

DEVANT LES CO-JUGES D'INSTRUCTION

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ
 Date : 11 août 2008
 Déposé par : Bureau des co-procureurs
 Langue originale : Anglais
 Type de document : PUBLIC

ឯកសារទទួល
DOCUMENT RECEIVED/DOCUMENT REÇU

ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ (Date of receipt/Date de réception):
 14 / 11 / 2008

ម៉ោង (Time/Heure): 10 : 30

មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: SANN RADA

**RÉPONSE DES CO-PROCUREURS À LA REQUÊTE DÉPOSÉE PAR IENG SARY
 CONCERNANT LA RESPONSABILITÉ DÉCOULANT D'UNE PARTICIPATION À
 UNE ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE**

Déposé par:

Le Bureau des co-procureurs:
 Mme CHEA Leang
 M. Robert PETIT
 M. YET Chakriya
 M. William SMITH
 M. TAN Senarong
 M. Anees AHMED

Destinataires:

Co-juges d'instruction:
 M. le juge YOU Bunleng
 M. le juge Marcel LEMONDE

Avocats de IENG Sary:
 Me ANG Udom
 Me Michael KARNAVAS

ឯកសារបានដកម្ចីកម្មតាមច្បាប់ដើម
CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME

ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ តែងបញ្ជាក់ (Certified Date/Date de certification):
 14 / 11 / 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 réception):
 26 / 03 / 2009

ម៉ោង (Time/Heure): 12:00

មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Amy

ឯកសារបានដកម្ចីកម្មតាមច្បាប់ដើម
CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME

ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ តែងបញ្ជាក់ (Certified Date/Date de certification):
 26 / 03 / 2009

មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង/Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Amy

Original EN : 00211956-00211970

I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ DES ARGUMENTS

1. Les avocats de IENG Sary ont demandé aux co-juges d'instruction de ne pas retenir la participation à une entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité dans le cadre des CETC car cela ferait inévitablement peser un large soupçon de responsabilité sur presque toutes les personnalités politiques et militaires les plus éminentes du Cambodge,

[noms annulés]

Ils ont déposé leur requête alors que les co-juges d'instruction s'apprêtaient, dans les jours suivants et dans le cadre d'un autre dossier, à se prononcer sur la forme de responsabilité à retenir.

2. Outre qu'elle vise à alarmer l'opinion publique et à politiser le processus judiciaire, la Requête est 1) entachée d'un vice de procédure, 2) cherche à obtenir une réparation qui n'est pas autorisée par le Règlement intérieur et 3) remet en question une forme de responsabilité pénale pourtant appliquée, depuis le procès de Nuremberg, par presque tous les grands tribunaux internationaux similaires aux CETC qui ont eu pour mission de poursuivre les dirigeants politiques et militaires coupables de violations massives et systématique du droit international humanitaire. La défense a tort quand elle affirme que l'application par les CETC de la notion d'entreprise criminelle commune ferait que la responsabilité pénale² de toutes les personnes précitées serait engagée, car cette doctrine ne fait qu'imputer une responsabilité pénale aux personnes qui ont non seulement partagé (et pas simplement su) une intention criminelle avec d'autres (et pas simplement su leur dessein criminel), mais ont de plus contribué de manière importante à la réalisation de cet objectif avec l'intention délibérée de commettre tout ou partie des crimes participant de ce projet³.
3. Les co-procureurs soutiennent que la participation à une entreprise criminelle commune est une forme de responsabilité que la Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (« Loi relative aux CETC ») permet de retenir, car cette

¹ 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, ERN 00208225-00208240, D97, p. 1 [ci-après la « Requête »].

² Requête, par. 30.

³ *Le Procureur c. Brđjanin, Judgment*, IT-99-36-A, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril 2007, par. 430.

forme de responsabilité était inscrite dans le droit international coutumier pendant toute la période couverte par la compétence *ratione temporis* des CETC. Il s'ensuit qu'en appliquant cette notion, les CETC ne violent pas le principe *nullum crimen sine lege* (littéralement, « pas d'infraction sans loi »).

II. OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES

La Requête est inspirée par des considérations extrajudiciaires

4. En citant nommément toute l'élite politique, dont la réputation, à l'en croire, pourrait être entachée du fait que sa responsabilité pénale serait engagée, la défense cherche à alarmer l'opinion publique d'une manière qui risque de porter tort à la façon dont les procédures engagées devant les CETC sont reçues par le public. De plus, par sa Requête, elle cherche, du moins à première vue, à influencer sur une décision d'ordre judiciaire des co-juges d'instruction en affirmant que, si ceux-ci retenaient la participation à une entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité, ils feraient sans doute *peser le soupçon* sur des personnalités éminentes. Enfin, tout comme pour sa teneur d'ordre davantage extrajudiciaire, il semble que le moment choisi pour déposer la Requête visait à influencer la décision, d'ordre judiciaire, que les co-juges d'instruction devaient incessamment prendre sur la question traitée dans la Requête, dans un autre dossier concernant un co-mis en examen. Il est sinon difficile de comprendre pourquoi la défense a attendu plusieurs mois avant de déposer sa requête, alors qu'elle prétend que cette initiative trouve sa source dans le communiqué de presse publié par les co-procureurs le 18 juillet 2007⁴.

La disposition du Règlement intérieur citée dans la Requête n'autorise pas pareille requête

5. La règle 53 1) du Règlement intérieur, en application de laquelle la défense dit avoir déposé sa requête, ne l'y autorise pas. Cette règle concerne le réquisitoire introductif des co-procureurs et n'octroie pas à une personne mise en examen, ni explicitement ni implicitement, le droit de saisir les co-juges d'instruction de n'importe quelle requête. En déposant la Requête, la défense a donc agi de manière irrégulière.

La défense cherche à obtenir une réparation indue

⁴ Requête, p. 1.

6. Le Règlement intérieur n'autorise pas les co-juges d'instruction, comme la défense le voudrait avec sa requête, à rendre une décision déclaratoire concernant le droit applicable ou tout mode de responsabilité pénale. Chaque fois que le Règlement intérieur confère à un organe judiciaire le pouvoir de décider du droit applicable, il le fait expressément. Ainsi, la règle 101 5) dispose que la Chambre de première instance statue sur « les textes de loi applicables ». En vertu de la règle 67 2), les co-juges d'instruction n'ont d'autre obligation que d'indiquer dans leur ordonnance de clôture la « qualification juridique retenue » pour les faits reprochés à la personne mise en examen. Ce faisant, ils ne peuvent que décider des crimes imputés à l'accusé et retenir certaines formes de responsabilité contenues dans la Loi sur les CETC. Il ne leur est pas loisible d'exonérer l'accusé d'un mode de responsabilité de manière déclaratoire. Il convient donc de rejeter la Requête au motif que le recours de la défense est non fondé.

III. ARGUMENTATION

7. Les objections préliminaires qui précèdent suffisent à justifier le rejet de la Requête. Toutefois, si les co-juges d'instruction devaient déclarer la Requête recevable, les co-procureurs demandent à ces derniers de la rejeter sur le fond, la notion d'entreprise criminelle commune procédant du droit applicable devant les CETC.
8. Pour qu'une forme de responsabilité relève de la compétence des CETC, il faut qu'elle satisfasse aux conditions suivantes : 1) elle doit être inscrite, explicitement ou implicitement, dans les textes de base des CETC ; 2) elle devait être consacrée en droit international coutumier à l'époque des faits ; 3) à l'époque des faits, les règles de droit consacrant cette forme de responsabilité devaient être suffisamment accessibles à la personne mise en accusation et 4) cette personne doit avoir été en mesure de prévoir qu'elle pouvait être tenue pénalement responsable de ses actes⁵. Les co-procureurs font la démonstration ci-après que la notion d'entreprise criminelle commune satisfait à chacune de ces conditions et peut donc être valablement retenue devant les CETC en tant que mode de participation engageant la responsabilité pénale d'un accusé.

⁵ Affaire *Le Procureur c/ Milutinović et consorts*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune, Chambre d'appel du TPIY, IT-99-37-AR72, 21 mai 2003, par. 21 (« l'Arrêt *Milutinović* »).

La Loi relative aux CETC autorise le recours à la notion d'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité

9. Dans sa Requête, la défense soutient que la Loi relative aux CETC – texte fondateur des Chambres extraordinaires, adopté après l'entrée en vigueur du Statut de la CPI – ne disant rien de l'entreprise criminelle commune alors que le Statut de la CPI l'inclut expressément, il s'ensuit que les textes de base des CETC ne permettent pas de retenir l'entreprise criminelle commune comme forme de responsabilité⁶. Les co-procureurs invitent les co-juges d'instruction à rejeter cet argument, à l'instar d'autres tribunaux semblables aux CETC qui ont rejeté des arguments similaires⁷.
10. L'article 29 de la Loi relative aux CETC prévoit la responsabilité pénale individuelle de tout suspect ayant planifié, instigué, ordonné de commettre, aidé et encouragé, ou ayant *commis* un crime passible de poursuites devant les CETC. Ces cinq formes de responsabilité pénale directe sont identiques à celles que l'on trouve dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« le TPIY ») et pour le Rwanda (« le TPIR »), ainsi que du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Ces trois tribunaux ont tous conclu qu'une personne pouvait être considérée comme ayant « commis » un crime du fait de sa participation à la réalisation d'un dessein ou d'un projet commun⁸. Il n'est pas nécessaire que le statut d'un tribunal contienne une mention expresse de l'entreprise criminelle commune pour que ce tribunal puisse retenir cette forme de responsabilité⁹. Vu le fait que la Loi relative aux CETC a été adoptée en août 2001, soit deux ans après que le TPIY eut établi dans l'affaire *Tadić* qu'une personne pouvait être considérée comme ayant *commis* un crime du fait de sa « participation à la réalisation d'un dessein ou d'un but commun »¹⁰, les rédacteurs de la Loi ont manifestement voulu inclure la notion d'entreprise criminelle commune dans le cadre de son article 29.

⁶ Requête, p. 6 ; Statut de la Cour pénale internationale, art. 25 3).

⁷ Arrêt *Milutinović*, par. 13 et 18.

⁸ *Le Procureur c. Gacumbitsi*, Arrêt, ICTR-2001-64-A, 7 juillet 2006, par.158 ; *Le Procureur c. Fofana et Kondewa*, Jugement, affaire n° SCSL-04-14-T, 2 août 2007, par. 208.

⁹ Arrêt *Milutinović*, par. 20.

¹⁰ *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 15 juillet 1999, IT-94-1-A, par. 188 [ci-après l'Arrêt *Tadić*].

11. Dans les conclusions qu'elle a rendues dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY a interprété le Statut du Tribunal à la lumière de l'objet et du but du Statut et a noté deux éléments contextuels essentiels: a) la plupart des crimes internationaux « 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 » et b) bien que l'acte criminel puisse être matériellement commis par certains membres du groupes seulement, « la participation et la contribution des autres membres du groupe est souvent essentielle pour favoriser la perpétration des crimes en question ». Par conséquent, « sur le plan de l'élément moral, la gravité d'une telle participation est rarement moindre – ou différente – de celle des personnes ayant effectivement exécuté les actes visés »¹¹.
12. Non seulement on peut déduire des termes de l'article 29 de la Loi relative aux CETC que la notion d'entreprise criminelle commune est couverte par cet article, mais cela est corroboré par l'objet et le but de cette loi, énoncés en son article premier : « l'objet » de la Loi est de « traduire en justice les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les principaux responsables » des crimes commis sous ce régime. Cette formulation appuie le recours à la notion d'entreprise criminelle commune devant les CETC à deux égards.
13. Premièrement, il en ressort clairement que les CETC n'ont été créées que pour poursuivre les seuls « hauts dirigeants » et « principaux responsables » des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique. Il convient de le relever car les crimes commis entre 1975 et 1979 n'ont en général pas été l'acte isolé de tel ou tel cadre, mais la conséquence d'orientations criminelles délibérées conçues et mises en œuvre par les *Khmers rouges*¹². Pour s'acquitter de leur mission et effectivement poursuivre hauts dirigeants et principaux responsables, les CETC doivent pouvoir déclarer pénalement responsables des personnes qui ont défini et mis à exécution les orientations criminelles du régime du Kampuchéa démocratique, et pas seulement les individus qui ont matériellement commis les crimes perpétrés en application de ces orientations¹³.

¹¹ Arrêt *Tadić*, par. 191.

¹² Rapport du Groupe d'experts pour le Cambodge créé par la résolution 52/135 de l'Assemblée générale (document A/53/850-S/1999/231), par. 6 et 15 [« le Rapport du Groupe d'experts »].

¹³ Arrêt *Tadić*, par. 190.

14. Deuxièmement, il est essentiel d'interpréter l'article 29 comme autorisant le recours à la notion d'entreprise criminelle commune pour pouvoir connaître efficacement des crimes à grande échelle relevant du droit international et relevant de la compétence des CETC. Comme il est noté dans l'Arrêt *Tadić*, la plupart des crimes relevant du droit international sont commis par des groupes de personnes animées par un dessein criminel commun. Par conséquent, même s'il se peut que l'acte criminel ne soit matériellement commis que par quelques membres du groupe, la participation et la contribution des autres membres sont souvent essentielles pour faciliter la commission de l'infraction, avec pour conséquence que la gravité de cette participation ne diffère pas sur le plan moral de celle imputable à ceux qui ont effectivement commis les actes incriminés.
15. Comme les statuts des différents tribunaux spéciaux similaires aux CETC, la Loi relative aux CETC ne fait que définir le cadre dans lequel la compétence des Chambres s'exerce¹⁴. La référence à une forme de responsabilité ne doit pas nécessairement être explicite pour qu'elle relève de la compétence des CETC¹⁵. Tout comme le Statut du TPIY, la Loi relative aux CETC n'est pas, et ne prétend pas être, à l'inverse du Statut de Rome, un code minutieusement détaillé, décrivant expressément tous les cas de figure possibles et toutes les mesures y afférentes¹⁶. De plus, l'article 29 de la Loi relative aux CETC semble à première vue non exhaustif, ainsi que le laisse entendre le membre de phrase « ou qui a commis les crimes »¹⁷. Dans sa Requête, la défense n'argue pas que cet article énumère de manière exhaustive toutes les formes de responsabilité qu'il est possible de retenir.
16. Donnant une définition erronée de l'entreprise criminelle commune, la défense soutient que quiconque ayant exercé une influence à l'époque des faits, telles les personnalités politiques désignées dans la Requête, peut être considéré comme un co-auteur qui n'attend que d'être mis en accusation¹⁸. C'est là une affirmation gratuite. La participation à une entreprise criminelle commune se distingue de l'appartenance à une organisation criminelle (même

¹⁴ Arrêt *Milutinović*, par. 18.

¹⁵ Arrêt *Milutinović*, par. 18.

¹⁶ Arrêt *Milutinović*, par. 18.

¹⁷ Arrêt *Milutinović*, par. 19.

¹⁸ Requête, par. 32.

quand un membre exerce une influence dans le groupe)¹⁹. Au procès de Nuremberg et à ceux qui l'ont suivi, l'appartenance à une organisation criminelle constituait une infraction distincte²⁰, qui n'est pas incluse dans la Loi relative aux CETC. La responsabilité pénale liée à une entreprise criminelle commune diffère d'une responsabilité qui découlerait de la simple appartenance à un groupe ou à une entente criminelle, car elle découle de la *participation* à la commission du crime dans le cadre de cette entreprise criminelle commune²¹.

17. La défense soutient que l'entreprise criminelle commune ne saurait être retenue aux CETC parce qu'elle n'est pas consacrée dans le droit cambodgien²². Pour leur part, les co-procureurs font valoir qu'une fois établi que la notion d'entreprise criminelle commune est consacrée par les dispositions statutaires des CETC, peu importe de savoir si elle est reconnue en droit cambodgien. En tant que tribunal « internationalisé » spécial, lié par le droit international, y compris coutumier, les CETC peuvent sortir des formes de responsabilité prévues en droit interne dans le cadre de poursuites intentées pour des crimes qui procèdent du droit international. Les CETC, institution hybride unique en son genre, sont régies par des règles et des procédures spécifiques et occupent une place à part dans l'appareil judiciaire cambodgien²³. Dans une décision rendue concernant *Duch*, la Chambre préliminaire a énuméré plusieurs traits propres à un tribunal international, dont le fait qu'il est « l'expression de la volonté de la communauté internationale » et s'insère à ce titre « dans les rouages de la justice internationale », et que « sa compétence porte sur les crimes internationaux les plus graves »²⁴. Les CETC satisfont à ces critères. Que la notion d'entreprise criminelle commune soit ou non reconnue en droit cambodgien est dépourvu de pertinence pour ce qui concerne son éventuelle application par les CETC.

*La notion d'entreprise criminelle commune était déjà consacrée par le droit international
coutumier en 1975-1979*

¹⁹ Arrêt *Milutinović*, par. 25.

²⁰ Arrêt *Milutinović*, par. 25.

²¹ Arrêt *Milutinović*, par. 26.

²² Requête, p. 1.

²³ Dossier *Kaing Guek Eav*, Décision sur l'appel de l'Ordonnance de placement en détention provisoire de Kaing Guek Eav *alias* DUCH, dossier n° 001/18-07-2007-CETC/BCJI (CP01), 3 décembre 2007, par. 18 à 20 [ci-après la *Décision Duch*].

²⁴ *Décision Duch*, par. 18 à 20.

18. La défense soutient que 1) la notion d'entreprise criminelle commune n'est pas consacrée par le droit international coutumier, 2) qu'à supposer qu'elle le soit aujourd'hui, tel n'était pas le cas en 1975-1979 et 3) que le droit international coutumier n'est pas directement applicable dans les tribunaux cambodgiens²⁵. Les co-procureurs invitent les co-juges d'instruction à rejeter ces arguments.
19. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY a conclu que la notion de réalisation d'un dessein commun ou de participation à une entreprise criminelle commune était bien établie, en matière de responsabilité pénale, en droit international coutumier²⁶, ainsi que, comme il est exposé plus haut, dans le Statut du TPIY²⁷. Elle est parvenue à cette conclusion au vu de l'objet et du but énoncés dans le Statut²⁸, « de la nature même de nombreux crimes internationaux fréquemment commis en temps de guerre »²⁹, d'une analyse approfondie de la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale³⁰, de plusieurs instruments internationaux³¹ et d'une étude comparée des législations d'Allemagne, d'Angleterre et du Pays de Galles, d'Australie, du Canada, des États-Unis, de France, d'Italie, des Pays-Bas et de Zambie³².
20. Dans le même arrêt, la Chambre d'appel du TPIY a aussi conclu que, certes les lois et la jurisprudence de l'après-guerre ne faisaient pas expressément référence à la notion d'« entreprise criminelle commune », mais que les notions de « dessein commun » et de « but commun » que l'on y trouve recouvrent la même réalité³³.
21. Les co-procureurs affirment que les conclusions contenues dans l'Arrêt *Tadić* – la notion d'entreprise criminelle commune était consacrée par le droit international coutumier en 1992 – valent aussi pour les crimes commis entre 1975 et 1979. Cela ressort notamment de

²⁵ Requête, p. 1.

²⁶ Arrêt *Tadić*, par. 220 et 226.

²⁷ Arrêt *Tadić*, par. 190 à 194, 220 et 226 à 228.

²⁸ Arrêt *Tadić*, par. 189 et 191.

²⁹ Arrêt *Tadić*, par. 191.

³⁰ Arrêt *Tadić*, par. 221 à 222.

³¹ Arrêt *Tadić*, par. 221 à 222.

³² Arrêt *Tadić*, par. 223 à 224.

³³ Arrêt *Milutinović*, Opinion individuelle du juge David Hunt, par. 5 ; Arrêt *Milutinović*, par. 36.

l'analyse des formes de responsabilité du type de l'entreprise criminelle commune qui ont été retenues dans le cadre des poursuites intentées après la Deuxième Guerre mondiale contre les auteurs de crimes graves relevant du droit international.

22. L'idée qu'une personne ayant participé à un plan commun puisse être tenue responsable d'actes criminels commis par d'autres participants à ce plan commun en application dudit plan se trouve codifiée dans trois des principaux textes juridiques de l'immédiate après-guerre : la Charte de Londres créant le Tribunal militaire international (« le TMI »)³⁴, la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (« la Loi du Conseil de contrôle »)³⁵ et la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient³⁶. On ne trouve pas dans le Statut du TMI l'expression « entreprise criminelle commune », mais bien la notion de participation à « un plan concerté ou [...] un complot » en vue de commettre des crimes contre la paix. Cette participation y est érigée en infraction³⁷. Le Statut dispose qu'une personne ayant pris part à un plan concerté ou un complot pour commettre *l'un quelconque* des crimes définis dans le Statut peut être déclarée responsable de *tous les actes* accomplis en exécution de ce plan ou complot.
23. Le TMI n'ayant été mis sur pied que pour juger 24 hauts dirigeants nazis, les puissances occupantes ont promulgué la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, qui les autorisait à poursuivre dans leur zone d'occupation respective d'autres personnes suspectées d'avoir commis des crimes de guerre. Le paragraphe 2 de l'article II de la Loi n° 10 disposait que « [t]oute personne, quelle que soit [...] la situation officielle en vertu de laquelle il a agi, est considéré[e] responsable de crimes [si elle a été] lié[e] aux plans ou aux entreprises impliquant la réalisation de ces actes »*.

³⁴ Article 6 du Statut du Tribunal militaire international [« le Statut du TMI »].

³⁵ Loi n° 10 du Conseil de contrôle, dans le *Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne* (1946), n° 3, p. 50 [« la Loi du Conseil de contrôle »].

³⁶ Article 5 de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient.

³⁷ Article 6 du Statut du TMI.

* Traduction tirée de : *Analyse historique des faits relatifs à l'agression* (publication des Nations Unies, n° de vente F.03.V.10), p. 83.

24. Le procès mené par le Tribunal militaire international et les poursuites engagées en application de la Loi du Conseil de contrôle ne représentent qu'une petite partie des procédures qui ont été ouvertes après la Deuxième Guerre mondiale. En effet, des milliers de procédures ont eu lieu au niveau national³⁸. Ces affaires sont particulièrement utiles pour établir que la notion d'entreprise criminelle commune était connue pendant la période du Kampuchéa démocratique car elles sont antérieures à la période couverte par la compétence *ratione temporis* des CETC et, dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY s'est largement appuyée sur elles pour établir que l'entreprise criminelle commune était un concept consacré par le droit international coutumier³⁹.
25. Toutes les affaires jugées dans la zone britannique de l'Allemagne occupée l'ont été par des tribunaux militaires britanniques⁴⁰. Il ressort de manière évidente des jugements que ceux-ci ont rendus qu'ils ont vu dans les faits dont ils ont eu à connaître une forme d'entreprise criminelle commune. Dans l'affaire du *lynchage d'Essen*⁴¹, le tribunal a rendu un verdict de culpabilité à l'encontre de trois civils parce que ceux-ci avaient pris part d'une manière ou d'une autre aux mauvais traitements ayant entraîné la mort des victimes, et ceci bien qu'il n'ait pas été prouvé pour l'un quelconque de ces accusés qu'il avait personnellement tiré sur les victimes ou porté les coups fatals⁴². Le *procès d'Almelo* est une autre illustration d'un tribunal ayant déclaré des personnes coupables pour avoir participé à une entreprise criminelle⁴³. En l'espèce, le *judge-advocate* a expliqué que des personnes prenant part ensemble et en même temps à une entreprise commune illicite et prêtant toutes une assistance quelconque à la réalisation du but commun étaient toutes également coupables au regard de la loi⁴⁴. Dans l'affaire *Jespen*, le tribunal a retenu une forme d'entreprise criminelle

³⁸ Paust *et al.*, *International Criminal Law: Cases and Materials*, 2000, p. 633 et 634.

³⁹ Danner et Martinez, p. 17 (cité au paragraphe 5 de la Requête).

⁴⁰ *Royal Warrant – Regulations for the Trial of War Criminals*, 0160/2498, 14 juin 1945, <http://www.vale.edu/lawweb/avalon/imt/imtrooyal.htm>.

⁴¹ *In re Erich Heyer et al*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen (examiné dans *Law Reports for the Trials of War Criminals*, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, 88 (1947)) [ci-après l'« affaire du lynchage d'Essen »].

⁴² Affaire du *lynchage d'Essen*, p. 91.

⁴³ Affaire du *procès d'Almelo*, British Military Court for the Trial of War Criminals [« l'affaire du *procès d'Almelo*], p. 40 (examiné dans *Law Reports for the Trials of War Criminals*, Commission des crimes de guerre des Nations Unies (1949)).

⁴⁴ Affaire du *procès d'Almelo*, p. 40.

commune pour engager la responsabilité des auteurs du meurtre de prisonniers de guerre⁴⁵. Le *judge-advocate* a fait notamment observer que si Jespen avait eu activement partie liée avec d'autres gardes et avait aidé ceux-ci à perpétrer un massacre systématique, tout acte commis par l'un quelconque d'entre eux était à considérer comme commis par tous⁴⁶.

26. Le Tribunal militaire américain a été créé à la suite d'une directive dans laquelle il était précisé que le terme « *criminal* » englobait toute personne liée à des plans ou des entreprises ayant entraîné la commission d'un crime⁴⁷. L'affaire de *l'île de Borkum* a été une de celle jugées par ce tribunal⁴⁸. Bien qu'aucun jugement n'ait été rendu public, les faits de l'espèce laissent à penser que les condamnations prononcées se fondaient sur la conclusion que les personnes incriminées étaient liées à des « plans » ou des « entreprises » comportant le meurtre des prisonniers de guerre⁴⁹. Dans l'affaire du *camp de concentration de Dachau*, le Tribunal militaire américain a conclu à l'existence, au sein de ce camp, d'un système généralisé d'actes de cruauté et de meurtres commis à l'encontre des détenus, en soulignant que les accusés, eux-mêmes des membres du personnel du camp, savaient que pareil système était appliqué et qu'ils y avaient activement participé dans le cadre d'un dessein commun visant à violer les lois et coutumes de la guerre⁵⁰. De manière similaire, dans l'affaire du *camp de Mauthausen*⁵¹, le tribunal est parvenu à trois « conclusions spéciales » : 1) que la manière dont le camp avait été administré constituait une entreprise criminelle ; 2) que tout responsable travaillant ou simplement présent dans le camp à quelque moment que ce soit ne pouvait pas ne pas avoir eu connaissance du caractère criminel de l'entreprise et 3) que tout

⁴⁵ Affaire *Gustav Alfred Jespen*, British Military Court, Luneburg, *Judgement*, 24 août 1946, 5 *Journal of International Criminal Justice*, mars 2007, p. 228 [« le Jugement Jespen »].

⁴⁶ Jugement *Jespen*, p. 229.

⁴⁷ *Directive on the Identification and Apprehension of Persons Suspected of War Crimes or Other Offenses and Trial of Certain Offenders* [« la Directive »], 8 juillet 1945, JCS. 1023/10, art. 3, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imtjcs.htm>.

⁴⁸ Arrêt *Tadić*, par. 210.

⁴⁹ Directive, art. 3.

⁵⁰ Affaire du *camp de concentration de Dachau*, dans le cadre de laquelle Martin Gottfried Weiss et trente neuf autres personnes ont été jugées, General Military Government Court of the United States Zone, reproduit dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, Commission des crimes de guerre des Nations Unies, 1947, p. 14 [ci-après l'« Affaire du camp de concentration de Dachau »].

⁵¹ General Military Government Court of the United States Zone, Dachau (Allemagne), 29 mars - 13 mai 1946 (examiné dans l'Affaire du *camp de concentration de Dachau*, p. 15 et 16).

responsable ayant contribué à faire fonctionner cette entreprise criminelle « de quelque manière que ce soit » avait violé les lois et coutumes de la guerre⁵².

27. Dans l'Arrêt *Tadić*, analysant les fondements de la notion d'entreprise criminelle commune, la Chambre d'appel du TPIY a aussi passé en revue plusieurs affaires jugées selon le droit interne italien par des juridictions nationales. Ainsi, dans l'affaire *D'Ottavio*⁵³, la Cour de cassation italienne a appliqué l'article 116 du Code pénal italien, lequel dispose que : « Lorsque le crime commis est différent de celui envisagé par l'un des participants, ce dernier sera également considéré responsable du crime si celui-ci est une conséquence de ses actes ou omissions »⁵⁴.
28. Dans le même arrêt, la Chambre d'appel du TPIY a aussi mis en lumière le fait que de nombreux pays – tant de *common law* que de tradition civiliste – connaissent des formes de responsabilité semblables à celle découlant de la participation à une entreprise criminelle commune. Par exemple, la France reconnaît, en tout cas depuis 1947, la notion de « co-auteur », à savoir que si l'une des personnes participant à un projet ou une entreprise criminelle commune commet une autre infraction qui ne fait pas partie du projet commun mais était néanmoins prévisible, chacun des membres du groupe est entièrement comptable du crime commis⁵⁵. La Chambre d'appel a toutefois souligné, à l'examen des systèmes nationaux qui reconnaissent une forme ou l'autre de responsabilité découlant d'un « dessein commun », que « ces références aux législations et aux jurisprudences nationales ne visent qu'à démontrer que la notion de but commun, consacrée par le droit pénal international, a des bases dans de nombreux systèmes nationaux », et non à étayer l'affirmation selon laquelle cette doctrine existe en droit international coutumier⁵⁶. Plus tard, dans l'Arrêt *Milutinović*, la Chambre d'appel a conclu que la reconnaissance en droit interne d'une responsabilité du type de celle découlant de l'entreprise criminelle commune contribue à étayer l'affirmation selon

⁵² Affaire du *camp de concentration de Dachau*, p. 15.

⁵³ *D'Ottavio*, Cour italienne de cassation, Section criminelle I, jugement du 12 mars 1947, n° 270, reproduit dans 5 *Journal of International Criminal Justice* [la Décision *D'Ottavio*], p. 232, mars 2007.

* Traduction tirée du jugement rendu dans l'affaire *Tadić* par la Chambre de première instance du TPIY.

⁵⁴ Décision *D'Ottavio*, p. 233.

⁵⁵ Arrêt *Tadić*, par. 224.

⁵⁶ Arrêt *Tadić*, par. 225.

laquelle un accusé aurait dû raisonnablement pensé qu'il encourait une condamnation dans le cadre de pareille forme de responsabilité⁵⁷.

29. Dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY a établi que non seulement la notion d'entreprise criminelle commune en tant que telle était consacrée par le droit international coutumier à l'époque du conflit yougoslave, au début des années 90, mais aussi ses éléments objectifs et subjectifs. La Chambre n'a cité aucun élément jurisprudentiel nouveau et important qui serait survenu entre la période du Kampuchéa démocratique et le début des années 90. Les deux seuls instruments cités qui soient postérieurs au Kampuchéa démocratique sont la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et le Statut de la Cour pénale internationale (« la CPI »), qui prévoient tous les deux une forme de responsabilité découlant d'un « projet commun »⁵⁸. Depuis lors, la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune a été souvent retenue, notamment devant le TPIY, le TPIR, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et la juridiction spéciale mise en place au Timor-Leste.
30. On le voit, la notion d'entreprise criminelle commune était bel et bien consacrée par le droit international coutumier avant 1975 et le reste à ce jour. De plus, l'article 29 de la loi créant les CETC, institution unique en son genre, définit les formes de responsabilité qui peuvent y être retenues, lesquelles procèdent du droit international coutumier. Il est sans importance de savoir, contrairement à ce que la défense prétend dans sa Requête, si le droit international coutumier est directement applicable au non dans les tribunaux cambodgiens⁵⁹.

Le recours à la notion d'entreprise criminelle commune ne viole pas le principe de légalité

31. La défense soutient que la notion d'entreprise criminelle commune ne s'appliquait pas au Cambodge durant la période couverte par la compétence *ratione temporis* des CETC et qu'en y recourant, on enfreindrait donc le principe *nullum crimen sine lege* ou le principe de la légalité⁶⁰. Les co-procureurs invitent les co-juges d'instruction à rejeter cet argument.

⁵⁷ Arrêt *Milutinović*, par. 41.

⁵⁸ Arrêt *Tadić*, par. 221 à 223.

⁵⁹ Requête, p. 1.

⁶⁰ Requête, p. 1.

32. La Loi relative aux CETC réitère l'article 15 1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte international »), qui dispose que nul 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. Toutefois, l'article 15 2) est rédigé de manière à ce que l'article 15 1) ne soit pas interprété comme un obstacle à la reconnaissance d'une responsabilité pénale au niveau international : « [r]ien 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 ».
33. Le principe de la légalité est avant tout un « principe de justice »⁶¹. Il suppose que tant le crime que la forme de responsabilité imputée à un accusé existaient et étaient prévisibles au moment des crimes allégués. Il faut donc établir i) que la notion d'entreprise criminelle commune était déjà consacrée par le droit cambodgien ou procédait du droit international coutumier en 1975; et ii) que les personnes poursuivies devant les CETC pouvaient raisonnablement penser que les actes commis en vue de réaliser une entreprise criminelle commune à laquelle ils participaient engageraient leur responsabilité pénale.
34. S'agissant du principe de légalité, le tribunal doit être convaincu qu'à l'époque des faits, la forme de responsabilité pénale retenue était suffisamment prévisible et la législation afférente suffisamment accessible⁶². Cela n'empêche pas le tribunal « d'interpréter et de tirer au clair les éléments constitutifs d'un crime particulier », pas plus que cela ne lui interdit de faire évoluer progressivement le droit⁶³.
35. On peut conclure qu'une personne pouvait raisonnablement penser que les actes qu'elle commettait engageraient sa responsabilité pénale à titre de participant à une entreprise criminelle commune sur la base des critères suivants : i) la nature et la gravité des crimes commis et ii) l'existence de décisions judiciaires, d'instruments internationaux et de lois nationales reconnaissant une forme de responsabilité semblable à celle découlant de la

⁶¹ Arrêt *Milutinović*, par. 37.

⁶² Arrêt *Milutinović*, par. 37.

⁶³ Arrêt *Milutinović*, par. 38.

participation à une entreprise criminelle commune⁶⁴. Dans le cas du régime du Kampuchéa démocratique, ces deux éléments sont réunis. Tout d'abord, les crimes faisant l'objet des poursuites en l'espèce peuvent être considérés comme les violations les plus horribles du droit international humanitaire qui aient été perpétrées dans le monde depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale⁶⁵. Ensuite, au vu des instruments et jugements résultant des efforts déployés pour poursuivre les criminels de guerre après la Deuxième Guerre mondiale, et du grand nombre de fois où des tribunaux, tant de *common law* que romano-germaniques, ont eu recours à des notions similaires à celle de l'entreprise criminelle commune pour établir la responsabilité d'accusés, on peut raisonnablement conclure que les personnes poursuivies devant les CETC savaient, en 1975-1979, que leur responsabilité pénale serait engagée si elles participaient à une entreprise criminelle commune ou si des crimes étaient commis, qui en étaient une conséquence raisonnablement prévisible.

36. Contrairement à ce que la défense soutient, il n'est pas pertinent de savoir en l'espèce si la notion d'entreprise criminelle commune était consacrée dans le système juridictionnel national (cambodgien) ou non au moment de la commission des crimes⁶⁶. En tout état de cause, on peut déduire du fait que le Code pénal de 1956 (« le Code pénal ») appuie de manière générale les principes sous-jacents à la notion d'entreprise criminelle commune que les conditions de prévisibilité et d'accessibilité étaient déjà réunies à l'époque du Kampuchéa démocratique pour ce qui concerne les personnes aujourd'hui poursuivies devant les CETC.
37. Le Code pénal, qui était d'application entre 1975 et 1979, comporte plusieurs articles touchant aux éléments constitutifs d'une responsabilité partagée par une pluralité d'auteurs et dans lesquels on trouve les notions de 1) co-action, 2) complicité et 3) co-auteur⁶⁷. Il classe les crimes perpétrés par plus d'une personne en deux catégories, selon qu'il s'agit de « co-action » ou de « complicité »⁶⁸. Pour être considéré co-auteur, un accusé doit avoir participé volontairement et directement à la commission du crime. Le Code pénal définit aussi ce qu'est le « co-auteur » dans un autre article, où il est dit qu'il y a pluralité d'auteurs lorsqu'il

⁶⁴ Arrêt *Milutinović*, par. 39 à 42.

⁶⁵ Rapport du Groupe d'experts, par. 1^{er}.

⁶⁶ Arrêt *Milutinović*, par. 39.

⁶⁷ Code pénal, art. 82 et 145.

⁶⁸ Code pénal, art. 82.

est établi que deux personnes au moins se sont concertées pour commettre une infraction⁶⁹. Lorsqu'une deuxième personne s'est limitée à des actes qualifiables d'aide et assistance, cette personne est considérée comme complice plutôt que comme co-auteur.

38. Il en ressort qu'à l'époque des crimes imputés aux personnes mises en examen, la notion d'entreprise criminelle commune comme forme de participation engageant la responsabilité pénale était suffisamment prévisible et accessible à l'intéressé.

IV. CONCLUSION ET DEMANDE

39. Les co-procureurs font valoir que la Requête est irrecevable car elle ne s'appuie pas sur les dispositions du Règlement intérieur et n'y trouve par ailleurs aucun fondement. De plus, les objections de la défense n'ont d'autre base que des conjectures concernant la stratégie que les co-procureurs appliqueront au procès. La défense essaye aussi de politiser le processus judiciaire en faisant craindre, sans que les faits ni les lois n'étaient cette crainte, que des personnalités politiques nommément désignées ne soient poursuivies, et ce pour dissuader, semble-t-il, les co-juges d'instruction des CETC de recourir à une forme de responsabilité pénale pourtant consacrée au niveau international. Pareille action risque de déstabiliser la procédure judiciaire attendue depuis longtemps par le peuple cambodgien et la communauté internationale. Ces motifs suffisent à rejeter la Requête.
40. À titre subsidiaire, à supposer que la Requête soit considérée recevable, les co-procureurs demandent aux co-juges d'instruction de la rejeter sur le fond, au motif que l'entreprise criminelle commune sous toutes ses formes est une notion que les CETC peuvent retenir valablement au titre des formes de responsabilité.

CHEA Leang
Co-procureur

William SMITH
Co-procureur adjoint

Fait à Phnom Penh (Royaume du Cambodge), le 11 août 2008.

⁶⁹ Code pénal, art. 145.