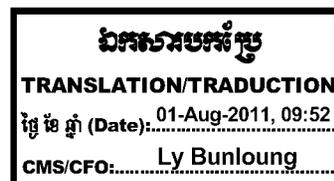


**DEVANT LE BUREAU DES CO-JUGES D'INSTRUCTION DES
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

Dossier : 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ
Date : 31 décembre 2008
Déposé par : les co-procureurs
Langue : français (original en anglais)
Type de document : public



**OBSERVATIONS COMPLÉMENTAIRES DES CO-PROCUREURS SUR LA
NOTION D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE**

Déposé par :

Les co-procureurs
 Mme CHEA Leang
 M. Robert PETIT
 M. YET Chakriya
 M. William SMITH
 M. TAN Senarong
 M. Anees AHMED

Destinataires :

Les co-juges d'instruction
 M. le juge YOU Bunleng
 M. le juge Marcel LEMONDE

**Les co-avocats de la Défense
de IENG Sary**
 Me ANG Udom
 Me Michael KARNAVAS

I. INTRODUCTION

1. En application de l'ordonnance des co-juges d'instruction datée du 16 septembre 2008, les co-procureurs déposent les présentes observations complémentaires portant sur la question de l'éventuelle application devant les CETC de la forme de responsabilité connue sous le nom d'entreprise criminelle commune¹. Ces observations complémentaires s'ajoutent à la réponse au fond des co-procureurs, déposée le 11 août 2008 suite à la requête de la personne mise en examen portant sur la même question². Concrètement, elles précisent pourquoi la forme élargie de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune (troisième catégorie d'entreprise criminelle commune) est applicable devant la présente juridiction. Elles répondent également aux arguments erronés soulevés dans la requête de la personne mise en examen³ et dans les observations complémentaires de la Défense (les « observations de la Défense »)⁴ sur l'application éventuelle de la théorie de l'entreprise criminelle commune.

2. La requête de IENG Sary se fonde sur trois arguments principaux, réitérés à suffisance dans les observations de la Défense, pour soutenir que l'entreprise criminelle commune n'est pas applicable devant les CETC. En premier lieu, elle affirme que l'entreprise criminelle commune telle qu'elle a été appliquée par la Chambre d'appel du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY ») dans la décision *Tadic* est une interprétation judiciaire absente du droit international coutumier ou qui, à tout le moins, n'existait pas en 1975-1979. En deuxième lieu, elle soutient que l'entreprise criminelle commune n'est pas applicable devant les CETC parce qu'elle ne figure pas dans la Loi relative aux CETC et que le droit international coutumier n'est pas applicable devant les tribunaux cambodgiens. Elle affirme, en troisième lieu, que le champ de la doctrine de l'entreprise criminelle commune est à ce point vaste que si on l'appliquait devant les CETC, cela ferait peser « un large soupçon de

¹ Dossier IENG Sary, ordonnance sur l'application de la forme de responsabilité connue sous le nom d'entreprise criminelle commune, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, 16 septembre 2008, doc. n° D97/III (p. 2), ERN 00224210-00224211.

² Dossier IENG Sary, réponse des co-procureurs à la requête déposée par IENG Sary concernant la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, 11 août 2008, doc. n° D97/II, ERN 00238826-00238842.

³ Dossier IENG Sary, 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, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, 28 juillet 2008, doc. n° D97, ERN 00273830-00273852 (ci-après la « requête de IENG Sary »).

⁴ Dossier IENG Sary, *Ieng Sary's Supplementary Observations on the Application of the Theory of Joint Criminal Enterprise at the ECCC*, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, 24 novembre 2008, doc. n° D97/7, ERN (anglais) 00244390-00244418 (ci-après les « observations de la Défense »).

responsabilité sur beaucoup de membres éminents de la société cambodgienne et d'autres personnalités », dont la réputation se trouverait indûment écornée⁵.

3. Les présentes observations complémentaires vont répondre à chacun de ces arguments à tour de rôle. Les co-procureurs soutiennent que les trois catégories d'entreprise criminelle commune sont toutes applicables, pour les raisons suivantes :

A. La théorie de l'entreprise criminelle commune fait partie du droit international coutumier depuis la fin des années 40, au siècle dernier, moment où le législateur et la jurisprudence des procès de Nuremberg et des tribunaux créés dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale pour connaître des crimes de guerre l'ont cristallisée. La citation, au soutien de l'argumentation des co-procureurs, de sources postérieures à 1975 ne fait que reconnaître cette réalité et préciser les contours de la théorie de l'entreprise criminelle commune.

B. Les trois catégories d'entreprise criminelle commune sont applicables devant les CETC parce que l'article 29 de la Loi relative aux CETC l'autorise, parce que le droit international coutumier est applicable dans un tribunal internationalisé appliquant les règles et les normes internationales⁶ (comme cela est également le cas dans les tribunaux cambodgiens) et parce que l'entreprise criminelle commune était une forme de responsabilité prévisible au moment de la commission des crimes relevant de la compétence [temporelle] des CETC (1975 à 1979).

C. Contrairement à ce qu'affirme la personne mise en examen, une application correcte des trois catégories de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune aboutirait en fait à limiter le champ de la responsabilité. A ce titre, il n'y aurait ni culpabilité par association ni la moindre responsabilité criminelle implicite « par contagion » pour les individus mentionnés dans la requête de IENG Sary.

⁵ Requête de IENG Sary, p. 2.

⁶ Dossier NUON Chea, *Public Decision on the Co-Lawyers' Urgent application for the Disqualification of Judge Ney Thol pending the Appeal against the Provisional Detention Order in the Case of Nuon Chea*, dossier n° 02/19-09-2007-ECC/OCIJ (CP 01), doc. n° C11/29, 4 février 2008, ERN 00160734-00160742, par. 30 (ci-après la « décision relative au juge Ney Thol »).

4. Les trois catégories de responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune ont été reconnues et appliquées dans des douzaines d'affaires au TPIY⁷, au Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR »)⁸, au Tribunal spécial pour la Sierra Leone (le « TSSL »)⁹ et aux Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor-Oriental¹⁰. Ces trois catégories partagent les éléments matériels (*actus reus*) suivants : 1) une pluralité de personnes ; 2) l'existence d'un plan, dessein ou but commun qui est de commettre un crime réprimé par la législation applicable ou implique cette commission ; 3) une contribution « importante » de l'accusé au but commun impliquant la commission de l'un des crimes réprimés par la législation applicable¹¹. Cela dit, elles comportent les éléments moraux (*mens rea*) distincts suivants :

- a) La première catégorie de l'entreprise criminelle commune (la forme élémentaire) prévoit la responsabilité pénale individuelle lorsque « tous les coaccusés, agissant de

⁷ *Le Procureur c. Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 15 juillet 1999 [l'« arrêt Tadic »] ; *Le Procureur c. Milutinovic*, affaire n° IT-99-37-AR72, arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – entreprise criminelle commune, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003 [l'« arrêt Milutinovic »] ; *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire n° IT-95-25-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 17 septembre 2003, par. 96 ; *Le Procureur c. Simic*, affaire n° IT-95-9-T, jugement, Chambre de première instance du TPIY, 17 octobre 2003, par. 149 ; *Le Procureur c. Kvočka*, affaire n° IT-98-30/1-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 28 février 2005, par. 105 et 309 ; *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire n° IT-95-25-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 17 septembre 2003, par. 96 et 100 ; *Le Procureur c. Brdanin*, affaire n° IT-99-36-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril 2007, par. 395 ; *Le Procureur c. Brdanin, Decision on Interlocutory Appeal*, affaire n° IT-99-36-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 19 mars 2004 ; *Le Procureur c. Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 22 mars 2006, par. 101 à 104 ; *Le Procureur c. Krjajnsnik*, affaire n° IT-00-39-T, jugement, Chambre de première d'instance, 27 septembre 2006, par. 1082 ; *Le Procureur c. Milosevic, Decision on motion for Judgement of Acquittal*, affaire n° IT-02-54-T, Chambre de première d'instance, 16 juin 2004, par. 291 ; *Le Procureur c. Krtic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 19 avril 2004, par. 144.

⁸ *Le Procureur c. Ntakirutimana*, affaire n° ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, arrêt, Chambre d'appel, 13 décembre 2004, par. 461 à 484 ; *Le Procureur c. Rwamakuba, Decision on Interlocutory Appeal regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.4, Chambre d'appel, 22 octobre 2004 par. 14 à 30 ; *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-A, arrêt, Chambre d'appel, 1^{er} juin 2001, par. 193 ; *Le Procureur c. Nchamihigo, Decision on Defence Motion on Defects in the Form of the Indictment*, affaire n° ICTR-2001-63-R50, Chambre de première instance, 27 septembre 2006, par. 14 et 21.

⁹ *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanue* (affaire AFRC), *Decision of Motions for Judgment on Acquittal pursuant to Rule 98*, affaire n° SCSL-04-16-T, 31 mars 2006, par. 308 à 326 ; *Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa* (affaire CDF), *Decision on Motions for Judgment of Acquittal pursuant to Rule 98*, affaire n° SCSL-04-14-T, 21 octobre 2005, par. 130.

¹⁰ *Prosecutor v. José Cardoso Ferreira*, affaire n°04/2001, jugement du Tribunal de district de Dili, 5 avril 2003, par. 367 à 376 (verdict de culpabilité au titre de la théorie de l'entreprise criminelle commune, application de l'arrêt *Tadic* et d'autres sentences du TPIY à l'interprétation du règlement 2000/15 de l'ATNUTO) ; *Prosecutor v. De Deus*, affaire n°2a/2004, jugement du Tribunal de district de Dili, 12 avril 2005, p. 13 (même si l'accusé n'avait pas porté lui-même des coups à la victime, il était coupable en tant que participant à une entreprise criminelle commune, parce qu'il appartenait à une force organisée qui se proposait de tuer et qu'il a contribué au but commun en portant une arme, en proférant des menaces et en intimidant des personnes non armées, ce qui n'a pu que renforcer la détermination du groupe).

¹¹ *Le Procureur c. Brdanin*, affaire n° IT-99-36-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril 2007, par. 430.

concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle [...] (même si chacun des coauteurs joue un rôle différent dans l'affaire) »¹². L'élément moral requis dans cette catégorie est l'intention commune à tous les membres du groupe de commettre un crime donné¹³.

b) La deuxième catégorie de l'entreprise criminelle commune (la forme systémique) est « caractérisée par l'existence d'un système criminel organisé, notamment dans le cas des camps de concentration ou de détention »¹⁴. S'agissant de l'élément moral requis dans cette catégorie d'entreprise criminelle commune, il faut que l'accusé ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitement et qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitement¹⁵.

c) La troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune (la forme élargie) prévoit la responsabilité pénale individuelle dans des situations impliquant un but commun « dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre »¹⁶. Ici, l'élément moral requis est soit l'intention criminelle commune des coauteurs, soit, au minimum, le fait que pour l'accusé « i) il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, ii) l'accusé a délibérément pris ce risque »¹⁷.

5. Les présentes observations complémentaires mettent l'accent sur la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune car, même la personne mise en examen a demandé aux co-juges d'instruction de rejeter la théorie de l'entreprise criminelle commune sous toutes ses formes, c'est cette troisième catégorie qui a valu le plus de critiques de la part des milieux universitaires. Les co-procureurs font leurs les trois mémoires d'*amicus curiae* demandés par la Chambre préliminaire dans l'appel n° 001/18-7-2007 (CP 2), dans la mesure où ils confirment que les première et deuxième catégories de l'entreprise criminelle commune

¹² Arrêt *Tadic*, par. 196.

¹³ *Ibid.*, par. 228.

¹⁴ *Le Procureur c. Kvočka*, affaire n° IT-98-30/1-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 28 février 2005, par. 82.

¹⁵ Arrêt *Tadic*, par. 228.

¹⁶ *Ibid.*, par. 204.

¹⁷ Arrêt *Tadic*, par. 228.

font partie du droit international coutumier depuis 1975 et qu'elles devraient être appliquées par les CETC¹⁸.

II. OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES

6. Comme indiqué dans la réponse des co-procureurs à la requête de IENG Sary sur l'entreprise criminelle commune (la « réponse des co-procureurs »)¹⁹, la requête est déposée abusivement en vertu de la règle 53.1 du Règlement intérieur (le « Règlement »), laquelle n'accorde en aucune façon, ni explicitement ni implicitement, à la personne mise en examen le droit de présenter une requête aux co-juges d'instruction. Par ailleurs, le requérant sollicite une mesure inappropriée, le Règlement n'habilitant pas les co-juges d'instruction à rendre des décisions déclaratoires concernant le droit applicable ou toutes formes de responsabilité. Partant, en se fondant sur ces motifs, les co-procureurs font valoir que la requête de IENG Sary est irrecevable.

7. En outre, la requête de IENG Sary et les observations de la Défense sont motivées indubitablement par des considérations extrajudiciaires qui n'ont pas leur place dans le processus de prise de décision des co-juges d'instruction. Cela transparait dans les préoccupations politiciennes que suscite le champ potentiel de la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune devant les CETC. Comme il apparaîtra à la lecture des motifs exposé ci-après, le fait que cet argument repose sur une interprétation inexacte de l'entreprise criminelle commune le rend d'autant plus fallacieux.

III. ARGUMENTATION

8. Observons à titre préliminaire qu'il n'existe pas de contestation portant sur la notion et la portée du principe de légalité. Dans ses observations, la Défense ne présente aucun argument pertinent expliquant pourquoi les CETC devraient se préoccuper de savoir si le droit cambodgien se montre plus rigoureux dans son rejet de la rétroactivité ou à propos de ce

¹⁸ La Chambre préliminaire a demandé que lui soient adressés trois mémoires d'*amicus curiae* dans le cadre de l'appel de Duch contre l'ordonnance de renvoi. Les mémoires ont été soumis par : 1) le professeur Antonio Cassese de l'Université de Florence (pour qui les trois catégories de l'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier en 1975) ; 2) huit professeurs de l'Institut pour le droit pénal et la justice de l'Université Georg-August de Göttingen (pour qui les catégories I et II faisaient partie du droit international coutumier en 1975) ; 3) cinq professeurs du Centre des droits de l'homme et du pluralisme juridique de l'Université McGill (pour qui les catégories I et II de l'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier en 1976).

¹⁹ Dossier IENG Sary, *Co-Prosecutors' response to Ieng Sary's Motion on Joint Criminal Enterprise*, dossier n°02/19-09-2007-ECCC/OCIJ, 11 août 2008, ERN 00211956-00211970, doc. n° D97/II, par. 4 à 6 (ci-après la « réponse des co-procureurs »).

que cela impliquerait concrètement. La véritable question est de savoir si l'entreprise criminelle commune (et en particulier la catégorie de la responsabilité élargie) faisait partie du droit international coutumier en 1975 et si elle trouve à s'appliquer aux CETC.

A. La théorie de l'entreprise criminelle commune fait partie du droit international coutumier depuis Nuremberg

9. L'appartenance des trois formes d'entreprise criminelle commune au droit international coutumier est bien antérieure à la période 1975-1979, comme cela ressort, sur le plan international, des nombreux statuts, affaires et décisions jurisprudentielles et, sur le plan national, de différentes affaires, preuve que cette notion existait antérieurement. Tout cela atteste avec force la pratique généralisée suivie par les États et l'*opinio juris*, qui créent le droit international coutumier²⁰.

10. L'inclusion de la forme de responsabilité dite du « plan commun » dans le Statut de Nuremberg et dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié²¹ et les décisions des tribunaux ayant eu à connaître de crimes de guerre à la suite de la Seconde Guerre mondiale ont cristallisé la notion d'entreprise criminelle commune en droit international coutumier. La responsabilité découlant de la participation à un plan commun avait déjà vu le jour sous des formes diverses dans le droit interne ou dans la jurisprudence de nombreux pays de droit romano-germanique ou de la *common law* au moins depuis le XIX^e siècle. Ainsi, de nombreux pays avancés reconnaissaient l'existence des formes de co-perpétration semblables à la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune, dont le complot²², la théorie du « *felony murder* »²³, la notion de l'association de malfaiteurs²⁴ et de nombreuses autres théories en matière de co-perpétration²⁵.

²⁰ Voir la définition du droit international coutumier *in* Plateau continental de la mer du Nord (*République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas*), arrêt, 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, par. 77.

²¹ Cette loi était fondée sur le Statut de Nuremberg et a été appliquée aux procès ultérieurs pour crimes de guerre. Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié *in* Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne (1946), vol.3, p. 50. Étant donné que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle visait « de créer en Allemagne une base juridique uniforme pour juger les criminels de guerre », l'article premier de la loi précisa expressément que le Statut de Nuremberg Tribunal faisait « partie intégrante » de la loi. Pour l'application de l'article premier, toutes les commissions militaires (américaine, britannique, canadienne et australienne) adoptèrent des règlements d'application imputant la culpabilité à tout défendeur en application du principe de l'« acte criminel concerté » pour les crimes commis par tout membre du « groupe ou de l'unité », Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, XV Law Reports of Trials of War Criminals 92 (1949).

²² Voir *Pinkerton v. U.S.*, 328 U.S. 640 (1946) (instaurant la règle Pinkerton, selon laquelle un complotteur peut être déclaré coupable des conséquences raisonnablement prévisibles d'un accord illicite).

²³ La théorie du « *felony murder* », énoncée pour la première fois par Lord Coke en 1797, a été appliquée au Royaume-Uni, aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande et en Australie. Antonio Cassese, *International Criminal*

11. En axant sa critique principalement sur l'arrêt *Tadic* de la Chambre d'appel du TPIY, la personne mise en examen n'a pas pris la pleine mesure de ces événements. Le Statut de Nuremberg, la loi n° 10 du Conseil de contrôle et la jurisprudence y afférente ont contribué à l'avènement de ce que les spécialistes du droit international appellent un « moment grotien ». Un tel moment coïncide avec une mutation qui voit de nouvelles règles et théories de droit international coutumier prendre corps avec une rapidité et une acceptation inhabituelles²⁶. L'argument selon lequel les conclusions de l'arrêt *Tadic* sur l'appartenance de l'entreprise criminelle commune au droit international coutumier depuis Nuremberg s'appuient sur un trop petit nombre d'affaires qui proviennent d'un nombre trop limité de juridictions tourne court et semble ignorer les éléments de preuve substantiels qui étayaient les conclusions de la Chambre d'appel du TPIY.

12. La Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies a reconnu que le Statut de Nuremberg, la loi n° 10 et les décisions des tribunaux de crimes de guerre nés dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale (dix d'entre elles sont citées dans l'arrêt *Tadic*) ont donné naissance au paradigme international de la responsabilité pénale individuelle²⁷. Il

Law (Second ed., 2008), p. 202. Elle permet d'imputer à quelqu'un « [TRADUCTION] la responsabilité d'un crime qui était la conséquence naturelle et probable du crime à la commission duquel il entendait apporter son aide ou son encouragement ». Wayne LaFave & Austin Scott, *Criminal Law* (1972), p. 515 et 516.

²⁴ Le professeur van Sliedregt note que, pour incriminer l'appartenance à une organisation criminelle, les rédacteurs du Statut de Nuremberg se sont inspirés du concept d'association de malfaiteurs, utilisé en France et aux Pays-Bas pour réprimer les violences collectives en évitant les problèmes liés à la causalité. Elies van Sliedregt, *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, 5 *Journal of International Crim. J.* 184,199 (2006).

²⁵ Le Code pénal indien de 1860 a instauré la responsabilité individuelle pour les actes illicites commis par plusieurs personnes dans la poursuite d'un plan commun. Walter Morgan et A.G. MacPherson, *Indian Penal Code* (XLV, 1860), London, GC Hay Co., 1861. Dans le même sens, l'article 61 2) du Code criminel canadien de 1893 sanctionne les personnes qui forment ensemble le projet de poursuivre une fin illicite et rend chacune d'entre elles partie à toutes les infractions commises par l'une quelconque d'entre elles dans la poursuite du but commun. Art. 21 2) du Code criminel canadien, R.S.C. 1970, C-34.

²⁶ Hugo Grotius est considéré comme le père du droit international en tant que droit des nations. Il doit sa renommée à ses travaux sur la création de l'ordre à partir du chaos dans la large sphère des relations internationales. Voir Charles S. Edwards, *Hugo Grotius, the Miracle of Holland* (1981). L'expression « *grotian moment* » semble avoir été inventée par Burns H. Weston dans un manuel de droit international (*International Law and World Order*, p. 1369 (3rd ed. 1997)). Voir également Saul Mendlovitz & Marev Datan, « *Judge Weeramantry's Grotian Quest* », 7 *Transnational L. & Contemp. Probs.* 401, 402 (définition de l'expression « *grotian moment* »); Ibrahim J. Gassama, « *International Law at a Grotian Moment: The Invasion of Iraq in Context* », 18 *Emory International L. Rev.* 1, 9 (2004) (description des « moments grotiens » de l'histoire, dont la paix de Westphalie, le Statut de Nuremberg et la Charte des Nations Unies); Leila Nada Sadat, « *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution* », 88 *Georgetown L. J.* 381, 474 (le Statut de la Cour pénale internationale constituerait le moment grotien le plus récent).

²⁷ Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10, (A/51/10), p. 35 (le principe de la responsabilité individuelle et du châtement individualisé réprimant les crimes de droit international reconnus par le Tribunal de Nuremberg est « la pierre angulaire du droit pénal international » et « le legs durable du statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg »).

est important de rappeler que le 11 décembre 1948, à l'occasion de l'un des premiers actes de l'Organisation des Nations Unies nouvellement constituée, l'Assemblée générale a affirmé à l'unanimité les principes énoncés dans le Statut de Nuremberg et dans les jugements rendus sous son empire²⁸. Ce faisant, elle a considéré que faisaient partie du droit international coutumier tant le droit substantiel que la théorie de la responsabilité pénale individuelle (y compris la responsabilité découlant de la participation à « un plan commun ») codifiés dans le Statut de Nuremberg et appliqués par le Tribunal de Nuremberg. De ce fait, la responsabilité découlant de la participation à un plan commun (désormais dénommée « entreprise criminelle commune ») est devenue une composante du droit international coutumier au même titre que d'autres concepts fondamentaux de la responsabilité pénale internationale illustrés dans les principes de Nuremberg qui sont appliqués par les CETC. Sont ainsi visés la responsabilité du supérieur hiérarchique, le principe que l'obéissance aux ordres d'un supérieur hiérarchique ne constitue pas un moyen de défense, l'idée que les dirigeants peuvent voir leur responsabilité engagée pour des crimes internationaux nonobstant leurs fonctions officielles et l'idée que l'auteur est responsable d'un acte qui constitue un crime au regard du droit international, même si le droit interne ne le réprime pas.

13. En présentant le projet de statut du TPIY au Conseil de sécurité en 1993, le Secrétaire général de l'ONU a souligné l'appartenance au droit international coutumier des principes et règles issus des procès de Nuremberg ainsi que de la jurisprudence née dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale. Il a déclaré, en particulier, que le statut avait été conçu en vue d'appliquer uniquement des « règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit international coutumier », notamment les règles et les formes de responsabilité consacrés dans « le statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945 »²⁹. Contrairement aux arguments exposés au paragraphe 54 des observations de la Défense, cette déclaration de 1993 concernant le contenu du droit international coutumier vaut également pour la période où ont été commis les crimes relevant de la compétence des

²⁸ Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg, Res. 95(I) de l'Assemblée générale des Nations Unies, documents des Nations Unies A/236 (1946). La résolution confirmant les principes de Nuremberg a également invité la Commission du droit international des Nations Unies à les codifier dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le premier projet de code de la Commission du droit international de 1956 incluait spécifiquement « le principe de la responsabilité pénale individuelle pour élaboration d'un plan ou participation à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime » (article 2, par. 13 i). Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10, (A/51/10), p. 43.

²⁹ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993, par. 34 et 35.

CETC (1975-1979) puisqu'il n'y a eu aucun fait nouveau important dans le droit international humanitaire entre 1975 et la création du TPIY en 1993. Comme l'indique Ciara Damgaard, « [TRADUCTION] les origines de la théorie de l'entreprise criminelle commune se trouvent dans les événements entourant la fin de la Seconde Guerre mondiale »³⁰.

14. Les arguments exposés dans les observations de la Défense (notamment au paragraphe 54) ne reconnaissent pas que l'affirmation de 1946 et les déclarations du Secrétaire général en 1993 constituent la preuve indéniable d'une coutume. L'affirmation de la personne mise en examen concernant le nombre limité d'affaires liées à des crimes de guerre dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale qui ont appliqué la théorie de l'entreprise criminelle commune est également erronée. C'est l'acceptation universelle et sans réserve des principes de Nuremberg dès 1946, et non le nombre d'affaires où a été appliquée la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune, qui a cristallisé la théorie dans une forme de responsabilité pénale individuelle faisant partie du droit international coutumier³¹. Peu importe que les CETC possèdent ou non l'équivalent du rapport du Secrétaire général pour aider la Chambre préliminaire à déterminer si l'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier³². Il est indéniable, en effet, que le droit international coutumier dont il est question dans le rapport du Secrétaire général de 1993 est applicable devant les CETC³³.

15. Née d'un accord international (le Statut de Nuremberg) et de la jurisprudence d'un tribunal international, la théorie de l'entreprise criminelle commune est le fruit de la fusion opérée entre la *common law* et le droit romano-germanique. Cette théorie est unique (*sui generis*) en ce qu'elle combine et amalgame deux cultures et deux systèmes juridiques³⁴. Il n'est dès lors pas surprenant que la nomenclature propre à l'entreprise criminelle commune ne se retrouve pas de manière constante dans la pratique des États, car ses trois formes de responsabilité procèdent d'une synthèse des systèmes juridiques de différents pays. Concrètement, les grandes puissances entendaient que l'approche du Statut combine la

³⁰ Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), p. 132 et 135.

³¹ Voir Frank Lawrence, « The Nuremberg Principles: A defense for political protesters », 40 *Hastings L.J.* 397, (1989), p. 397 et 408 à 410 (l'auteur conteste l'argument qu'il faut plus qu'un seul événement pour considérer qu'un principe fait partie du droit coutumier).

³² Observations de la Défense, par. 54.

³³ Voir également *infra* dans la partie III l'argumentation relative à l'applicabilité du droit international coutumier devant les CETC.

³⁴ Elies van Sliedregt, *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, 5 *Journal of International Crim. J.* 184, 199 (2007).

théorie anglo-américaine du complot avec les approches française et soviétique, pour lesquelles le complot ne constituait pas un crime³⁵. Ainsi, l'article 6 de l'Accord de Londres (le Statut du Tribunal de Nuremberg) a retenu une forme modifiée de la proposition américaine initiale visant à inclure le complot, en disposant que les « dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan »³⁶.

16. Au procès de Nuremberg, le juge à la Cour suprême des États-Unis Robert Jackson, négociateur principal pour les États-Unis du Statut de Nuremberg et procureur général pour les États-Unis à Nuremberg, expliqua au tribunal le sens de l'expression « plan concerté », par rapport à la notion américaine de complot :

[TRADUCTION] Le Statut n'a pas défini la responsabilité à raison des actes de tiers en termes de « complot » uniquement. Les crimes ont été définis selon des termes non techniques mais inclusifs qui couvrent l'élaboration et l'exécution d'un « plan concerté » ainsi que la participation à un « complot ». On craignait que le fait de ne pas procéder de la sorte aurait pu avoir pour effet d'importer dans la procédure des exigences techniques et des limites qui se sont développées autour du terme « complot ». Il existe certaines divergences entre le concept anglo-américain de complot et celui qu'on retrouve dans les jurisprudences soviétique, française ou allemande. On a souhaité que les affaires concrètes soient guidées par des considérations plus larges inhérentes à la nature du problème sociétal au lieu d'être soumises aux subtilités des législations nationales³⁷.

17. Dans la ligne de cette déclaration, le Tribunal de Nuremberg³⁸ et la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont adopté leur propre version du concept de « plan concerté », le transformant ainsi en ce qui est connu aujourd'hui sous le nom de « théorie de l'entreprise criminelle commune ». On a considéré que « [TRADUCTION] la différence entre l'accusation de complot et celle d'avoir agi dans la poursuite d'un but commun est que, dans le premier cas, il faudrait alléguer qu'il y a eu conclusion d'un accord en vue de commettre des infractions alors que, dans le second cas, il faudrait alléguer non seulement qu'il y a eu un

³⁵ Stanislaw Pomorski, *Conspiracy and Criminal Organizations* dans George Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev eds., *The Nuremberg trial and International Law*, 213, (1990), p. 216.

³⁶ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, art. 6, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 82, p. 279.

³⁷ Robert H. Jackson, *The Law Under Which Nazi Organizations are Accused of Being Criminal*, argumentation de Robert H. Jackson, 26 février 1946, reproduit dans *The Nurnberg Case: As presented by Robert Jackson* (1971), p. 108.

³⁸ Voir jugement du Tribunal militaire international in Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, Nuremberg, tome 1, 1947, p. 236.

accord mais aussi qu'il y a eu exécution d'actes à cet effet »³⁹. En d'autres termes, le complot est un crime à part entière, alors qu'agir dans la poursuite d'un but ou d'un plan concerté, comme dans le cas de l'entreprise criminelle commune, était une forme de responsabilité se rattachant à des crimes spécifiques. En élaborant la théorie de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune à partir d'approches préexistantes dans les systèmes nationaux, le Tribunal de Nuremberg a déclaré que ses conclusions étaient tirées « conformément aux principes juridiques admis et dont l'un des plus importants est celui de la culpabilité individuelle, qui exclut les sanctions collectives »⁴⁰.

18. Le Tribunal de Nuremberg a jugé les 22 hauts dirigeants en vie du régime nazi, alors que la loi n° 10 du Conseil de contrôle a été promulguée conjointement par les puissances alliées pour régir les procès ultérieurs des Allemands de l'échelon suivant soupçonnés de crimes de guerre par des tribunaux militaires américains, britanniques, canadiens et australiens, ainsi que par des tribunaux allemands, le tout dans l'Allemagne occupée. Sous l'autorité de la loi n° 10 du Conseil de contrôle, les tribunaux devaient suivre le Statut et la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg⁴¹. À ce titre, la jurisprudence de ces tribunaux est considérée comme une interprétation faisant autorité du Statut et du jugement de Nuremberg et comme le reflet du droit international coutumier⁴².

19. Une analyse de plusieurs affaires jugées en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle permet d'étayer la conclusion que la théorie de l'entreprise criminelle commune avait cours devant ces tribunaux en 1946-1947. Pour conclure à l'existence de la théorie de l'entreprise criminelle commune, l'arrêt *Tadic* s'est appuyé en partie sur 10 affaires différentes dans la foulée de la Seconde Guerre mondiale – six portaient sur la première catégorie d'entreprise

³⁹ XV Law Reports of Trials of War Criminals 97-98, UN War Crimes Commission, 1948 (résumé de la jurisprudence des procès de Nuremberg et des procès tenus en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle).

⁴⁰ Jugement du Tribunal militaire international *in* Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, Nuremberg, tome 1, 1947, p. 270.

⁴¹ Loi n° 10 du Conseil de contrôle *in* Journal officiel du Conseil de contrôle pour l'Allemagne, 1946, vol. 3, p. 50.

⁴² *Le Procureur c. Kupreskic*, jugement, affaire n° IT-95-16-A, Chambre de première instance du TPIY, 14 janvier 2000, par. 541 : « 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. Ces tribunaux appliquaient des instruments internationaux dont les dispositions étaient déclaratoires du droit en vigueur ou avaient été progressivement intégrées au droit international coutumier. »

criminelle commune⁴³, deux concernaient la deuxième catégorie⁴⁴ et deux avaient trait à la troisième catégorie⁴⁵. La plupart de ces affaires ont été publiées sous forme résumée dans le rapport de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies de 1949⁴⁶. En outre, les co-procureurs ont trouvé 16 autres affaires publiées dans le même rapport et dans celui du *US Nuremberg War Crimes Tribunal* dans lesquelles les tribunaux relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont également appliqué la théorie de l'entreprise criminelle commune/du plan ou dessein commun⁴⁷. La bibliothèque des CETC a reçu récemment les dossiers de dix

⁴³ Affaires *Otto Sandrock et consorts, Hoelzer et consorts, Gustav Alfred Jepsen et consorts, Franz Schonfeld et consorts, Feurstein et consorts, Otto Ohlenforf et consorts*.

⁴⁴ Affaire du camp de concentration de Dachau (procès de Martin Gottfried Weiss et de trente-neuf autres accusés), affaire Belsen (procès de Joseph Kramer et de quarante-quatre autres accusés).

⁴⁵ Affaire du lynchage d'Essen ; affaire de l'île de Borkum. S'agissant de la 3^e catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel a également cité plusieurs décisions italiennes non publiées.

⁴⁶ Il est à noter que l'affaire de l'île de Borkum, qui relève de la 3^e catégorie d'entreprise criminelle commune, n'a pas été incluse dans le rapport de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies, mais l'acte d'accusation, la transcription des débats et d'autres documents relatifs à l'affaire peuvent être consultés aux archives des États-Unis. Voir *Publication Number M1103, Records of the United States Army War Crimes Trials, United States of America v. Goebell et. al.*, 6 février-21 mars 1946. Au surplus, un compte rendu détaillé et une analyse de l'affaire de l'île de Borkum ont été publiés en 1956 in Maximilian Koessler, *Borkum Island Tragedy and Trial*, 47 *Journal of Criminal Law* 183-196 (1956).

⁴⁷ *Procès de Heinz Eck et de quatre autres accusés*, Tribunal militaire britannique pour le procès des criminels de guerre, Hambourg (Allemagne), 17-20 octobre 1945, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, p. 1 à 21 (1947) ; *procès d'Alfons Klein et de six autres accusés*, Commission militaire des États-Unis nommée par le général commandant la zone militaire ouest, Wiesbaden (Allemagne), 8-15 octobre 1945, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, p. 46 à 54 ; *procès d'Erich Killinger et de quatre autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Wuppertal (Allemagne), 26 novembre-3 décembre 1945, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. III, p. 67 à 74 (1948) ; *procès de Karl Buck et de dix autres accusés*, Tribunal militaire britannique pour le procès des criminels de guerre, Wuppertal (Allemagne), 6-10 mai 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. V, p. 45 à 53 (1948) ; *procès de Karl Adam Golkel et de treize autres accusés*, Tribunal militaire britannique pour le procès des criminels de guerre, Wuppertal (Allemagne), 6-10 mai 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. V, p. 45 à 53 (1948) ; *procès de Werner Rohde et de huit autres accusés*, Tribunal militaire britannique pour le procès des criminels de guerre, Wuppertal (Allemagne), 29 mai-1^{er} juin 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. V, p. 54 à 59 (1948) ; *procès de Joseph Altstotter et consorts*, Tribunal militaire des États-Unis, 17 février-4 décembre 1947, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VI, p. 1 à 110 (1948) ; *procès de Heinrich Gericke et de sept autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Brunswick (Allemagne), 20 mars-3 avril 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, p. 76 à 81 (1948) ; *procès de Carl Krauch et de vingt-deux autres accusés*, Tribunal militaire des États-Unis, Nuremberg (Allemagne), 14 août 1947-29 juillet 1948, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, p. 1 à 68 ; *procès d'Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach et de onze autres accusés*, Tribunal militaire des États-Unis, 17 novembre 1947-30 juin 1948, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, p. 69 à 181 ; *procès de Max Wielen et de dix-sept autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Hambourg (Allemagne), 1^{er} juillet-3 septembre 1947, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 31 à 53 (1949) ; *procès de Hans Renoth et de trois autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Elden (Allemagne), 8-10 janvier 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 76 à 78 (1949) ; *procès d'Eberhard Schoengarth et de six autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Burgensteinfurt (Allemagne), 7-11 février 1946, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XI, p. 83 à 85 (1949).

affaires provenant de tribunaux allemands qui ont appliqué le concept de plan concerté/entreprise criminelle commune à des criminels de guerre allemands sous l'empire de la loi n° 10 du Conseil de contrôle⁴⁸. Toutes ces affaires ont contribué à clarifier la signification de la responsabilité découlant de la participation à un plan concerté élaborée à Nuremberg qui est désormais connue sous le nom d'entreprise criminelle commune. Résumant cette nombreuse jurisprudence et expliquant la différence qu'il y a entre le dessein commun et la simple co-perpétration, le rapport de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies affirme que le ministère public a la tâche supplémentaire d'établir l'existence d'un dessein commun ; cela fait, il peut s'appuyer sur la règle qui existe dans de nombreux systèmes juridiques selon laquelle ceux qui partagent un dessein commun de commettre une infraction qui est exécutée par un seul d'entre eux sont tous pleinement responsables de cette infraction au regard du droit pénal⁴⁹. En accord avec cette explication et après avoir examiné les volumineuses écritures déposées par les parties sur le point de savoir si l'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier, la Chambre d'appel du TPIY a jugé, dans l'affaire *Milutinovic*, que l'entreprise criminelle commune et la responsabilité découlant de la participation à un plan concerté étaient une seule et même chose⁵⁰.

20. Les présentes observations complémentaires étant centrées sur la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, les trois affaires qui relèvent de la loi n° 10 du Conseil de contrôle et traitent de ce mode de responsabilité sont résumées ci-dessous. Le procès d'Erich Heyer (affaire du lynchage d'Essen) en est un exemple. Il est mentionné dans les observations de la Défense, mais celles-ci se concentrent presque entièrement sur un seul des co-accusés (Heyer). Selon le compte rendu officiel du procès publié dans le rapport de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies, cette affaire concerne le lynchage par la foule de trois prisonniers de guerre britanniques détenus en Allemagne⁵¹. Elle a été jugée par un tribunal militaire britannique agissant en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle, et ne

⁴⁸ Tribunaux relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle (tribunaux d'instance allemands) de la zone d'occupation britannique, StS 11/50, 5 septembre 1950 ; StS 356/49, 13 mars 1950 ; StS 31/50, 15 août 1950 ; StS 156/49, 31 mai 1949 ; StS 130/49, 24 avril 1950 ; StS 287/49, 4 août 1949 ; StS 177/49, 4 octobre 1949 ; StS 256/49, 21 mars 1950 ; StS 256 et 257/49, 21 mars 1950 ; StS 514/49, 11 avril 1950. Toutes les condamnations ont été confirmées par la Cour suprême allemande de la zone d'occupation britannique. Des copies intégrales en allemand de ces affaires sont consultables à la bibliothèque des CETC.

⁴⁹ Commission des crimes de guerre des Nations Unies, *Law Reports of Trials of War Criminals*, UNWCC, vol. XV (1949), p. 96.

⁵⁰ Arrêt *Milutinovic*, par. 36.

⁵¹ *Procès d'Erich Heyer et de six autres accusés*, Tribunal militaire britannique, Essen (Allemagne), 18-19 - 21-22 décembre 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals*, UNWCC, vol. I, p. 88 (1949).

relevait donc pas du droit anglais. L'un des accusés, le capitaine Heyer, avait confié la garde de trois prisonniers au soldat Koenen, qui devait les conduire à un interrogatoire. Lorsque Koenen allait se mettre en route, la foule put entendre Heyer enjoindre à celui-ci de ne pas intervenir si les civils s'en prenaient aux prisonniers, dont il dit qu'ils méritaient d'être exécutés et qu'ils le seraient probablement. Les prisonniers furent molestés par la foule et l'un d'eux fut blessé à la tête, atteint d'une balle de revolver tirée par un caporal allemand. Un des prisonniers décéda sur le coup lorsqu'ils furent jetés d'un pont, et les deux autres furent abattus par des coups de feu tirés du pont et par des éléments de la foule, qui les battirent à mort. Le tribunal refusa de suivre la Défense, selon laquelle le ministère public devait prouver que chacun des co-accusés – Heyer, Koenen et cinq civils – avait eu l'intention de tuer les prisonniers. Pour le ministère public, les accusés ne pouvaient être condamnés que s'ils avaient été impliqués dans le meurtre des prisonniers. Heyer et Koenen furent tous deux reconnus coupables d'un crime de guerre pour avoir été impliqués dans le meurtre des trois prisonniers, tout comme trois des cinq civils accusés. L'identité des civils ayant tiré ou porté les coups mortels ne fut pas établie, mais les civils accusés furent condamnés parce que, dès leur départ de la caserne, les prisonniers n'avaient aucune chance d'en réchapper et chacun dans cette foule qui avait porté un coup était tant moralement que pénalement responsable de la mort des trois hommes⁵².

21. L'affaire *Hans Renoth et trois autres accusés*⁵³ est une autre affaire non citée dans l'arrêt *Tadic* que la Commission des crimes de guerre des Nations unies a trouvé tout à fait semblable au lynchage d'Essen. En l'occurrence, deux policiers (Hans Renoth et Hans Pelgrim) et deux douaniers (Friedrich Grabowski et Paul Nieke) étaient accusés d'avoir commis un crime de guerre du fait de leur implication « dans le meurtre d'un aviateur allié inconnu, prisonnier de guerre ». Selon les allégations, le pilote s'était écrasé, indemne, sur le sol allemand et avait été arrêté par Renoth, puis attaqué et molesté à coups de poings et à coups de crosse par plusieurs assaillants, tandis que les trois autres accusés assistaient aux actes de violence sans tenter d'y mettre un terme ni porter assistance au pilote. Renoth assista également à la scène sans réagir, puis abattit le pilote. Le ministère public soutint qu'il y avait un plan concerté, les quatre accusés partageant l'intention de commettre un crime de guerre, que les quatre accusés étaient au courant de ce plan concerté et qu'ils avaient tous agi en vue

⁵² Ibid., p. 97.

⁵³ Procès de *Hans Renoth et de trois autres accusés*, Tribunal militaire britannique, 9-10 janvier 1946, UNWCC, vol. XV, p. 76 et 77 (1949).

de son exécution⁵⁴. Tous les accusés furent trouvés coupables, sans doute en raison du caractère prévisible de l'exécution du pilote, alors qu'il était livré aux brutalités de la foule ou de l'un d'entre eux.

22. L'affaire *Kurt Goebell et consorts* (affaire de l'île de Borkum) offre un troisième exemple. Elle n'a pas été publiée dans le rapport de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies, mais le compte rendu détaillé en peut être consulté dans les publications sur microfilm des archives nationales américaines⁵⁵. Un compte rendu détaillé du procès (basé sur les transcriptions d'audience) a été publié dans le *Journal of Criminal Law* en 1956⁵⁶. Selon ce compte rendu, le maire de Borkum et plusieurs officiers et soldats allemands furent condamnés pour voies de fait et meurtre de sept aviateurs américains ayant effectué un atterrissage en catastrophe. Pour le ministère public, les accusés étaient des rouages du mécanisme du dessein commun, chacun étant d'égale importance et remplissant le rôle qui lui avait été assigné. Toujours selon lui, il était établi au-delà de tout doute raisonnable que chacun des accusés avait joué un rôle dans la violence collective ayant conduit aux homicides illicites et était donc coupable de meurtre. Après avoir délibéré à huis clos, les juges rendirent oralement leur verdict et reconnurent le maire et plusieurs officiers coupables de voies de fait et de meurtre. Des arguments et éléments de preuve présentés, il ressort que les accusés ont été condamnés en vertu d'une forme de responsabilité découlant d'un dessein commun, qui équivaut à la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune. Le tribunal a jugé en substance que, même si certains des accusés n'avaient pas participé aux meurtres ni eu l'intention que ces crimes soient commis, ils étaient néanmoins responsables car il s'agissait d'une conséquence naturelle et prévisible du traitement qu'ils avaient réservé aux prisonniers.

23. Compte tenu de la nature des atrocités de masse et des crimes internationaux, de la justification de l'existence de la théorie de l'entreprise criminelle commune et de la fréquence relativement limitée de la tenue de procès pour ce type de crimes, on ne s'étonnera guère de la rareté, dans la jurisprudence nationale, des cas de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Qui plus est, les exemples qui existent sont susceptibles de ne pas refléter entièrement la théorie de l'entreprise criminelle commune, cette théorie, comme indiqué plus haut, étant la synthèse des approches de la *common law* et

⁵⁴ Ibid., p. 76.

⁵⁵ Archives des États-Unis, *Publication Number M1103, Records of United States Army War Crimes Trials, United States of America v. Goebell et al.*, 6 février-21 mars 1946. Dans l'arrêt *Tadic*, la Chambre d'appel indique qu'une copie de ces décisions se trouve à la bibliothèque du TPIY (arrêt *Tadic*, p. 93).

⁵⁶ Maximilien Koessler, *Borkum Island Tragedy and Trial*, 47 *Journal of Criminal Law* 183-196 (1956).

du droit romano-germanique. Rares ont été les procès nationaux pour crimes de guerre tenus durant la guerre froide, mais des décisions du tribunal de district de Jérusalem et de la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Eichmann* montrent que, dès 1961, des tribunaux nationaux ont reconnu la validité de la théorie de l'entreprise criminelle commune, fruit de la législation et de la jurisprudence de l'immédiat après-guerre⁵⁷. L'approche adoptée par le tribunal de district de Jérusalem pour établir la responsabilité individuelle d'Adolf Eichmann découlant de sa participation à un plan criminel commun, qui était d'exterminer les juifs en Europe, ressemble de près à celle adoptée dans les dix affaires relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle dont il a été fait état plus haut (plusieurs d'entre elles ont d'ailleurs été citées par le tribunal de district de Jérusalem). C'est bien ce qui ressort de la déclaration suivante qu'il a faite :

[TRADUCTION] Ainsi, tous ceux qui ont pris part à l'extermination des juifs et qui étaient au courant du plan de la Solution finale et de sa mise en œuvre doivent être considérés comme complices de l'anéantissement de millions de personnes qui furent exterminées au cours des années 1941 à 1945, sans qu'il faille se demander si leurs actes se sont étendus à la totalité du champ de l'extermination ou seulement à l'un ou à plusieurs secteurs de ce front. Leur responsabilité est celle de l'« auteur principal », qui a commis la totalité du crime en coopération avec d'autres⁵⁸.

Le tribunal de district a jugé qu'Eichmann avait été mis au courant en juin 1941 du plan criminel visant à exterminer les juifs, qu'il avait participé activement à l'exécution du plan en raison du rôle central qu'il jouait comme chargé des affaires juives au Bureau de la sécurité du Reich dès août 1941, et qu'il possédait l'intention requise (intention spécifique, puisque le but visé était le génocide) d'exécuter le plan, comme l'atteste l'ampleur même des activités qu'il avait entreprises pour accomplir l'extermination biologique de la population juive⁵⁹. Sur la base de ces conclusions, Eichmann a été jugé pénalement responsable du « crime général » de la Solution finale, ce qui englobe les actes constitutifs de crimes « [TRADUCTION] auxquels il a pris une part active dans son propre secteur ainsi que les actes commis par ses complices dans d'autres secteurs du même front »⁶⁰. En se prononçant ainsi, le tribunal de district a jugé qu'une pleine connaissance de l'étendue des opérations du plan n'était pas nécessaire et noté que beaucoup des auteurs principaux, y compris l'accusé, pouvaient n'en avoir eu qu'une

⁵⁷ *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, 36 I.L.R. 5 (11 décembre 1961) (ci-après « *Eichmann* »), confirmé par *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, 36 I.L.R. 277 (29 mai 1962) (ci-après « *Eichmann II* »).

⁵⁸ *Eichmann*, par. 194.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 182.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 197 (non souligné dans l'original).

connaissance partielle⁶¹. La Cour suprême israélienne a, pour sa part, cité la résolution de l'Assemblée générale de 1946 affirmant les principes de Nuremberg, et elle a déclaré ceci : « [TRADUCTION] Si cinquante-huit nations se sont unanimement mises d'accord sur une déclaration du droit existant, il semblerait qu'une telle déclaration puisse constituer une preuve concluante de l'existence d'une telle règle, et l'accord d'une large majorité aurait un poids important dans la détermination du droit existant⁶². »

24. Une question connexe concerne le point de savoir si les précédents et l'acquis de Nuremberg sont applicables, compte tenu du fait qu'ils sont liés à un conflit armé international. Le TPIY a considéré que la théorie de l'entreprise criminelle commune s'appliquait en cas de crimes internationaux, indépendamment du type de conflit⁶³. De même, les motifs exprimés par le TPIR pour rejeter une telle distinction dans l'affaire *Karemera* sont instructifs :

[TRADUCTION] La gravité de la participation à l'entreprise criminelle commune ne peut pas dépendre de la nature du conflit. En outre, comme l'a jugé avec autorité la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadic*, la structure des crimes internationaux exige l'application de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune afin d'assurer une justice efficace. La Chambre ne perçoit aucune différence entre la structure des crimes internationaux commis au cours de conflits armés internationaux et des crimes internationaux commis au cours de conflits armés internes. Dès lors, le raisonnement suivi par la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadic* doit également s'appliquer aux conflits armés internes. La nature du conflit n'a aucune incidence sur la responsabilité de l'auteur. Ce critère ne porte que sur les caractéristiques d'un crime donné et non pas sur la responsabilité de l'auteur potentiel d'un acte allégué⁶⁴.

25. Puisque les trois catégories de l'entreprise criminelle commune existaient en droit international coutumier au moment de la commission des crimes relevant de la compétence des CETC, soit de 1975 à 1979, l'étape suivante consiste à déterminer si cette théorie est en fait applicable devant les CETC.

B. La théorie de l'entreprise criminelle commune est applicable devant les CETC

26. Les co-procureurs font valoir que les personnes mises en examen ont été suffisamment averties que leur participation à une entreprise criminelle commune entraînerait

⁶¹ Ibid., par. 193.

⁶² *Eichmann II*, par. 11 (concernant la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité), par. 14 (concernant le rejet de la défense tirée de l'acte de l'État) et par. 15 (concernant le rejet de la défense tirée de l'obéissance aux ordres du supérieur hiérarchique).

⁶³ *Le Procureur c. Prlic et consorts*, affaire n° IT-04-74-PT, décision portant rejet des exceptions préjudicielles d'incompétence du tribunal, Chambre de première instance I du TPIY, 26 septembre 2005, par. 20.

⁶⁴ *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-T, *Decision on the Preliminary Motions by the Defence [...] Challenging Jurisdiction in relation to Joint Criminal Enterprise*, Chambre de première instance III du TPIR, 11 mai 2004, par. 32 à 38.

leur responsabilité pénale à raison des actes commis en exécution de celle-ci. Ceci est la deuxième exigence du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), selon laquelle il doit y avoir une notification suffisante pour que la théorie de l'entreprise criminelle commune soit applicable devant les CETC. La forme de responsabilité doit avoir en outre été, explicitement ou implicitement, prévue dans les textes fondamentaux instituant le tribunal. La présente section étudie ces deux questions avant d'aborder l'argument exposé dans les observations de la Défense, à savoir que le droit international coutumier ne s'applique pas devant les tribunaux cambodgiens et ne saurait dès lors être appliqué devant les CETC.

La théorie de l'entreprise criminelle commune était accessible et prévisible durant les années 1975-1979

27. L'application de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC ne viole pas le principe *nullum crimen sine lege*, codifié à l'article 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et repris, par renvoi, à l'article 33 de la Loi relative aux CETC. Comme indiqué plus haut, la notion d'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier en 1975 et, comme cela appert des arguments exposés aux paragraphes 31 à 38 de la réponse des co-procureurs, cette forme de responsabilité était suffisamment prévisible et accessible pour les personnes mises en examen lorsque les crimes ont été commis.

28. Citant l'arrêt *Tadic*, la personne mise en examen affirme que les dix affaires relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle sur lesquelles s'est appuyée la Chambre d'appel du TPIY sont des affaires « non publiées » ou, dans certains cas, de simples résumés de décisions rendues oralement. Elle laisse entendre que les CETC ne devraient pas s'appuyer sur ces affaires pour recueillir la substance du droit international coutumier, les personnes mises en examen n'étant pas censées avoir une connaissance utile de travaux non publiés en vertu du principe que nul n'est censé ignorer la loi (*ignorantia juris non excusat*). Cette position est inexacte car, en réalité, la plupart des affaires relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont été publiées sous forme de résumés dans le rapport officiel de la Commission des crimes de guerre des Nations Unies en 1949. Selon l'avant-propos de ces résumés, « [TRADUCTION] l'objet principal de ceux-ci était de contribuer à expliciter le droit, c'est-à-dire cette partie du droit international qui a été appelée le droit de la guerre »⁶⁵. Faisant

⁶⁵ Avant-propos, Law Reports of Trials of War Criminals, XV UNWCC, p. vii (1949). La Commission des crimes de guerre des Nations Unies reconnaît que, lorsque les jugements ne sont pas motivés, il peut s'avérer

autorité et ayant été largement diffusé, ce compte rendu, en plusieurs volumes, de procès dans lequel les tribunaux des crimes de guerre ont reconnu et appliqué la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune apporte de l'eau au moulin de la réponse des co-procureurs disant que les individus étaient suffisamment avertis en 1975-1979 que les atrocités de masse qu'ils commettaient engageraient leur responsabilité pénale en vertu de la théorie de l'entreprise criminelle commune. En outre, comme souligné par le Centre pour les droits de l'homme et le pluralisme juridique de l'Université McGill au paragraphe 13 de son mémoire d'*amicus curiae*, l'approche des autres tribunaux ad hoc a été de présumer que les critères de prévisibilité et d'accessibilité étaient remplis dès lors que le comportement était jugé condamnable au regard du droit international.

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

29. La personne mise en examen considère qu'en ne faisant pas référence à la théorie de l'entreprise criminelle commune dans la Loi relative aux CETC – qui a été adoptée postérieurement au Statut de la CPI, lequel inclut explicitement cette théorie –, les textes fondateurs du tribunal ont rejeté explicitement l'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité⁶⁶. Les co-procureurs demandent aux co-juges d'instruction de rejeter cet argument, entre autres, pour les trois motifs qui vont suivre.

30. En premier lieu, le libellé de l'article 29 de la Loi relative aux CETC, qui prévoit qu'engage sa responsabilité pénale individuelle « tout suspect qui a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis » les crimes relevant de la compétence des CETC, reflète fidèlement les dispositions correspondantes des statuts du TPIY, du TPIR et du TSSL. Tous ces tribunaux internationaux ou internationalisés interprètent le mot « commis » comme incluant la participation à la réalisation d'un but ou dessein commun⁶⁷. Certes, les CETC ne sont pas tenues par les précédents émanant de ces

difficile d'identifier avec précision les motifs ayant fondé la décision du tribunal ; elle ajoute cependant que cette difficulté est surmontée en grande partie par un examen minutieux de l'acte d'accusation, des plaidoiries des deux parties et du jugement.

⁶⁶ Requête de IENG Sary, par. 6.

⁶⁷ Affaire CDF, *Decision on Motions for Judgment of Acquittal pursuant to Rule 98*, affaire n° SCSL-04-14-T, 21 octobre 2005, par. 130 : « [TRADUCTION] La Chambre reconnaît que sur le plan du droit, de manière générale, l'article 6.1 du Statut du Tribunal spécial ne limite pas, sur le plan prescriptif, la responsabilité pénale aux seules personnes qui planifient, incitent, ordonnent, commettent physiquement un crime ou apportent leur aide et encouragement de quelque autre manière à sa planification, sa préparation ou sa perpétration. Son champ prescriptif s'étend au-delà et interdit la commission de crimes dans le cadre d'une entreprise criminelle commune, dans la poursuite d'un but commun visant à commettre des crimes réprimés par le Statut. »

juridictions sœurs, mais adopter une interprétation différente de dispositions statutaires au libellé identique, cela serait une source d'incohérence et d'imprévisibilité au sein du droit pénal international et placerait les CETC à l'écart de ces institutions respectées par la communauté internationale.

31. En deuxième lieu, lors de l'adoption en 2001 de la Loi relative aux CETC, ceux qui l'avaient rédigée avaient connaissance de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*. Plus particulièrement, ils savaient que la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune était visée à l'article 7.1 du Statut du TPIY, vu l'objet et le but du Statut, la nature des crimes internationaux, l'examen de la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale et l'étude comparative de la législation de plusieurs pays⁶⁸. Dès lors, si les rédacteurs avaient souhaité exclure explicitement l'entreprise criminelle commune, comme le soutient la requête, ils n'auraient pas reproduit mot pour mot l'article 7.1 du Statut du TPIY à l'article 29 de la Loi relative aux CETC. Ils auraient au contraire suivi l'approche des rédacteurs du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui ont délibérément adopté un libellé différent. Le Statut de Rome emploie le mot de « co-perpétration » et non l'expression d'« entreprise criminelle commune » et modifie cette théorie en exigeant la connaissance [de l'intention criminelle] pour les trois formes de responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune⁶⁹.

32. Le Statut des Chambres spéciales pour les crimes graves au Timor-Oriental, adopté en 2001, soit un an avant la Loi relative aux CETC, constitue un exemple intéressant de cette dernière approche. Il utilise la formulation de l'article 25 du Statut de Rome, de préférence à celle des statuts du TPIY, du TPIR, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ou, par la suite,

⁶⁸ Arrêt *Tadic*, par. 189, 191 et 195 à 226.

⁶⁹ Contrairement à la façon dont les tribunaux pénaux internationaux appliquent la première catégorie d'entreprise criminelle commune, la CPI n'exige pas de l'accusé qu'il partage l'intention (*mens rea*) des auteurs matériels ; en ce qui concerne la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, elle exige la connaissance au lieu de se contenter de la prévisibilité. Voir Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF. 183/9 (1998), art. 25. La CPI utilise l'expression « perpétration conjointe » de préférence à l'expression « entreprise criminelle commune » dans sa jurisprudence relative à la responsabilité prévue à l'article 25, mais, comme l'indiquent ses plus récents jugements sur la question, elle applique en réalité la théorie de l'entreprise criminelle commune sous un nom différent et avec des modifications mineures. Voir *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, affaire n° ICC/04-01/07, 30 septembre 2008, par. 533. (« [TRADUCTION] La Chambre conclut que la co-perpétration d'un crime exige que les deux suspects : a) sachent que la réalisation pour l'un et l'autre des éléments objectifs du crime aboutira à la réalisation de leur plan commun ; b) entreprendre ces activités avec l'intention spécifique de provoquer les éléments objectifs du crime, ou être conscients que la réalisation des éléments objectifs résultera de leurs actions dans le cours normal des événements. »)

des CETC⁷⁰. Ainsi, plutôt que d'établir l'intention explicite de rejeter l'entreprise criminelle commune, la décision des rédacteurs de ne pas adopter la formulation du Statut de Rome ou de ne pas exclure spécifiquement l'entreprise criminelle commune pour s'assurer que l'article 29 ne serait pas interprété suivant l'approche des autres tribunaux ad hoc, prouve en réalité le contraire : les rédacteurs souhaitaient que les CETC suivent le précédent de l'arrêt *Tadic* plutôt que la formulation plus restrictive du Statut de Rome.

33. Par ailleurs, l'idée prônée dans les observations de la Défense, selon laquelle il s'impose, pour interpréter l'article 29, de tenir compte de la distinction entre l'expression « traduire en justice », utilisée dans la définition de l'objet de la Loi relative aux CETC, et le terme « poursuivre », utilisé dans le Statut du TPIY, n'est pas rationnelle et n'est étayée par aucune source⁷¹. Ces expressions sont synonymes : on ne voit pas comment les CETC pourraient traduire en justice les dirigeants des Khmers rouges et les principaux responsables des crimes commis par ce régime sans entendre également les poursuivre, et inversement.

34. En troisième lieu, l'objet et le but de la Loi relative aux CETC étayent l'idée que l'article 29 comprend l'entreprise criminelle commune. L'article premier dispose que l'objet de la loi est de traduire en justice « les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables » des crimes commis. L'objectif énoncé fait clairement apparaître que les CETC doivent se centrer sur les crimes internationaux à grande échelle et sur les crimes nationaux.

35. Comme cela est acquis depuis l'époque des procès de Nuremberg, c'est le caractère unique de tels crimes qui justifie et requiert la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Cela a été expliqué dans l'arrêt *Tadic* :

La plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif : ils sont souvent exécutés par des groupes d'individus agissant de concert aux fins de la réalisation d'un dessein criminel commun. Bien que le crime puisse être physiquement commis par certains membres du groupe (meurtre, extermination, destruction arbitraire de villes et villages, etc.), la participation et la contribution des autres membres du groupe est souvent essentielle pour favoriser la perpétration des crimes en question. Il s'ensuit que sur le plan de

⁷⁰ Administration transitoire des Nations Unies au Timor-Oriental, règlement n° 2000/15 relatif à l'établissement de commissions spéciales avec une compétence exclusive en matière de crimes graves, document de l'ONU (UNTAET/REG/2000/15.6), 6 juin 2000, section 14.3 (d). Le Statut du Tribunal spécial pour le Liban adopte une approche similaire. Voir art. 3.1 b) du Statut annexé à l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et la République libanaise sur la création d'un tribunal spécial pour le Liban, en pièce jointe à la résolution 1757 du Conseil de sécurité S/RES/1757 (30 mai 2007).

⁷¹ Observations de la Défense, par. 17.

l'élément moral, la gravité d'une telle participation est rarement moindre – ou différente – de celle des personnes ayant effectivement exécuté les actes visés⁷².

Ce passage a été cité dans de nombreux jugements ultérieurs du TPIY⁷³ ; dans l'affaire *Karemera*, la Chambre de première instance du TPIR a élaboré un raisonnement similaire à propos de la théorie de l'entreprise criminelle commune :

[TRADUCTION] Tenir pénalement responsable comme auteur la seule personne qui commet matériellement l'acte criminel aboutirait à ignorer le rôle de co-auteurs de tous ceux qui d'une certaine manière ont rendu possible l'accomplissement matériel de l'acte criminel par l'auteur. Mais, suivant les circonstances, tenir ces derniers responsables uniquement en tant que complices, cela risquerait d'atténuer leur responsabilité pénale⁷⁴.

36. La requête de IENG Sary invoque un nombre limité d'opinions judiciaires dissidentes et de critiques académiques de la théorie de l'entreprise criminelle commune pour appuyer l'argumentation de la personne mise en examen sur la non-application de l'entreprise criminelle commune devant les CETC⁷⁵. À une écrasante majorité, les chambres des tribunaux pénaux internationaux ayant eu à connaître de la question ont appliqué la théorie de l'entreprise criminelle commune. De même, la doctrine a été largement favorable à cette théorie en raison de l'impératif de traduire en justice les responsables des atrocités de masse. Un universitaire estime que la théorie contribue à renforcer la fonction de recherche de la vérité des procès de droit pénal international en rendant compte, avec plus de précision que d'autres théories portant sur la responsabilité, de la façon dont les crimes sont conçus, planifiés et exécutés dans un contexte de système de criminalité⁷⁶. Un autre chercheur considère qu'il est de la nature des crimes internationaux d'être des crimes à grande échelle commis par une pluralité d'auteurs, la preuve de la participation d'un accusé étant souvent tenue⁷⁷. Dans le même sens, Antonio Cassese, rédacteur en chef du *Journal of International Criminal Justice*, a écrit ce qui suit :

⁷² Arrêt *Tadic*, par. 191.

⁷³ Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 28 février 2005, par. 80 ; *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-A, arrêt, 17 septembre 2003, par. 29 ; *Le Procureur c. Blagojevic et Jokic*, affaire n° IT-02-60-T, jugement, 17 janvier 2005, par. 695.

⁷⁴ *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-T, *Decision on the Preliminary Motions Challenging Jurisdiction in relation to Joint Criminal Enterprise*, Chambre de première instance III, 11 mai 2004, par. 36.

⁷⁵ La personne mise en examen cite l'opinion en partie dissidente du juge Liu dans *Le Procureur c. Naser Oric*, affaire n° IT-03-68-A, arrêt, TPIY, 3 juillet 2008, par. 26, et l'opinion en partie dissidente du juge Shahabuddeen dans *Le Procureur c. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), Chambre d'appel du TPIY, 16 juillet 2003, par. 21.

⁷⁶ Katrina Gustafson, *The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint Criminal Enterprise Liability, A Critique of Brdanin*, 5 J. Int'l Crim. Jus. 134 (2007), p. 139.

⁷⁷ Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes* (2008), 235.

[TRADUCTION] Les crimes internationaux tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide, la torture et le terrorisme ont en commun de tendre à être l'expression d'une criminalité collective en ce qu'ils sont perpétrés par une multitude de personnes, des forces militaires, des unités paramilitaires ou des responsables gouvernementaux agissant à l'unisson, ou dans la plupart des cas, dans la mise en œuvre d'une politique. Lorsque de tels crimes sont commis, il est extrêmement difficile de déterminer la contribution spécifique apportée par chacun des participants individuels à l'entreprise criminelle ou au crime collectif [...] La notion d'entreprise criminelle commune introduit un mode de responsabilité pénale qui semble particulièrement adapté pour appréhender la responsabilité de tous les participants à un plan criminel commun⁷⁸.

Même Mark Osiel, dont les écrits ont critiqué l'entreprise criminelle commune, en convient :

[TRADUCTION] La participation à une entreprise, d'autre part, est plus en phase avec les dimensions tout autres des atrocités de masse, où l'influence néfaste circule à l'aide de réseaux informels et largement dispersés [...] La souplesse doctrinale doit répondre à la flexibilité organisationnelle pour que les actes d'accusation puissent cerner les contours factuels des infractions commises par les accusés⁷⁹.

37. Il est donc inexact de suggérer, comme le fait la Défense dans ses observations, qu'interpréter l'article 29 de manière à inclure une forme de responsabilité qui est étrangère à son système juridique est diamétralement opposé à l'objet et au but des CETC⁸⁰. Il est manifeste que les rédacteurs entendaient que l'article 29 englobe les trois catégories de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune ; sinon, ils auraient pris soin de s'exprimer autrement.

Le droit international coutumier est applicable devant les CETC

38. Il est de jurisprudence constante que les CETC sont un tribunal internationalisé spécial qui applique des règles et des normes internationales⁸¹. La Loi relative aux CETC, de son côté, prévoit expressément que référence peut être faite aux règles de procédure établies au niveau international⁸².

39. En outre, l'article 15.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques traduit le principe fondamental que même les tribunaux nationaux peuvent juger les crimes internationaux selon les formes de responsabilité internationalement reconnues, que ces crimes ou ces formes de responsabilité fussent reconnus ou non dans la loi nationale au

⁷⁸ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Second ed., 2008), p. 189 à 191.

⁷⁹ Mark Osiel, "The Banality of Good : Aligning Incentives against Mass Atrocity", 105 *Columbia Law Review*, 1751-1771 (2005).

⁸⁰ Observations de la Défense, par. 19.

⁸¹ Décision relative au juge Ney Thol, par. 30.

⁸² Voir, par exemple, art. 33 nouveau.

moment de la commission⁸³. Il serait incongru, juridiquement, que les CETC aient à juger des crimes sans être en mesure d'appliquer les formes de responsabilité ordinairement attachées à ces crimes en droit international. La Défense affirme à tort dans ses observations que « [TRADUCTION] les CETC ne peuvent appliquer le droit international coutumier que si le droit constitutionnel cambodgien le permet ou l'exige »⁸⁴.

C. La troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'introduit pas une forme de culpabilité par association et ne risque pas de ternir la réputation de certains membres du Gouvernement et de la société cambodgienne

40. Sans compter qu'elle tente d'alarmer l'opinion publique et de politiser le processus judiciaire, l'interprétation que fait la personne mise en examen de la théorie de l'entreprise criminelle commune, interprétation qui risquerait, dit-on, d'assombrir le panorama de la responsabilité, dépasse sa portée et dénature les conséquences de l'application de cette forme de responsabilité pénale.

41. Contrairement à ce qu'affirme la personne mise en examen, l'entreprise criminelle commune ne favorise pas indûment le ministère public ou ne nuit pas injustement à la position de la Défense. On peut opposer, en particulier, au moins quatre motifs à l'argument que le critère de prévisibilité, sur lequel se fonde la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, introduit une forme de culpabilité par association ou de responsabilité objective pour appartenance à une organisation criminelle.

42. En premier lieu, la responsabilité dans le cadre d'une entreprise criminelle commune ne se confond pas avec le crime d'appartenance à une organisation criminelle. Celui-ci a fait l'objet d'une incrimination distincte à Nuremberg et dans les procès ultérieurs relevant de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ; selon cette incrimination, l'appartenance volontaire et en connaissance de cause à une entité considérée comme une organisation criminelle suffisait

⁸³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15.2 : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. » *Le Procureur c. Milan Milutinovic, Nikola Sainovic et Dragoljub Ojdanic*, affaire n° IT-99-37-AR72, arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – entreprise criminelle commune, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003, par. 41 et 42 (ci-après la « décision *Ojdanic* relative à l'entreprise criminelle commune ») (il était légitime d'appliquer la responsabilité de l'entreprise criminelle commune aux crimes commis en Bosnie, même si ce mode de responsabilité n'était pas reconnu par le droit de l'ex-Yougoslavie). Les co-procureurs notent que le droit cambodgien connaissait en 1975-1979 trois types de responsabilité collective analogues à la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune, à savoir : 1) la « coaction » ou « co-perpétration », 2) la complicité, 3) la pluralité d'auteurs. Code pénal de 1956, livre II, art. 82 (« coaction » et complicité) et livre III, art. 145 (pluralité d'auteurs).

⁸⁴ Observations de la Défense, par. 63.

pour entraîner la responsabilité pénale individuelle. À Nuremberg, l'infraction distincte d'appartenance à une organisation criminelle fut adoptée pour faciliter les poursuites ultérieures à l'encontre de contrevenants subalternes⁸⁵. Au contraire, la responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune ne s'attache pas au simple fait d'appartenir à une organisation mais, « ce qui est différent, à la participation à la perpétration d'un crime dans le cadre d'une entreprise criminelle commune »⁸⁶.

43. En deuxième lieu, la justification de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune se trouve dans des considérations d'ordre public. Autrement dit, elle découle du besoin de protéger la société contre des individus qui : 1) se réunissent pour prendre part à des entreprises criminelles, 2) sans partager l'intention criminelle des participants qui envisagent de commettre des crimes graves en dehors du cadre de l'entreprise commune, sont néanmoins au courant que de tels crimes peuvent être commis, et 3) ne s'opposent pas à ou n'empêchent pas la perpétration de ceux-ci⁸⁷. Comme la High Court of England and Wales l'a relevé, l'expérience montre que les entreprises criminelles ont une propension très marquée à déboucher sur la commission d'infractions des plus graves⁸⁸. Ainsi, la responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune trouve sa justification à la fois dans le caractère unique des menaces constituées par le crime organisé et le caractère unique des défis que présente la poursuite de tels criminels.

44. En troisième lieu, la responsabilité pénale secondaire basée sur la prévisibilité et le risque est une forme de responsabilité qui dépend d'un plan criminel commun et lui est accessoire. Le « crime secondaire » découle de l'existence d'une planification conjointe antérieure en vue de commettre le crime concerté ou les actes criminels principaux d'une entreprise criminelle commune ; il en est l'extension ou il la rend possible. En d'autres termes, il y a un lien de causalité entre le crime concerté et le crime secondaire. L'auteur secondaire ne partageait pas l'intention du participant qui a commis le crime secondaire, mais sa culpabilité repose sur le fait qu'il aurait pu prévoir un tel comportement et qu'il a délibérément pris le risque qu'il puisse avoir lieu. Il aurait pu empêcher ce crime ou se dissocier de sa commission probable ; à défaut de quoi, il doit lui aussi être tenu responsable

⁸⁵ Law Reports of Trials of War Criminals, XV, p. 98-99.

⁸⁶ Décision *Ojdanic* relative à l'entreprise criminelle commune, par. 25 [sic].

⁸⁷ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Second ed., 2008), p. 202.

⁸⁸ *Regina v. Powell and another, Regina v. English*, Royaume-Uni, Chambre des Lords, 30 octobre 1997 (opinion de Lord Steyn), cité dans Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Second ed., 2008), p. 203.

de pareille commission⁸⁹. Cela ne se confond pas avec des situations où le crime est le fruit d'un projet licite à l'origine. Dans ces conditions, par exemple, lorsqu'une unité militaire exécute une action militaire légitime et qu'un de ses membres commet plus tard un acte illicite non prévu, la responsabilité de cet acte est considérée être le fait de son seul auteur.

45. En quatrième lieu, le tribunal peut, lorsqu'il fixe la peine, tenir compte des différents degrés de culpabilité des participants à une entreprise criminelle commune⁹⁰.

46. La personne mise en examen s'interroge sur l'imprécision du critère de « prévisibilité » de la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune. Pourtant, les juges tant nationaux qu'internationaux ont appliqué un tel critère avec rigueur et équité au cours de l'histoire, dans de nombreux contextes de droit pénal. En réalité, un critère objectif de « prévisibilité » est également applicable lorsqu'il s'agit de prouver la complicité ou encore la responsabilité du supérieur hiérarchique. Comme dans le cas de la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune, la preuve de la complicité repose sur un test objectif, à savoir qu'il s'agit de déterminer si l'accusé était conscient du fait qu'un crime « serait vraisemblablement commis »⁹¹. De même que c'est le cas de la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune, la responsabilité du supérieur hiérarchique fait appel à un critère de prévisibilité pour déterminer : 1) si un acte, ou une omission, engageant la responsabilité pénale a été commis par d'autres personnes que l'accusé ; 2) s'il existait une relation de supérieur à subordonné entre l'accusé et l'auteur principal ; 3) si l'accusé en tant que supérieur hiérarchique savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre de tels crimes ou qu'il les avait commis ; 4) si l'accusé en tant que supérieur hiérarchique avait ou n'avait pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher la commission de tels crimes ou en punir l'auteur⁹². En réalité, le critère « avait des raisons de savoir » relatif à la responsabilité du supérieur hiérarchique est un critère objectif qui est encore moins exigeant quant à la *mens rea* (intention criminelle) que ce qui est prévu pour la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune.

⁸⁹ Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Second ed., 2008), p. 202.

⁹⁰ Ibid., pages 202 à 205.

⁹¹ *Le Procureur c. Anto Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement, Chambre de première instance du TPIY, 10 décembre 1998, par. 246.

⁹² *Le Procureur c. Naser Oric*, affaire n° IT-03-68-T, jugement, Chambre de première instance du TPIY, 30 juin 2006, par. 294.

47. Reste à déterminer non pas si le droit international prévoit la responsabilité découlant de la participation une entreprise criminelle commune mais quelles sont les conditions d'application d'une telle forme de responsabilité. Selon les co-procureurs, la jurisprudence des autres tribunaux ad hoc a délimité de manière claire et systématique les contours de la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune de sorte que celle-ci est désormais suffisamment précise. Concrètement, l'accusé doit non seulement avoir apporté une contribution significative à l'exécution du plan criminel, mais il faut encore : a) qu'il partage l'intention criminelle ou, à tout le moins, b) qu'il soit au courant de la possibilité qu'un crime pourrait être commis en conséquence de l'exécution de l'acte criminel et qu'il en prenne le risque délibérément. Ainsi donc, il ne suffit pas que le crime ait été une conséquence naturelle et prévisible de la participation au plan (critère objectif exigeant une imprudence délibérée/*dolus eventualis*), encore faut-il que l'accusé ait pris le risque délibérément alors qu'il en connaissait les conséquences prévisibles⁹³.

48. La Chambre d'appel du TPIY a, en outre, cherché délibérément à éviter que la théorie de l'entreprise criminelle commune ne connaisse une trop forte expansion au point qu'elle en brouillerait les contours. Par exemple, dans l'arrêt *Krnjelac*, elle a jugé que l'utilisation de la notion d'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité « suppos[ait] une définition stricte du but commun » et qu'il fallait « identifier aussi précisément que possible les auteurs principaux qui commettaient matériellement le crime »⁹⁴.

49. Truffée de considérations extrajudiciaires, la requête de IENG Sary énumère plusieurs membres éminents du Gouvernement cambodgien qui, selon la personne mise en examen, pourraient voir leur réputation « entachée » en tant que membres d'une entreprise criminelle commune si cette forme de responsabilité devait être appliquée devant les CETC. Ces préoccupations ne sont pas justifiées. Comme il appert des arguments développés ci-dessus, les trois formes d'entreprise criminelle commune, si elles sont appliquées correctement, engagent la responsabilité des seuls individus qui, alors qu'ils partagent (par opposition à la simple connaissance) un but commun avec d'autres, apportent une contribution *significative* à la poursuite de ce but criminel avec l'intention directe de commettre des crimes qui

⁹³ *Le Procureur c. Milan Babic*, affaire n° IT-03-72-A, arrêt relatif à la sentence, Chambre d'appel du TPIY, 18 juillet 2005, par. 27

⁹⁴ *Le Procureur c. Milorad Krnjelac*, affaire n° IT-97-25-A, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 17 septembre 2003, par. 116.

contribuent à la réalisation de ce but⁹⁵. Ce n'est pas simplement parce qu'ils ont soutenu le régime que la théorie de l'entreprise criminelle commune est applicable à la personne mise en examen ou, en l'occurrence, aux quatre autres co-accusés. Il leur est au contraire reproché d'avoir souscrit et participé à un plan concerté qui comportait vingt-cinq faits distincts constitutifs de meurtre, torture, transfert forcé, détention illégale, travail forcé et persécution religieuse politique et ethnique, commis sur une grande échelle.

IV. CONCLUSION

50. Les co-procureurs font valoir que la requête et les observations de la Défense tentent de politiser le débat judiciaire en suscitant la crainte injustifiée de poursuites à l'encontre de membres nommément désignés de la société cambodgienne, l'objectif étant de dissuader les co-juges d'instruction d'utiliser devant les CETC une forme de responsabilité pénale reconnue internationalement. Pourtant, les co-juges d'instruction ne peuvent ignorer que le rejet de la responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune pourrait avoir pour effet d'empêcher que ces crimes commis sur une grande échelle par les Khmers rouges soient poursuivis efficacement devant les CETC. Tourner ainsi le dos à la jurisprudence des tribunaux amenés à connaître des crimes de guerre depuis Nuremberg, cela risquerait d'être interprété par la communauté tant nationale qu'internationale comme la permission donnée aux mis en examen d'échapper à leur responsabilité grâce à des arguties juridiques propres aux CETC. C'est courir le risque de déstabiliser le processus judiciaire que le peuple cambodgien et la communauté internationale attendent depuis si longtemps. La requête de IENG Sary doit être rejetée à raison de ces seuls motifs.

51. Si la requête devait être déclarée recevable, les co-procureurs demandent aux co-juges d'instruction de la rejeter sur la base des objections préliminaires ou, à défaut, de la juger non fondée, puisque les trois catégories de responsabilité découlant de la participation à une entreprise criminelle commune sont applicables devant les CETC.

[Signé]

YET Chakriya
Co-procureur adjoint

Robert PETIT
Co-procureur

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 31 décembre 2008

⁹⁵ *Le Procureur c. Radoslav Brdanin*, affaire n° IT-99-36, arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril 2007, par. 430.