire référence à une disposition particulière »¹²⁹.

101. Pour ce qui est de l'accessibilité, la Chambre préliminaire comme la Chambre de première instance des CETC ont constamment affirmé que des principes juridiques « fondés sur des règles coutumières » seront *ipso facto* « suffisamment accessibles » à l'accusé¹³⁰. Si la Chambre considère que les crimes contre l'humanité ne sont pas soumis à la condition du lien avec un conflit armé, que la qualification la plus appropriée pour les faits pertinents retenus dans la décision de renvoi est celle de viol constitutif de crime contre l'humanité et que la façon la plus appropriée de décrire le mode de participation des accusés à certains crimes est l'entreprise criminelle commune III, ces crimes et ce mode de participation, tous reconnus au regard du droit international coutumier à l'époque des faits, auront été « suffisamment accessibles » aux accusés.

102. En ce qui concerne la prévisibilité, bien que le respect du principe *nullum crimen sine lege* soit inscrit dans la loi cambodgienne¹³¹, aucune jurisprudence interne n'est disponible sur la question. La Chambre peut donc se référer aux règles de procédure établies au niveau international¹³².

103. Dans la récente affaire *Jorgić c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme (la « CEDH ») s'est penchée sur l'étendue de la protection légale garantie par le principe *nullum crimen sine lege* consacré à l'article 7 1) de Convention européenne des droits de l'homme, et ce, dans le contexte particulier de la législation allemande, laquelle retient une interprétation de l'intention spécifique constitutive du crime de génocide plus large que celle que reconnaît le droit international général¹³³. Pour considérer la condition de prévisibilité posée par le principe de légalité, la CEDH a retenu les normes internationales selon lesquelles « la substance de l'infraction » (qui peut également relever du droit non écrit) doit être « raisonnablement

¹²⁸ **E188** Jugement *Duch*, *supra* note 21, par. 28 et 29 ; **D427/2/15** Décision relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Tirth, *supra* note 23, par. 106.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Loi relative aux CETC, art. 33 (nouveau) ; Constitution du Royaume du Cambodge, art. 31 1).

¹³² Accord relatif aux CETC, art. 12 ; Loi relative aux CETC, art. 33 (nouveau).

¹³³ *Jorgić c. Allemagne*, requête n° 74613/01, 12 juillet 2007.

prévisible » par l'accusé qui aura « au besoin [...] pris conseil auprès d'un juriste »¹³⁴. Les co-procureurs font valoir que ce critère de prévisibilité, appliqué spécifiquement à un comportement constitutif d'un des principaux crimes internationaux, est tout à fait pertinent pour déterminer, comme doit le faire la Chambre, la juste portée de la condition de prévisibilité posée par le principe de légalité.

104. Ieng Thirith nie que les accusés pouvaient prévoir leur traduction en justice pour viol constitutif de crime contre l'humanité et que la loi leur était accessible pendant la période du Kampuchéa démocratique¹³⁵.

105. Khieu Samphan soutient que comme les actes constitutifs des crimes contre l'humanité étaient prohibés au regard de la législation pénale cambodgienne, il n'était pas prévisible qu'ils pussent être poursuivis sous une autre qualification juridique¹³⁶. Au contraire, le fait que ces actes étaient criminalisés en droit interne aurait dû rendre d'autant plus prévisible la possibilité que leur commission en masse pût engager la responsabilité pénale individuelle.

106. Invoquant la distinction conceptuelle entre la « prohibition » du viol en droit international coutumier et sa « criminalisation » en tant que « crime contre l'humanité énuméré » [traductions non officielles], Ieng Sary avance qu'il ne pouvait ni accéder au droit pertinent, ni le prévoir pendant la période du Kampuchéa démocratique¹³⁷. Les co-procureurs se permettent toutefois de faire observer que cette distinction est employée à mauvais escient dans ce cas. Les co-procureurs ne disconviennent pas qu'au regard du principe de légalité, le comportement poursuivi doit être interdit par le droit international en ce qu'il *engage la responsabilité pénale individuelle directe ou du supérieur hiérarchique*. Un comportement pour lequel seule serait encourue la responsabilité de l'État, par exemple, ne répondrait pas aux conditions du principe de légalité s'agissant de poursuites pénales. Cela étant, tous les aspects de la pratique énoncés ci-dessus concernent sans conteste l'application au viol constitutif de crime contre l'humanité de la responsabilité pénale individuelle directe ou du responsable hiérarchique.

¹³⁴ Ibid., par. 100, 101 et 110.

¹³⁵ E99/2 Réponse de Ieng Thirith relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**, par. 26 et 27.

¹³⁶ E95/3 Réponse de Khieu Samphan relative au conflit armé, *supra* note 10, par. 24 (se référant à E46 « Exceptions préliminaires portant sur la compétence », 14 février 2011, par. 16).

¹³⁷ E99/4 Réponse de Ieng Sary relative au viol constitutif de crime contre l'humanité, *supra* note 9, par. 19.

107. Les accusés faisaient partie des hauts dirigeants du régime du Kampuchéa démocratique et avaient accès à tout l'appareil de l'État, y compris aux conseils de juristes si besoin, aux ressources diplomatiques et aux moyens de communication internationaux¹³⁸. Tous sont instruits et ont fait des études supérieures¹³⁹. Tous étaient informés de la condamnation à l'échelle internationale des actions du gouvernement du Kampuchéa démocratique, et ce, par les nombreuses représentations d'États et d'organisations non gouvernementales soumises à l'ONU en 1978, à l'attention de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Selon une communication du Gouvernement du Royaume-Uni, « il apparaît à l'évidence, d'après les indications obtenues, que les dispositions les plus fondamentales de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont fait l'objet d'une violation flagrante » et « les dirigeants kampuchéens [...] n'ont même pas essayé de repousser les nombreuses accusations précises portées contre eux »¹⁴⁰. Les communications ainsi reçues ne portaient pas sur un état de belligérance ou des crimes de guerre, mais sur les mauvais traitements généralisés et systématiques infligés à la population civile par le gouvernement du Kampuchéa démocratique. Répondant à ces communications à titre officiel, Ieng Sary s'est empressé de qualifier de « crimes incommensurables » le meurtre en masse de Cambodgiens et la destruction du territoire cambodgien qu'il imputait à de tierces parties¹⁴¹.

108. Étant donné la notoriété publique des procès contre de hauts responsables de l'État devant les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et celle des procès menés sous l'empire de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, les co-procureurs font valoir en toute déférence qu'une personne dans la position de chacun des accusés, ayant au besoin pris conseil auprès d'un juriste, aurait raisonnablement pu prévoir :

- a) Qu'elle pourrait être jugée pour crimes contre l'humanité sans égard à l'existence d'un état de belligérance ;

¹³⁸ **D427** « Ordonnance de clôture », 15 septembre 2010, ERN 00624132-00624921 (l'« Ordonnance de clôture »), par. 876, 890 et 894 (Nuon Chea) ; par. 1137 et 1152 (Khieu Samphan) ; par. 1090 à 1093 et 1122 à 1125 (Ieng Sary) ; par. 1222 et 1223, ainsi que 1226 (Ieng Thirith).

¹³⁹ Ibid., par. 1597 (Nuon Chea) ; par. 1587 et 1588 (Ieng Sary) ; par. 1599 (Khieu Samphan) ; 1606 (Ieng Thirith).

¹⁴⁰ **D366/7.1.11** « Communication reçue du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne... », ERN 00622427-00622446.

¹⁴¹ **D366/7.1.821** Télégramme du Ministre des affaires étrangères daté du 16 septembre 1978, ERN 00235738.

- b) Que les actes constitutifs de viol retenus dans l'Ordonnance de clôture et commis dans le cadre de la politique de mariages forcés du PCK¹⁴² constituaient la substance de l'infraction de viol constitutif de crime contre l'humanité, c'est-à-dire du viol commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ;
- c) Que sa responsabilité pénale serait engagée du fait de sa participation à un projet commun ou à une entreprise criminelle commune consistant à commettre le génocide, des crimes contre l'humanité et des violations graves, et qu'elle s'étendrait aux crimes qui ne faisaient pas partie du projet commun originel, mais en étaient une conséquence naturelle et prévisible.

V. MERSURES DEMANDÉES

109. Vu ce qui précède, les co-procureurs font valoir que la Chambre a le pouvoir de faire droit aux Demandes et qu'il n'en résultera pas de violation du principe de légalité. Ils demandent par conséquent à la Chambre :

- a) De déclarer les Demandes recevables ;
- b) De les accueillir au fond.

Respectueusement soumis,

Date	Nom	Lieu	Signature
11 août 2011	CHEA Leang Co-Procureur	Phnom Penh	(Signé)

¹⁴² **D427** Ordonnance de clôture, *supra* note 138, en part., par. 216 à 220 et 842 à 861.

	Andrew CAYLEY Co-procureur		(Signé)
--	-------------------------------	--	---------