

**DEVANT LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE DES
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-CETC/BCJI(CP 35) **Partie déposante :** l'équipe de défense de IENG Sary

Déposé devant : la Chambre préliminaire **Langue :** français, original en anglais

Date du document : 18 mars 2010

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

Classement retenu par la Chambre : Public

Statut du classement :

Révision du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**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**

Déposée par :

Les co-avocats

Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS

Destinataires :

La Chambre préliminaire

M. le Juge PRAK Kimsan
M. le Juge NEY Thol
M. le Juge HUOT Vuthy
Mme la Juge Catherine MARCHI-UHEL
M. le Juge Rowan DOWNING

Les co-procureurs

Mme CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Toutes les équipes de défense

M. IENG Sary, agissant par l'intermédiaire de ses co-avocats (la « Défense »), dépose par la présente sa réplique¹ (la « réplique de IENG Sary ») à la réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par IENG Sary, IENG Thirith et KHIEU Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune (la « réponse des co-procureurs »²). La présente réplique évoquera les questions évoquées dans la réponse des co-procureurs selon l'ordre suivi par eux. Pour l'essentiel, la Défense estime que les co-procureurs n'ont fourni dans leur réponse ni raisonnement convaincant ni fondement juridique pertinent pour étayer leurs affirmations, à savoir que les co-juges d'instruction n'ont pas rendu une ordonnance en application de la règle 55 10), que l'appel est irrecevable en application de la règle 55 10) ou des règles 74 3) a) ou b), et que l'entreprise criminelle commune est une forme de responsabilité trouvant application devant les CETC.

I. INTRODUCTION

1. Les paragraphes 1 à 3 de la réponse des co-procureurs se bornent à introduire les arguments présentés dans la suite de la réponse. Nous ne les traiterons donc pas séparément.

II. OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES

2. Le paragraphe 4 se borne à introduire les arguments présentés dans la section relative aux objections préliminaires. Nous les abordons ci-dessous l'un après l'autre.

L'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune est une ordonnance et est donc susceptible d'appel

3. Au paragraphe 5 de leur réponse, les co-procureurs affirment que seules les ordonnances sont susceptibles d'appel. La Défense convient que les ordonnances sont susceptibles d'appel. Les co-juges d'instruction ont rendu une ordonnance, d'où l'appel. Les co-juges d'instruction ont estimé que la requête de IENG Sary par laquelle il s'opposait à ce que la responsabilité découlant de la participation à une *entreprise criminelle commune*

¹ Voir dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 35), décision sur l'opportunité de trancher les appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction relative à la théorie de l'entreprise criminelle commune sur la seule base des observations écrites des parties et instructions relatives au dépôt de répliques, 9 mars 2010, D97/14/11, ERN : 00484151-00484155. Voir également dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC/OClJ (PTC 35), *IENG Sary's Appeal against the OClJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise*, ERN (anglais) : 00429213-00429253, D97/14/5, 22 janvier 2010 (l'« appel de IENG Sary »).

² Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 35, 38 et 39), Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par IENG Sary, IENG Thirith et KHIEU Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune, 19 février 2010, D97/14/10, ERN : 00463937-00463971.

puisse être retenue aux CETC (la « requête de la Défense »³) était une requête puisqu'ils y font référence en l'appelant « la requête »⁴. Par ailleurs, ils ont examiné la requête de la Défense à la lumière de la règle 55 10) du Règlement intérieur des CETC (le « règlement »⁵), règle qui traite uniquement des requêtes. Lorsque les co-juges d'instruction sont saisis d'une requête, la règle 55 10) leur permet de rendre une décision ou d'accomplir des actes d'instruction⁶. D'ailleurs, selon les co-juges d'instruction, « [d]ès lors que les parties peuvent présenter des demandes à leur discrétion, les co-juges d'instruction disposent d'un pouvoir d'appréciation équivalent pour décider de la forme de réponse à y apporter »⁷. Or, dans l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, ils ont décidé que la réponse prendrait la forme d'une ordonnance, et celle-ci est intitulée *Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune »*⁸.

4. Au paragraphe 6 [de leur réponse], les co-procureurs affirment que ladite ordonnance n'est « manifestement pas une “ordonnance” » mais bien une « déclaration ». Ils ne présentent ni raisonnement convaincant ni fondement juridique expliquant pourquoi – malgré le titre de l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune et le fait que les co-juges d'instruction aient examiné la requête au titre de la règle 55 10) – ils considèrent que cette ordonnance est une « déclaration » et non une ordonnance correctement rendue (même si elle n'est pas rationnelle et qu'elle est mal fondée). La Défense admet qu'elle a, dans sa requête, demandé aux co-juges d'instruction de déclarer que l'entreprise criminelle commune n'était pas une forme de responsabilité applicable devant les CETC⁹, mais il va de soi que ce qu'elle demandait, c'était une prise de position en droit revêtant, conformément au Règlement, la forme d'une ordonnance. Et c'est bien ce que les co-juges d'instruction ont fait : en rendant ladite ordonnance, ils ont réalisé une analyse juridique, prenant en considération les arguments et conclusions exposés par les parties. S'ils avaient souhaité publier une

³ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI, requête de IENG Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune puisse être retenue devant les CETC, 28 juillet 2008, D97, ERN : 00273830-00273852

⁴ Dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI, Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009, D97/13, ERN : 00411057-00411067, p. 2 (« l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune »).

⁵ *Ibid.*, par. 8.

⁶ La règle 55 10) est ainsi libellée en partie : « À tout moment durant l'instruction, les co-procureurs, la personne mise en examen, ou la partie civile peuvent demandeur aux co-juges d'instruction de rendre une décision ou d'accomplir les actes d'instruction qu'ils estiment utiles [...] ». (non souligné dans l'original)

⁷ Ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, par. 9.

⁸ *Ibid.*, titre (non souligné dans l'original).

⁹ Requête de la Défense, dernier alinéa de la dernière page.

« déclaration » – en admettant que les règles applicables et la jurisprudence le permettent – ils n’auraient pas manqué de le faire en toute clarté et sans la moindre équivoque. Leur ordonnance aurait été intitulée déclaration concernant l’entreprise criminelle commune et son contenu aurait, vraisemblablement, permis à tout le moins de comprendre que les co-juges d’instruction entendaient publier une déclaration.

L’ordonnance concernant l’entreprise criminelle commune est une question de compétence des CETC et est donc susceptible d’appel

5. Au paragraphe 7 de leur réponse, les co-procureurs affirment que même si l’ordonnance en question devait être considérée comme une ordonnance, elle ne serait pas susceptible d’appel au sens de la règle 74 3) a). Cette affirmation est illogique et sans fondement. En effet, selon la règle 74 3) a), la personne mise en examen peut faire appel des ordonnances des co-juges d’instruction reconnaissant la compétence des CETC. Cette compétence est balisée par la Loi relative aux CETC qui, conformément à l’Accord [entre l’ONU et le gouvernement royal cambodgien], définit leur compétence¹⁰. La responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune ne figurant pas dans la Loi relative aux CETC, elle ne peut donc, pour ce qui est de la compétence, trouver à s’appliquer devant les CETC. Les co-procureurs admettent, il est vrai, que s’opposer à ce qu’on retienne la responsabilité découlant de l’entreprise criminelle commune, c’est soulever une « exception d’incompétence »¹¹. La Défense était donc bien en droit de faire appel, en application de la règle 74 3) a), de la conclusion des co-juges d’instruction affirmant que les CETC étaient compétentes pour appliquer à des crimes internationaux la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune.

6. Au paragraphe 8 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l’ordonnance en question se bornait à « énoncer une norme » et qu’il n’était pas question pour les co-juges d’instruction de rien faire concernant l’entreprise criminelle commune. La Défense considère, comme elle l’a toujours affirmé dans toutes ses conclusions relatives à l’entreprise criminelle commune, qu’en tant que forme de responsabilité, l’entreprise criminelle commune n’est pas une « norme existante » dans le système juridique cambodgien ou aux CETC et qu’elle ne trouve donc pas à s’appliquer. À quoi elle ajoute que les co-juges d’instruction ont commis

¹⁰ Accord, art. 2.1.

¹¹ Réponse des co-procureurs, par. 18 ; dossier *KAING Guek Eav*, alias « Duch », 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP 02), Appel interjeté par les co-procureurs contre l’ordonnance de renvoi rendue le 8 août 2008 dans le dossier *KAING Guek Eav*, alias « Duch », 8 août 2008, D99/3/3, ERN : 00221998-00222027.

une erreur en concluant dans leur ordonnance querellée que cette forme de responsabilité était applicable. Certes, on peut s'interroger (puisque les co-juges d'instruction doivent encore rendre leur ordonnance de clôture) sur le genre d'action qu'ils entreprendront à propos de l'application de l'entreprise criminelle commune, mais la Défense affirme que rien ne doit être entrepris tant que cette question de compétence n'aura pas été réglée. En effet, si la forme de responsabilité dite entreprise criminelle commune ne trouve pas à s'appliquer, cela ne manquera pas de retentir sur la façon dont les co-juges d'instruction vont analyser et synthétiser les éléments qu'ils ont recueillis, traiter les demandes d'actes d'instruction et, surtout, tirer leurs conclusions factuelles et juridiques définitives.

7. Au paragraphe 9 de leur réponse, les co-procureurs tentent de limiter la définition de la compétence au sens de la règle 74 3) a). La question de la compétence, loin de se limiter à la situation de M. IENG Sary¹², s'étend également au droit applicable, en ce compris les formes de responsabilité, aux CETC. Cette vue est appuyée par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), qui s'est exprimée comme suit dans l'affaire *Tadić* : « [TRADUCTION] La compétence est le pouvoir d'une juridiction de statuer sur un litige ; elle présuppose l'existence d'un tribunal dûment constitué, maîtrisant le sujet et ayant autorité sur les parties »¹³. Les objections au sujet de l'entreprise criminelle formulées devant les tribunaux ad hoc constituent des exceptions d'incompétence¹⁴. Les co-procureurs ne donnent aucune raison convaincante pour expliquer pourquoi une objection relative à cette notion ne constituerait pas une exception d'incompétence devant les CETC également.

L'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune est susceptible d'appel au titre de la règle 74 3) b)

8. Aux paragraphes 10 à 13 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la requête de la Défense n'est pas une demande d'actes d'instruction au sens de la règle 55 5) [sic] et qu'elle n'ouvre dès lors pas droit à un appel au titre de la règle 74 3) b). L'entreprise criminelle commune est une forme de responsabilité invoquée dans le réquisitoire

¹² Ibid., par. 9 : « [...] la Chambre [avait] statué sur un appel formé par IENG Sary en application de la règle 74 3) a) contre une ordonnance de détention rendue par les co-juges d'instruction, l'appelant ayant excipé du fait que la condamnation et l'amnistie royale dont il avait déjà fait l'objet s'opposaient à toutes poursuites engagées à son encontre devant les CETC ». [Cité, comme exemple, par les co-procureurs]

¹³ *Le Procureur c. Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory on Jurisdiction Appela, 2 octobre 1995, par. 10, paraphrasant BLACK'S LAW DICTIONARY, 712 (6^e éd. 1990).

¹⁴ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Tadić*, IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999, par. 190 (« L'arrêt *Tadić* ») ; *Le Procureur c. Stakić*, IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 62.

introductif¹⁵. Ayant examiné la requête de la Défense au titre de la règle 55 10)¹⁶, les co-juges d'instruction ont, par leur ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, effectivement conclu que le règlement de cette question de compétence était « utile » à la conduite de l'instruction¹⁷. Le fait de déterminer si la notion d'entreprise criminelle commune est applicable ou non devant les CETC ne laisse pas d'influer sur la conduite de l'instruction dans son ensemble et, ensuite, sur toute demande d'actes d'instruction. On comprend donc sans peine pourquoi les co-juges d'instruction décideraient d'examiner (de leur propre gré, au besoin)¹⁸ la requête de la Défense comme étant une demande d'actes d'instruction. L'appel est donc recevable au titre de la règle 74 3) b).

L'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune est susceptible d'appel directement au titre de la règle 55 10)

9. Au paragraphe 12 de leur réponse, les co-procureurs invoquent des décisions contenant des « principes » que la Chambre préliminaire applique pour statuer sur la recevabilité d'un appel. Un de ces prétendus principes est qu'un appel interjeté au titre de la règle 55 10) n'existe pas dans l'absolu, de façon autonome¹⁹. La Chambre préliminaire n'a pas donné de raisons assez spécifiques justifiant un tel principe²⁰. La règle 55 10) dispose qu'une ordonnance « est susceptible d'appel ». Dans le dossier *Duch*, la Chambre préliminaire, estimant que les co-juges d'instruction n'avaient pas présenté les faits reprochés de façon suffisamment définie²¹ a ensuite arrêté ses propres conclusions. Mais cette même Chambre préliminaire ne suit pas son propre raisonnement et n'expose pas avec la précision requise pourquoi un appel interjeté au titre de la règle 55 10) n'existe pas de façon autonome. La Défense n'a dès lors d'autre choix que de tirer ses propres conclusions et de s'en tenir au sens littéral de la règle 55 10). De leur côté, les co-procureurs n'expliquent pas pourquoi cet appel ne saurait être recevable au titre de la règle 55 10). En s'en tenant au sens littéral de la

¹⁵ Voir communiqué de presse, Déclaration des co-procureurs, 18 juillet 2007.

¹⁶ Ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, par. 8.

¹⁷ Règle 55 10).

¹⁸ La règle 55 5) d) est ainsi libellée en partie : « [...] [les co-juges d'instruction] peuvent [p]rendre toute décision qui pourrait s'avérer nécessaire pour l'instruction [...] »

¹⁹ Voir dossier *IENG Thirith*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 26), Décision quant à la recevabilité de l'appel interjeté contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'utilisation des éléments obtenus ou susceptibles d'avoir été obtenus sous la torture, 18 décembre 2009, D130/9/21, ERN : 00416839-00416848 (« décision de la Chambre préliminaire sur la recevabilité de l'appel concernant la torture »), par. 19.

²⁰ Id.

²¹ Voir dossier *KAING Guek Eav*, alias « *Duch* », 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP 02), Décision relative à l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'ordonnance de renvoi rendue dans le dossier *KAING Guek Eav*, alias « *Duch* », 5 décembre 2008, D99/3/42, ERN : 00270362-00270417, par. 56 à 58.

règle 55 10) – ce qui, pour la Défense, s'impose – l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune est susceptible d'appel directement en application de la règle 55 10).

L'ordonnance viole le droit de M. IENG Sary à un procès équitable et est donc susceptible d'appel

10. Au paragraphe 14 de leur réponse, les co-procureurs affirment, à raison, que la Chambre préliminaire doit examiner si la règle 74 3) doit être interprétée de façon plus large « au regard des garanties “d'équité et de célérité” inscrites à la règle 21 du Règlement »²². Par ailleurs, la Chambre préliminaire devrait interpréter la règle 55 10) à la lumière de la règle 21, puisqu'elle protège le droit de M. IENG Sary, tout comme celui des autres personnes mises en examen, à un procès équitable. La Chambre préliminaire doit donc user de ses larges pouvoirs discrétionnaires et déclarer l'appel recevable, puisque l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune viole le droit de M. IENG Sary à un procès équitable.

11. Aux paragraphes 15 et 17 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la Chambre préliminaire ne portera pas vraiment atteinte au droit des personnes mises en examen à un procès équitable si elle déclare l'appel irrecevable, aucune des personnes mises en examen n'ayant à ce jour été accusée par imputation de l'entreprise criminelle commune²³. Cet argument repose sur l'idée fallacieuse que la notion d'entreprise criminelle commune peut être invoquée aux CETC, et cette idée débouche sur une conclusion erronée, même si le raisonnement des co-procureurs peut revêtir l'apparence attrayante de la solidité. Ce type de sophisme, appelé pétition de principe, a été bien décrit par Aristote en ces termes : « [TRADUCTION] Il est évident que certains raisonnements sont valides, alors que d'autres, qui semblent l'être, ne le sont pas. Il en va des arguments, comme de bien d'autres choses, dans lesquels il est malaisé de départager l'authenticité et le simulacre »²⁴. Par le biais de l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, les co-juges d'instruction laissent la porte ouverte à l'application d'une forme de responsabilité qui échappe à la compétence des CETC. On voit se profiler la possibilité d'une décision de renvoi fondée sur une forme de responsabilité qui échappe à la compétence des CETC. Les co-procureurs n'ont pas fait mystère de leur intention d'appliquer la responsabilité découlant de la participation à une

²² Réponse des co-procureurs, par. 14 ; décision de la Chambre préliminaire sur la recevabilité de l'appel concernant la torture, par. 25.

²³ Réponse des co-procureurs, par. 15.

²⁴ Aristote, *De Sophisticis Elenchis*, consultable à l'adresse <http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=AriSoph.xml&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=1&division=div2>.

entreprise criminelle commune aux personnes mises en examen dans le cadre du dossier 002²⁵. L'appel ne pose donc pas une question de droit « théorique » comme l'affirment les co-procureurs²⁶, mais il trouve au contraire une application pratique. Dans le scénario du pire, une personne mise en examen serait renvoyée devant la juridiction de jugement sur la seule base de la responsabilité découlant de sa participation à une entreprise criminelle commune. Si l'appel devait être déclaré irrecevable et que les co-juges d'instruction invoqueraient l'entreprise criminelle commune – lors même qu'il s'agit d'une forme de responsabilité inacceptable – il serait véritablement porté atteinte au droit de M. IENG Sary à un procès équitable.

12. Aux paragraphes 16 et 17 de leur réponse, les co-procureurs affirment que le droit des appelants à un procès équitable ne sera pas violé puisqu'ils « seront fondés à soulever une exception d'incompétence devant la Chambre de première instance. » Peut-être la Chambre de première instance a-t-elle le « pouvoir de modifier la qualification juridique des crimes », mais il reste qu'arrivé à ce stade de la procédure, M. IENG Sary aura été bel et bien privé de la possibilité de bénéficier de la protection et de l'assistance auxquelles il a droit actuellement. Ceci vise tout particulièrement (et s'oppose à « théoriquement » le droit de M. IENG Sary) de disposer « du temps [...] nécessair[e] à la préparation de sa défense », consacré par l'article 14.3. b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, intégré explicitement dans l'article 13 de l'Accord²⁷. Puisqu'au procès proprement dit, les co-juges d'instruction ne seront plus saisis du dossier²⁸ et que la Défense a été avertie qu'il lui était interdit de mener ses propres investigations²⁹, cela emportera une conséquence pratique (et non pas théorique) pour M. IENG Sary : il ne disposera pas des facilités nécessaires³⁰ pour préparer pleinement sa défense face aux allégations faites dans la décision de renvoi. Par ailleurs, si la Chambre préliminaire ne statue pas sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle

²⁵ Le paragraphe 94 de la réponse des co-procureurs se lit, en partie, comme suit : « [...] le rejet de l'entreprise criminelle commune reviendrait à écarter une forme de responsabilité apte à rendre compte précisément du comportement des appelants dans le contexte des atrocités de masse commises par les Khmers rouges [*sic*] [...] »

²⁶ Réponse, par. 15.

²⁷ Accord, art. 13.1. Il est libellé en partie comme suit : « Les droits de l'accusé consacrés aux articles 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 sont respectés pendant toute la durée du procès [...] »

²⁸ Voir la règle 67.

²⁹ Voir dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Ordonnance portant avertissement en application de la règle 38, 25 février 2010, D367, ERN : 00479416-00479422, par. 9.

³⁰ Selon l'article 14.3.b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, toute personne a le droit de disposer « du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense [...] ». (non souligné dans l'original).

commune devant les CETC, la portée des chefs d'accusation demeurera incertaine jusqu'au jugement dans le dossier 002, ce qui porterait atteinte au droit de M. IENG Sary à un procès équitable, puisqu'il devrait attendre la fin du procès pour enfin savoir réellement la portée des charges retenues contre lui.

Le rejet de l'appel ne va pas dans le sens de l'économie judiciaire

13. Au paragraphe 18 de leur réponse, les co-procureurs affirment que si la Chambre préliminaire se saisit de l'appel et qu'ensuite la Chambre de première instance statue sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune, on risque de se trouver devant « une double décision – voire [...] deux décisions contradictoires ». Cela laisse penser qu'aux yeux des co-procureurs il existe des incertitudes en ce qui touche la notion d'entreprise criminelle commune. Or ils ont beaucoup contribué à cette incertitude en soulevant la question de l'entreprise criminelle commune devant la Chambre de première instance dans le dossier *Duch*³¹ après qu'elle eut été tranchée par la Chambre préliminaire³². Par ailleurs, la possibilité de voir surgir un conflit entre des décisions rendues respectivement par la Chambre préliminaire et par la Chambre de première instance est un trait inhérent au système juridique des CETC et ne devrait pas être considérée comme un obstacle empêchant la Chambre préliminaire de se saisir de l'appel. Suivre ce raisonnement, ce serait non seulement contraire aux dispositions du Règlement, mais cela supprimerait aussi une grande partie de la charge de travail de la Chambre préliminaire et rendrait celle-ci superflue. La Chambre préliminaire peut contribuer à réduire cette incertitude tout en favorisant l'économie judiciaire et en statuant au fond sur l'appel.

14. Au paragraphe 19 de leur réponse, les co-procureurs affirment que dans le dossier *Duch* la Chambre de première instance est saisie d'une contestation pratiquement identique et que, dans un souci de cohérence jurisprudentielle, la Chambre préliminaire devrait rejeter les appels. Or laisser à la Chambre de première instance dans le dossier *Duch* le soin de statuer sur la contestation empêcherait M. IENG Sary de contester l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC. La Chambre de première instance n'entendrait pas une formulation exhaustive des représentations concernant l'applicabilité de l'entreprise

³¹ Dossier *KAING Guek Eav*, alias « *Duch* », 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP 02), Transcription, 29 juillet 2009, E1/39.1, ERN : 00345656-00345765, p. 8 et 9.

³² Dossier *KAING Guek Eav*, alias « *Duch* », 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP 02), Décision relative à l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'ordonnance de renvoi rendue dans le dossier *KAING Guek Eav*, alias « *Duch* », 5 décembre 2008, D99/3/42, ERN : 00249846-00249887, par. 142.

criminelle commune, compte tenu du caractère restreint de la Défense dans le dossier *Duch*. La décision de la Chambre de première instance sur cette exception d'incompétence pourrait être attendue avant que l'ordonnance de clôture soit rendue dans le dossier 002, mais rien ne garantit que ce sera le cas. Laisser la décision sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune à un stade aussi tardif sans être assuré que cette décision sera prise, c'est non seulement porter atteinte au droit de M. IENG Sary à un procès équitable, mais c'est en outre aller à l'encontre de l'économie judiciaire.

15. Les co-procureurs affirment aux paragraphes 19 et 21 de leur réponse que le meilleur moment pour se prononcer sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune se situe après le renvoi de M. IENG Sary devant la juridiction de jugement. Or il n'est pas prudent, du point de vue de l'économie judiciaire, de repousser la décision sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC jusqu'à ce stade de la procédure. En effet 1) M. IENG Sary pourrait bien ne pas être renvoyé devant la juridiction de jugement, donc devant la Chambre de première instance, si l'on estimait que la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune était inapplicable devant les CETC, 2) ce serait aller à l'encontre de l'économie judiciaire de fonder, en tout ou en partie, la décision de renvoi sur l'entreprise criminelle commune pour découvrir par la suite avec la Chambre de première instance que cette forme de responsabilité n'est pas applicable devant les CETC. Aucune disposition du Règlement ne prévoit que la Chambre préliminaire doive abandonner des questions dont elle peut connaître à la Chambre de première instance. En laissant à celle-ci le soin de statuer sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune, la Chambre préliminaire ne remplirait pas ses fonctions « dûment et rapidement » comme elle y est tenue par l'article 5 3) du Code d'éthique judiciaire des CETC³³.

16. Au paragraphe 20 de leur réponse, les co-procureurs n'excluent pas que l'entreprise criminelle commune ne puisse pas être retenue à l'encontre de M. IENG Sary, ce qui laisse subsister la possibilité qu'elle le soit. Comme l'entreprise criminelle commune ne trouve pas à s'appliquer devant les CETC, cette possibilité signifie que les CETC agissent en dehors de leur compétence. Cela ne peut aller dans le sens de l'économie judiciaire, puisque toute

³³ Code d'éthique judiciaire des CETC, 5 septembre 2008. L'article 5 3) est ainsi libellé en partie : « Les juges s'acquittent dûment et rapidement de toutes les fonctions judiciaires. »

application d'une loi inapplicable sera annulée par une chambre d'appel, ce qui ne fera que prolonger la procédure.

17. Au paragraphe 22 de leur réponse, les co-procureurs affirment que « l'application de l'entreprise criminelle commune est fonction des faits ». Ceci laisse penser que les co-procureurs ne saisissent pas bien la complexité de la situation que la Chambre préliminaire doit examiner. La question posée aux co-juges d'instruction, et aujourd'hui à la Chambre préliminaire, concerne l'applicabilité même de l'entreprise criminelle commune devant les CETC. Ce n'est qu'une fois cette question résolue que les faits entreront en ligne de compte, et non l'inverse. Dès lors, l'économique judiciaire recommande que la Chambre préliminaire déclare l'appel recevable.

III. CONCLUSIONS RELATIVES À LA PROCÉDURE

18. Cette partie de la réponse des co-procureurs aborde la nécessité d'une réponse unique et soutient la thèse de l'inutilité d'une audience et l'incorporation de conclusions antérieures. Cette partie n'appelle pas de réplique.

IV. ARGUMENTATION

A. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE N'EST PAS UNE NOTION QUI FERAIT PARTIE DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER DEPUIS NUREMBERG

19. Au paragraphe 32 de leur réponse, les co-procureurs ne citent aucune référence pour étayer leur affirmation qu'un « grand nombre de statuts, d'affaires et de déclarations faisant autorité, [...] au niveau international comme au niveau national » confirment que la notion d'entreprise criminelle commune existe bel et bien depuis Nuremberg. Pareillement ils ne font état d'aucune source pour étayer l'affirmation que cela prouve qu'il existe une pratique des États et une *opinio juris* généralisées établissant une règle de droit international coutumier en la matière. La Défense a déjà démontré en long et en large qu'une telle pratique des États ou l'*opinio juris* généralisées n'existaient pas³⁴.

20. Au paragraphe 33 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la responsabilité découlant de la participation à un plan concerté existe « sous une forme ou une autre dans les législations ou jurisprudences de nombreux pays de *common law* ou de droit romano-germanique, et ce, depuis le dix-neuvième siècle au moins ». De nouveau, aucune source

³⁴ Voir, par exemple, appel de IENG Sary, Annexe A, Sect. II, D, 1.

n'est citée à l'appui de cette affirmation. Même si cette affirmation était exacte, une responsabilité découlant de la participation à un plan concerté « sous une forme ou une autre » n'équivaut pas à une entreprise criminelle commune au sens défini dans l'arrêt *Tadić*. Les co-procureurs affirment que nombre de systèmes juridiques « avancés » reconnaissent des modes de « coaction » similaires à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Cela ne prouve pas que la notion d'entreprise criminelle commune existe en droit international coutumier. La « coaction » diffère sensiblement de l'entreprise criminelle commune³⁵. Les co-procureurs n'expliquent pas pourquoi les CETC ne devraient pas appliquer la « coaction », alors qu'elle existe en droit cambodgien (inspiré par le système français et calqué sur lui) et que les co-procureurs admettent qu'elle existe dans nombre de systèmes juridiques « avancés ». Deux chambres préliminaires de la Cour pénale internationale (CPI) se sont récemment penchées sur la distinction existant entre la « coaction » aux termes du Statut de la CPI et l'entreprise criminelle commune, et ont conclu que ces notions ne pouvaient être assimilées l'une à l'autre³⁶. M. Schomburg, qui a siégé à la Chambre d'appel du TPIY/TPIR, s'exprime en ces termes : « [TRADUCTION] La notion d'entreprise criminelle commune ... n'est qu'une des interprétations possibles de la "commission"... Dans divers systèmes juridiques, cependant, la "commission" est interprétée différemment. Depuis Nuremberg et Tokyo, le droit pénal national et international accepte, en particulier, la « coaction » et la perpétration indirecte (perpétration à l'aide de moyens) comme une forme de "commission" »³⁷.

³⁵ La Défense a exposé à plusieurs reprises la différence existant entre la coaction et l'entreprise criminelle commune. « [TRADUCTION] La notion cambodgienne de coaction, définie à l'article 82 du Code pénal de 1956, diffère matériellement de l'entreprise criminelle commune, pour les trois raisons suivantes :

Premièrement, la coaction nécessite la présence de chaque coauteur sur les lieux de l'infraction ; pour que la responsabilité soit imputable, chaque coauteur doit avoir accompli personnellement les actes matériels constitutifs de l'infraction. En revanche, il a été jugé que la présence d'un membre d'une entreprise criminelle commune n'était pas requise pour que la responsabilité pénale d'un accusé puisse être imputée à ce titre.

Deuxièmement, la coaction nécessitant que chaque coauteur ait accompli personnellement les actes matériels constitutifs de l'infraction, les coauteurs ne peuvent faire appel à d'autres personnes qui ne sont pas des coauteurs pour commettre physiquement l'infraction. En revanche, il a été jugé que la responsabilité d'un accusé pouvait être retenue pour des crimes commis par des auteurs principaux ou physiques extérieurs à l'entreprise criminelle commune, si les membres de celle-ci avaient fait appel à eux.

Troisièmement, l'entreprise criminelle commune établit une distinction dans le plan concerté entre l'objectif et les moyens envisagés pour atteindre cet objectif. La notion de coaction, en revanche, n'opère pas cette distinction. » Ibid., annexe A, par. 20 (citations internes omises).

³⁶ Voir appel de IENG Sary, par. 49 à 58, et les citations qui l'accompagnent.

³⁷ *Le Procureur c. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Appeal, Judgement, Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide, 7 juillet 2006, par. 16.

21. Au paragraphe 34 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'on a assisté à un « moment grotien » [un basculement vers Grotius] en matière d'entreprise criminelle commune suite aux jugements rendus par les tribunaux de l'après-Deuxième Guerre mondiale. Même si le droit international coutumier émerge d'un tel « moment », il ne peut le faire que dans des circonstances limitées. Indépendamment de la façon dont le droit international coutumier émerge, l'exigence qu'il soit conforme à la pratique des États et à l'*opinio juris* est fondamentale³⁸. Autrement dit, à propos de doctrines de droit international coutumier émergeant avec une rapidité et une acceptation inhabituelles³⁹, les « moments grotiens » se limitent en pratique, à des règles de droit qui ne peuvent être mises en œuvre que par un nombre restreint d'États. Par exemple, une pratique étatique et une *opinio juris* concernant le droit spatial ne peuvent être le fait que des seuls États ayant accès à l'espace. Pendant la guerre froide, c'était le cas uniquement des États-Unis et de l'URSS. Une règle de droit international coutumier accessible uniquement, par définition, à deux États peut se former bien plus rapidement et être plus facilement acceptée⁴⁰. En droit pénal international, tous les États peuvent avoir leur pratique et exprimer leur *opinio juris* en faveur du développement de la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune. Dès lors, en reprenant l'argument tiré du « moment grotien », il est beaucoup plus difficile de développer une pratique étatique et une *opinio juris* uniformes dans un domaine du droit où tous les États⁴¹ ont leur mot à dire quant au développement et à l'acceptation de la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune, ainsi qu'à propos des éléments de cette forme de responsabilité. Comme cela appert de l'appel de IENG Sary, la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune n'est ni acceptée, ni définie uniformément par tous les États, voire par la plupart d'entre eux. L'entreprise criminelle commune ne peut donc avoir été le fruit d'un « moment grotien ».

22. Au paragraphe 35 de leur réponse, les co-procureurs affirment que « [l]a Commission du droit international des Nations Unies a reconnu que le Statut de Nuremberg, la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié et les procès pour crimes de guerre de l'après-Deuxième Guerre

³⁸ « [TRADUCTION] Le droit coutumier est à l'origine une pratique coutumière qui en vient à constituer une règle contraignante lorsque ceux qui la suivent commencent à la considérer comme obligatoire à leur égard. » George P. Fletcher et Jens David Ohlin, *Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case*, 3 J. INT'L CRIM. JUST. 539 et 556 (2005). On notera que « [TRADUCTION] il est notoirement difficile d'obtenir un consensus suffisant pour valider une règle comme relevant du droit international coutumier ». Id.

³⁹ Réponse des co-procureurs, par. 34.

⁴⁰ Voir MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 75-76 (Cambridge University Press 2003).

⁴¹ À l'heure actuelle, 192 États Membres ont adhéré à La Charte des Nations Unies.

mondiale (dont 10 sont cités dans l'arrêt *Tadić*) ont donné naissance à tout le paradigme international de la responsabilité pénale ». Le rapport de la Commission du droit international (CDI) invoqué date de 1996, soit bien après la période correspondant à la compétence *ratione temporis* des CETC. En outre, ce rapport ne claironnait pas que ces documents et ces procès avaient « donné naissance à tout le paradigme international de la responsabilité pénale. » Il affirmait que « [TRADUCTION] le principe de la responsabilité individuelle pour des crimes de droit international avait été incontestablement établi à Nuremberg »⁴². Cette affirmation ne vient pas étayer celle des co-procureurs selon laquelle la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune a été incontestablement établie à Nuremberg. Par ailleurs, parler de l'entreprise criminelle commune (en visant la troisième catégorie) comme d'une forme de responsabilité pénale *individuelle* dépasse quelque peu le cadre de la sémantique juridique, étant donné les éléments collectifs qui constituent cette forme de responsabilité⁴³. Les co-procureurs écrivent ensuite que l'Assemblée générale des Nations Unies (l'« assemblée générale ») a affirmé à l'unanimité les principes énoncés dans le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Selon eux, une telle confirmation par l'Assemblée générale a consacré « l'incorporation au droit international coutumier des règles de fond et de la théorie de la responsabilité pénale individuelle (y compris la responsabilité au titre d'un « plan concerté ») [laquelle...] se trouvait ainsi incorporée au droit international coutumier au même titre que d'autres concepts fondamentaux de la responsabilité pénale [...] ». Les résolutions de l'Assemblée générale n'ont ni le pouvoir ni l'autorité d'« incorporer » des concepts au droit international coutumier. La Défense a déjà montré que les principes de Nuremberg ne comprenaient pas la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune⁴⁴. La responsabilité au titre d'un plan concerté a été reconnue uniquement au regard des crimes contre la paix⁴⁵. Dès lors, même si les résolutions de

⁴² *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session*, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10, p. 19.

⁴³ Voir Elies van Sliedregt, *Criminal Responsibility in International Law, Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage*, 14 EUR. J. CRIME, CRIM. L. & CRIM. JUST. 81-82 (2006).

⁴⁴ Voir appel de IENG Sary, annexe A, sect. II, D, 1, c.

⁴⁵ Une lecture attentive des sept principes énumérés dans le rapport de la CDI fait apparaître que la responsabilité au titre d'un plan concerté n'était envisagée qu'au regard des crimes contre la paix. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session*, (5 juin - 29 juillet 1950), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316). Dans leur partie pertinente, les principes affirment ce qui suit :

Principe 6 : Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international :

a. Crimes contre la paix :

i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux ;
ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

b. Crimes de guerre :

l'Assemblée générale avaient le pouvoir ou l'autorité de créer des règles de droit international coutumier, cela n'aurait pas été le cas pour la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune.

23. Au paragraphe 36 de leur réponse, les co-procureurs citent une déclaration faite en 1993 par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et affirment qu'elle correspondait à la réalité en 1975, « puisque le droit international humanitaire n'a[vait] connu aucune évolution majeure entre 1975 et 1993, année de l'établissement du TPIY ». Le Secrétaire général avait affirmé que le Statut du TPIY avait été conçu pour n'appliquer que « des règles du droit international humanitaire qui [faisaient] partie sans aucun doute possible du droit coutumier »⁴⁶. Or, ledit Statut ne fait nulle part mention de l'entreprise criminelle commune, laquelle y a été aperçue ultérieurement par la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadić*. En outre, la question qui se pose n'est pas de savoir si le droit international humanitaire a connu ou non de grandes évolutions, mais bien de savoir s'il existait une pratique étatique généralisée et constante en 1975. Les co-procureurs citent un commentateur selon lequel « les origines de la théorie de l'entreprise criminelle commune remontent aux événements qui ont entouré la fin de la Seconde Guerre mondiale »⁴⁷. Ce commentateur n'a pas affirmé que la théorie en question s'était cristallisée dans le droit international coutumier à cette époque.

24. Au paragraphe 37 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'entreprise criminelle commune trouve son origine dans le Statut de Nuremberg et réalise la fusion de la

Les violations des lois et coutumes de la guerre qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

c. Crimes contre l'humanité :

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes.

Principe 7 : La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe 6, est un crime de droit international.

Il est évident que la mention « participer à un plan concerté » (Principe 6) a trait uniquement aux crimes contre la paix, cette mention n'apparaissant que sous ce sous-alinéa et non dans les sous-alinéas suivants, qui ont trait aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. Le Principe 7 traite de la « complicité » en matière de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Les expressions « responsabilité au titre d'un plan concerté » et « complicité » ne sont et ne peuvent être utilisées de façon interchangeable. Le simple fait que les principes 6 et 7 emploient deux expressions différentes montre que la responsabilité au titre d'un plan concerté et la complicité ne traduisent pas le même concept : ces expressions ne sont pas interchangeables.

⁴⁶ Cité dans la réponse des co-procureurs, par. 36.

⁴⁷ Réponse des co-procureurs, par. 36, citant Ciara Damgaard, *The Joint Criminal Enterprise Doctrine : A "Monster Theory of Liability" or a Legitimate and Satisfactory Tool in the Prosecution of the Perpetrators of Core International Crimes?*, dans INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CORE INTERNATIONAL CRIMES 129, 132 et 235 (Springer, 2008) (« Damgaard ») (non souligné dans l'original).

common law et du droit romano-germanique. Ils n'expliquent pas pourquoi les CETC, qui, contrairement aux tribunaux ad hoc ne procèdent pas d'un panachage de la *common law* et des traditions de droit romano-germanique, devraient appliquer un tel concept hybride. Les CETC s'inscrivent dans un système juridique de droit romano-germanique. Les co-procureurs affirment que cette fusion de la *common law* et du droit romano-germanique résulte d'une « synthèse entre différentes juridictions » et est le fruit de l'approche adoptée par les puissances occupantes pour l'établissement du Statut de Nuremberg. La Défense, elle, ne peut suivre ceux qui soutiennent qu'une approche claire et cohérente aurait été adoptée à Nuremberg. Les verdicts de l'après-Seconde Guerre mondiale étaient des plus brefs et leur motivation était sommaire, ce qui a contraint la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadić* à déduire du raisonnement du Procureur la forme de responsabilité finalement retenue pour déclarer les accusés coupables⁴⁸. Toute tentative de combiner des approches différentes ne peut que renforcer la position de la Défense refusant qu'il pût exister une pratique étatique généralisée et constante en matière de responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune, car cette forme de responsabilité, à supposer qu'elle ait jamais été appliquée, ne l'a pas été de façon constante dans les différents pays. Il s'agit d'une forme nouvelle qui a été créée par les juges dans l'arrêt *Tadić*.

25. Au paragraphe 38 de leur réponse, les co-procureurs affirment que « [l]e tribunal de Nuremberg et la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont adopté leur propre version de la notion de “plan concerté”, faisant ainsi évolué [*sic*] celui-ci vers ce qu'il sera convenu d'appeler “entreprise criminelle commune” ». Lorsqu'on dit que ces tribunaux n'appliquaient pas des principes établis, la Défense est d'accord avec cette affirmation. Il est, en revanche, inexact que ces tribunaux de l'après-Seconde Guerre mondiale ont développé et appliqué un concept cohérent, pour les raisons exposées au paragraphe précédent. Les co-procureurs poursuivent en disant que le tribunal de Nuremberg a déclaré que ses conclusions étaient conformes à des principes juridiques bien établis. Pourtant, ce n'est pas parce que le Tribunal a fait cette déclaration qu'elle est exacte⁴⁹. Les jugements rendus par les tribunaux de l'après-Seconde

⁴⁸ Voir Appel, par. 45-46.

⁴⁹ « [Traduction] Les règles appliquées lors de ce procès n'étaient pas, contrairement à ce que l'on suppose généralement, des règles de droit international... L'on n'a pas tenté de comprendre vraiment en profondeur ce qui était défendable au regard du droit international. Bien entendu, le Statut visait uniquement à permettre la poursuite et la condamnation de certains accusés. Par exemple, prenons la question d'adopter la notion américaine de *conspiracy* (complot), à savoir un plan ou un dessein concerté tendant à commettre des actes criminels. Les participants continentaux à la conférence hésitaient beaucoup à introduire ce concept, qu'ils ne connaissaient pas, dans les règles de la Charte de Londres ». Otto Kranzbuhler, *Nuremberg Eighteen Years*

Guerre mondiale ont été critiqués pour une motivation insuffisante de leurs jugements, comme indiqué plus haut et dans l'appel de IENG Sary⁵⁰. Par ailleurs, le paragraphe précédent démontre la fausseté de cette affirmation. Il y est question de créer un avatar de la proposition américaine pour inclure la notion de complot dans le Statut du tribunal de Nuremberg. Il s'agissait bel et bien d'une création et non pas d'un principe juridique bien établi. La Chambre d'appel n'aurait pas été contrainte de se fonder principalement dans l'arrêt *Tadić* sur d'obscures affaires non publiées si ces tribunaux avaient appliqué des principes juridiques bien établis⁵¹.

26. Au paragraphe 39 de leur réponse, les co-procureurs affirment, citant le jugement rendu dans l'affaire *Kupreškić*, que la jurisprudence des tribunaux de l'après-Seconde Guerre mondiale est considérée comme faisant autorité pour ce qui est d'interpréter le Statut et le jugement de Nuremberg et de refléter le droit international coutumier. Or, et c'est là une première considération, il ne suffit pas de citer un jugement rendu par une chambre de première instance du TPIY pour pouvoir affirmer de manière générale que la jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale est considérée comme faisant autorité. Une seconde considération, plus importante encore, et que cette citation donne une image faussée du jugement *Kupreškić*. En réalité, la Chambre de première instance en question s'est prononcée comme suit :

Clairement, en l'espèce, des décisions judiciaires antérieures peuvent convaincre la Chambre qu'elle a pris la bonne décision, mais la seule force obligatoire du précédent ne saurait la contraindre à conclure en ce sens.

...

Incontestablement, il convient d'attacher une grande importance aux décisions de juridictions pénales internationales telles les tribunaux internationaux de Nuremberg ou de Tokyo, ou des juridictions nationales agissant en application et en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle. Ce texte législatif adopté en 1945 par les quatre Puissances occupantes reflète en effet le consensus international entre les grandes puissances concernant le droit applicable aux crimes internationaux et la compétence des juridictions appelées à connaître de ceux-ci.

...

En somme, les juridictions pénales internationales comme le Tribunal international doivent toujours évaluer avec précaution les décisions d'autres juridictions avant de conclure que leur interprétation du droit en vigueur fait autorité⁵².

Afterwards, dans GUÉNAËL METTRAUX (ED.), PERSPECTIVES ON THE NUREMBERG TRIAL 436 (Oxford University Press, 2008).

⁵⁰ Voir appel de IENG Sary, par. 44 et 45.

⁵¹ Ibid., par. 40, y compris les notes de bas de page pertinentes.

⁵² *Le Procureur c. Kupreškić*, IT-95-16-T, jugement, 14 janvier 2000, par. 540 et 542 (non souligné dans l'original).

On ajoutera que, la Défense a déjà appelé l'attention sur les points faibles des jugements de l'après-Seconde Guerre mondiale⁵³. On ne peut considérer ces textes comme faisant autorité, eu égard à la faiblesse de leur argumentation juridique et au fait qu'ils sont réputés exprimer la justice du vainqueur⁵⁴.

27. Au paragraphe 40 de leur réponse, les co-procureurs affirment qu'« [une analyse de plusieurs affaires relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle conforte la conclusion selon laquelle ces tribunaux ont eu recours, en 1946 et 1947, à la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune [»]. Or, à supposer que l'on puisse affirmer, sans risque de se tromper, que l'on a eu recours dans ces affaires à la notion de responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune, cela à lui seul ne suffirait pas à démontrer l'existence d'une pratique étatique généralisée et constante. En outre, selon un commentateur, les affaires jugées en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle « [TRADUCTION] ne peuvent être considérées comme faisant partie du droit international, puisque cette loi a été adoptée par un organe qui avait l'autorité d'imposer des lois à l'Allemagne (le Conseil de contrôle allié). Aussi, les jugements rendus en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ne constituent-ils pas un précédent international valable et les “principes participatifs de la responsabilité pénale” énoncés lors de ces procès “n’ont aucune

⁵³ Voir, par exemple, appel de IENG Sary, par. 38 à 40.

⁵⁴ Voir RICHARD H. MINEAR, VICTOR'S JUSTICE : THE TOKYO WAR CRIMES TRIAL 16 (1971). « [Traduction] Là où le droit international se révélait peu clair ou insatisfaisant, par exemple, concernant la responsabilité individuelle pour des actes d'État, les Quatre Grands s'appliquèrent à codifier le droit international de façon à criminaliser les actes allemands et japonais et à en demander compte aux dirigeants ennemis à titre individuel ». Voir également Mirjan Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, 49 AM. J. COMP. L. 455, 486-87 (2001). « [Traduction] Point n'est besoin de se plonger dans l'étude des décisions rendues par les tribunaux militaires de l'après-Seconde Guerre mondiale pour comprendre qu'elles ne constituent pas la source la plus évidente à laquelle on pourrait s'attendre de voir les démiurges du droit international moderne venir puiser leur inspiration. Le fait que ces tribunaux avaient à juger des individus peu ragoûtants, accusés de crimes horribles, aveugler au point d'oublier combien les normes juridiques qu'ils ont créées (en particulier, en Extrême-Orient) laissaient à désirer par rapport à la façon dont nous appréhendons le droit pénal et ses aspirations humanitaires. Comme l'a fait remarquer il y a longtemps un chercheur international bien connu, ces normes étaient fréquemment de celles qu'un “juriste souhaite oublier à tout jamais et le plus tôt possible”. Elles se caractérisent généralement, et c'est ce qui doit retenir notre attention, par une sévérité sans bornes que l'on peut à raison considérer comme la principale cause de l'aggravation de la culpabilité liée à la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique ». Voir également Curt Hessler, *Command Responsibility for War Crimes*, 82 Yale L.J. 1274, 1275 (1972-1973). « [Traduction] La plupart des “décisions” étaient des tentatives d'une instance de jugement de mobiliser toutes les justifications juridiques et morales et toutes les preuves possibles pour son verdict ».

valeur ultérieure en droit pénal international” »⁵⁵. Les co-procureurs notent que dans l’arrêt *Tadić* la Chambre d’appel s’est fondée en partie sur 10 affaires de l’après-Seconde Guerre mondiale et disent avoir relevé 16 autres affaires de l’après-Seconde Guerre mondiale dans lesquelles on a appliqué la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Que les co-procureurs aient identifié d’autres affaires que la Chambre d’appel dans l’arrêt *Tadić* n’avait pu trouver, cela montre à quel point il était difficile d’identifier la forme de responsabilité imputée dans de nombreux procès de l’après-Seconde Guerre mondiale, vu le laconisme des jugements et l’insuffisance de leur motivation en droit. Selon les co-procureurs, ces affaires auraient apporté des éclaircissements sur le sens à donner à la responsabilité encourue à raison d’un plan concerté, que l’on désigne aujourd’hui sous le vocable d’entreprise criminelle commune. On voit mal comment cela pourrait être le cas, lorsqu’on sait que les milliers de poursuites nationales engagées en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle se fondaient sur de nombreuses formes de responsabilité et pas uniquement sur la théorie du dessein commun⁵⁶, qui diffère elle-même de la notion de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune telle qu’elle est appliquée par les tribunaux ad hoc. Les co-procureurs citent un extrait d’un rapport de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre⁵⁷ et affirment que, « dans la ligne de cette explication », la décision *Ojdanić* concernant l’entreprise criminelle commune⁵⁸ a conclu que ces expressions (responsabilité découlant d’un dessein commun) et (responsabilité découlant de l’entreprise criminelle commune) désignaient la même réalité. L’explication tirée de la citation extraite du rapport de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre expose simplement la différence existant entre le complot et le fait d’agir pour réaliser un plan concerté. Elle ne mentionne pas la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, qu’elle assimile encore moins à la responsabilité découlant de la volonté de réaliser un but commun. Certes, la Décision *Ojdanić* concernant l’entreprise criminelle commune affirme que ces expressions sont interchangeables, mais cela ne signifie

⁵⁵ Attila Bogdan, *Individual Criminal Responsibility in the Execution of a “Joint Criminal Enterprise” in the Jurisprudence of the Ad Hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia*, 6 INT’L CRIM. L. REV. 63, 100 (2006).

⁵⁶ Voir M. CHERIF BASSIOUNI, *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 530-35 (2nd ed. Kluwer Law International, 1999).

⁵⁷ Voici la citation présentée en traduction par les co-procureurs : « [...] le parquet a la tâche supplémentaire de prouver l’existence d’un but commun, [et] cela étant fait, il peut se fonder sur la règle qui, dans de nombreux systèmes juridiques, veut que ceux qui poursuivent le but commun de commettre une infraction, laquelle sera perpétrée par l’un d’entre eux, seront pleinement responsable [sic] de sa commission au regard du droit pénal ».

⁵⁸ *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, IT-99-37-AR72, arrêt [décision] relatif [relative] à l’exception préjudiciable d’incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić’s – Entreprise criminelle commune, 21 mai 2003. (« La décision *Ojdanić* concernant l’entreprise criminelle commune).

absolument pas que le « plan concerté », défini dans les principes de Nuremberg (et applicable uniquement aux crimes contre la paix) puisse être assimilé à la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, telle qu'elle est appliquée par les tribunaux ad hoc.

28. Au paragraphe 41 de leur réponse, les co-procureurs admettent qu'il existe « peu de cas d'application de l'entreprise criminelle commune » dans les jurisprudences nationales. Selon eux, les décisions rendues par le tribunal de district de Jérusalem et la Cour suprême israélienne « ont toutefois montré qu'à partir de 1961, les juridictions internes reconnaiss[ai]ent l'entreprise criminelle commune issue des lois et de la jurisprudence de l'immédiat après-Seconde Guerre mondiale ». Reste que ces décisions, si elles peuvent montrer que deux juridictions nationales ont reconnu à l'époque l'existence d'une forme de responsabilité collective, ne constituent certainement pas la preuve d'une quelconque reconnaissance répandue de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune.

29. Au paragraphe 42 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'intention requise pour imputer la responsabilité d'un génocide sur la base de l'entreprise criminelle commune est une intention spéciale. La Défense convient que si l'entreprise criminelle commune est appliquée, chacun des participants à celle-ci doit présenter le niveau d'intention requis par l'infraction sous-jacente. Aussi, un mis en examen / un accusé ne peut-il être condamné pour génocide au titre de sa participation à une entreprise criminelle commune s'il n'avait pas l'intention spéciale de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel. Cela exclurait la responsabilité d'un génocide découlant de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Lorsque le crime de génocide a été commis en dehors du plan concerté, l'application de cette troisième catégorie engage la responsabilité d'un participant à ce plan pour autant que ce crime extérieur fût une conséquence naturelle et prévisible de la réalisation du but commun⁵⁹. L'élément moral (mens rea) se situe à un niveau bien inférieur par rapport à l'intention génocide spéciale requise. Les co-procureurs abordent également les jugements *Eichmann* dans ce même paragraphe. Ils induisent en erreur en citant la Cour suprême israélienne, selon laquelle « [TRADUCTION] si 58 nations souscrivent unanimement à une déclaration du droit existant,

⁵⁹ *Le Procureur c. Vasiljević*, IT-98-32-A, arrêt, 25 février 2004, par. 99.

ont [*sic*] peut convenir qu'une telle confirmation apporte la preuve convaincante de l'existence des normes visées, et que l'assentiment d'une grande majorité d'entre elles serait d'une grande valeur pour déterminer en quoi consiste le droit existant. » L'on pourrait croire qu'il est question ici de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, mais ce n'est pas le cas. En l'occurrence, on examinait la compétence de connaître des crimes contre l'humanité et on a rejeté la défense tirée de l'obéissance à l'ordre d'un supérieur hiérarchique.

30. Au paragraphe 43 de leur réponse, les co-procureurs concluent en affirmant que l'entreprise criminelle commune existait en droit international coutumier avant la période 1975-1979. La Défense s'oppose à cette conclusion, pour toutes les raisons évoquées plus haut et dans son appel⁶⁰. Pour ne donner qu'un exemple évoqué dans l'appel, si l'entreprise criminelle commune était incontestablement établie dans le droit international coutumier dès 1975 - 1979, pourquoi les auteurs du Statut de la CPI ont-ils décidé de ne pas l'y inclure ?

B. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE N'EST PAS APPLICABLE DEVANT LES CETC

31. Au paragraphe 44 de leur réponse, les co-procureurs ne font qu'introduire cette partie de leur réponse. La Défense refuse toutefois de les suivre lorsqu'ils affirment que M. IENG Sary avait été suffisamment informé que sa participation à une entreprise criminelle commune, telle qu'elle lui était reprochée dans le réquisitoire introductif, engagerait sa responsabilité pour les actes commis dans le cadre de cette entreprise et que cette forme de responsabilité était explicitement ou implicitement prévue par les documents des CETC.

Durant la période allant de 1975 à 1979, l'entreprise criminelle commune ne relevait pas d'une norme accessible et n'était pas une forme de responsabilité prévisible

32. Au paragraphe 45 de leur réponse, les co-procureurs se contentent de demander à la Chambre préliminaire de rejeter l'argument de la Défense selon lequel la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune n'était pas applicable au Cambodge pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC et que son application violerait donc le principe de légalité. La Défense, elle, demande à la Chambre préliminaire de retenir son point de vue, qui s'appuie sur des auteurs reconnus et sur un raisonnement juridique solide.

⁶⁰ Voir appel de IENG Sary, par. 36 à 65.

33. Au paragraphe 46 de leur réponse, les co-procureurs affirment, à juste titre, que la Loi relative aux CETC intègre l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel n'est cependant pas la seule source dont il faut tenir compte. Comme nous l'avons montré dans l'appel⁶¹, l'interdiction de l'application rétroactive d'une loi, édictée par le Code pénal de 1956, s'applique, ce qui signifie que l'entreprise criminelle commune doit avoir été érigée en crime par le droit national à l'époque considérée.

34. Au paragraphe 47 de leur réponse, les co-procureurs font de nouveau état uniquement du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ils affirment qu'il faut établir 1) que l'entreprise criminelle commune était prévue par le droit cambodgien ou existait en droit international coutumier dès 1975 et 2) que les appelants [avaient] été suffisamment informés que leur participation à une entreprise criminelle commune engagerait leur responsabilité pénale à raison des actes commis [au titre de cette participation]. C'est ignorer qu'il ne suffit pas que l'entreprise criminelle commune ait existé dans le droit international coutumier ; encore faut-il qu'elle existât dans le droit cambodgien à l'époque des faits, en application du Code pénal cambodgien de 1956⁶².

35. Au paragraphe 48 de leur réponse, les co-procureurs affirment qu'en vertu du principe de légalité, la responsabilité devrait être suffisamment prévisible et la législation y afférente suffisamment accessible à l'époque des faits. Faisant état de la jurisprudence du TPIY, ils estiment que cela [« n'empêche pas un tribunal d'interpréter et de tirer au clair les éléments constitutifs d'un crime particulier, pas plus que cela ne lui interdit de faire évoluer progressivement le droit [»]. Le principe de légalité requiert que la responsabilité pénale soit suffisamment prévisible et [la législation y afférente] suffisamment accessible. Il reste que, l'affirmation des co-procureurs concernant l'interprétation ou la clarification d'un crime pourrait s'appliquer, à meilleur escient, aux pays de la *common law*⁶³.

36. Au paragraphe 49 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'on peut déterminer qu'un individu a été suffisamment averti que ses actes [pouvaient] engager sa responsabilité pénale en raison de sa participation à une entreprise criminelle commune

⁶¹ Voir appel de IENG Sary, par. 72 et 73.

⁶² Id.

⁶³ Voir Mohamed Shahabuddeen, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of the Law?*, 2 J. INT'L CRIM. JUST. 1007, 1012 (2004).

lorsque deux éléments sont établis. Ils présentent ces deux éléments et citent à l'appui la décision *Ojdanić* concernant l'entreprise criminelle commune⁶⁴. Ces éléments sont : 1) la nature et la gravité des atrocités commises ; 2) l'existence de décisions de justice, d'instruments internationaux et de textes de loi nationaux reconnaissant une forme de responsabilité similaire à l'entreprise criminelle commune. Selon la décision *Ojdanić*, un tribunal doit se référer à ces éléments pour statuer sur la prévisibilité. La décision ne les énumère toutefois pas comme des facteurs, ce qui impliquerait l'existence d'un critère spécifique. Elle n'affirme pas davantage qu'il s'agit des seuls éléments, ni que l'on peut déterminer qu'un accusé a été suffisamment averti si ces « éléments » sont établis. Elle s'exprime comme suit : « Dans le cas présent ... une longue série concordante de décisions judiciaires, d'instruments internationaux et de législations nationales ... lui aurait donné raisonnablement à penser qu'une violation de ces principes pouvait mettre en cause sa responsabilité pénale. » La Chambre d'appel n'a pas conclu de manière générale que si ces « éléments » étaient réunis, l'on pouvait considérer que l'avertissement était suffisant. Les co-procureurs affirment également que « l'entreprise criminelle commune était d'un usage répandu dans les systèmes juridiques de [la] *common law* et [du] droit romano-germanique », sans cependant donner de source pour étayer cette affirmation. Par ailleurs, dans la version anglaise de la réponse des co-procureurs, il est question d'une « JCE-type liability », ce qui n'est pas la même chose que la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune. Les co-procureurs n'ont pas démontré que les personnes mises en examen avaient été suffisamment averties du fait que leur responsabilité pourrait être engagée au titre d'une entreprise criminelle commune sur la base de ces deux éléments. Ils ne répondent pas à l'argument de la Défense selon lequel si l'on recourt à un critère objectif dans le cadre de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune pour déterminer si les crimes étaient suffisamment prévisibles, un accusé peut être tenu responsable de crimes que lui-même n'avait pas prévus⁶⁵.

37. Au paragraphe 50 de leur réponse, les co-procureurs déforment l'argument de la Défense concernant le fait que dans l'arrêt *Tadić* la Chambre d'appel s'est fondée sur des jugements non publiés et sur des résumés de verdicts [non] écrits. Or la Défense a invoqué cet argument lorsqu'elle démontrait en quoi la Chambre d'appel avait commis une erreur en

⁶⁴ Décision *Ojdanić* concernant l'entreprise criminelle commune, par. 39 à 42.

⁶⁵ Voir appel de IENG Sary, par. 62 et 77.

concluant dans l'arrêt *Tadić* à l'existence de l'entreprise criminelle commune en droit international coutumier, et non pas lorsque la Défense discutait de l'accessibilité. Il est vrai, cependant, que les personnes mises en examen n'auraient très probablement pas eu connaissance de ces jugements. Par ailleurs, les co-procureurs ont beau affirmer que le rapport de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre de 1949 avait été largement diffusé, il semble extrêmement improbable que les personnes mises en examen aient eu un exemplaire de ce rapport comportant plusieurs volumes, au vu des circonstances de l'époque. Les co-procureurs relèvent, sans adopter directement ce point de vue, un passage du mémoire McGill selon lequel « d'autres juridictions ad hoc ont pour principe de présumer que les exigences de prévisibilité et d'accessibilité sont remplies si le comportement visé est punissable au regard du droit international ». Le mémoire McGill dit ceci : « Les tribunaux ad hoc ont choisi à cet égard de partir du principe que les deux conditions [prévisibilité et accessibilité] étaient remplies si le comportement s'avérait punissable en droit international »⁶⁶. Il affirme qu'il s'agit d'une approche généralisée au TPIY, mais il ne cite qu'une seule source⁶⁷, qui ne semble même pas étayer cette affirmation.

38. Au paragraphe 51 de leur réponse, les co-procureurs affirment, sans motiver leur point de vue, [«] que la question de savoir si l'entreprise criminelle commune était prévue par le droit interne cambodgien au moment des faits n'est pas pertinente, [»]. Ils se contentent de citer le mémoire McGill, sans expliquer en quoi il est pertinent par rapport à cette affirmation. Le paragraphe cité comporte une affirmation similaire, sans l'expliquer ni donner de référence⁶⁸. Les co-procureurs ne tiennent compte d'aucun des arguments invoqués à cet égard dans l'appel⁶⁹. Ils poursuivent en affirmant que le Code pénal cambodgien de 1956

⁶⁶ Dossier *Kaing Guek Eav*, alias « Duch », 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP 02), Mémoire d'*Amicus Curiae* présenté par le Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique, Université de McGill, 27 octobre 2008, D99/3/25, ERN : 00234856-00234883 (le « mémoire McGill »), par. 13.

⁶⁷ La source citée dans le mémoire McGill est *Le Procureur c. Martić*, affaire n° IT-95-11-A, [Appeal] Judgment, *Separate Opinion of Judge Schomburg on the Individual Criminal Responsibility of Milan Martić*, 8 octobre 2008.

⁶⁸ Le paragraphe 13 du mémoire McGill indique simplement ce qui suit : « La deuxième série de questions a trait aux conditions de prévisibilité et d'accessibilité du principe *nullum crimen sine lege*. Comme indiqué plus haut, la condition de prévisibilité est remplie si l'on peut établir qu'un criminel en puissance ait su et ait pu prévoir que son comportement était punissable à l'époque des faits. Les tribunaux ad hoc ont choisi à cet égard de partir du principe que les deux conditions étaient remplies si le comportement s'avérait punissable en droit international. Ce qui revient en substance à une application stricte de la doctrine *ignorantia juris non excusat* ».

⁶⁹ Par exemple, il est dit dans l'appel de IENG Sary que : « [Traduction] les co-juges d'instruction ont commis une erreur en concluant que l'application de la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune ne violerait pas le principe de légalité parce que les éléments de cette forme de responsabilité « étaient prévisibles et accessibles en droit international en 1975 au Cambodge... » Les co-juges d'instruction n'ont pas utilisé le bon critère pour conclure de la sorte. Ils ont conclu qu'il pouvait être satisfait au

« reflète de façon générale les concepts qui sous-tendent l'entreprise criminelle commune ». Et de citer les exemples où l'on retrouve les notions de « coaction », de complicité et de co-auteur. Cependant, ces formes de responsabilité énoncées dans le Code pénal de 1956 diffèrent de l'entreprise criminelle commune, comme la Défense l'a montré à plusieurs reprises dans de précédentes conclusions⁷⁰. Les co-procureurs, selon lesquels ces formes de responsabilité reflètent de façon générale la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, devraient également expliquer pourquoi ils estiment que ces formes de responsabilité ne peuvent être utilisées de façon adéquate aux CETC et pourquoi ils continuent d'insister pour que les CETC appliquent l'entreprise criminelle commune – une forme de responsabilité étrangère à la pratique juridique et à la jurisprudence cambodgiennes.

39. Au paragraphe 52 de leur réponse, les co-procureurs concluent en affirmant que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune était suffisamment prévisible et accessible à l'époque des faits. La Défense s'oppose à cette conclusion, pour toutes les raisons évoquées plus haut et dans l'appel⁷¹.

L'entreprise criminelle commune n'est pas mentionnée à l'article 29 de la Loi relative aux CETC

40. Au paragraphe 53 de leur réponse, les co-procureurs demandent à la Chambre préliminaire de rejeter l'argument de la Défense selon lequel les co-juges d'instruction ont commis une erreur en considérant l'entreprise criminelle comme une forme de « commission ». Elle prie la Chambre d'accepter les arguments exposés dans l'appel de IENG Sary à cet égard⁷². Comme cela ressort de celui-ci, la « commission » revêt des sens

principe de légalité si la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune existait en droit international ; pour ce faire, ils ont invoqué l'article 33 nouveau de la Loi relative aux CETC, qui "définit le principe de légalité en renvoyant à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966". Toutefois, les CETC sont un tribunal national cambodgien, et "il faut faire la distinction entre les exigences du principe de légalité tel qu'il est défini au niveau national. [...] De nombreux systèmes juridiques nationaux – par exemple, la Constitution allemande en son article 103.2 – requièrent le respect d'un principe de légalité plus rigoureux". Cette question s'est posée dans l'affaire *Aussaresses* [...] L'appelant avait soutenu que l'existence d'une règle de droit international coutumier à l'époque de la commission des actes satisfèrait au principe de légalité, mais cet argument a été rejeté. L'article 6 du Code pénal [cambodgien] de 1956 est ainsi libellé : "Le droit pénal n'a pas d'effet rétroactif. Aucune infraction ne peut être sanctionnée par l'application de peines qui n'étaient pas énoncées par la loi avant la commission de l'infraction." Le Code pénal de 1956 requiert donc le respect d'un principe de légalité plus strict : autrement dit, le respect du principe exige que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune se soit trouvée établie en droit cambodgien à la période considérée ». (Citations internes omises)

⁷⁰ Voir, par exemple, appel de IENG Sary, annexe A, sect. II C.

⁷¹ Voir appel de IENG Sary, par. 74 à 79.

⁷² Ibid., par. 66 à 71.

différents selon le système juridique de référence⁷³. Au Cambodge, la « commission » s'entend de la perpétration et de la co-perpétration (coaction)⁷⁴. Par ailleurs, « [TRADUCTION] estimer ... que l'entreprise criminelle commune est analogue à la "commission" d'un crime ... c'est s'opposer au sens ordinaire du mot "commission", entendu comme étant la perpétration physique d'une infraction ou une omission coupable au regard du droit pénal et, dès lors, au principe général que les lois pénales sont de stricte interprétation »⁷⁵.

41. Au paragraphe 54 de leur réponse, les co-procureurs affirment à tort que l'article 29 de la Loi relative aux CETC reflète exactement le texte des statuts des tribunaux ad hoc. En réalité, le libellé est différent. L'article 29 vise tout suspect qui « a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis les crimes [...] », alors que l'article 7.1 du Statut du TPIY dit, en sa partie pertinente « [...] ou de toute autre manière aidé et encouragé [...] ». Cette différence indique que l'article 29 contient une liste exhaustive de formes de responsabilité, contrairement aux statuts des tribunaux ad hoc. Les co-procureurs se trompent aussi en assimilant les CETC à ces tribunaux. Les CETC, comme indiqué en long et en large dans l'appel de IENG Sary⁷⁶, sont un tribunal national cambodgien. Les tribunaux ad hoc ne sont dès lors pas des juridictions sœurs. Contrairement aux tribunaux ad hoc, les CETC s'intègrent dans le système juridique cambodgien existant, qui est modelé sur le système français de droit romano-germanique. Elles ne peuvent donc importer des notions de *common law* ou des concepts juridiques issus de systèmes juridiques mixtes au seul motif que les tribunaux ad hoc l'ont fait. Enfin, les juges des CETC n'ont pas à se préoccuper, contrairement à ce que les co-procureurs laissent entendre, de l'existence d'un ensemble cohérent de règles de droit international humanitaire. C'est bien ce que donnent à entendre les juges de la CPI en rejetant la notion d'entreprise criminelle commune issue de l'arrêt *Tadić*. La seule préoccupation des CETC doit être d'appliquer des règles de droit appropriées

⁷³ « [Traduction] La notion d'entreprise criminelle commune ne figure pas expressément dans le Statut [du TPIY] et il ne s'agit que d'une des interprétations possibles de la "commission" du crime en application des statuts du TPIR et du TPIY. Dans divers systèmes juridiques, cependant, la "commission" est interprétée différemment. Depuis Nuremberg et Tokyo, le droit pénal, tant national qu'international, accepte, en particulier, la co-perpétration et la perpétration indirecte (perpétration à l'aide de moyens) comme une forme de "commission". » *Le Procureur c. Gacumbitsi*, affaire n° TPIR-2001-64-A, Appel, Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide, 7 juillet 2006, par. 16. (non souligné dans l'original) Pour des explications complémentaires de la raison pour laquelle l'entreprise criminelle commune ne relève pas de la notion de « commission » visée à l'article 29 de la Loi relative aux CETC, voir appel de IENG Sary, annexe A, sect. II, B, 2.

⁷⁴ Voir appel de IENG Sary, par. 63 à 66.

⁷⁵ Shane Darcy, *Imputed Criminal Liability and the Goals of International Justice*, 20 LEIDEN J. INT'L L. 377, 384 (2007).

⁷⁶ Voir appel de IENG Sary, par. 7 à 24.

pour cette juridiction et qui peuvent différer du droit appliqué dans des systèmes qui ont adopté une approche issue de la *common law* ou une approche mixte.

42. Au paragraphe 55 de leur réponse, les co-procureurs affirment que les auteurs de la Loi relative aux CETC, qui devaient connaître l'arrêt *Tadić*, auraient pu, si tel avait été leur souhait, expressément exclure la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Cet argument est aussi spéculatif qu'absurde. Il est plus raisonnable de considérer qu'en n'incluant pas expressément la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, les auteurs entendaient l'exclure. Dans le système issu du droit romano-germanique, et, en particulier, dans le système français sur lequel le système des CETC s'est modelé, toutes les formes de responsabilité *doivent* être incluses expressément par écrit pour pouvoir s'appliquer⁷⁷. L'exclusion expresse de l'entreprise criminelle commune dans la Loi relative aux CETC signifie que cette forme de responsabilité ne trouve pas à s'appliquer devant les CETC. En outre, les auteurs de ladite Loi ne pouvaient ignorer que le fait pour la Chambre d'appel de retenir dans l'arrêt *Tadić* une responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, alors que cette notion n'est pas énoncée dans le Statut du TPIY, avait suscité de vives controverses en justice⁷⁸. S'ils avaient voulu inclure dans cette loi la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, alors qu'ils en connaissaient l'histoire (agitée) et éminemment controversée, ils l'auraient certainement fait de manière expresse. Le Tribunal spécial pour le Liban (TSL), autre juridiction dont les documents fondateurs ont été rédigés postérieurement à l'arrêt *Tadić*, a prévu comme telle la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune⁷⁹. Cela n'a rien de surprenant, puisque le juge Cassese, principal créateur de la notion de l'entreprise criminelle commune, est le président du TSL.

⁷⁷ Voir le droit français sur *nullum crimen sine lege scripta*, Crim. 8 Sep. 1809, S 1809-11.1.107. Voir également JOHN BELL ET AL., PRINCIPLES OF FRENCH LAW 204 (Oxford University Press 1998). Cette approche est également suivie en Allemagne. Voir *Streletz, Kessler & Krenz v. Germany* (German Border Guard Case), *Applications Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98*, par. 22. En réalité, c'est également l'approche qu'a adoptée la Chambre préliminaire pour évaluer la portée du droit d'interjeter appel d'ordonnances des co-juges d'instruction tel qu'il est défini dans le Règlement. Voir dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI(CP 08), décision on *IENG Sary's Appeal Against Letter concerning Request for Information concerning Legal Officer David Boyle*, 28 août 2008, par. 17.

⁷⁸ Voir, par exemple, appel de *IENG Sary*, par. 36.

⁷⁹ Tribunal spécial pour le Liban, Statut, art. 3 1) b).

43. Au paragraphe 56 de leur réponse, les co-procureurs citent l'exemple du Statut des Chambres spéciales pour les crimes graves commis au Timor oriental, adopté en 2000, un an [avant] le vote de la Loi relative aux CETC. Ce Statut a retenu la formulation de l'article 25 du Statut de la CPI. Certes, les Chambres spéciales ont adopté une approche différente pour leur Statut de celle retenue par les auteurs de la Loi relative aux CETC. Cependant, ces deux statuts ayant été adoptés à des moments tellement proches, on ne saurait dire, si les auteurs de la Loi relative aux CETC auraient tenu compte du Statut des Chambres spéciales. De plus, le fait que les Chambres spéciales ont suivi l'approche de la CPI, et non celle des tribunaux ad hoc, atteste que l'entreprise criminelle commune n'est pas un principe établi. La CPI, comme indiqué dans l'appel⁸⁰, n'a pas suivi la jurisprudence des tribunaux ad hoc en matière de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune.

44. Au paragraphe 57 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'application de l'entreprise criminelle commune est confortée par l'objet et le but de la Loi relative aux CETC. Cependant, l'article 29 de ladite loi prévoit expressément des formes de responsabilité qui permettraient de conforter cet objet et ce but, sans avoir à importer des concepts juridiques étrangers qui ne sont pas inclus dans la Loi relative aux CETC. Si les auteurs de celle-ci avaient eu un autre avis sur la question, ils auraient prévu expressément la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune.

45. Aux paragraphes 58 et 59 de leur réponse, les co-procureurs présentent des citations qui, selon eux, démontrent que la nature unique des crimes à grande échelle justifie l'application de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Or, ces citations ne démontrent pas la nécessité d'imposer une forme de responsabilité non reconnue par le droit cambodgien ou par le droit international coutumier. La co-perpétration (coaction), qui est reconnue en droit cambodgien, convient à la nature unique des crimes à grande échelle. Comme l'a relevé le juge Schomburg, « [l]a notion de co-perpétration (coaction) répond particulièrement bien aux besoins du droit pénal international. C'est ce constat qui a conduit, lors de la création de la Cour pénale internationale, à inscrire cette notion dans son Statut, à l'article 25.3a) ». La CPI est « la première cour pénale internationale permanente créée par traité pour contribuer à mettre fin à l'impunité des

⁸⁰ Voir appel de IENG Sary, par. 49 à 58.

auteurs des crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale. »⁸¹ Le fait qu'elle n'a pas choisi de recourir à la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune⁸² et a opté pour la co-perpétration (coaction), comme noté plus haut, démontre que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune n'est manifestement pas un outil nécessaire pour traiter de la nature unique des crimes à grande échelle. De plus, comme l'explique le professeur Weigend, « [TRADUCTION] le problème, bien sûr, est de savoir si le souhait (compréhensible) de traduire tous les "auteurs" en justice est une base suffisante pour déterminer qui est un "auteur". Autrement dit, l'entreprise criminelle commune, en utilisant des filets très vastes, pourrait poser des difficultés pour expliquer pourquoi chaque personne prise dans ses filets mérite d'être sanctionnée pour des méfaits internationaux »⁸³.

46. Au paragraphe 60 de leur réponse, les co-procureurs affirment que « la majorité écrasante des tribunaux pénaux internationaux qui se sont penchés sur la question ont appliqué la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune ». Ils n'indiquent aucune source pour étayer cette affirmation. En réalité, la plupart des tribunaux ad hoc ne se sont pas penchés sur la question de l'application de l'entreprise criminelle commune. Ils l'appliquent simplement pour la bonne raison que d'autres chambres l'ont fait avant eux. (Voir l'appel de IENG Sary).

[TRADUCTION] Cette conclusion erronée a été acceptée au TPIY et au TPIR (qui, soit dit en passant, partagent la même Chambre d'appel) sans autre analyse indépendante, malgré de vives critiques, et en dépit du fait que la Chambre d'appel, dans l'arrêt *Tadić*, a tranché la question du statut coutumier de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune sans avoir bénéficié des arguments raisonnés exposés par le Procureur et par la Défense, celle-ci n'ayant pas contesté l'application de cette forme de responsabilité⁸⁴.

Les points de vue de ces tribunaux ne s'imposent pas aux CETC, lesquelles ne sont pas un tribunal pénal international et, contrairement aux tribunaux ad hoc, s'inscrivent dans un système juridique romano-germanique. Les co-procureurs affirment encore, sans citer de source, que « la doctrine est largement en faveur de la théorie » de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Comme la Défense l'a montré dans

⁸¹ Site Internet de la CPI, À propos de la Cour; consultable à l'adresse <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/About+the+Court/>.

⁸² Voir appel de IENG Sary, par. 49 à 58.

⁸³ Thomas Weigend, *Intent, Mistake of Law and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 471, 477 (2008).

⁸⁴ Appel de IENG Sary, par. 37 (citations internes omises).

l'appel – références à l'appui –, de nombreux universitaires critiquent cette théorie. Pour ne donner que deux exemples, le professeur Schabas écrit ceci : « [TRADUCTION] Certes ces deux techniques [l'entreprise criminelle commune et la responsabilité du supérieur hiérarchique] facilitent la condamnation à titre individuel de scélérats qui ont apparemment participé à de graves violations des droits de l'homme, mais elles débouchent sur des condamnations au rabais qui restreignent inévitablement la portée didactique des jugements du tribunal et qui compromettent son héritage historique »⁸⁵. De son côté, Ciara Damgaard affirme que « [TRADUCTION] cette théorie n'est pas sans susciter de graves (préoccupations). On lui reproche, notamment, d'être imprécise, de diluer les normes de preuve, de saper le principe de la responsabilité pénale individuelle au profit de la responsabilité collective et de violer le principe *nullum crimen sine lege* ainsi que le droit de l'accusé à un procès équitable »⁸⁶. Le professeur Ambos se montre, lui aussi, passablement critique envers l'application de l'entreprise criminelle commune⁸⁷. La Défense note que les co-procureurs n'ont ni examiné ni réfuté aucun des arguments pourtant convaincants invoqués par le professeur Ambos contre le statut de norme de droit international coutumier que revêtirait cette forme de responsabilité, alors que ces arguments étaient exposés par le menu dans l'appel⁸⁸. En s'appuyant trop sur le juge Cassese – compte tenu du fait qu'il est à l'origine de la théorie de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune – les co-procureurs sont loin de prouver que la doctrine est largement en faveur de cette théorie.

47. Au paragraphe 61 de leur réponse, les co-procureurs citent le professeur Osiel, selon lequel « [l]a participation à une entreprise correspond mieux [que la responsabilité du supérieur hiérarchique] aux dimensions variables de l'atrocité de masse, lorsque l'influence malveillante se propage à la faveur de réseaux officieux et étendus ». Cette affirmation ne peut passer pour un soutien de la théorie de l'entreprise criminelle commune par le professeur Osiel, dont les co-procureurs admettent qu'il se montre critique à l'égard de cette forme de responsabilité.

⁸⁵ William A. Schabas, *Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 37 NEW ENGLAND L. REV. 1015, 1033-34 (2002-03).

⁸⁶ Ciara Damgaard, p. 129.

⁸⁷ Voir dossier *Kaing Guek Eav « Duch »*, 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP 02), Amicus Curiae concernant le dossier pénal n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02), 27 octobre 2008, D99/3/27, ERN : 00236208-00236243.

⁸⁸ Voir l'appel de IENG Sary, de manière générale.

48. Au paragraphe 62 de leur réponse, les co-procureurs invitent la Chambre préliminaire à conclure que les auteurs de la Loi relative aux CETC entendaient que son article 29 recouvre les trois formes d'entreprise criminelle commune. La Défense s'oppose à cette conclusion, pour toutes les raisons évoquées plus haut et dans l'appel⁸⁹. L'entreprise criminelle commune n'apparaît pas à l'article 29 de ladite loi. Il aurait été simple pour les auteurs d'inclure une disposition expresse relative à cette forme de responsabilité s'ils l'avaient souhaité. Ils ne l'ont pas fait.

Le droit international coutumier n'est pas applicable aux CETC

49. Au paragraphe 63 de leur réponse, les co-procureurs affirment ceci : « [D]ès lors qu'il est établi que [l'entreprise criminelle commune] est prévue par la Loi relative aux CETC, il importe peu qu'elle existe ou non au regard du droit cambodgien ». Cette affirmation ignore les nombreux arguments en sens contraire invoqués dans l'appel⁹⁰. Même si la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune était prévue dans la Loi relative aux CETC, celle-ci ne peut créer une nouvelle norme qui s'appliquera rétroactivement. Cela violerait le principe de légalité, selon lequel le comportement visé doit avoir été punissable en droit cambodgien à l'époque des faits⁹¹. Les co-procureurs poursuivent en ces termes : « Devant une juridiction spéciale internationalisée comme celle-ci, liée par le droit et la coutume internationaux, une forme de responsabilité de droit interne ne saurait être retenue lorsqu'il s'agit de poursuivre les auteurs allégués de crimes internationaux. » Et de citer à l'appui de cette affirmation la décision de la Chambre préliminaire relative à la requête en récusation du juge Ney Thol présentée par la Défense. Or cette décision ne soutient pas cette affirmation. Certes, la Chambre préliminaire a examiné la possibilité que les CETC aient un statut « spécial internationalisé », mais elle n'a certainement pas jugé qu'elles ne pouvaient pas appliquer des formes internes de responsabilité. Les co-procureurs tentent d'isoler les CETC des autres tribunaux cambodgiens. Il est exact que la Chambre de première instance a affirmé dans le dossier 001 que les CETC étaient « internationalisées », mais ceci ne signifie pas qu'elles ne sont pas une juridiction cambodgienne tenue par le droit cambodgien. La Défense a longuement démontré dans l'appel que les CETC étaient une juridiction cambodgienne⁹². Elle a expliqué que

⁸⁹ Id., par. 66 à 71.

⁹⁰ Ibid., par. 25 à 29 et 72 et 73.

⁹¹ Ibid., par. 72 et 73.

⁹² Ibid., par. 7 à 24.

l'histoire de la création des CETC montre bien qu'elles étaient envisagées comme une juridiction cambodgienne. Les co-procureurs relèvent que la Loi relative aux CETC prévoit la possibilité de faire appel à des normes de procédure établies au niveau international. C'est peut être exact, mais cette possibilité n'est pas offerte parce que les CETC ont un quelconque statut spécial international. Si la Loi relative aux CETC prévoit cette possibilité, c'est parce que la Constitution cambodgienne dispose que les tribunaux cambodgiens « reconnaissent et respectent les droits de l'homme tels qu'ils sont définis dans la Charte des Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et dans les traités et conventions relatifs aux droits de l'homme, de la femme et de l'enfant »⁹³.

50. Au paragraphe 64 de leur réponse, les co-procureurs affirment que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre le principe fondamental que rien ne s'oppose à ce que des juridictions internes jugent des crimes internationaux sur la base de formes de responsabilité reconnues en droit international, [...] que ces crimes ou formes de responsabilité soient ou non consacrés par le droit national au moment des faits. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'un principe fondamental et ledit Pacte n'habilite pas les tribunaux nationaux à agir de la sorte. Il s'agit simplement d'une absence d'interdiction. Chaque État doit définir si son droit constitutionnel permet cette approche. Le système dualiste du Cambodge ne permet pas à ses tribunaux d'appliquer directement le droit international coutumier, en l'absence d'une législation nationale d'application⁹⁴.

C. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE TEND À LA CULPABILITÉ PAR ASSOCIATION

51. Au paragraphe 65 de leur réponse, les co-procureurs soutiennent que, selon la Défense, l'entreprise criminelle commune introduit une forme de culpabilité par association. Or la Défense n'a pas assimilé la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune à la culpabilité par association ; elle a montré qu'elle y tendait. Elle a précédemment cité, par exemple, le juge Schomburg, selon lequel « [TRADUCTION] en s'efforçant constamment d'adopter les implications de la notion d'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel suscite de graves préoccupations quant au principe *nullum crimen sine lege*. ... Le basculement actuel de la définition de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune

⁹³ Constitution cambodgienne de 1993, modifiée en 1999, art. 31.

⁹⁴ Voir dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI, requête de IENG Sary par laquelle il s'oppose à ce que le crime de génocide puisse être retenu devant les CETC, 30 octobre 2009, D240, ERN : 00401925-00401940, par. 17 à 20 et 25 à 30.

risque de déboucher sur un système qui imputerait la culpabilité uniquement par association »⁹⁵.

52. Au paragraphe 66 de leur réponse, les co-procureurs distinguent la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune et de responsabilité découlant de l'appartenance à une organisation criminelle, laquelle a été constituée en infraction à Nuremberg. La Défense ne conteste pas cette différence, qui peut cependant, être parfois à peine perceptible. En vertu de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, « [TRADUCTION] un accusé peut, au fond, être reconnu coupable, par exemple, de meurtre, voire de génocide, même s'il n'a jamais eu l'intention requise de commettre de tels crimes et même si ces crimes ont été commis en dehors de l'entreprise criminelle commune et par des personnes qui n'étaient peut-être pas sous son autorité. L'on peut dire que sa culpabilité se fonde sur le principe de la responsabilité collective. Il est puni pour un crime qu'il n'a pas commis personnellement et qu'il n'a jamais eu l'intention requise de commettre ; il est puni pour son association avec les auteurs du crime. C'est là une évolution préoccupante du droit »⁹⁶.

53. Au paragraphe 67 de leur réponse, les co-procureurs affirment que l'entreprise criminelle commune trouve son fondement dans des considérations d'intérêt public. Ils n'expliquent aucunement pourquoi les formes de responsabilité expressément prévues dans la Loi relative aux CETC et le reste de la législation cambodgienne ne répondraient pas tout autant à ces considérations d'intérêt public. Les co-procureurs ont précédemment affirmé qu'à leur avis, les formes de responsabilité définies dans la législation cambodgienne étaient similaires au concept d'entreprise criminelle commune⁹⁷, mais ils n'expliquent pas pourquoi ils considèrent que ces formes sont inadéquates. Ils ne montrent pas pourquoi la politique publique pourrait préférer la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune. La « coaction », comme expliqué plus haut, convient parfaitement à la nature unique des crimes à grande échelle et servira donc les mêmes objectifs d'intérêt public qui justifient, selon les co-procureurs, l'existence de l'entreprise criminelle commune. Par ailleurs, dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel, comme elle l'explique « rejette d'emblée

⁹⁵ *Le Procureur c. Martić*, IT-95-11-A, Judgment, Separate Opinion of Judge Schomburg on the Individual Criminal Responsibility of Milan Martić, 8 octobre 2008, par. 7 (non souligné dans l'original).

⁹⁶ Damgaard, p. 238 (non souligné dans l'original).

⁹⁷ Voir Réponse, par. 51.

l'argument téléologique présenté par l'Accusation selon lequel le Tribunal devrait faire sienne la théorie de l'entreprise criminelle commune car cela lui permettrait « de poursuivre et de punir les dirigeants qui ont pris part à des crimes internationaux, et non pas seulement leurs subordonnés ». Ces considérations générales ne sont pas pertinentes en la matière. »⁹⁸.

54. Au paragraphe 68 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune « dépend d'un plan criminel commun et [...] lui est incidente. Le « crime incident » est une conséquence du plan commun préalable tendant à la commission du crime ou des actes criminels primaires concertés de l'entreprise criminelle commune ». Cette affirmation semble contredire la jurisprudence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL). Selon l'arrêt AFRC « [TRADUCTION] l'objectif d'obtenir et d'exercer le pouvoir et le contrôle politiques sur le territoire de la Sierra Leone n'est peut être pas une infraction aux termes du Statut, mais les actions envisagées pour atteindre cet objectif sont des infractions aux termes du Statut »⁹⁹.

Voici ce que relève un commentateur :

[TRADUCTION] La Chambre d'appel ... n'a pas pris la peine d'expliquer pourquoi elle avait choisi d'adopter une nouvelle formulation, ni comment elle interprétait le mot « envisager » dans ce contexte. ...

L'arrêt *Tadić* indique sans ambages que le plan concerté doit s'étendre (ou équivaloir à) des crimes aux termes du Statut du TPIY, mais l'arrêt AFRC laisse entendre que le plan concerté doit seulement être considéré comme un moyen criminel d'atteindre cet objectif. Cet arrêt peut dès lors ouvrir la voie à des plans concertés qui ne débouchent pas à proprement parler sur la commission de crimes au sens du Statut, mais qui se contentent d'en envisager la possibilité¹⁰⁰.

Il semble que les co-procureurs rejettent cette interprétation de la Chambre d'appel du TSSL. La Défense estime, elle aussi, qu'il ne faut pas suivre devant les CETC l'approche adoptée par le TSSL, tout en relevant que le flou de la notion d'entreprise criminelle commune ne s'en trouve que mis en lumière, tout comme est soulignée la difficulté d'appliquer un concept aussi amorphe. À entendre les co-procureurs, « [l]e criminel secondaire ne partage pas l'intention criminelle du participant qui commet le crime incident, mais sa responsabilité est engagée du fait qu'il pouvait anticiper la commission probable du crime incident et qu'il a sciemment pris le risque qu'elle survienne. Il aurait pu l'empêcher ou s'en dissocier. Il ne l'a

⁹⁸ Voir *Le Procureur c. Brđjanin* IT-99-36-A, arrêt, 3 avril 2007, par. 421 (non souligné dans l'original).

⁹⁹ *Prosecutor v. Brima et al.*, SCSL-04-16-A, [Appeal] Judgement, 22 février 2008, par. 84 (non souligné dans l'original).

¹⁰⁰ Cecily Rose, *Troubled Indictments at the Special Court for Sierra Leone: The Pleading of Joint Criminal Enterprise and Sex-Based Crimes*, 7 J. INT'L CRIM. JUST. 353, 362-63 (2009).

pas fait et sa responsabilité s'en trouve donc engagée ». Cela aussi contredit la jurisprudence du TSSL. Dans l'arrêt RUF, la majorité de la Chambre a fait fi de la distinction entre la *mens rea* requise pour la première catégorie d'entreprise criminelle commune et la *mens rea* applicable à la troisième catégorie, ce qui a abouti à retenir la responsabilité pénale d'un accusé à raison de crimes commis *dans le cadre* du plan concerté, mais que l'accusé n'avait pas l'intention de commettre et qu'il ne pouvait que raisonnablement prévoir. Ce faisant, la majorité élimine effectivement la base même de toute forme d'entreprise criminelle commune (première, deuxième ou troisième catégorie), à savoir l'existence d'un dessein criminel partagé. Indépendamment des intentions, voire de l'assentiment d'un accusé, la décision de la majorité implique qu'un accusé pourrait être tenu responsable pour tous les crimes commis pour réaliser le dessein commun, même s'il n'avait aucunement l'intention de commettre ces crimes, ne disposait d'aucun moyen à cet effet et n'a pas réellement contribué à cette commission¹⁰¹. La Défense ne soutient nullement cet arrêt : elle se borne à en faire état pour montrer que la notion d'entreprise criminelle commune n'est pas aussi établie que ce que les co-procureurs laissent entendre.

55. Au paragraphe 69 de leur réponse, les co-procureurs affirment que les CETC peuvent prendre en compte les divers degrés de culpabilité au moment de déterminer les peines. C'est exact, mais cela ne remédie pas à l'application d'une forme de responsabilité non valable.

56. Au paragraphe 70 de leur réponse, les co-procureurs indiquent que la Défense met en cause l'imprécision du critère de prévisibilité propre à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Ils ne fournissent aucune source à l'appui de leur affirmation que « [l]es juges des juridictions internes et internationales ont pourtant appliqué ce critère avec rigueur et équité à un grand nombre de contextes relevant du droit pénal international ». Les co-procureurs disent encore que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune se fonde sur un « critère objectif » de prévisibilité, comme selon eux, l'aide et l'encouragement. Ceci s'oppose à l'affirmation des co-juges d'instruction en note 40 de bas de page de l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune et à la conclusion de cette ordonnance, dans laquelle les co-juges d'instruction exigent une norme subjective. Ceci démontre une fois de plus que cette norme, loin d'être établie, est imprécise. Le grave problème que pose le recours

¹⁰¹ *Prosecutor v. Sesay et al.*, SCSL-04-15-A, Judgement, 26 octobre 2009, Partially Dissenting and Concurring Opinion of Justice Shireen Avis Fisher, par. 1 à 46.

à un critère objectif est qu'une personne pourrait être condamnée pour des crimes auxquels elle n'a pas consenti et qu'elle n'a même pas prévus¹⁰².

57. Au paragraphe 71 de leur réponse, les co-procureurs affirment que ce qui fait débat, ce n'est pas de savoir si l'entreprise criminelle commune existe en droit international, mais dans quelles conditions elle doit s'appliquer. La Défense rejette la conclusion des co-procureurs que l'entreprise criminelle commune est une notion de droit international coutumier, mais elle convient que la façon dont elle est appliquée, dans les rares tribunaux qui le font, donne lieu à des vives discussions¹⁰³. Les co-procureurs disent que les tribunaux ad hoc ont défini les contours de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune de sorte qu'elle est à présent suffisamment précise. C'est faux. Il reste des zones d'ombre dans la responsabilité découlant d'une entreprise criminelle commune de la troisième catégorie invoquée devant les tribunaux ad hoc, comme la Défense l'a montré plus haut et dans son appel¹⁰⁴. Par ailleurs, à supposer que les contours de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune soient considérés aujourd'hui comme précis, ce n'était pas le cas entre 1975 et 1979 – nouvelle preuve que l'entreprise criminelle commune la définit l'arrêt *Tadić* n'aurait pas pu, à l'époque, être une norme établie de droit international coutumier. Selon les co-procureurs, les critères de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune sont les suivants :

[O]utre qu'elle doit avoir contribué de façon significative à l'exécution du plan criminel, la personne poursuivie doit aussi a) avoir partagé l'intention criminelle ou, pour le moins, b) avoir su qu'un crime était susceptible d'être commis en conséquence de l'exécution du plan criminel et avoir délibérément pris ce risque. Par conséquent, il ne faut pas seulement que le crime ait été une conséquence naturelle et prévisible de la participation requise au plan (ce qui fait intervenir le critère du dol éventuel ou de l'indifférence consciente aux conséquences des actes), il faut aussi que la personne poursuivie ait « délibérément » pris ce risque alors qu'elle était consciente des conséquences prévisibles.

Lorsque les co-procureurs soutiennent que la participation au plan concerté implique un critère objectif et requiert le dol éventuel ou l'indifférence consciente aux conséquences des actes, ils s'écartent de la jurisprudence établie du TPIY, à savoir que l'accusé doit avoir eu l'intention de participer au plan concerté¹⁰⁵. La dernière phrase du paragraphe cité des co-procureurs n'est pas claire. Exiger de l'accusé qu'il « soit conscient » des conséquences

¹⁰² Voir appel de IENG Sary, par. 60 à 63.

¹⁰³ Ibid., par. 36.

¹⁰⁴ Ibid., par. 77.

¹⁰⁵ Voir Arrêt *Tadić*, par. 228.

prévisibles n'est pas cohérent avec l'argument des co-procureurs¹⁰⁶ qu'il faut employer un critère objectif de prévisibilité. Si l'on recourt à une norme objective, il n'est pas nécessaire que l'accusé lui-même ait été conscient des conséquences prévisibles. Cela montre une fois encore que la norme est confuse.

58. Au paragraphe 72 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la Chambre d'appel du TPIY a « voulu éviter que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune ne prenne une ampleur incontrôlée ». La Défense en tombe d'accord, mais elle ne saisit pas le rapport avec la question de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune aux CETC.

D. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE NE S'APPLIQUE NI AUX CRIMES NATIONAUX NI AUX CRIMES INTERNATIONAUX VISÉS PAR LA LOI RELATIVE AUX CETC

59. Au paragraphe 73 de leur réponse, les co-procureurs exposent simplement les points de vue adoptés dans l'appel de KHIEU Samphan et l'appel des parties civiles concernant la déclaration des co-juges d'instruction que l'entreprise criminelle commune s'applique uniquement aux crimes internationaux, du fait d'une théorie faisant état de régimes juridiques autonomes.

60. Au paragraphe 74 de leur réponse, les co-procureurs disent que la conclusion des co-juges d'instruction que l'entreprise criminelle commune ne s'applique pas aux crimes nationaux est incidente et doit être ignorée. Selon eux, la Défense « n'avait pas sollicité des co-juges d'instruction une déclaration sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune [...] devant les tribunaux municipaux cambodgiens ». Ils affirment également que les co-juges d'instruction n'ont pas conclu à l'existence de régimes autonomes au regard de la Loi relative aux CETC et qu'ils ont donc outrepassé les limites de leur mandat en se prononçant sur l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune aux crimes de droit national. La position de la Défense, comme indiqué en long et en large dans l'appel¹⁰⁷, est que les CETC sont un tribunal national cambodgien. La Défense rejette l'idée que des régimes juridiques autonomes trouvent à s'appliquer aux CETC, mais elle estime que ce n'était pas outrepasser le champ de l'instruction que de trancher le point de savoir si l'entreprise

¹⁰⁶ Réponse des co-procureurs, par. 70 et 85.

¹⁰⁷ Voir appel de IENG Sary, par. 7 à 24.

criminelle commune s'appliquait aux crimes nationaux. Savoir si l'entreprise criminelle commune s'applique, comment elle s'applique et dans quelle mesure elle s'applique, est c'est bien là le cœur du problème. La Défense doit disposer de ces informations afin que la notification [des modes de responsabilité] soit suffisante, comme les co-juges d'instruction l'ont expliqué¹⁰⁸. Ce qui explique l'appel.

61. Au paragraphe 75 de leur réponse, les co-procureurs affirment qu'aucune dichotomie imputable à l'existence de régimes juridiques autonomes n'existe aux CETC. La Défense convient que la discussion des co-juges d'instruction sur l'existence de régimes juridiques autonomes est viciée à la base et superflue. Les co-procureurs affirment encore que le point de savoir si les crimes nationaux et internationaux peuvent être soumis à des régimes juridiques autonomes en droit français ou cambodgien, importe peu devant les CETC « qui sont une juridiction *sui generis* dotée d'un ensemble de règles de procédure propres dont ne ressort aucune dichotomie ». La Défense n'est pas d'accord et elle a déjà démontré que les CETC étaient une juridiction cambodgienne¹⁰⁹. Aussi, à supposer que le droit cambodgien ait recours à la notion de régimes juridiques autonomes, les CETC seraient-elles tenues de respecter cette position. Toutefois, comme l'ont expliqué la Défense¹¹⁰ et les parties civiles¹¹¹, ce n'est pas le cas. Par ailleurs, le Règlement ne permet pas aux CETC d'agir en dehors du droit cambodgien. L'objet du Règlement est simplement « de faire la synthèse de la procédure cambodgienne applicable aux procès devant les CETC¹¹²... ». Selon les co-procureurs, la Chambre préliminaire a conclu que le Règlement était le premier instrument auquel il convenait de se référer pour régler un point de procédure sur lequel les règles des CETC ne s'accordaient pas avec le Code de procédure pénale cambodgien. La Défense relève que la Chambre préliminaire a fait cette déclaration après avoir exprimé son avis que ces règles ne s'opposaient pas au Code de procédure pénale cambodgien¹¹³.

62. Au paragraphe 76 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la Loi relative aux CETC est la « *lex specialis* de cette juridiction *sui generis* » et qu'elle ne crée aucune

¹⁰⁸ Voir l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, par. 10.

¹⁰⁹ Voir appel de IENG Sary, par. 7 à 24.

¹¹⁰ Ibid., par. 32 à 35.

¹¹¹ Voir dossier *IENG Sary*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 37), Mémoire en appel de l'ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », 8 janvier 2010, D97/17/1, ERN : 00428308-00428315, par. 11.

¹¹² Règlement, préambule.

¹¹³ Dossier *NUON Chea*, 002/19-09-2007-CETC/BCJI (CP 06), Décision relative à l'appel interjeté par NUON Chea contre l'ordonnance rejetant la requête en nullité, 26 août 2008, D55/I/8, ERN : 00219322-00219333.

dichotomie ou distinction entre les crimes nationaux et internationaux. La Défense estime que les CETC ne peuvent être qualifiées de juridiction *sui generis*. À suivre les co-procureurs, l'article 29 [de la Loi relative aux CETC] ne fait aucune distinction entre les formes de responsabilité qui s'appliqueraient aux crimes nationaux et celles qui s'appliqueraient aux crimes internationaux, et ces formes de responsabilité (y compris l'entreprise criminelle commune, puisqu'ils la considèrent comme une forme de « commission ») doivent s'appliquer de la même façon aux crimes nationaux et internationaux. La Défense convient que cet article n'opère pas de distinction entre les crimes nationaux et internationaux, mais elle refuse de nouveau que l'entreprise criminelle commune puisse être considérée comme une forme de « commission ». Les co-procureurs affirment que l'article 29 doit être interprété « selon les règles conventionnelles d'interprétation des traités ». Cependant, la Loi relative aux CETC n'est pas un traité. C'est un acte législatif interne adopté par le parlement cambodgien et promulgué par le roi du Cambodge. Les co-procureurs affirment que l'objet et le but de l'article 29, et de la Loi relative aux CETC elle-même, est de « permettre le jugement d'une catégorie particulière de personnes à qui sont reprochées des violations graves “des lois internationales humanitaires et des coutumes internationales” ». Selon eux cela signifie que « les formes de responsabilité coutumières, comme l'entreprise criminelle commune, sont forcément visées par l'article 29 [...] ». Or il n'en est rien. En effet, nous avons déjà expliqué à plusieurs reprises ce qui suit :

[TRADUCTION] En premier lieu, la Loi relative aux CETC n'indique pas expressément qu'elle applique le droit international coutumier s'appliquant directement à l'encontre les personnes traduites devant les CETC. En deuxième lieu, l'entreprise criminelle commune est une forme de responsabilité et ne constitue pas un crime international. Il n'est pas possible de violer une forme de responsabilité. Aussi la loi en question n'oblige-t-elle pas les CETC à appliquer des formes de responsabilité trouvant leur fondement dans le droit international coutumier. En troisième lieu, cette loi d'application ne peut incorporer le droit international coutumier que tel qu'il se présentait à l'époque, pour des crimes commis après son entrée en vigueur. La Loi relative aux CETC ne peut donc incorporer le droit international coutumier que tel qu'il existait en 2001 aux crimes commis après 2001. Elle ne peut incorporer des règles de droit international coutumier rétroactivement à partir de 1975 et les appliquer à des crimes qui auraient été commis à cette époque-là¹¹⁴.

E. LA NOTION D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE EST-ELLE VRAIMENT ÉTABLIE DANS LE RÉQUISITOIRE INTRODUCTIF ?

63. Cette section traitant des seuls arguments invoqués par la Défense de IENG Thirith, nous n'aborderons pas la question ici. Cependant, la Défense ne concède aucunement que l'entreprise criminelle commune a été vraiment établie dans le réquisitoire introductif.

¹¹⁴ Appel de IENG Sary, annexe A, par. 102 (citations internes omises).

F. LA DÉCLARATION D'APPLICABILITÉ DE L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE EST-ELLE SUFFISAMMENT MOTIVÉE, EST-ELLE VAGUE OU INDUMENT TARDIVE

64. Cette section traitant des seuls arguments invoqués par les équipes de défense de KHIEU Samphan et de IENG Thirith, la Défense n'abordera pas ici la plupart des arguments invoqués dans cette section de la réponse des co-procureurs, sauf deux affirmations continues dans le paragraphe 85 de ladite réponse. Dans ce paragraphe, les co-procureurs commencent par affirmer que les conclusions des co-juges d'instruction concernant l'élément moral (*mens rea*) caractérisant la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune est purement incidente et doit être ignorée. Cependant, déclarer qu'une forme de responsabilité s'applique, sans définir plus avant cette forme de responsabilité, ce n'est pas fournir à la Défense la notification requise. Les co-juges d'instruction ont affirmé avoir rendu l'ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune « afin de fournir des informations suffisantes concernant un mode de participation qui n[était] pas expressément visé dans la Loi relative aux CETC ou l'Accord »¹¹⁵. Pour que la notification soit satisfaisante et que les parties soient suffisamment informées, il faut définir cette forme de responsabilité, surtout que cette notion est à ce point controversée. Cela ressort sans conteste du fait que les co-juges d'instruction¹¹⁶ adoptent une position différente de celle des co-procureurs¹¹⁷ sur le point de savoir si la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune appelle un critère subjectif ou un critère objectif. Ensuite, les co-procureurs soutiennent qu'une fois l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune affirmée, « elle sera régie par le droit et la jurisprudence en vigueur au moment où une question concrète se posera en la matière devant un des organes judiciaires des CETC ». Cette affirmation est erronée. La législation qui doit être appliquée, en vertu du principe de légalité, est celle qui était en vigueur à l'époque (1975 à 1979).

G. LA QUESTION DE LA TRADUCTION

65. L'argument invoqué dans cette section répond directement à un argument de la Défense de KHIEU Samphan et n'est pertinent que pour cette équipe de défense. Nous ne l'aborderons donc pas ici.

H. L'APPEL NE PRÉSENTAIT PAS LES FAITS DE MANIÈRE ERRONÉE

¹¹⁵ Ordonnance concernant l'entreprise criminelle commune, par. 10.

¹¹⁶ Au paragraphe 10 de leur ordonnance, les co-juges d'instruction invoquent *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30-1/A (Arrêt, par. 86, qui exige que l'accusé ait conscience de la prévisibilité subjective des crimes allant au-delà du but commun).

¹¹⁷ Voir réponse des co-procureurs, par. 70.

66. Du paragraphe 89 au paragraphe 92 de leur réponse, les co-procureurs affirment que la Défense a présenté la réalité de façon erronée en laissant entendre que le co-procureur international, Andrew Cayley, avait fermement contesté la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune dans deux affaires où il plaidait pour la Défense. Celle-ci n'a pas présenté les faits de manière erronée. Elle a affirmé que l'entreprise criminelle commune avait été vivement contestée¹¹⁸ dans deux affaires où M. Cayley plaidait pour la Défense et elle n'a pas affirmé que M. Cayley l'avait lui-même contestée. À la connaissance de la Défense, celui-ci n'a jamais pris ses distances par rapport à des contestations de cette forme de responsabilité formulées par son équipe de Défense ou d'autres équipes dans ces affaires. La Défense mettait simplement en lumière l'incohérence de la position adoptée par l'actuel co-procureur international sur la question de la légitimité de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. La Défense reconnaît toutefois que dans l'affaire *Taylor*, elle n'a pas contesté l'entreprise criminelle commune en tant que forme de responsabilité, mais qu'elle a contesté la façon dont le Procureur l'avait alléguée dans l'acte d'accusation.

IV. CONCLUSION

67. Aux paragraphes 93 et 94 de leur réponse, les co-procureurs demandent à la Chambre préliminaire de déclarer les appels irrecevables ou, à défaut, de dire que les trois catégories d'entreprise criminelle commune sont applicables devant les CETC. Ils font valoir que le rejet de cette forme de responsabilité écarterait une forme de responsabilité apte à rendre compte précisément du comportement des personnes mises en examen et constituerait un « véritable » revirement d'une jurisprudence constante. La Défense demande au contraire à la Chambre préliminaire d'accueillir l'appel et de rejeter l'application de toutes les formes d'entreprise criminelle commune devant les CETC. Elle relève encore que les CETC ne seraient pas la seule juridiction à rejeter l'usage qui est fait de l'entreprise criminelle commune. La CPI – comme cela a été exposé en long et en large dans l'appel¹¹⁹ mais, chose étrange, n'apparaît pas dans la réponse des co-procureurs – l'a également rejetée.

C'est pourquoi, la Défense prie la Chambre préliminaire :

¹¹⁸ Appel de IENG Sary, par. 36.

¹¹⁹ Ibid., par. 49 à 58.

- a. de DÉCLARER l'appel recevable en application de la règle 74 3) a), des règles 55 10) et 74 3) b) ou de la règle 21 ;
- b. d'INFIRMER l'ordonnance contestée, selon laquelle l'entreprise criminelle commune s'applique aux crimes internationaux relevant de la compétence des CETC.

[Signé]

[Signé]

ANG Udom

Michael G. KARNAVAS
Co-avocats de M. IENG Sary

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 18 mars 2010