

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

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ  
Déposé auprès de : Les co-juges d'instruction  
Date : 28 juillet 2008  
Déposé par : La défense de IENG Sary  
Langue : Français, original en anglais  
Type de document : Public

**ឯកសារទទួល**  
DOCUMENT RECEIVED/DOCUMENT REÇU  
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ (Date of receipt/Date de reception): 26 / 07 / 2008  
ម៉ោង (Time/Heure): 14:50  
មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: SANN RADA

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

Déposé par :

Les co-avocats de Ieng Sary :  
Me ANG Udom  
Me Michael G. KARNAVAS

Destinataires :

Les co-juges d'instruction :  
M. le juge YOU Bun Leng  
M. le juge Marcel LEMONDE

**ឯកសារចម្លងត្រឹមត្រូវតាមច្បាប់**  
CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME  
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ បញ្ជាក់ (Certified Date/Date de certification): 26 / 07 / 2008  
មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: SANN RADA

**ឯកសារដើម**  
ORIGINAL DOCUMENT/DOCUMENT ORIGINAL  
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ ទទួល (Date of receipt/Date de reception): 26 / 07 / 2008  
ម៉ោង (Time/Heure): 12:00  
មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Juy

**ឯកសារចម្លងត្រឹមត្រូវតាមច្បាប់**  
CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME  
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ បញ្ជាក់ (Certified Date/Date de certification): 26 / 07 / 2008  
មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Juy

Par l'intermédiaire de ses co-avocats (ci-après, la « défense »), M. IENG Sary s'oppose, par la présente Requête déposée en application de la règle 53 1) du Règlement intérieur, à ce que les CETC puissent retenir la forme de responsabilité découlant d'une participation à une « entreprise criminelle commune » à l'encontre des personnes mises en accusation devant elles. Cette requête se justifie au vu du fait que le Bureau des co-procureurs, ainsi qu'il ressort d'un de ses communiqués de presse<sup>1</sup>, cherche bien à faire appliquer cette théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, même s'il ne l'invoque pas explicitement. On peut lire en effet, dans ce communiqué de presse, que les crimes allégués, énoncés dans le Réquisitoire introductif, ont été « commis dans le cadre d'un plan criminel commun... »<sup>2</sup>. La responsabilité pénale découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune peut être retenue à l'encontre de deux ou plusieurs personnes ayant échafaudé et mis à exécution un plan criminel commun qui a donné lieu à la commission de crimes : les participants au plan criminel commun sont responsables, non seulement des crimes qu'ils ont convenu de commettre dans le cadre de leur plan, mais aussi de tous les autres crimes qui peuvent être considérés comme la conséquence naturelle et prévisible de ce plan et ce, même si ces derniers crimes ont été commis par des personnes extérieures au projet criminel<sup>3</sup>. Nous faisons valoir que ce mode de participation ne peut être retenu contre les personnes mises en accusation devant les CETC pour engager leur responsabilité pénale car : a) cette forme de responsabilité n'est pas prévue dans la Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (ci après, la « Loi relative aux CETC ») ; b) elle n'est pas reconnue par le droit cambodgien ; c) elle n'est pas consacrée par le droit international coutumier et, même à supposer qu'elle le soit aujourd'hui, tel n'était pas le cas en 1975-1979, sans compter que le droit international

<sup>1</sup> Voir le communiqué de presse intitulé « Déclaration des co-procureurs », du 18 juillet 2007.

<sup>2</sup> La notion d'entreprise criminelle commune a reçu nombre d'étiquettes interchangeables : « projet criminel commun », « but criminel commun », « dessein ou but criminel commun », « dessein criminel commun », « objectif commun », « but commun » ou « objectif commun concerté ». L'objectif commun a été généralement décrit comme s'inscrivant dans le cadre d'une « entreprise criminelle », d'une « entreprise commune » ou d'une « entreprise criminelle commune » (Voir l'affaire *Le Procureur c/ Brdanin et Talić*, n° IT-99-36-PT, Décision relative à la forme du nouvel acte d'accusation modifié et à la requête de l'Accusation aux fins de modification dudit acte, 26 juin 2001, par. 24).

<sup>3</sup> Voir l'affaire *Le Procureur c/ Haradinaj et consorts*, n° IT-04-84-T, Jugement, 3 avril 2008, par. 135. « Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a conclu, dans les grandes lignes, que quiconque contribue à la perpétration d'un crime par un groupe de personnes visé, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable sous certaines conditions » [traduction non officielle].

coutumier n'est pas directement applicable aux procédures devant les tribunaux cambodgiens et d) elle n'est consacrée dans aucune convention internationale applicable aux procédures devant les CETC. Il s'ensuit qu'en ayant recours à la théorie de l'entreprise criminelle commune, les CETC violeraient le principe *nullum crimen sine lege*. De plus, en cherchant à faire appliquer cette théorie, les co-procureurs font inévitablement peser un large soupçon de responsabilité sur beaucoup de membres éminents de la société cambodgienne et d'autres personnalités, dont [redacted]

[14 noms de personnes annulés]

[annulé]

[cancellé]

### I. Évolution et définition de la notion d'entreprise criminelle commune

1. La notion d'entreprise criminelle commune est une construction intellectuelle juridique inspirée d'une analyse sélective d'un nombre limité d'affaires et de conventions internationales de l'après-Deuxième Guerre mondiale<sup>17</sup>, qui a amené la Chambre d'appel du TPIY à rendre, dans l'affaire *Tadić*, une conclusion très controversée<sup>18</sup>, puisqu'elle a reconnu que cette notion était « bien établie en droit international coutumier »<sup>19</sup>. Cette Chambre d'appel a « fouillé la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale pour en extraire des affaires où elle a cru voir cette doctrine appliquée » [traduction non officielle]<sup>20</sup>. De plus, cette même Chambre a fondé sa conclusion sur deux conventions internationales qui n'étaient pas encore en vigueur à l'époque des faits<sup>21</sup>. Par ailleurs, la Chambre d'appel *Tadić* a conclu que

[cancellé]

<sup>17</sup> Cette question est examinée plus en profondeur plus loin, à la section III B.

<sup>18</sup> Göran Sluiter, « Guilt by Association: Joint Criminal Enterprise on Trial », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, p. 67 (2007) : « Depuis l'Arrêt rendu le 15 juillet 1999 dans l'affaire *Tadić*, la notion d'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité pénale retenue en droit international est devenue l'un des éléments les plus controversés du droit pénal international matériel ».

<sup>19</sup> Affaire *Le Procureur c/ Tadić*, n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999 (ci-après l'« Arrêt *Tadić* »), par. 220.

<sup>20</sup> Affaire *Le Procureur c/ Brdjanin*, n° IT-99-36-A, *Amicus Brief of Association of Defence Counsel – ICTY* [Mémoire d'amicus curiae de l'Association des conseils de la Défense du TPIY], 5 juillet 2005, par.14 (ainsi que les paragraphes 15 à 38 de ce même mémoire pour une analyse plus approfondie des affaires sur lesquelles la Chambre d'appel s'est fondée pour rendre l'Arrêt *Tadić*).

<sup>21</sup> Arrêt *Tadić*, par. 221 et 222 ; cette question est examinée plus en profondeur plus loin, aux paragraphes 18 à 20.

la participation à une entreprise criminelle commune constituait une forme de « commission », alors même que le Statut du TPIY ne parle pas explicitement de l'entreprise criminelle commune<sup>22</sup>.

2. La jurisprudence actuelle des tribunaux internationaux spéciaux distingue trois catégories d'entreprise criminelle commune :
  - a. Entrent dans la première catégorie (la forme élémentaire de l'entreprise criminelle commune) les affaires où « tous les coauteurs [agissent] de concert dans un but criminel commun [et] ont la même intention criminelle, [...] même si chacun [de ces co-auteurs] peut jouer un rôle différent [dans l'entreprise criminelle commune] »<sup>23</sup>.
  - b. La deuxième catégorie (la forme systémique de l'entreprise criminelle commune) « se caractérise par l'existence d'un système criminel organisé ; c'est le cas, en particulier, des camps de concentration ou de détention »<sup>24</sup>.
  - c. La troisième catégorie (la forme élargie de l'entreprise criminelle commune) couvre « les affaires impliquant un but commun, celui de commettre un crime, et dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, quoique débordant le cadre du but commun, est une conséquence naturelle et prévisible de sa réalisation »<sup>25</sup>.
3. L'*actus reus* requis pour constituer une participation à une entreprise criminelle commune est commun aux trois formes de cette entreprise et comprend les trois éléments suivants : 1) « une pluralité de personnes », 2) « l'existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration » et 3) « la participation de l'accusé au dessein commun impliquant la commission de l'un des crimes prévus dans le Statut »<sup>26</sup>, participation qui doit être « importante »<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Ibid., par. 187 à 193.

<sup>23</sup> Ibid., par. 196. Voir aussi l'affaire *Le Procureur c/ Vasiljević*, n° IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004 [ci-après l'« Arrêt *Vasiljević* »], par. 97.

<sup>24</sup> Affaire *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, n° IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005 [ci-après l'« Arrêt *Kvočka* »], par. 82.

<sup>25</sup> Arrêt *Vasiljević*, par. 99. Voir aussi l'Arrêt *Tadić*, par. 204.

<sup>26</sup> Arrêt *Tadić*, par. 227.

<sup>27</sup> Affaire *Le Procureur c/ Brđanin*, n° IT-99-36-A, Arrêt [en anglais seulement], 3 avril 2007 [ci-après l'« Arrêt *Brđanin* »], par. 430.

4. L'élément moral (*mens rea*) varie, en revanche, en fonction de la catégorie de l'entreprise criminelle commune envisagée. S'agissant de la première catégorie, l'élément requis est l'intention de commettre un crime précis, intention qui doit être partagée par tous les participants à l'entreprise<sup>28</sup>. En ce qui concerne la deuxième catégorie, il faut que l'accusé a) ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements et b) « qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitements »<sup>29</sup>. Pour ce qui est de la troisième catégorie, l'élément requis est « l'intention de contribuer à la réalisation du but criminel du groupe et d'apporter son concours à l'entreprise criminelle commune ou, en tout état de cause, à la perpétration d'un crime par le groupe<sup>30</sup>. « [L]a responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si, dans les circonstances de l'espèce, i) il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis [...], et ii) l'accusé a délibérément pris ce risque »<sup>31</sup>. Il faut qu'il y ait dol éventuel (une imprudence délibérée) de la part de l'accusé, soit d'avantage qu'une simple négligence<sup>32</sup>.
5. Les définitions données plus haut des différentes catégories d'entreprise criminelle commune et des éléments constitutifs de chacune d'entre elles peuvent donner à croire que cette forme de responsabilité est clairement et définitivement circonscrite. On ne saurait être plus loin de la vérité<sup>33</sup>. En réalité, depuis l'apparition de l'entreprise criminelle commune dans la jurisprudence des tribunaux internationaux spéciaux, les contours de cette notion n'ont fait que fluctuer. La fabrication de toutes pièces, par le pouvoir judiciaire, de la théorie de l'entreprise criminelle en tant que forme doctrinale de la responsabilité pénale individuelle a même été vivement dénoncée. Ainsi, dans une opinion partiellement dissidente qu'il a formulée dans le jugement du TPIY rendu dans l'affaire *Simić*, le juge Per-Johan Lindholm a relevé :

---

<sup>28</sup> Arrêt *Tadić*, par. 228. Voir aussi l'Arrêt *Vasiljević*, par. 101.

<sup>29</sup> Arrêt *Tadić*, par. 228. Voir aussi l'Arrêt *Kvočka*, par. 243.

<sup>30</sup> Arrêt *Tadić*, par. 228.

<sup>31</sup> *Ibid.* (non souligné dans l'original).

<sup>32</sup> *Ibid.*, par. 220. Voir aussi l'Arrêt *Kvočka*, par. 83, où est cité le paragraphe 204 de l'Arrêt *Tadić*.

<sup>33</sup> Voir, par exemple, les opinions diverses exprimées dans l'Arrêt *Brđanin*.

Je récuse la notion ou la théorie d'entreprise criminelle commune, que ce soit en l'espèce ou en général. [...] ce qu'on appelle la forme élémentaire de l'entreprise criminelle commune n'a pas de contenu propre. Ce n'est rien d'autre qu'une nouvelle étiquette qu'on accole à une notion ou une théorie connue depuis longtemps dans la plupart des systèmes juridiques et en droit international pénal, à savoir la coaction<sup>34</sup>.

Le professeur Dershowitz a décrit la notion d'entreprise criminelle commune comme un « conglomérat, de surcroît étiré, regroupant les cinq modes de participation reconnus à la commission de crimes, grâce auquel les procureurs et les juges peuvent regrouper sans aucune légitimité des éléments de preuve cumulatifs à charge d'un accusé pour le déclarer coupable de crimes généralisés et ce, sans avoir à démontrer que ce dernier a bien 'planifié', 'instigué', 'ordonné', 'commis' ou autrement 'aidé ou encouragé' à commettre un quelconque acte criminel spécifique »<sup>35</sup>. Les professeurs Danner et Martinez ont conclu que la notion

<sup>34</sup> Affaire *Le Procureur c/ Simić et consorts*, n° IT-95-9-T, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Per-Johan Lindholm, 17 octobre 2003 [ci-après « l'Opinion du juge Lindholm »], par. 2. La coaction a par ailleurs été retenue par la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakić*, pour être ensuite rejetée par la Chambre d'appel dans la même affaire (Voir l'affaire *Le Procureur c/ Stakić*, n° IT-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003, par. 438 à 442, et l'affaire *Le Procureur c/ Stakić*, n° IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, par. 62). Toutefois, le juge Schomburg (qui présidait la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakić*) a réitéré la position défendue par cette Chambre dans une opinion dissidente qu'il a formulée dans le cadre de l'Arrêt rendu dans l'affaire *Simić*, à savoir que l'entreprise criminelle commune « ne constitue qu'une interprétation possible, parmi d'autres, du terme 'commettre' en tant que mode de participation aux crimes visés par le Statut » et que «... l'interprétation donnée à la 'commission' dans beaucoup d'autres systèmes juridiques diffère de celle tirée de la jurisprudence du Tribunal. Depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo, le droit pénal national et international en sont venus à reconnaître, en particulier, la notion de coaction comme forme de commission » [traduction non officielle] (Affaire *Le Procureur c/ Simić*, n° IT-95-9-A, *Dissenting Opinion of Judge Schomburg* [Opinion dissidente du Juge Schomburg], 28 novembre 2006, par. 12 et 14). Le Juge Schomburg a notamment fondé ses conclusions sur une étude – réalisée par l'Institut Max Planck, à la demande du Bureau du Procureur du TPIY – consacrée à l'examen des systèmes de droit de pays dont les juridictions nationales reconnaissent la notion de coaction (voir *Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks* [Participation à la commission du crime : responsabilité pénale des dirigeants de groupes ou réseaux criminels], avis d'expert demandé par le Bureau du Procureur du TPIY ; coordinateurs du projet : Ulrich Sieber, Hans Georg Koch et Jan Michael Simon, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg (Allemagne) [ci-après l'« Étude relative à la participation au crime »]).

<sup>35</sup> Affaire *Le Procureur c/ Krajišnik*, n° IT-00-39-A, *Brief on Joint Criminal Enterprise on Behalf of Momčilo Krajišnik* [mémoire relatif à l'entreprise criminelle commune présenté au nom de Momčilo Krajišnik], 4 avril 2008, par. 4. Une position similaire est défendue dans Mohamed Elewa Badar, « Just Convict Everyone! – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again » [Tous coupables ! – la perpétration conjointe : de Tadić à Stakić et retour à la case départ], *International Criminal Law Review* 293, p. 301 (2006). « Ce qui est particulièrement préoccupant lorsqu'on applique la troisième catégorie de la théorie de l'entreprise criminelle commune, c'est que le participant à cette entreprise est injustement tenu responsable d'actes criminels qu'il n'avait pas l'intention de commettre et auxquels il n'a pas participé. Il est aussi injuste que la responsabilité de l'auteur véritable (celui qui a commis le crime

d'entreprise criminelle commune « fait surgir le spectre de la culpabilité par association et fournit des munitions à ceux qui doutent de la rigueur et de l'impartialité des enceintes internationales »<sup>36</sup>, tandis que le professeur Schabas a qualifié l'entreprise criminelle commune de « balle magique du procureur » et argué que le recours à cette théorie permettait aux procureurs des tribunaux internationaux d'obtenir des « déclarations de culpabilité au rabais »<sup>37</sup>. La notion d'entreprise criminelle commune, que d'aucuns prétendent présenter comme un élément de la doctrine en droit international coutumier, s'élargit ou se contracte selon les exigences nécessaires pour couvrir une situation factuelle imprévue dans une affaire déterminée et, chose plus inquiétante, pour de pures raisons d'opportunité.

## II. Modes de participation pouvant être retenus aux CETC

6. La Loi relative aux CETC est entrée en vigueur en 2004 – soit bien après 1999, date à laquelle la Chambre d'appel du TPIY a conçu la théorie de l'entreprise criminelle commune – et ne comprend pourtant pas, dans les modes de participation y énoncés, la participation à une entreprise criminelle commune. En effet, aux termes de son article 29, tout suspect « qui a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis les crimes mentionnés [dans la Loi] » est tenu individuellement responsable de ces crimes. Inversement, le Statut de la Cour pénale internationale (ci-après la « CPI »), adopté en 1998, inclut explicitement l'entreprise

---

en dehors du projet commun) soit établie sur la base d'un critère subjectif, alors même que, pour retenir la responsabilité du participant, on applique un critère objectif. On peut en outre soutenir que si les accusés avaient réellement participé au crime visé en dehors du 'projet commun' initial, en tant que personnes ayant aidé et encouragé sa commission, ils auraient eu plus de chances d'être acquittés, puisque le Procureur aurait alors été tenu de satisfaire à un critère plus strict pour constituer l'élément moral nécessaire, en ce qu'il aurait eu à démontrer que ces accusés savaient que l'auteur principal était animé de l'intention requise pour que le crime en question soit établi. Finalement, et de manière encore plus inquiétante, on a recours à cette théorie de l'entreprise criminelle commune 'élargie' pour déclarer un participant à un projet commun coupable des crimes perpétrés par leur auteur véritable et ce, même si ce participant n'était pas animé de l'intention ou de l'élément moral requis pour commettre ces crimes (en particulier pour les crimes qui exigent une intention spécifique) » [traduction non officielle].

<sup>36</sup> Allison Marston Danner et Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, *California Law Review* 93, pp. 75 et 137 (2005). Elles notent aussi que, « si la théorie du complot est la stratégie favorite du procureur américain, il est difficilement contestable que celle de l'entreprise criminelle commune n'est rien moins que la bombe nucléaire de l'arsenal du procureur international ».

<sup>37</sup> William A. Schabas, « Mens Rea and the International Tribunal for the Former Yugoslavia » [L'élément moral et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie], *New England Law Review* 37, pp. 1025 et 1032 à 1034 (2003).

criminelle commune<sup>38</sup>. La non-mention de l'entreprise criminelle commune dans la Loi relative aux CETC nous force donc à conclure que la participation à pareille entreprise n'est pas un mode de participation qui peut être retenu contre une personne mise en accusation devant les CETC.

### III. Droit matériel appliqué aux CETC

7. Les CETC appliquent la Loi relative aux CETC et le droit interne cambodgien.

L'article 2 de la Loi relative aux CETC dispose que:

Des chambres extraordinaires sont créées au sein de l'appareil judiciaire existant, à savoir le Tribunal de première instance et la Cour suprême, afin de traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables des crimes et graves violations du droit pénal cambodgien, des règles et coutumes du droit international humanitaire, ainsi que des conventions internationales reconnues par le Cambodge, commis durant la période du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979<sup>39</sup>.

#### A. Droit cambodgien

8. Le droit cambodgien dont il est question à l'article 2 de la Loi relative aux CETC est le Code pénal de 1956<sup>40</sup>, lequel énonce les modes de participation aux crimes présumément commis en 1975 susceptibles d'être retenus. Le droit pénal cambodgien est fondé sur la notion de participation directe, constitutive de la co-action, ou indirecte, constitutive de la complicité<sup>41</sup>.
9. La co-action couvre les situations dans lesquelles deux ou plusieurs personnes sont considérées, au même titre, comme les auteurs principaux d'un crime allégué et où chacun des co-auteurs a commis l'élément matériel (*actus reus*) constitutif de

<sup>38</sup> L'article 25 3) d) du Statut de la CPI dispose notamment qu'une personne est pénalement responsable si « Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ». Le Tribunal spécial pour le Liban a aussi choisi d'inclure explicitement l'entreprise criminelle commune dans son Statut (article 3) 1) b)).

<sup>39</sup> Non souligné dans l'original.

<sup>40</sup> Loi relative aux CETC, art. 3.

<sup>41</sup> Texte de l'article 82 du Code pénal de 1956 : « Toute personne participant volontairement, soit directement, soit indirectement, à la perpétration d'un crime ou d'un délit, est passible des peines applicables à l'auteur principal. La participation directe constitue la co-action, la participation indirecte constitue la complicité. »

ce crime et était animé de l'intention (élément moral/*mens rea*) requise pour le commettre. La participation indirecte, ou complicité, telle que définie à l'article 83 du Code pénal de 1956<sup>42</sup>, repose sur les notions de « moyens fournis » et d'« aide et assistance » comme éléments distincts<sup>43</sup>.

10. La responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune diffère tant de la notion de co-action que de celle de complicité, telles que visées en droit interne cambodgien.

**1. Différences entre la responsabilité pour participation directe, telle que visée en droit interne cambodgien, et celle découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune**

11. Premièrement, pour parler de co-action, il faut que chaque co-auteur ait été présent sur les lieux de l'infraction. En effet, pour pouvoir tenir une personne responsable d'une infraction à titre de co-auteur, il faut démontrer que cette personne a personnellement accompli les actes matériels constitutifs de l'infraction<sup>44</sup>. En revanche, il a été conclu que dans le cadre d'une entreprise criminelle commune, la présence du participant à cette entreprise au moment de la commission du crime n'est pas nécessaire pour l'en tenir pénalement responsable<sup>45</sup>.
12. Deuxièmement, puisque, pour retenir la co-action, il faut que chaque co-auteur ait personnellement accompli les actes matériels constitutifs de l'infraction, ces derniers ne peuvent pas se servir d'autres personnes non co-auteurs pour commettre

<sup>42</sup> Texte de l'article 83 du Code pénal de 1956 : « La participation indirecte ou complicité n'est punissable que si elle réalisée par provocation, instructions données, moyens fournis, aide ou assistance ».

<sup>43</sup> Le Code pénal cambodgien de 1956 s'inspirant fortement, si pas totalement, du Code pénal français, il est instructif de s'attarder sur la manière dont ont été interprétées les dispositions du droit pénal français concernant la complicité. L'article 121-7 du Code pénal français définit la complicité comme suit : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». Le droit français semble considérer la « fourniture de moyens » comme une notion incluse sous « aide ou assistance », qui apparaît elle-même comme davantage liée à la fourniture d'une assistance tangible à l'auteur principal d'un crime, sous la forme d'un revolver par exemple (Crim. 17 mai 1962 : Bull. crim. n° 200; D.1962. 473), ou d'une voiture à un chauffeur saoul (Alger, 20 octobre 1965 : Gaz. Pal. 1966.I. 133). Dans la 105<sup>ème</sup> édition du Code pénal, publiée en 2008, la « fourniture de moyens » figure sous « aide ou assistance ».

<sup>44</sup> B. Bouloc, *Droit pénal général* (Dalloz, 2007), p. 267, par. 293.

<sup>45</sup> Affaire *Le Procureur c/ Krnojelac*, n° IT-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003, par. 81.

matériellement les faits incriminés. Dans le cas de l'entreprise criminelle commune, par contre, il a été conclu que les auteurs principaux du crime perpétré ou ceux qui en ont commis les actes matériels peuvent être des personnes extérieures à cette entreprise si elles sont utilisées par les participants au projet commun<sup>46</sup>.

13. Troisièmement, la théorie de l'entreprise criminelle commune établit une distinction, concernant le plan commun allégué, entre l'objectif poursuivi et les moyens envisagés pour réaliser cet objectif. Dans le contexte de la co-action, par contre, cette distinction ne semble pas avoir cours<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Arrêt *Brđanin*, par. 414.

<sup>47</sup> En conséquence de cette distinction, un accusé peut, à raison du même comportement, être tenu pénalement responsable en tant que participant à une entreprise criminelle commune et ne pas l'être à titre de co-auteur puisque, dans le cadre de la coaction, ce comportement ne serait pas considéré comme délictueux. En effet, premièrement, pour pouvoir le déclarer responsable en application de la théorie de l'entreprise criminelle commune, il suffit de démontrer que « l'accusé a participé à la réalisation du but commun auquel tendait l'entreprise criminelle commune » (Arrêt *Brđanin*, par. 427). Pour pouvoir retenir la co-action, il faut, par contre, établir que chaque co-auteur présumé a personnellement accompli les actes matériels constitutifs de l'infraction ou, en d'autres termes, une partie de l'*actus reus* de celle-ci. (Bouloc, *supra*, note 44, p. 267, para. 293). Comme relevé plus haut, cela distingue clairement la co-action de l'entreprise criminelle commune puisque, dans le deuxième cas, il n'est nécessaire de démontrer que l'accusé a pris part à la commission de l'élément matériel (*actus reus*) du crime allégué (Arrêt *Brđanin*, par. 427) pour retenir sa responsabilité. Ensuite, du fait de la distinction introduite entre, d'une part, l'objectif visé par l'entreprise criminelle commune et, d'autre part, les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif, il est possible de déclarer une personne responsable en tant que participante à une entreprise criminelle commune, même lorsque cette entreprise alléguée est « de grande ampleur » (*Le Procureur c. Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-AR72.5 & ICTR-98-44-AR72.6, Décision relative aux appels portant sur des exceptions d'incompétence : entreprise criminelle commune, 12 avril 2006, par. 6). Cela s'explique par le fait que l'objectif auquel peut tendre une entreprise criminelle commune peut être aussi vague que celui consistant à « prendre toute mesure nécessaire pour s'emparer du pouvoir et exercer une autorité et un contrôle politiques sur un territoire » [traduction non officielle] (*Le Procureur c. Brima et consorts*, affaire n° SCSL-04-16-T, Jugement, 20 juin 2007, par. 67). Dans le cadre de la coaction, par contre, puisque qu'on ne différencie pas l'objectif des moyens de le réaliser, seuls les actes auxquels l'accusé et les autres co-auteurs ont directement participé et dont ils ont eu personnellement connaissance peuvent être retenus pour engager leur responsabilité sous ce mode de participation. Enfin, la doctrine de l'entreprise criminelle commune permet de déclarer une personne pénalement responsable alors même que l'objectif visé par l'entreprise ne constitue pas un crime en droit international, pour autant que les moyens utilisés pour le réaliser étaient, quant à eux, de nature criminelle (*Le Procureur c. Brima et consorts*, affaire SCSL-04-16-A, Jugement, 22 février 2008, par. 76). Par contre, pour pouvoir déclarer cette même personne pénalement responsable à titre de co-auteur, en droit pénal international, il faut que l'objectif constitue un crime relevant du droit international, puisque, dans ce cas, cet objectif ne peut se différencier des moyens utilisés pour le réaliser.

**2. Différences entre la responsabilité pour complicité, telle que visée en droit interne cambodgien, et celle découlant d'une entreprise criminelle commune**

14. Premièrement, la participation à une entreprise criminelle commune est considérée comme une forme de « commission » du crime<sup>48</sup>. En revanche, celui qui aide ou encourage la perpétration d'un crime est « le complice d'un crime commis par une autre personne [...] »<sup>49</sup>.
15. Deuxièmement, contrairement à ce qu'exige la théorie de l'entreprise criminelle commune, dans le cas de l' « aide ou assistance » ou de la « fourniture de moyens », il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un plan commun ; il peut d'ailleurs même arriver que l'auteur principal ne sache rien de la contribution apportée par son complice<sup>50</sup>.
16. Troisièmement, l'élément moral constitutif de l'« aide ou assistance » ou de la « fourniture de moyens » est le fait, pour l'intéressé, de savoir que par ses actes, il va contribuer à la perpétration du crime par l'auteur principal<sup>51</sup>. Cela ne suffit pas, par contre, pour retenir la responsabilité du fait d'une participation à une entreprise criminelle commune puisque dans ce cas, il faut démontrer que le co-auteur était animé de l'intention de commettre le crime (première catégorie) ou de « l'intention de réaliser le dessein criminel commun [tout en ayant] la possibilité de prévoir que des crimes qui n'étaient pas envisagés dans l'objectif criminel commun étaient susceptibles d'être commis » (troisième catégorie)<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, affaire n° IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – *Entreprise criminelle commune*, 21 mai 2003 [ci-après « la Décision Ojdanić »], par. 20.

<sup>49</sup> Arrêt *Tadić*, par. 229.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Code pénal de 1956. Aux termes de l'article 86, « les moyens doivent pouvoir servir matériellement à l'exécution de l'infraction et être fournis en sachant qu'ils sont destinés à y servir » (non souligné dans l'original). L'article 87 dispose que « l'aide ou assistance doivent être prêtées sciemment dans les faits qui préparent ou facilitent l'action » (non souligné dans l'original).

<sup>52</sup> Arrêt *Tadić*, par. 229.

## B. Droit international humanitaire et coutume

17. Le droit international coutumier n'a que deux sources : a) la pratique des États, qui doivent appliquer la règle de manière générale et constante<sup>53</sup> et b) l'*opinio juris*<sup>54</sup>. La notion d'entreprise criminelle commune, telle que conçue par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, se ressent du fait que cette Chambre n'a pas procédé à une analyse approfondie ni de la pratique des États ni de l'*opinio juris*<sup>55</sup>.

### 1. La notion d'entreprise criminelle commune, telle que conçue dans l'affaire *Tadić*, n'est pas consacrée par le droit international coutumier

18. Pour parvenir à la conclusion que la notion d'entreprise criminelle commune était consacrée par le droit international coutumier, la Chambre d'appel *Tadić* ne s'est fondée que sur un très mince échantillon d'affaires entendues par un nombre limité de juridictions<sup>56</sup>. Ce n'est pas sur la seule base d'un examen d'un très petit nombre

<sup>53</sup> Pour ce qui concerne la pratique des États, la Cour internationale de Justice (CIJ) a conclu que « [l]a Partie qui invoque une coutume [...] doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie [...] [et] que la règle dont [elle] se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question [...] » (*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266*). De plus, la pratique des États doit avoir été « fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée » (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3 – par. 74*).

<sup>54</sup> Pour ce qui est de l'*opinio juris*, la CIJ a conclu que les États « doivent s'être comportés d'une façon qui témoigne de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14*).

<sup>55</sup> Les experts consultés par le Bureau du Procureur du TPIY ont conclu que la plupart des États retenaient la notion de co-action plutôt que d'entreprise criminelle commune (voir Participation in Crime, *supra* note 34). Voir aussi *Le Procureur c. Gacumbitsi*, affaire n° ICTR-2001-64-A, « Judgement, Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide » (Arrêt, Opinion individuelle du juge Schomburg sur la responsabilité pénale de l'Appelant découlant de la commission du crime de génocide), 7 juillet 2006, par. 24 : « Quand il interprète le sens de 'commettre' pour déterminer la forme de responsabilité pouvant être imputée à un accusé, un tribunal pénal international se doit de combiner et d'harmoniser les principes tirés des grands systèmes juridiques du monde et d'accepter les éléments nouveaux issus de l'évolution du droit pénal au cours des dernières décennies et généralement admis » [traduction non officielle].

<sup>56</sup> En ce qui concerne la première catégorie d'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel *Tadić* s'est contentée de se référer à six affaires au total, dont quatre tranchées par des tribunaux militaires britanniques ; une, par un tribunal canadien et la dernière, par un tribunal américain : *Otto Sandrock et trois autres personnes* ; *Hoelzer et consorts* ; *Gustav Alfred Jepsen et consorts* ; *Franz Schonfeld et consorts* ; *Feurstein et consorts* ; *Otto Ohlenforf et consorts*. Pour illustrer la deuxième catégorie, elle ne fait référence qu'à deux affaires dans son Arrêt : celle du camp de concentration de Dachau (*Procès de Martin Gottfried Weiss et trente-neuf autres personnes*) et celle de Belsen (*Procès de Josef Kramer et quarante-quatre autres personnes*). Enfin, à l'appui de la troisième catégorie, elle renvoie aux affaires des lynchages d'Essen et de l'île de Borkum, et à de nombreuses décisions non publiées rendues dans la période d'après-

d'affaires jugées par des tribunaux représentatifs de quelques systèmes de droit uniquement qu'on peut satisfaire au test rigoureux permettant d'ériger en tant que principe juridique la théorie de l'entreprise criminelle commune et de lui donner valeur de règle du droit coutumier. La Chambre d'appel *Tadić* s'est aussi fondée sur deux conventions internationales : la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>57</sup> et le Statut de la Cour pénale internationale (ci après « le Statut de Rome »)<sup>58</sup>. Dans une opinion partiellement dissidente et une déclaration accompagnant l'Arrêt rendu par le TPIY dans l'affaire *Orić*, le Juge Liu a noté que : « puisque le droit international coutumier doit être considéré tel qu'il existait au moment de la commission des crimes jugés, le fait que des textes aient été adoptés postérieurement aux faits incriminés réduit encore davantage leur valeur et leur utilité comme sources du droit international coutumier applicables à ces faits » [traduction non officielle]<sup>59</sup>. Les deux conventions ont été rédigées, adoptées et signées et sont entrées en vigueur après l'époque des faits jugés dans l'affaire *Tadić*, et elles n'ont dès lors que peu de valeur, voir aucune, pour déterminer si l'entreprise criminelle commune peut être reconnue comme règle du droit coutumier<sup>60</sup>.

---

Deuxième Guerre mondiale par des tribunaux italiens (*Repubblica Sociale Italiana ; D'Ottavio et consorts ; Aratano et consorts ; Tossani ; Ferrida ; Bonati et consorts ; Mannelli*).

<sup>57</sup> Résolution 52/164 de l'Assemblée générale des Nations Unies (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément no 49 (A/52/49)*).

<sup>58</sup> Adopté le 17 juillet 1998 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2187, p. 3). Voir l'article 25.

<sup>59</sup> Voir *Le Procureur c/ Orić*, affaire n° IT-03-68-A, « Appeals Judgement, Partially Dissenting Opinion and Declaration of Judge Liu » (Arrêt, Opinion partiellement dissidente et déclaration du Juge Liu), par. 26, 3 juillet 2008, où ce dernier fait référence au fait que les textes du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et de l'article 28 du Statut de la CPI ont été adoptés postérieurement à ceux des Statuts du TPIY et du TPIR. Voir aussi *Le Procureur c/ Hadžihasanović et Kubura*, affaire n° IT-01-47-AR72, Décision relative à l'exception d'incompétence (*Responsabilité du supérieur hiérarchique*) [ci après « la Décision *Hadžihasanović* »], Opinion partiellement dissidente du Juge Shahabuddeen, 16 juillet 2003 (par. 21), où ce juge note qu'« [i]l faut bien entendu accorder du poids à ces textes [le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité] qui représentent le droit international coutumier tel qu'il existait lors de leur adoption. Mais, puisqu'ils ont été adoptés après la rédaction du Statut du Tribunal et la perpétration par des subordonnés des actes allégués en l'espèce, ils ne semblent pas traduire l'état du droit international coutumier à cette époque avec la même autorité que les dispositions antérieures [...] du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 ».

<sup>60</sup> Les crimes jugés dans l'affaire *Tadić* ont été commis en 1992. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif par consensus le 15 décembre 1997 (dans sa résolution 52/164), laquelle a été ouverte à la signature le 12 janvier 1998 et est entrée en vigueur le 23 mai 2001. Le Statut de la CPI est entré en vigueur en 2002.

19. Non seulement la Chambre d'appel *Tadić* s'est fondée sur un nombre très restreint de sources pour donner valeur de règle du droit coutumier à la théorie de l'entreprise criminelle commune, mais ces sources se contredisent, lorsqu'elles ne sont pas tout simplement sans rapport avec la responsabilité découlant d'une participation à pareille entreprise. En effet, l'analyse des affaires invoquées révèle, notamment, une incohérence dans l'application du critère de la *mens rea*, ou encore l'absence de juge-asseur pour dire le droit applicable<sup>61</sup>. Qui plus est, pour certaines affaires, la Chambre d'appel *Tadić* est partie du principe que la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé donnait à supposer que la Cour avait accepté la thèse de l'accusation quant à la responsabilité pénale de ce dernier<sup>62</sup>. En termes clairs, les affaires invoquées par la Chambre d'appel *Tadić* « n'étaient pratiquement en rien les aspects les plus controversés de la doctrine contemporaine de l'entreprise criminelle commune »<sup>63</sup>.
20. La théorie de la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune ne trouve pas davantage fondement dans les deux conventions internationales mentionnées par la Chambre d'appel *Tadić*. La Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif traite d'infractions différentes de celles relevant de la compétence du TPIY. Par ailleurs, bien que la notion d'entreprise criminelle commune soit inscrite dans le Statut de la CPI, cette Cour a rejeté l'interprétation adoptée par le TPIY quant à la manière d'appliquer cette forme de responsabilité<sup>64</sup>. Ces deux textes ne peuvent donc pas

---

<sup>61</sup> Arrêt *Tadić*, par. 208 et 212.

<sup>62</sup> Ainsi, dans son examen de l'affaire des *lynchages d'Essen*, la Chambre d'appel *Tadić* a supposé à tort que le fait que l'accusé ait été déclaré coupable signifiait que la Cour avait accepté la thèse de l'accusation quant à la responsabilité pénale de l'accusé (Arrêt *Tadić*, par. 208).

<sup>63</sup> « Les affaires citées dans l'Arrêt *Tadić* n'offrent aucun fondement au recours de plus en plus répandu à la théorie de l'entreprise criminelle commune, en particulier pour ce qui est de sa forme élargie, actuellement appliquée au TPIY. En réalité, les affaires examinées dans le cadre de cet Arrêt se répartissent en deux catégories. La première de ces catégories concerne les exécutions illégales, pendant la Deuxième Guerre mondiale, de petits groupes de prisonniers de guerre des forces alliées, soit par des soldats allemands, soit par des soldats et des civils allemands. La deuxième catégorie a trait aux camps de concentration... Dans l'affaire des *lynchages d'Essen*, rien n'indique que le procureur ait explicitement fondé sa cause sur la notion de dessein, objectif ou plan commun. Or, dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel a pourtant invoqué cette affaire pour justifier sa décision de retenir la troisième forme d'entreprise criminelle commune à l'encontre de l'accusé. » (Danner et Martinez, *supra* note 36, pp. 110 et 111 [traduction non officielle]).

<sup>64</sup> Voir *Le Procureur c. Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007.

servir de base juridique à l'élaboration d'une doctrine de l'entreprise criminelle commune.

21. Que dans chacun de ses jugements portant sur la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune, le TPIY fasse référence à ses décisions antérieures reconnaissant cette théorie comme règle du droit coutumier, ne prouve rien, si ce n'est que ce Tribunal (et sa Chambre d'appel) est cohérent avec lui-même. Toutefois, si, en élaborant la théorie de l'entreprise criminelle commune dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY s'est fondée, à tort, sur un nombre trop restreint de sources manquant de diversité et de cohérence, cela démontre en réalité que ce Tribunal répète continuellement son erreur de départ au lieu de la réparer<sup>65</sup>.
22. Ayant conçu cette forme de responsabilité, la Chambre d'appel du TPIY (qui est aussi la juridiction de second degré du TPIR) a toujours refusé de prendre en considération toute remise en question que ce soit des conclusions qu'elle a arrêtées dans l'Arrêt *Tadić* concernant le caractère coutumier de l'entreprise criminelle<sup>66</sup>. Ce ne sont pas les contre-arguments convaincants qui manquent, loin de là<sup>67</sup>, mais le fait est que revenir sur la théorie de l'entreprise criminelle commune, telle qu'entérinée dans l'Arrêt *Tadić*, aurait des effets désastreux sur les poursuites

---

<sup>65</sup> Dans une affaire entendue par la Cour suprême fédérale australienne, le juge Isaac Isaacs a noté : « Si, donc, nous constatons qu'une règle de droit est clairement en conflit avec ce que nous ou l'un quelconque de nos prédécesseurs pensait qu'elle était, nous n'avons pas le droit, me semble-t-il, de choisir entre appliquer cette règle ou maintenir une interprétation incorrecte. À mon sens, il vaut mieux que le tribunal soit, en fin de compte, dans le bon plutôt que de persister dans l'erreur » [traduction non officielle], *Australian Agricultural Co. c. Federated Engine-Drivers & Firemen's Assn of Australasia* (1913), 17 C.L.R. 261, p. 278 (Isaacs J).

<sup>66</sup> Quand, dans l'affaire *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, la Défense a contesté que l'entreprise criminelle commune pût relever du droit coutumier, la Chambre d'appel du TPIY a simplement affirmé qu'elle n'avait « pas l'intention de réexaminer les conclusions qu'elles [avait] rendues dans l'affaire *Tadić* concernant le caractère coutumier de cette forme de responsabilité ». Elle s'est dite « convaincue que la pratique des États et l'*opinio juris* examinées à l'occasion de cette affaire suffisaient à conclure qu'une telle norme de droit international coutumier existait en 1992, lorsque Tadić a commis les crimes qui lui ont été reprochés et dont il a finalement été déclaré coupable » (Décision *Ojdanić*, par. 29).

<sup>67</sup> Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre d'appel a clairement dit qu'elle devait « suivre ses décisions antérieures, mais rest[ait] libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le commander dans l'intérêt de la justice. Parmi les situations où, dans l'intérêt de la justice, des raisons impérieuses commandent de s'écarter d'une décision antérieure, citons l'exemple d'une décision prise sur la base d'un principe juridiquement erroné ou d'une décision rendue *per incuriam* » *Le Procureur c/ Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-A, Arrêt, 24 mars 2000, par. 107 et 108 (non souligné dans l'original).

engagées devant le TPIY étant donné le nombre d'affaires tranchées depuis lors sur la base de cette théorie<sup>68</sup>.

23. Les CETC, et en l'occurrence les co-juges d'instruction, n'ont pas à prendre en compte pareilles considérations d'ordre politique, et ils doivent s'en garder. Les co-juges d'instruction se doivent donc d'examiner sereinement la question de savoir si la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune fait partie du droit international coutumier. Leur analyse les conduira à constater que ce n'est pas le cas.

**2. Même si on considère que la doctrine de l'entreprise criminelle commune fait partie du droit international coutumier, elle n'est pas applicable devant les CETC**

**a) Elle n'était pas consacrée par le droit international coutumier entre 1975 et 1979**

24. Même à supposer que la notion l'entreprise criminelle commune fasse partie du droit international coutumier contemporain, tel n'était pas le cas entre 1975 et 1979, et elle ne peut donc pas être retenue comme forme de responsabilité pour les crimes qui auraient été commis durant cette période. Pour déterminer ce qui constituait les règles du droit international coutumier à l'époque des faits, les CETC doivent prendre en compte la jurisprudence antérieure à ces faits et essayer d'y retrouver une pratique des États et une *opinio juris* générales et cohérentes<sup>69</sup>. Rien ne prouve que

<sup>68</sup> Le nombre d'actes d'accusation établis notamment sur la base de la théorie de la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune est saisissant. « Le premier acte d'accusation se fondant explicitement sur la doctrine de l'entreprise criminelle commune a été confirmé le 25 juin 2001, soit huit ans après l'installation du TPIY. Sur les 42 actes d'accusation déposés entre cette date et le 1<sup>er</sup> janvier 2004, 27 d'entre eux (soit 64%) reposaient explicitement sur la notion d'entreprise criminelle commune » (Danner & Martinez, *supra* note 36, pp. 107 et 108 [traduction non officielle]).

<sup>69</sup> La défense concède que de nombreuses sources citées par la Chambre d'appel *Tadić* à l'appui de sa décision d'élaborer la doctrine de l'entreprise criminelle commune sont antérieures à 1975, tout en soulignant que, pour donner fondement à ce mode de participation, cette même Chambre fait aussi souvent référence à de la jurisprudence ou à des règles de droit national postérieures à la période des faits visés. C'est notamment le cas des lois et des affaires mentionnées aux notes de bas de page 285 à 287 de l'Arrêt : 1) France (note 285) - arrêt du 19 juin 1984, *Bulletin*, *ibid.*, 1984, n° 231 ; 2) Italie (note 286) - Cour de cassation, 3 mars 1978, *Cassazione penale*, 1980, pp. 45 et suivantes ; Cour de cassation, 4 mars 1988, *Cassazione penale*, 1990, pp. 35 et suivantes ; Cour de cassation, 11 octobre 1985, *Rivista penale*, 1986, p. 421 ; Cour de cassation, 18 février 1998, *Rivista penale*, 1988, p. 1200 ; 3) Angleterre et Pays de Galles (note 287) - *R. v. Hyde* [1991] 1 QB 134 ; *Hui Chi-Ming v. R.* [1992] 3 All ER 897 ; 4) Canada (note 288) - *R. c. Logan* [1990] 2 RCS 731 ; *R. c. Rodney* [1990] 2 RCS 687 ; 5) États-Unis (note 289) - Code pénal

la jurisprudence du Tribunal militaire international (ci-après, le « TMI ») faisait partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979. En effet, c'est dans le rapport du Secrétaire général de l'ONU sur la création du TPIY, publié en 1993, qu'on trouve mentionné pour la première fois le caractère coutumier de cette jurisprudence. On peut y lire que le TPIY doit « applique[r] des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier », et que « [l]a partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : [...] le statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945 »<sup>70</sup>. Dans son Arrêt, la Chambre d'appel *Tadić* a cité le rapport du Secrétaire général pour démontrer que la jurisprudence du TMI était considérée comme faisant partie intégrante du droit international coutumier, mais n'a cité aucune autre source à l'appui de cette affirmation<sup>71</sup>. Or il est certain qu'elle l'aurait fait si ces autres sources avaient existé. Dès lors, même à supposer que le statut du TMI pût être considéré comme faisant partie du droit international coutumier en 1993, cela ne permet pas d'affirmer que c'était déjà le cas entre 1975 et 1979.

**b) Le droit international coutumier n'est pas directement applicable par les tribunaux cambodgiens**

25. Chaque fois que le droit international coutumier est invoqué devant une juridiction nationale, celle-ci doit vérifier si et, le cas échéant, dans quelles circonstances, le système juridique interne permet d'appliquer les règles internationales coutumières. En l'absence de dispositions constitutionnelles ou législatives précises ou de

---

du Maine, § 57 (1997), Lois du Minnesota § 609.05 (1998), Code de l'Iowa § 703.2 (1997), Lois du Kansas § 21-3205 (1997), Lois du Wisconsin § 939.05 (West 1995) ; *State of Connecticut v. Diaz*, 237 Conn. 518, 679 A. 2d 902 (1996) ; 6) Australie (note 290) - *McAuliffe v. R.* (1995) 183 CLR 108. Pour déterminer si la doctrine de l'entreprise criminelle commune faisait ou non partie du droit international coutumier en 1975, ces sources ne doivent pas être prises en compte, pour les raisons exposées plus haut à la note 59.

<sup>70</sup> Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (Nations Unies, document S/25704), par. 34 et 35. Il n'existe aucun autre rapport similaire qui informerait les CETC de ce qu'il convient de considérer comme règles consacrées en droit international coutumier pour la période allant de 1975 à 1979.

<sup>71</sup> Ibid.

précédents constituant une jurisprudence interne, une juridiction nationale n'est pas obligée d'appliquer le droit international coutumier<sup>72</sup>.

26. Les CETC ont été créées dans le cadre de l'appareil judiciaire et du système juridique cambodgiens. Il est intéressant de noter, à cet égard, qu'aucune des constitutions cambodgiennes successives ne prévoit de procédure réglant l'incorporation du droit international coutumier en droit interne<sup>73</sup>. La Constitution de 1993

<sup>72</sup> Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, p. 303 (Oxford University Press, 2003) : « Normalement, les juridictions nationales n'engagent pas de poursuites pour des crimes de droit international sur la seule base des règles du droit international coutumier, c'est-à-dire lorsque les crimes visés ne sont définis que dans le corps des règles internationales coutumières. Elles cherchent plutôt à requérir l'élaboration d'une loi nationale définissant les crimes visés et leur conférant compétence pour en connaître, ou, si un traité en la matière a été ratifié par l'État dont elles relèvent, à demander l'adoption d'une loi d'application leur permettant d'appliquer pleinement les dispositions pertinentes de ce traité » [traduction non officielle]. Voir aussi *Nulyarimma v. Thompson* [1999] FCA 1192, par. 22, 26 (Cour suprême fédérale australienne) (opinion de Wilcox J.) : « [I] ne suffit pas de dire qu'en application des règles du droit international, l'auteur d'un crime de droit international est passible de poursuites devant une juridiction interne même en l'absence d'une loi nationale définissant comme infraction le comportement visé. Par exemple, si l'on veut qu'un auteur présumé d'actes de génocide puisse être poursuivi devant un tribunal australien aux motifs qu'il s'agit d'un crime reconnu en droit international, il faut d'abord démontrer que la législation australienne autorise à traduire cet individu en justice » (non souligné dans l'original [traduction non officielle]). Ibid, par. 26 : « [L]es juridictions nationales se heurtent à un problème de fond, relevant des pouvoirs publics, lorsqu'elles ont à décider s'il y a lieu de reconnaître et d'appliquer une règle de droit international. S'il y a bien un problème de fond, je suis convaincu qu'il convient de le régler, dans le contexte d'une affaire criminelle, en se refusant à appliquer la norme internationale lorsqu'il n'existe pas de loi nationale autorisant à le faire [traduction non officielle]. Gabriele Olivi, « The Role of National Courts in Prosecuting International Crimes: New Perspectives » [le rôle des juridictions nationales dans la poursuite des crimes relevant du droit international : perspectives nouvelles], *Sri Lanka Journal of International Law* 18, p. 83 et 87 (2006), citant *Reporters sans frontières v. Mille Collines*, Cour d'appel de Paris, Arrêt, 6 novembre 1995, pp. 48 à 51 : « [...] en l'absence de loi nationale, la coutume internationale ne peut avoir pour effet d'élargir la compétence extraterritoriale des tribunaux français » [traduction de l'anglais]. *U.S. v. Yousef*, 327 F.3d 56, 91 (2<sup>nd</sup> Cir. 2003) : « Le droit des États-Unis n'est ni assujéti au droit international coutumier ni forcément assujéti au droit international des traités et peut très bien être en conflit avec l'un comme avec l'autre » [traduction non officielle].

<sup>73</sup> Il convient de noter qu'au Cambodge, entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979, deux constitutions ont successivement été en vigueur. La première est le texte promulgué le 10 mai 1972, sous la République khmère (1970-1975) ; ce texte est similaire à la Constitution de 1993 en ce qu'il énonce seulement, à l'article 38, que « le Président de la République signe les traités et les conventions internationales et les ratifie en vertu du vote du Parlement ». L'article 72 du même texte interdit l'application rétroactive des lois « sauf dispositions spéciales qui [...] sont expressément prévues ». On n'y trouve aucune disposition qui étayerait l'affirmation selon laquelle le droit international était directement applicable à l'époque. Le régime du Kampuchéa démocratique (1975-1979) a promulgué une nouvelle constitution le 5 janvier 1976. Son texte a été adopté lors d'une réunion du commandement dans la capitale cambodgienne, tenue du 15 au 19 décembre 1975, tandis que ces principes avaient été arrêtés à la fin du mois d'avril (Voir Raoul M. Jennar, *Les Constitutions du Cambodge (1953-1993)*, 1994). Cette Constitution comporte peu de dispositions concernant le cadre législatif applicable pendant la période visée, et aucune portant sur l'application du droit international en droit interne cambodgien. L'article 5 se limite à énoncer que le pouvoir législatif appartient à l'Assemblée des représentants des ouvriers, des paysans et autres travailleurs du Kampuchéa. L'article 7 répète que l'Assemblée des représentants du peuple vote les lois et définit les différentes lignes en matière de politique intérieure et extérieure du Kampuchéa démocratique.

dit simplement que le Roi signe et ratifie les conventions et les traités internationaux après approbation par l'Assemblée nationale et le Sénat<sup>74</sup>. Aucune mention n'est faite de l'application ou de l'incorporation du droit international coutumier.

27. Les articles 1 et 2 (nouveau) de la Loi relative aux CETC disposent que les CETC sont créées pour « traduire en justice [...] les principaux responsables des crimes et graves violations [...] des règles et coutumes du droit international humanitaire [...] »<sup>75</sup>. Il faut s'en référer à la coutume internationale pour statuer sur des crimes contre l'humanité, puisque ces crimes trouvent leur définition dans les règles coutumières. Cela ne signifie pas pour autant que toute règle du droit international coutumier est directement applicable en droit interne cambodgien. Une entreprise criminelle commune n'est qu'un moyen de participer à la commission d'un crime ; en soi, elle ne constitue pas un crime de droit international<sup>76</sup>. Il est impossible de commettre une violation d'une forme de responsabilité et, partant, la Loi relative aux CETC n'oblige pas les Chambres extraordinaires à appliquer le droit international coutumier en l'espèce<sup>77</sup>.

### C. Conventions internationales

28. Les conventions internationales mentionnées dans la Loi relative aux CETC sont, en son article 4, la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après « la Convention sur le génocide ») ; en son article 6, les Conventions de Genève de 1949 ; en son article 7, la Convention de La Haye

<sup>74</sup> L'article 26 de la Constitution de 1993, modifié en mars 1999, dispose que « le Roi signe les traités et conventions internationales et les ratifie après approbation par l'Assemblée nationale et le Sénat ».

<sup>75</sup> Non souligné dans l'original.

<sup>76</sup> Arrêt *Kvočka*, par. 91, citant la Décision *Ojdanić*, par. 20. Voir aussi *Le Procureur c. Brđanin*, IT-99-36-A, Décision relative à l'appel interlocutoire, 19 mars 2004, par. 5 : « [...] la responsabilité associée à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'est pas un élément constitutif d'un crime donné. C'est un mode de responsabilité par lequel un accusé peut être tenu individuellement responsable au pénal sans être l'auteur direct du crime » (non souligné dans l'original).

<sup>77</sup> Au Tribunal de Nuremberg, on a examiné la question de savoir si en soi, l'entente criminelle devait être considérée comme un crime, comme c'était le cas en droit anglo-américain, auquel cas le simple fait d'établir l'appartenance d'un accusé à pareille entente aurait suffi pour le déclarer coupable. Le juge français, Donnedieu de Vabres, a estimé que cela serait revenu à introduire des règles de droit *a posteriori*, l'entente criminelle ne constituant pas, en soi, un crime en droit matériel français. Il a finalement été décidé de ne pas considérer l'entente criminelle comme un crime reconnu par le droit matériel, sauf dans le cas de crimes contre la paix. Pour une analyse historique de cette question, voir Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials* (Little, Brown & Co., 1992) [paru en français sous le titre *Procureur à Nuremberg*], pp. 34 à 41, 550 à 553 et 637 et 638.

de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et en son article 8, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. La Convention sur le génocide ne s'applique pas en l'espèce puisque, comme les co-juges d'instruction l'ont relevé, « IENG Sary n'est pas actuellement mis en examen pour génocide »<sup>78</sup>. Aucune des autres conventions énumérées ne traite des formes de responsabilité. M. IENG Sary ne peut donc pas répondre des crimes qui lui sont reprochés sur la base d'une participation à une entreprise criminelle commune puisque la forme de responsabilité qui en découle n'est consacrée par aucune convention internationale ratifiée par le Cambodge et qui aurait été directement applicable à l'époque des faits.

#### **IV. Violation du principe *nullum crimen sine lege***

29. Conformément à la Constitution cambodgienne et aux principes universellement reconnus en matière de droits de l'homme, les CETC ne peuvent appliquer rétroactivement des règles de droit qui ne liaient pas le Cambodge entre 1975 et 1979 et n'y étaient pas applicables. Il en ressort que les seules formes de responsabilité que l'on puisse imputer à M. IENG Sary sont celles qui étaient applicables entre 1975 et 1979. Poursuivre M. IENG Sary sur la base d'un mode de participation qui n'existait pas à l'époque des faits irait à l'encontre du principe *nullum crimen sine lege*, lequel interdit l'application rétroactive des règles de droit pénal<sup>79</sup>. Ce principe est consacré en droit interne cambodgien<sup>80</sup>, et inscrit dans les règles de droit international liant le Cambodge<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Dossier *IENG Sary*, n° 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, Ordonnance de placement en détention provisoire, 14 novembre 2007, par. 8.

<sup>79</sup> Le principe de légalité énoncé sous la forme *nullum crimen sine lege* a été appliqué tant aux formes de responsabilité qu'aux crimes eux-mêmes. Voir la Décision *Hadžihasanović*, par. 32 à 35.

<sup>80</sup> Code pénal cambodgien de 1956, article 6, par. 1 : « La loi pénale est sans effet rétroactif. Aucune infraction ne peut être réprimée par l'application de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi auparavant qu'elle fut commise ».

<sup>81</sup> Le Cambodge a signé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques le 17 octobre 1980 et l'a ratifié le 26 mai 1992. L'article 15 1) du Pacte dispose que « [n]ul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises ».

## V. Conséquences qu'il y aurait à appliquer la notion d'entreprise criminelle commune aux CETC

30. L'application, dans de cadre des procédures devant les CETC, de la forme de responsabilité collective et fondamentalement injuste qui découle de la théorie de l'entreprise criminelle commune conçue par le TPIY, aurait pour effet d'entacher la réputation de nombreux individus, sur lesquels les co-procureurs, par voie de répercussion, feraient peser un soupçon de responsabilité. Si cette théorie devait être appliquée, ces individus, dont beaucoup sont des membres éminents de la société cambodgienne, feraient alors forcément figure de participants à l'entreprise criminelle commune, que cela soit délibéré ou non de la part des co-procureurs .
31. Personne ne conteste le fait que beaucoup de personnalités encore influentes aujourd'hui ont été impliquées dans le plan commun visant à s'emparer du pouvoir au Cambodge en 1975<sup>82</sup>, un plan commun qui, selon les co-procureurs, a été exécuté en utilisant le « meurtre, [la] torture, [le] déplacement forcé, [la] détention illégale, [le] travail forcé et [les] persécutions [pour motifs religieux], politiques et ethniques »<sup>83</sup>. Dans leur communiqué de presse, ces-mêmes co-procureurs ont noté que le motif avancé pour justifier ce plan criminel commun « était de changer radicalement la société cambodgienne au nom d'une idéologie. Les personnes responsables de ces crimes et politiques menées incluait des hauts responsables du Kampuchéa démocratique »<sup>84</sup>.
32. Si l'on applique la théorie de l'entreprise criminelle commune, tout individu ayant exercé une influence à l'époque des faits (c'est-à-dire durant la période précédant le 17 avril 1975, quand le plan criminel commun/entreprise criminelle commune a été conçu, et tout au long de sa mise en œuvre, soit jusqu'au 6 janvier 1979) peut être considéré comme un co-auteur non mis en accusation. Forts de ce constat,

---

<sup>82</sup> On peut présumer que la responsabilité découlant d'une entreprise criminelle commune peut être retenue même si l'objectif visé par cette entreprise criminelle commune ne constitue pas un crime : le « dessein criminel sous-jacent à l'entreprise criminelle commune peut être inféré non seulement de son objectif ultime, mais aussi des moyens envisagés pour réaliser cet objectif » [traduction non officielle] : *Le Procureur c. Brima et consorts*, affaire n° SCSL-04-16-A, *Appeal Judgement* [Arrêt], 22 février 2008, par. 76.

<sup>83</sup> Les co-procureurs ont recensé, et soumis à l'instruction, vingt-cinq situations de faits distincts de meurtre, de torture, de déplacement forcé, de détention illégale, de travail forcé et de persécutions pour motifs religieux, politiques et ethniques en tant qu'éléments de preuve établissant que des crimes ont été commis dans le cadre de la mise en œuvre de ce plan criminel commun (Communiqué de presse, *supra*, note de bas de page 1).

<sup>84</sup> *Ibid.*

d'aucuns peuvent soutenir, comme c'est normalement le cas dans les affaires où la doctrine de l'entreprise criminelle commune est appliquée, que tous actes accomplis par ces individus constituaient des « actes qui vis[aient] d'une manière ou d'une autre à contribuer au projet ou objectif commun »<sup>85</sup>.

33. Si la défense invoque ces exemples, ce n'est évidemment pas pour faire valoir que l'une quelconque des personnes nommées plus haut dans la présente Requête devrait, explicitement ou implicitement, répondre de sa responsabilité. C'est, bien au contraire, pour insister sur le fait qu'aucune d'entre elles ne devrait voir sa réputation gratuitement entachée, et encore moins sa responsabilité pénale engagée, pour quelque crime que ce soit énoncé par les co-procureurs dans leur réquisitoire introductif, hypothèse que l'on ne pourrait exclure si la théorie de l'entreprise criminelle commune devait être appliquée.

**PAR CES MOTIFS**, la défense demande respectueusement aux co-juges d'instruction de **DÉCLARER** que la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune n'est pas une forme de responsabilité applicable devant les CETC.

Respectueusement,

---

ANG Udom

---

Michael G. KARNAVAS

Co-avocats de M. IENG Sary

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge) le **28 juillet 2008**

---

<sup>85</sup> Arrêt *Tadić*, par. 229 iii).