

DEVANT LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE  
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

CONCERNANT L'APPEL DES CO-PROCEUREURS CONTRE L'ORDONNANCE DE RENVOI  
RENDUE DANS LE DOSSIER KAING GUEK EAV « DUCH » DATÉE DU 8 AOUT 2008

Affaire No : 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)

*Mémoire d'Amicus Curiae*

Présenté par le Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique  
Université de McGill  
Montréal (Québec) Canada

|  |  |
|--|--|
| <b>ឯកសារទទួលបាន</b>  |  |
| DOCUMENT RECEIVED/DOCUMENT REÇU  |  |
| ខ្សែ ខែ ឆ្នាំ (Date of receipt/Date de réception):<br>..... 03, NOV, 2008 .....                |  |
| ម៉ោង (Time/Heure): ..... 09:00 .....   |  |
| ឈ្មោះមន្ត្រីកិច្ចការឯកសារ/Case File Officer/L'agent chargé<br>du dossier: ..... C.A. Fay ..... |  |

|  |  |
|--|--|
| <b>ឯកសារចម្លងត្រឹមត្រូវ</b>  |  |
| CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME  |  |
| ខ្សែ ខែ ឆ្នាំ ត្រឹមត្រូវ (Certified Date/Date de certification):<br>..... 04, NOV, 2008 .....  |  |
| ឈ្មោះមន្ត្រីកិច្ចការឯកសារ/Case File Officer/L'agent chargé<br>du dossier: ..... C.A. Fay ..... |  |

## I. AMICUS CURIAE

1. **Le Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique de McGill** dépose un mémoire d'*Amicus Curiae* suite à l'invitation faite par la Chambre préliminaire des CETC, dans sa décision datée du 25 septembre 2008. Le Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique est un point de convergence pour une recherche juridique interdisciplinaire et un dialogue innovants, ainsi que pour une action d'information sur les droits de la personne et le pluralisme juridique. Un objectif essentiel du Centre est d'approfondir la collaboration transdisciplinaire sur les questions complexes relatives aux dimensions sociale, éthique, politique et philosophique des droits de la personne. Depuis 2004, le Centre accueille la Clinique juridique pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, apportant son appui aux Chambres du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

2. **La Faculté de droit de l'Université McGill** est connue depuis de nombreuses années pour ses travaux de recherche et l'enseignement qu'elle dispense en matière de droits de la personne. Elle est également réputée pour son bilinguisme, ses travaux de recherche et son enseignement bijuridiques. Elle se consacre également au droit comparé, aux traditions juridiques dans leur diversité et au pluralisme juridique.

3. **Le Professeur René Provost**, directeur et également membre fondateur de ce Centre créé à l'automne 2005, dispense plusieurs cours dans le domaine des droits de la personne humaine et de la diversité sociale, dont les droits internationaux de la personne, le droit humanitaire international, et le droit international public. Il a rédigé l'ouvrage *International Human Rights and Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2002), le texte de référence sur l'interaction entre ces deux domaines.

4. **Le Professeur Payam Akhavan** effectue des recherches et enseigne dans les domaines du droit international public, du droit pénal international et de la justice transitionnelle, avec un intérêt tout particulier pour les droits de la personne humaine et le multiculturalisme, la poursuite des crimes de guerre, la réforme des Nations Unies et la prévention des génocides. Il fut le premier Conseiller juridique auprès du Bureau du Procureur des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.

5. **Le Professeur Frédéric Mégret** est titulaire de la chaire de la recherche en droit de la personne humaine et pluralisme juridique à la Faculté de droit de McGill et est le directeur de la Clinique pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Il est l'auteur de l'ouvrage *Le Tribunal pénal international pour le Rwanda* (Pedone, 2002) et fut l'un des membres de la délégation française à la Conférence de Rome qui a créé la Cour pénale internationale.

6. **Maureen T. Duffy, Carlos Iván Fuentes, Amar Khoday et Melissa Martins Casagrande**, doctorants de la Faculté de droit de McGill, sont rattachés au Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique et ont effectué des recherches pour la Clinique pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. **Malcom Dort, Jake Hirsch-Allen et Sophie Tremblay** préparent un LLB/BCL et Jake Hirsch-Allen est la directrice exécutive de la Clinique. **Sébastien Jodoin**, diplômé de troisième cycle BCL/LLB, est un ancien membre de la Clinique pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Il a travaillé à la Chambre d'instance III du TPIR et à la Chambre d'appel du TPIY.

## II. SYNTHÈSE

7. La responsabilité découlant de la participation, sous une forme ou une autre, à un projet commun existe en droit international depuis au moins 1945<sup>1</sup>. Le précédent faisant aujourd'hui autorité s'agissant du concept d'entreprise criminelle commune est la décision rendue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Le Procureur c/ Tadic*<sup>2</sup>. Un grand nombre d'affaires pénales internationales postérieures à cette décision se sont inspirées de son interprétation de ce mode de participation. La majorité des précédents sur lesquels le Tribunal s'est fondé dans l'affaire *Tadic* existaient avant la période à laquelle s'applique la compétence des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC) (1975-1979). En conséquence, une décision des CETC selon laquelle la théorie de l'entreprise criminelle commune s'applique à la période considérée serait conforme au droit pénal international.

8. Cet examen de la doctrine et de la jurisprudence tant nationale qu'internationale confirme l'opportunité d'appliquer cette forme de participation aux affaires dont sont saisies les CETC. Les conclusions de cet examen confirment que cette forme de responsabilité peut être appliquée de manière judicieuse et que, notamment, sa troisième catégorie « élargie » peut être définie de manière à ne pas porter atteinte aux droits de la défense.

## III. QUESTION POSÉE

9. Le développement de la théorie de l'entreprise criminelle commune et l'évolution de la définition de ce mode de responsabilité semblent-ils indiquer qu'elle s'applique devant les CETC, considérant que les crimes ont été commis durant la période comprise entre 1975 et 1979 ?

<sup>1</sup> Dans certaines juridictions nationales, elle existait bien avant la Deuxième Guerre mondiale, voir ci-dessous.

<sup>2</sup> *Le Procureur c/Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

#### IV. L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE EN TANT QUE MODE DE RESPONSABILITÉ EXISTE EN DROIT INTERNATIONAL DEPUIS AU MOINS 1945

10. Le principe *nullum crimen sine lege* est à la fois un principe fondamental de droit pénal et une norme du droit international coutumier. D'après ce principe, une personne ne peut être déclarée coupable d'un crime à raison de certains actes que s'ils constituaient une violation du droit à l'époque où ils ont été commis<sup>3</sup>. Le principe s'applique tant à la nature des crimes qu'aux modes de participation.

11. D'après la Chambre d'instance du TPIY dans l'affaire *Hadzihasanovic*, il faut se préoccuper avant tout du comportement réel de l'accusé à l'époque où les actes ont été commis :

Pour que le principe *nullum crimen sine lege* soit respecté, il suffit que le criminel en puissance ait su et ait pu prévoir que son comportement était punissable à l'époque des faits. Il importe peu à cet égard que ce comportement ait été punissable en tant qu'acte ou en tant qu'omission, ou qu'il ait été susceptible d'entraîner des sanctions pénales, disciplinaires ou autres<sup>4</sup>.

12. Deux séries de questions se posent concernant l'application du principe *nullum crimen sine lege* dans le cadre de l'entreprise criminelle commune. Pour ce qui est de la première série, il s'agit de savoir si le comportement jugé au regard du mode de responsabilité de l'entreprise criminelle commune était en fait punissable au moment de la commission du crime en droit national et en droit international. Un certain nombre d'universitaires ont critiqué la décision rendue par la Chambre d'appel du TPIY selon laquelle l'entreprise criminelle commune existait en tant que mode de responsabilité en droit international coutumier durant la période considérée dans cette affaire. D'après eux, la jurisprudence en question ne permet tout simplement pas d'étayer la doctrine de l'entreprise criminelle commune telle que développée par la Chambre d'appel<sup>5</sup>.

13. La deuxième série de questions a trait aux conditions de prévisibilité et d'accessibilité du principe *nullum crimen sine lege*. Comme indiqué plus haut, la condition de prévisibilité est remplie si

<sup>3</sup> Voir *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, G.A. Res 217A (III), U.N. Doc. A/811 (1948) art. 11 (2) ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 993 U.N.T.S. 171 art. 15, 6 I.L.M. 368 ; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 609 art. 6(2) (c) ; *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 U.N.T.S. 90 art. 22, 37 I.L.M. 1002.

<sup>4</sup> *Le Procureur c/Hadzihasanovic*, affaire No. IT-01-47-PT, Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence, 12 novembre 2002, par. 62 (note de bas de page omise).

<sup>5</sup> Allison Marston Danner & Jenny. S. Martinez, *Guilty Associations : Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and The Development of International Criminal Law*, (2005) 93 Cal. L. Rev. 75 110-120 ; Machteld Boot, *Genocide, crimes against humanity, war crimes : nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court* (Anvers : Intersentia, 2002) 297-304.

l'on peut établir qu'un criminel en puissance ait su et ait pu prévoir que son comportement était punissable à l'époque des faits. Les tribunaux ad hoc ont choisi à cet égard de partir du principe que les deux conditions étaient remplies si le comportement s'avérait punissable en droit international<sup>6</sup>. Ce qui revient en substance à une application stricte de la doctrine *ignorantia juris non excusat*.

14. En l'espèce, la condition liée au principe *nullum crimen sine lege* sera remplie s'il est établi que l'entreprise criminelle commune a été acceptée comme mode de participation soit au regard du droit international soit du droit cambodgien durant la période considérée (1975-1979). On montrera que l'entreprise criminelle commune est une doctrine propre au droit pénal international qui a été invoquée dans plusieurs affaires se rapportant à la Deuxième Guerre mondiale. De surcroît, l'examen d'un ensemble représentatif de juridictions nationales vient appuyer la conclusion selon laquelle l'entreprise criminelle commune en tant que principe général de droit pénal international existait à l'époque qui est considérée.

I. Reconnaissance internationale de la responsabilité individuelle dans le cadre d'actions criminelles collectives par les tribunaux militaires au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale

15. Dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du TPIY s'est fondée pour l'essentiel sur la jurisprudence postérieure à la Deuxième Guerre mondiale pour établir que « la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier<sup>7</sup> ». La plupart des éléments qui appuient de manière explicite l'entreprise criminelle commune proviennent de déclarations faites devant des tribunaux militaires par l'accusation ou de « Notes sur l'affaire » de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et non de décisions du procureur militaire (*judge-advocate*), qui étaient en général très concises. Nombre de ces décisions sont aujourd'hui difficiles à obtenir et le TPIY s'est appuyé largement sur des traductions non officielles qui de ce fait ne peuvent pas être vérifiées. Les notions d'entreprise criminelle commune de première catégorie (« élémentaire ») ou de deuxième catégorie (« systémique ») ressortent le plus clairement des affaires traitées par les tribunaux militaires, alors que les faits des affaires invoquées à l'appui de l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie (« élargie ») ressemblent de façon plus lointaine aux scénarios auxquels cette dernière catégorie est le plus souvent associée. Si la jurisprudence postérieure à la Deuxième Guerre mondiale citée dans l'affaire *Tadic* est moins convaincante que la jurisprudence nationale, chacune des trois catégories d'entreprise

<sup>6</sup> Voir notamment *Le Procureur c/Martic*, IT-96-11-A Arrêt – Opinion dissidente du juge Schomburg sur la responsabilité pénale individuelle de Milan Martić (8 octobre 2008) (TPIY).

<sup>7</sup> *Tadic*, supra note 2 par. 220 ; pour l'analyse de la Chambre d'appel de cette jurisprudence, voir par. 195-219.

criminelle commune est appuyée d'une façon ou d'une autre par la jurisprudence des tribunaux militaires de la Deuxième Guerre mondiale.

16. L'affaire *Schonfeld*, invoquée pour étayer la notion d'entreprise criminelle commune de la première catégorie, est un exemple type. L'argument de l'accusation selon lequel l'article 8 ii) du *Royal Warrant*, du 14 juin 1945, s'applique en l'espèce, est très convaincant à cet égard :

Lorsqu'il est établi qu'un crime de guerre est le résultat d'une action concertée de la part d'une unité ou d'un groupe d'hommes, tout élément de preuve apporté dans le cadre d'une accusation se rapportant à ce crime contre un quelconque membre de cette unité ou groupe peut être reçu comme commencement de preuve de la responsabilité de chacun des membres de cette unité ou groupe à raison de ce crime<sup>8</sup>.

17. Il ne s'agit là toutefois que d'une règle de preuve, et l'essentiel des débats tourne autour de l'aide et assistance, avec seulement quelques mentions incidentes au « dessein commun ». Pour autant, le procureur militaire (*judge-advocate*) invoquait une règle de droit positif anglais et non cette règle de preuve, ce qui indique une certaine affinité entre les normes de droit positif et celles afférentes à la preuve. Il expliquait la règle du dessein commun comme suit :

Si plusieurs personnes s'entendent pour mener à bien une entreprise illicite ou réaliser un acte licite par des moyens illicites, et si l'une d'entre elles, en menant à bien l'entreprise, tue un homme, il s'agit d'un meurtre pour tous ceux qui sont présents, qu'ils aient ou non aidé et encouragé le meurtre, pour autant que la mort a été causé par un membre du groupe dans le cadre de ses actions visant à mener à bien le dessein commun de l'assemblée<sup>9</sup>.

18. Les faits du procès *Almelo* présentent un scénario classique d'entreprise criminelle commune : trois individus jouent chacun un rôle différent dans deux meurtres : l'un a tiré le coup mortel, un autre a donné l'ordre et un troisième est resté près du véhicule pour empêcher les gens de s'approcher. Le procureur militaire (*judge-advocate*), constatant que les trois individus savaient ce qu'ils faisaient et que chacun était présent pour tuer la victime, a déclaré :

Si des individus sont tous présents ensemble au même moment, participant à une entreprise illicite commune, contribuant chacun à sa façon à l'objectif commun, ils sont tous également coupables en droit<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Procès de Franz Schonfeld et de neuf autres* (1946), vol. XI Law Reports of Trials of War Criminals 64 à 68.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Procès de Otto Sandrock et de trois autres (affaire Almelo)* (1945). I Law Reports of Trials of War Criminals 36.

Si tous les accusés ont été reconnus coupables, ceux qui avaient ordonné ou tiré les coups de feu ont été condamnés à mort. Les autres ont été condamnés à quinze ans d'emprisonnement<sup>11</sup>. Ce qui met en évidence que les condamnations peuvent varier en fonction du rôle joué par un individu dans une entreprise criminelle commune, mais également qu'ils étaient tous coupables.

19. De récentes décisions rendues par des tribunaux militaires italiens se rapportent également à la même période de temps. D'anciens membres de l'armée allemande et des S.S. ont été jugés pour des crimes commis durant la Deuxième Guerre mondiale<sup>12</sup>. Les accusés ont été jugés coupables au titre de leur participation individuelle aux crimes commis dans le cadre d'une entente formelle et prolongée. Dans les affaires *Nordhorn* et *Seifert*, les tribunaux ont souligné le fait que les crimes avaient été commis par le biais de « nombreuses actions exécutées dans le cadre d'un même dessein criminel, en concertation avec d'autres membres de même grade de l'armée<sup>13</sup> ». Dans l'affaire *Sommer et consorts*, le Tribunal militaire de La Spezia a conclu que dix officiers qui faisaient partie des S.S. étaient « coupables de complicité dans plusieurs meurtres pour avoir délibérément conçu, planifié et exécuté le massacre » de 560 civils<sup>14</sup>.

20. L'arrêt *Tadic* invoquait les affaires du *Camp de concentration de Dachau* et *Belsen* à l'appui d'une incrimination pour participation à une entreprise criminelle commune de la deuxième catégorie ; dans ces deux affaires, des dirigeants de camps de concentration ont été tenus responsables des crimes qui avaient eu lieu dans ces camps. Les extraits relatifs à *Dachau* cités dans *Tadic* sont clairs : « il existait au sein du camp un système généralisé consistant à infliger des traitements cruels aux détenus ou à les exécuter...et...que les accusés avaient connaissance du fonctionnement de ce système, et qu'ils y prenaient une part active ». Ce qui a été jugé comme revenant à « agir en obéissant à un dessein commun en violation des lois et usages de la guerre ». Le tribunal a précisé : « Tous ceux qui ont pris une part quelconque dans la réalisation de ce dessein commun ont été reconnus coupables de crime de guerre, bien que la nature et le degré de leur participation pouvait varier<sup>15</sup> ».

21. *Belsen* est également sans ambiguïté et les extraits dont le TPIY fait état, s'ils sont également tirés des arguments de l'accusation, illustrent bien les conclusions du Tribunal militaire :

<sup>11</sup> Ibid. 41.

<sup>12</sup> Notamment les affaires Gerhard Sommer et consorts (2005) et Heinrich Nordhorn (2006) au Tribunal militaire de La Spezia, l'affaire Michael Seifert (2000) au Tribunal militaire de Vérone et l'affaire Siegfried Engel (1999) au Tribunal militaire de Turin

<sup>13</sup> Tribunal militaire de La Spezia, 3 novembre 2006, 50/2006 N. 551/2002 R.G.N.R. N. 16/2006 R.G. DIB.

<sup>14</sup> Rosa Dinusi, « Procès contre Gerhard Sommer et consorts, Tribunal militaire de La Spezia, Jugement du 22 juin 2005 », dans A. McDonald, Yearbook of International Humanitarian Law – 2005 (Cambridge : CUP, 2007) 465.

<sup>15</sup> *Tadic*, supra note 2 par. 202.

Tous les accusés qui faisaient partie du personnel à Auschwitz savaient qu'un certain système y était appliqué et qu'un certain état d'esprit y régnait. En contribuant d'une manière ou d'une autre d'un commun accord à administrer le camp de manière brutale, toutes ces personnes ont adhéré à cet état d'esprit. Elles ont demandé à la cour de ne pas considérer les actes individuels qui pouvaient être prouvés comme étant simplement des crimes commis par elles-mêmes, mais également comme des éléments de preuve indiquant clairement que chacun des auteurs agissait délibérément en tant que partie contribuant à ce système. Elles ont suggéré que si la cour était convaincue que tel était le cas, chacune d'elles assumerait la responsabilité des faits<sup>16</sup>.

Plus particulièrement, les critères jugés nécessaires par l'accusation pour établir l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie, et adoptés par le procureur militaire (*judge-advocate*) dans l'affaire *Belsen*, sont repris et adoptés dans l'affaire *Tadic*. A savoir : « i) l'existence d'un système organisé visant à maltraiter les détenus et à commettre les divers crimes reprochés ; ii) le fait que les accusés avaient connaissance de la nature dudit système ; iii) le fait que les accusés aient d'une certaine manière directement participé à la mise en œuvre du système ».

22. La dernière affaire qu'invoque le TPIY à l'appui de l'entreprise criminelle commune de deuxième catégorie plaide plutôt en faveur de l'application des notions d'aide et d'encouragement. L'affaire *Mulka* devra donc être traitée séparément par les futurs tribunaux car, comme le reconnaît le TPIY, « s'il n'était pas possible de prouver que l'accusé s'identifiait effectivement aux objectifs du régime nazi, le tribunal considérerait qu'il a aidé et encouragé la commission du crime, n'ayant pas eu l'intention spécifique de 'commettre le crime de son propre chef' »<sup>17</sup>.

23. Les décisions invoquées par le TPIY à l'appui de l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie sont, et c'est normal, les plus contestées s'agissant de prouver l'existence d'une entreprise criminelle commune en droit pénal international. Les faits de l'affaire des *lynchages d'Essen* et de l'affaire de *l'île de Borkum* font intervenir une foule de civils et des actes d'omission liés à un méfait prévisible. Si le lien entre la violence perpétrée et les accusés est on ne peut plus clair dans l'affaire des *lynchages d'Essen*, invoquer l'affaire *l'île de Borkum* pour confirmer l'existence d'une entreprise criminelle commune semble beaucoup plus difficile.

24. Dans l'affaire des *Lynchages d'Essen*, trois prisonniers de guerre britanniques ont été lynchés par la foule dans une ville allemande. Au nombre des accusés figurait un capitaine de l'armée allemande qui avait donné l'ordre à l'escorte à voix haute, de sorte que la foule avait pu entendre, de

<sup>16</sup> *Joseph Kramer et 44 autres (Procès Belsen)* (1945) II Law Reports of Trials of War Criminals 1, 121 ; *Tadic* supra note 2 par. 202.

<sup>17</sup> Voir notamment *Stefan Baretzki at al.*, XXI Justiz und NS-Verbrechen, 838 et 881 (Bundesgerichtshof, F.R.G.).



ne pas intervenir si des civils s'en prenaient aux prisonniers car ils méritaient d'être tués. Figuraient également parmi les accusés trois des lyncheurs. En l'espèce, une fois de plus, on suppose que la cour a accepté la thèse de l'accusation selon laquelle, bien qu'il n'ait pas été prouvé avec certitude lequel des accusés avait porté les coups ayant entraîné la mort, leur responsabilité était liée au fait que « chacun d'entre eux avait, d'une manière ou d'une autre, pris part aux mauvais traitements qui avaient entraîné la mort des victimes »<sup>18</sup>.

Le recours à ces affaires pour étayer un principe général d'entreprise criminelle commune élargie pose deux problèmes fondamentaux : les circonstances de cette affaire ne sont pas claires quant au rôle ou aux intentions de chaque participant et les conclusions du tribunal doivent être déduites des arguments de l'accusation et de la déclaration finale de culpabilité. Quoiqu'il en soit, certains éléments tendent à confirmer que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune existait déjà, de manière générale, dès les premières années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale.

## **2. Principe général de responsabilité individuelle fondée sur des entreprises criminelles collectives**

### **a. Systèmes juridiques autres que cambodgiens**

25. La responsabilité découlant de la participation à un projet commun existe, sous une forme ou une autre, dans la législation nationale de nombreux pays depuis au moins le dix-neuvième siècle. Des éléments de droit pénal interne communs à de nombreux systèmes juridiques apparaissent comme un instrument essentiel pour mettre en lumière des normes pénales internationales et en dégager des principes généraux de droit international. La notion de responsabilité individuelle fondée sur une entreprise commune ou un projet commun s'est développée au sein des systèmes nationaux après la Deuxième Guerre mondiale. Cette évolution observée au sein de plusieurs systèmes nationaux s'est poursuivie durant les années délimitant la période prise en compte par les CETC, tendant ainsi à confirmer la notion générale selon laquelle l'entreprise criminelle commune peut être appliquée comme mode de responsabilité devant les CETC pour des crimes commis durant la période 1975-1979.

26. Dans sa première version adoptée en 1810, le Code pénal français prévoyait la responsabilité individuelle au titre de la participation collective à un acte criminel lorsque la présomption de participation pouvait être déduite de l'adhésion d'un individu à un groupe criminel<sup>19</sup>. Un exemple de ce mode de responsabilité est l'article 313, qui énonce que les crimes contre des personnes

<sup>18</sup> Voir Tadic, supra note 2 par. 208, note de bas de page 259.

<sup>19</sup> Art. 313 C. pénal (1810-1994).

commis : « en réunion séditeuse, avec rébellion ou pillage, sont imputables aux chefs, auteurs, instigateurs et provocateurs de ces réunions, rébellions ou pillages, qui seront punis comme coupables de ces crimes ou de ces délits, et condamnés aux mêmes peines que ceux qui les auront personnellement commis »<sup>20</sup>.

27. Dans une loi qui n'était plus en vigueur à l'époque des faits allégués devant les CETC, ayant été abrogée en 1953, la France traitait la question de la responsabilité dans le cadre d'un projet ou d'un plan commun, et illustrait certaines des difficultés qu'il y a à définir sa signification exacte. Ainsi, se souvenant des crimes commis durant la Deuxième Guerre mondiale, la France adopta la *Loi du 15 septembre 1948*, qui établissait une présomption de responsabilité individuelle à raison d'actes criminels collectifs, déduite de l'adhésion à un groupe, dans le but d'assimiler l'adhésion à un groupe à la participation au crime. D'après cette loi, abrogée le 30 janvier 1953, toute personne ayant appartenu à un groupe déclaré criminel par le Tribunal militaire international de Nuremberg – par exemple la Waffen-SS ou la Gestapo, pouvait être condamnée comme auteur des crimes commis par l'organisation, sauf si ces personnes avaient été intégrées de force dans l'organisation ou pouvaient apporter la preuve de leur non participation aux crimes<sup>21</sup>. Cette loi exceptionnelle, durant sa courte existence, fut accusée de porter atteinte aux principes universels des droits de l'homme, tels que la présomption d'innocence, les droits de la défense et le principe *nullum crimen sine lege*<sup>22</sup>.

28. La doctrine pénale italienne est unique en son genre dans la mesure où il n'existe pas de description légale des modes de participation. L'essentiel de la doctrine italienne de droit pénal est axé sur le concept de l'infraction, qui relève normalement des modes de participation dans les juridictions de *common law*. Les critères à prendre en compte sont la concomitance de plusieurs crimes et la concomitance de plusieurs participants, lesquels figurent dans les articles 81 et 110<sup>23</sup>.

29. Même si l'article 81 constitue une circonstance aggravante dans le cas de concomitance formelle des crimes, il met en évidence l'idée qu'une personne peut être tenue responsable d'une multiplicité d'actes criminels formant partie d'un seul et unique dessein criminel (*disegno criminoso*). De récents éclaircissements du sens de cette règle ont établi qu'après la réforme en 1974 de cet article « le critère de l'homogénéité des infractions est devenu plus important pour identifier un dessein criminel, l'accent étant mis désormais sur l'élément subjectif que constituent la conceptualisation et la

<sup>20</sup> Roger Merle & Andre Vitu, *Traité de Droit Criminel : problèmes généraux de la science criminelle*, 3d ed. (Paris : Editions Cujas, 1978) 611.

<sup>21</sup> Frédéric Desportes & Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 14th ed. (Paris : Economica, 2007) 481. Ce qui cadrerait avec la présomption prévue à l'art. II(1) (d) de la Control Council Law No 10 appliquée en Allemagne après la Deuxième Guerre mondiale.

<sup>22</sup> Philippe Merle, *Les présomptions légales en droit pénal* (Paris : Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1970).

<sup>23</sup> Code pénal, [C.p.] (It.) [traduction non officielle].

volonté de mener à bien un dessein unitaire qui donne toute sa signification à un plan global<sup>24</sup>. Cette réforme a effectivement réduit l'importance du caractère objectif de la responsabilité (comprise comme un lien chronologique et thématique entre les crimes commis) et a accentué le caractère psychologique et subjectif de l'intention criminelle s'inscrivant dans le cadre d'un dessein plus vaste<sup>25</sup>.

30. L'article 110, quant à lui, traite de la question de la responsabilité personnelle et établit le fait que plusieurs individus concourent à la commission du même crime. Il ressort de la jurisprudence antérieure à la période considérée que l'expression figurant à l'article 110 « englobe toutes les formes et les degrés de participation criminelle, où les actions résultant de la coopération d'une pluralité de sujets doivent être considérées comme une seule et même action<sup>26</sup>. Lus conjointement, ces articles mettent en évidence – pour autant que la doctrine pénale italienne s'applique – que, durant la période 1975-1979, quiconque pouvait être tenu responsable au titre de la participation, sous une forme ou une autre, à une entreprise collective qui consiste en la réalisation d'un ou de plusieurs actes, constituant un ou plusieurs crimes, dans le cadre d'un dessein criminel commun.

31. Le Code pénal indien de 1860 établit la responsabilité individuelle à raison d'actes illicites commis par plusieurs personnes dans l'exécution d'un projet commun<sup>27</sup>. L'article 34 du Code initial dispose que : « Lorsqu'un acte criminel est réalisé par plusieurs personnes, chacune d'entre elles est responsable de cet acte de la même manière que si elle l'avait commis toute seule<sup>28</sup> ». Cet article a été modifié, avant 1975, afin de préciser que cet acte doit être accompli en exécution du dessein commun. Il est désormais rédigé ainsi : « Lorsqu'un acte criminel est réalisé par plusieurs personnes en exécution du dessein commun de tous les participants, chacune d'entre elles est responsable de l'acte de la même manière que si elle l'avait exécuté seule<sup>29</sup> ».

32. Le Canada établit également que la participation à un projet commun engage la responsabilité et sa législation confirme largement l'existence de l'entreprise criminelle commune avant 1975. L'article 61 2) du Code criminel de 1893 dispose que :

Quand plusieurs personnes forment un projet commun de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider, chacune d'elles participe à chaque infraction commise par l'une quelconque d'entre elles dans la réalisation de ce dessein commun, dès lors que l'on savait ou aurait dû savoir que la réalisation du dessein commun aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

<sup>24</sup> Cass., sez.I, 28 janvier 1991 – 2 avril 1991, n. 354, CP 92, 2368 [traduction non officielle].

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Cass., sez. I, 4 décembre 1972 – 24 mars 1973, n. 2325, GP 73, II 341 ; CPMA 74, 756 [traduction non officielle].

<sup>27</sup> Walter Morgan et A.G. MacPherson, *Code pénal indien*, (XLV, 1860) (Londres : G.C. Hay & Co. 1861).

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> *Matiullah Sheikh v/ The State of West Bengal*, 1964 S.C.R. (6) 978.

33. Cet article, modifié en 1970, est désormais l'article 21 2), et il est arrivé que les tribunaux canadiens, en application du Code criminel<sup>30</sup>, retiennent la responsabilité pour participation à un projet commun. Dans l'affaire *R. c. Trinneer*, l'accusé a participé à un projet commun – commettre un vol avec un co-auteur – qui a abouti au meurtre de la victime<sup>31</sup>. Même si la participation de l'accusé s'est limitée à être présent dans la voiture de la victime, il savait, avant le vol assorti de meurtre, que son co-auteur avait sur lui un couteau de chasse. La Cour a estimé que la condamnation pour meurtre (non puni de la peine de mort) infligée à l'accusé en application de l'article 21 2) du Code criminel était justifiée étant donné que l'accusé connaissait l'existence du couteau de chasse et que les coups de couteau étaient la conséquence probable de la perpétration du vol<sup>32</sup>.

34. Dans son arrêt historique rendu dans l'affaire *Tadic*, le TPIY s'est appuyé sur une affaire portée en 1946 devant la Cour suprême des Etats-Unis, dont on considère généralement qu'elle a introduit aux Etats-Unis une forme de responsabilité pénale découlant de l'entreprise criminelle commune. Cette affaire – *Pinkerton v. U.S.* – remonte de toute évidence à une période bien antérieure à celle de 1975-1979<sup>33</sup>. Dans l'arrêt *Tadic*, la Chambre fait observer à juste titre que la notion de responsabilité pénale résultant d'un projet ou d'un plan commun n'est pas consacrée dans le droit fédéral, alors qu'elle est mentionnée au niveau des Etats<sup>34</sup>. L'affaire *Pinkerton* concernait deux frères accusés de plusieurs infractions en matière de fiscalité, chacun d'entre eux étant notamment accusé d'entente délictueuse. Pinkerton se voyait reprocher à la fois de s'être entendu avec son frère dans le but de frauder le fisc et d'avoir commis des infractions fiscales particulières pourtant perpétrées par son frère, y compris alors qu'il était en prison. La Cour Suprême a estimé qu'il n'était pas nécessaire de prouver que Pinkerton avait participé directement aux infractions principales, et qu'il suffisait de prouver que les crimes étaient une conséquence raisonnablement prévisible de l'entente illicite pour

<sup>30</sup> Art. 21 2) du Code criminel, R.S.C. 1970, c. C-34, libellé comme suit : Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

<sup>31</sup> [1970] S.C.R. 638.

<sup>32</sup> Ibid. (Au Canada cette notion a également été contestée. Comme nous le verrons plus loin, la Cour suprême du Canada a imposé des restrictions constitutionnelles concernant le degré de responsabilité que l'on peut imposer à un individu pour des crimes commis par d'autres dans la réalisation d'un plan commun dès lors que ces actes constituent des crimes intentionnels comme une tentative d'assassinat) ; voir *R. c/ Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731.

<sup>33</sup> *Pinkerton v. U.S.*, 328 U.S. 640 (1946) [*Pinkerton*].

<sup>34</sup> *Tadic*, supra note 2 par. 224, note de bas de page 289 (citant le Maine (17 Maine Criminal Code § 57 (1997)), Minnesota (Minnesota Statutes § 609.05 (1998)), Iowa (Iowa Code § 703.2 (1997)), Kansas (Kansas Statutes § 21-3205 (1997)), Wisconsin [(Wisconsin Statutes § 939.05 (West 1995))]. Au moins deux de ces lois – celles du Minnesota et du Wisconsin – étaient en vigueur dès 1972. Wayne R. LaFave & Austin W. Scott Jr., *Criminal Law* (Minnesota : West Publishing, 1972) 514, n.8 [LaFave & Scott] ; la législation du Minnesota parle d'une personne qui se concerta avec une autre en vue de commettre un crime, tandis que celle du Wisconsin parle d'une personne qui « prend part à une entente délictueuse avec une autre pour commettre » le crime, Ibid.

que Pinkerton soit tenu directement responsable au pénal de l'infraction principale<sup>35</sup>. C'est ainsi que la responsabilité pénale de l'intéressé a été engagée au regard d'une infraction matériellement commise par son frère<sup>36</sup>. C'est depuis cette décision que les tribunaux ont recours à la « doctrine *Pinkerton* » pour engager la responsabilité pénale d'une personne au regard d'infractions matérielles commises par une autre personne<sup>37</sup>.

35. Au vu de son élément de responsabilité générale découlant de crimes prévisibles mais commis en dehors du cadre de l'entreprise criminelle, la doctrine *Pinkerton* s'apparenterait à la troisième catégorie de l'entreprise criminelle commune. Cela étant, à la période de compétence *ratione temporis* des CETC, et en tout cas plus tard, au moment de l'arrêt *Tadic*, la doctrine *Pinkerton* était contestée, et il semble difficile de s'en prévaloir pour affirmer aujourd'hui que ce mode de responsabilité est consacré par le droit américain, tout du moins s'agissant de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune<sup>38</sup>. Dans des publications des années 70, LaFave et Scott expliquaient que les rédacteurs du *Model Penal Code* [Code pénal théorique], un outil très connu aux Etats-Unis, avaient estimé que « 'le droit perdrait tout sens de juste proportion' si une personne pouvait, à raison d'un crime commis dans le cadre d'une entente délictueuse, être 'tenue responsable de milliers d'infractions sur lesquelles il n'a eu aucune influence' »<sup>39</sup>. Ces deux auteurs font également valoir que la doctrine *Pinkerton* « n'a jamais véritablement fait école », ajoutant qu'elle a suscité une opposition grandissante dès le début des années 70<sup>40</sup>. A les en croire, c'est avant tout en raison de sa portée très large s'agissant de l'attribution de responsabilité que la doctrine *Pinkerton* a été rejetée par les auteurs du *Model Penal Code* et n'a pas été intégrée dans le code pénal fédéral<sup>41</sup>.

36. En droit américain, la notion de *felony murder* (homicide commis en concomitance avec un crime), propre à la *common law*, n'est pas sans analogie avec cette théorie. Elle a trait au caractère prévisible de crimes résultant d'un projet criminel commun. Selon cette doctrine, élaborée bien avant les années 70, un accusé peut « être tenu responsable d'un crime dès lors qu'il est la conséquence

<sup>35</sup> *Pinkerton*, supra note 33 641-642 ; voir également LaFave & Scott, supra note 34, 513 (expliquant le principe en droit américain des accusations matérielles pour un crime qui n'est pas commis par un accusé, mais qui résulte des conséquences prévisibles d'un dessein illégal).

<sup>36</sup> *Pinkerton*, supra note 33, 642.

<sup>37</sup> LaFave & Scott, supra note 34, 513.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid. (citant Model Penal Code & 2.04, Commentaire (Tent. Draft No. 1, 1953)).

<sup>40</sup> Ibid. 515.

<sup>41</sup> Ibid. (citant 1 National Comm'n on Reform of Federal Criminal Laws, Working Papers 155-57 (1970). National Comm'n on Reform of Federal Criminal Laws, Final Report – Proposed New Federal Criminal Code & 401 (1971)); voir Allison Marston Danner & Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, (2005) 93 Cal. L. Rev. 75 à 140 (notant que certaines critiques de la doctrine *Pinkerton* dénoncent le fait qu'elle débouche sur la responsabilité pénale à raison de crimes qui n'étaient pas le résultat d'une intention, mais sont seulement prévisibles, soit un manque d'équité fondamental) [Marston & Martinez].

naturelle et probable du crime dont cette personne entendait se faire complice »<sup>42</sup>. Cette doctrine est critiquée depuis longtemps, et fut violemment contestée dans les années 70, au motif qu'elle engageait la responsabilité pour un crime qui requiert un élément moral (*mens rea*) différent de celui requis pour le crime envisagé à l'origine<sup>43</sup>. Elle n'a été appliquée que dans le cas d'homicides commis alors que le membre de l'entente délictueuse participait activement à la commission d'un autre crime grave<sup>44</sup>. Il convient de noter, cependant, que si cette doctrine a une longue histoire en *common law*, un grand nombre d'Etats ne l'applique plus et ce processus de répudiation est précisément intervenu à l'époque des faits dont les CETC ont à connaître<sup>45</sup>.

37. Les tribunaux britanniques font également prévaloir le caractère prévisible pour décider de l'opportunité d'engager la responsabilité individuelle à raison d'actes criminels commis dans le cadre d'une entreprise commune. Dans l'affaire *R. c. Smith (Wesley)*, l'accusé s'était concerté avec trois autres individus dans le dessein commun d'endommager un bar<sup>46</sup>. Sa participation concrète a consisté à simplement lancer des briques contre l'établissement, mais il savait qu'un des co-auteurs avait un couteau sur lui. Ce dernier s'en est servi pour tuer le barman à l'intérieur de l'établissement. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au motif que le meurtre entraînait dans le champ d'application du dessein commun d'attaquer le bar et que c'était une conséquence prévisible de cet acte.

#### **b. Evolution du droit cambodgien**

38. Le droit pénal en vigueur durant la période considérée était le *Code pénal et lois pénales* de 1956, publié par le Ministère de la justice du Royaume du Cambodge<sup>47</sup>. Aucune mise à jour complète et fiable n'en a été faite avant 1975, et on ne connaît aucune jurisprudence qui en préciserait la portée<sup>48</sup>.

39. Aucune base juridique explicite de l'entreprise criminelle commune ne figure dans le Code pénal cambodgien de 1956. Certains articles traitent bien de questions associées à un projet commun. Le titre relatif à la co-perpétration (art. 82), par exemple, dispose que « toute personne participant volontairement, soit directement, soit indirectement, à la perpétration d'un crime ou d'un

<sup>42</sup> LaFave & Scott, supra note 34, 515-516.

<sup>43</sup> Voir Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid. ; voir également *Commonwealth ex rel. Smith v. Myers*, 261 A.2d 550 (Pa. 1970) ; *State v. Branson*, 487 N.W. 2d 880 (Minn. 1992).

<sup>46</sup> [1963] 3 All E.R. 597.

<sup>47</sup> Code pénal et lois pénales, publié par le Ministère de la justice du Royaume du Cambodge [Code pénal Cambodge].

<sup>48</sup> Rapport du Groupe d'Experts pour le Cambodge créé par la résolution 52/135 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 53<sup>ème</sup> session de l'Assemblée générale des Nations Unies, document des Nations Unies S/1999/231-A/53/850 (1999).

délict, est passible des peines applicables à l'auteur principal »<sup>49</sup>. Cette notion de projet commun est suggérée dans les articles 83 à 87, qui prévoient que la participation indirecte et la complicité supposent des actes antérieurs qui sont réalisés par provocation, instructions données, moyens fournis, aide ou assistance<sup>50</sup>.

### 3. Autres critiques et évolution juridique

40. Les systèmes juridiques nationaux ont continué à développer la notion de responsabilité pénale fondée sur un projet commun après la Deuxième Guerre mondiale, mais c'est avec l'arrêt *Tadic* rendu par le TPIY que cette notion a été consacrée dans le droit pénal international contemporain. Elle a ensuite été affinée au fil des décisions rendues par les différents tribunaux pénaux internationaux.

41. Depuis son introduction dans l'arrêt *Tadic*, la doctrine de l'entreprise criminelle commune a fait l'objet de nombreuses critiques de la part d'universitaires<sup>51</sup> et d'accusés traduits devant des tribunaux pénaux internationaux. Les désaccords sur l'application de la doctrine sont également apparus dans la jurisprudence de divers tribunaux pénaux internationaux<sup>52</sup>. La controverse relative à la doctrine de l'entreprise criminelle commune tient à l'incertitude qui entoure ses éléments juridiques, au principe *nullum crimen sine lege* et aux droits de la défense.

42. Si la Chambre d'appel décrit les trois formes d'entreprise criminelle commune dans l'arrêt *Tadic*, les faits de l'espèce ne répondent qu'au troisième mode de participation, soit la forme la plus controversée. De ce fait, si le principe de l'entreprise criminelle commune a souvent été assimilé à cette forme moins directe de dessein commun, c'est en partie parce qu'il a été employé en premier. Si le TPIY avait été amené à d'abord se prononcer sur l'entreprise criminelle commune de première et de deuxième catégorie, jetant ainsi les bases de la troisième catégorie d'entreprise criminelle

<sup>49</sup> Code pénal, supra note 47, art. 82.

<sup>50</sup> Ibid., art. 83-87.

<sup>51</sup> Voir par exemple, Alexander Zahar & Göran Sluiter, *International Criminal Law : A Critical Introduction* (Oxford : OUP, 2007) 221-257 ; Machteld Boot, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes : Nullum Crimen Sine Lege and Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court* (Anvers : Intersentia, 2002) 288-304 ; Jens David Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », (2007) 5 J. Int'l Crim. J. 69 ; Kai Ambos, « Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility », (2007) 5 J. Int'l Crim. J. 159 ; Elies van Sliedregt, « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide », (2007) 5 J. Int'l Crim. J. 184.

<sup>52</sup> Voir par exemple, *Le Procureur c/ Brdannin*, IT-99-36-A, Arrêt – Opinion en partie dissidente du juge Shahabuddeen (3 avril 2007) (TPIY) ; *Le Procureur c/ Martić*, IT-95-11-A, Arrêt – Opinion dissidente du juge Schomburg sur la responsabilité pénale individuelle de Milan Martić (8 octobre 2008) (TPIY) ; comparez également les différentes approches de la chambre d'instance et de la chambre d'appel dans *Le Procureur c/ Stakić*, IT-97-24, jugement (31 juillet 2003), par. 431-442 ; *Le Procureur c/ Stakić*, Affaire No. IT-97-24-A, Arrêt (22 mars 2006) par. 58-63.

commune, le concept serait sans doute plus fin et moins schématique. Au lieu de cela, il est la cible de critiques nombreuses<sup>53</sup>.

43. On trouve des objections à la doctrine de l'entreprise criminelle commune jusque dans la jurisprudence du TPIY. On notera à titre d'exemple, même s'ils n'ont pas été entendus en appel, les arguments du juge Lindholm, qui s'est montré critique à l'occasion du jugement rendu dans l'affaire *Simic* :

Je récusé la notion ou la théorie d'entreprise criminelle commune, que ce soit en l'espèce ou en général. J'estime que 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... Si par le concept d'entreprise criminelle commune on entend désigner autre chose que la participation à un crime en tant que coauteur, il me semble faire double emploi avec le terme « commettre » utilisé à l'article 7 1) du Statut<sup>54</sup>.

44. Les critiques que Machteld Boot émet à l'encontre de l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie sont représentatives d'un courant doctrinal. Il explique comment la Chambre d'appel a fait appel au droit international coutumier pour tenter d'identifier les éléments moral et matériel (*mens rea* et *actus reus*) de l'acte criminel collectif aux termes de l'article 7 1) du Statut du TPIY<sup>55</sup>. Boot ne conteste pas le raisonnement de la Chambre d'appel concernant les catégories 1 et 2 de l'entreprise criminelle commune mais examine de manière approfondie la controverse qui entoure la troisième catégorie. D'après lui, la conclusion de la Chambre selon laquelle la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier est « assez hasardeuse »<sup>56</sup>. Boot estime a) qu'elle se fonde sur un nombre d'affaires trop restreint ; b) que les affaires jugées en droit interne et invoquées par la Chambre d'appel ne présentent pas une uniformité suffisante, et c) que le droit interne qui allait dans le sens de la nouvelle forme de responsabilité « n'intégrait pas le droit international humanitaire coutumier » comme le recommandait

<sup>53</sup> Dans un article récent, Antonio Cassese parle des trois formes de responsabilité suivantes 1 : « responsabilité au titre d'un dessein intentionnel commun », 2 : « responsabilité au titre de la participation à un projet criminel commun institutionnalisé » et 3 : « responsabilité criminelle incidente fondée sur le caractère prévisible et le principe volontaire du risque ». S'inspirant de la jurisprudence postérieure, Cassese propose des clarifications et des restrictions de l'entreprise criminelle commune, telle qu'elle a été élaborée dans l'affaire Tadic : Antonio Cassese, « *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise* » (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 109.

<sup>54</sup> *Le Procureur c/Simic et consorts*, IT-95-9-T, Jugement – Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Per-Johan Lindholm (17 octobre 2003), par. 2.

<sup>55</sup> Machteld Boot, *Genocide, crimes against humanity, war crimes : nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court* (Anvers ; Intersentia, 2002) 272 ; concernant le Statut du Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie, art. 7, en ligne : ICTY <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/statute-feb08-e.pdf>.

<sup>56</sup> Boot, supra note 55, 274.



le rapport du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies sur le statut du TPIY<sup>57</sup>. Qui plus est, les deux traités auxquels la Chambre d'appel se réfère (la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et le Statut de Rome) ne sont entrés en vigueur qu'après l'arrêt *Tadic*.

45. Une critique récurrente de l'entreprise criminelle commune est « qu'elle ne comporte pas de définition précise déterminant la portée de la responsabilité criminelle individuelle »<sup>58</sup>. Certes, les éléments de l'entreprise criminelle commune que fixe l'arrêt *Tadic* comportaient un certain nombre d'ambiguïtés quant à la nature de l'entreprise commune ou du but convenu et quant à la relation entre ce projet ou dessein commun et les crimes perpétrés pour le réaliser.

46. Comme l'a reconnu la Chambre d'appel du TPIY elle-même, de telles ambiguïtés soulèvent plusieurs questions en termes d'équité fondamentale :

Le Statut ne prévoit pas d'autre responsabilité criminelle que celle liée aux formes de participation qui y sont définies, expressément ou implicitement. Notamment, il serait à la fois injustifié et injuste de tenir un accusé responsable au titre d'une responsabilité qui n'a pas été clairement définie en droit pénal international<sup>59</sup>.

47. Dans plusieurs affaires récentes, plus particulièrement *Brdjanin* et *Martic*, la Chambre d'appel du TPIY s'est efforcée de répondre à ces préoccupations et de clarifier les éléments de l'entreprise criminelle commune. A l'exception du juge Schomburg, un consensus semble avoir émergé au sein de la Chambre d'appel du TPIY quant à la façon de mettre en œuvre l'entreprise criminelle commune en tant que mode de responsabilité<sup>60</sup>.

48. Plusieurs accusés et commentateurs ont fait valoir que l'entreprise criminelle commune n'était rien d'autre qu'un « délit d'appartenance ». Le fait est que cette théorie pose de nombreux problèmes quant au champ d'application de la responsabilité et aux droits de la défense. Nous allons tour à tour examiner les questions qui surgissent concernant l'élément moral (*mens rea*), les contours d'une entreprise criminelle et le critère de la participation.

#### Questions concernant l'élément moral (*mens rea*)

<sup>57</sup> Ibid. 36.

<sup>58</sup> *Le Procureur c/ Limaj et consorts*, IT-03-66-A, Arrêt – Opinion individuelle partiellement dissidente et déclaration du Juge Schomburg (27 septembre 2007) (TPIY) par. 10.

<sup>59</sup> *Le Procureur c/ Bagilishema*, ICTR-95-1A-A, Arrêt (3 juillet 2002), par. 34.

<sup>60</sup> Voir *Martic*, supra note 52, par. 168-173 (où la Chambre d'appel s'efforce d'établir une jurisprudence-claire à partir des affaires *Stakic* et *Brdjanin*).

49. Le fait que l'élément moral (*mens rea*) requis pour conclure à une participation à une entreprise criminelle commune de la troisième catégorie est moindre suscite une grande opposition : en effet, on peut arguer qu'on impute ainsi aux accusés une intention spécifique de perpétrer le crime commis, alors qu'ils n'ont peut-être agi que par dol éventuel. Autrement dit, englober dans une entreprise criminelle commune de troisième catégorie (élargie) des crimes requérant une intention spécifique ramène le degré d'élément moral (*mens rea*) requis à un niveau qui est en contradiction avec l'élément moral plus élevé constitutif de ces crimes. L'entreprise criminelle commune joue sur l'élasticité de l'intention en tant qu'élément essentiel de la responsabilité pénale pour les crimes les plus graves. Il en résulte que, dans le contexte d'une entreprise criminelle « élargie », il est plus facile de condamner les seconds couteaux que les perpétrateurs mêmes du crime. C'est la raison pour laquelle plusieurs ordres juridiques, dont ceux de l'Allemagne, des Pays-Bas et de la Suisse, ont rejeté l'entreprise criminelle commune « élargie » en tant que mode de participation. Même dans les pays où elle est acceptée (Canada, Etats-Unis et Royaume-Uni), cette doctrine fait l'objet de vives critiques<sup>61</sup>.

50. Depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *Brdjanin* par la Chambre d'appel du TPIY, qui a considéré que l'entreprise criminelle commune « élargie » était applicable aux crimes qui requièrent une intention spécifique, tel le génocide,<sup>62</sup> la question n'a cessé de susciter débats et polémiques<sup>63</sup>. En considérant en appel que la Chambre de première instance avait commis une erreur de droit en estimant que l'entreprise criminelle commune « élargie » ne s'appliquait pas au crime de génocide, la Chambre d'appel a modifié, à la baisse, l'élément moral requis pour que soit constitué le crime de génocide, puisqu'il n'est plus nécessaire d'être animé par « l'intention commune de détruire un groupe » et que suffit la constatation de la destruction « naturelle et prévisible » d'un groupe<sup>64</sup>.

51. Les détracteurs de l'arrêt *Brdjanin* font valoir que le trait le plus marquant du génocide, comme d'autres crimes qui supposent une intention spécifique, est que la barre est placée haut pour ce qui est de son élément moral (*mens rea*). En éliminer ce critère, on se rapproche du « délit d'appartenance » et on va à l'encontre des critères d'intention supplémentaires que fixent les statuts des tribunaux pénaux internationaux. Ses partisans soutiennent, quant à eux, que les critères supplémentaires requis pour le crime de génocide viennent *s'ajouter* plutôt que *se substituer* aux critères afférents à la responsabilité individuelle et que, par conséquent, l'entreprise criminelle commune de la troisième catégorie ne diffère en rien des autres modes de participation à un

<sup>61</sup> Marston & Martinez, supra note 41, 32.

<sup>62</sup> *Le Procureur c/ Brdjanin*, IT-99-36-A, Décision sur l'appel interlocutoire (19 mars 2004) (TPIY) ; *Le Procureur c/ Milosevic*, IT-02-54-T, Décision relative à la demande d'acquiescement (16 juin 2004) (TPIY) ; *Le Procureur c/ Karemera, Ngirumpatse, Nzirorera, Rwamakuba*, ICTR-98-44-T, Décision (11 mai 2004), par. 46.

<sup>63</sup> *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, IT-98-30/1, Décision relative aux exceptions préjudicielles de la Défense contestant la compétence au titre de l'entreprise criminelle commune (2 novembre 2001) par. 288.

<sup>64</sup> *Brdjanin*, Décision relative à l'appel interlocutoire, supra note 62.

génocide<sup>65</sup>. L'arrêt *Krstic*, dans lequel la Chambre d'appel a considéré qu'une condamnation pour génocide fondée sur l'entreprise criminelle commune requiert la preuve « sans équivoque » d'une intention spécifique de commettre un génocide, donne à penser que cet aspect de l'entreprise criminelle commune n'est toujours pas résolu<sup>66</sup>. En effet, certains ont interprété l'arrêt *Krstic* comme révélant « certaines difficultés s'agissant de la responsabilité pénale du fait d'autrui dans le contexte d'une entreprise criminelle commune à visée génocidaire »<sup>67</sup>.

#### Problèmes concernant la définition des contours d'une entreprise criminelle

52. A l'exception de la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, qui ne concerne que les camps d'internement, le procureur dispose d'une marge d'appréciation importante pour définir les contours d'une entreprise criminelle<sup>68</sup>. Ce pouvoir d'appréciation est contesté car plus la définition donnée à l'entreprise est large, plus un acte donné a des chances d'y entrer. D'après certains spécialistes du droit pénal international, « le pouvoir d'appréciation du magistrat, et non l'action d'un individu, semble être la seule limite logique à l'ampleur des actes répréhensibles dont est imputé un accusé au titre de l'entreprise criminelle commune »<sup>69</sup>. Cela étant, ce pouvoir discrétionnaire du procureur trouve des « bases solides » dans le droit pénal américain<sup>70</sup>. Plusieurs systèmes nationaux de justice pénale ont tenté de lever cette ambiguïté en imposant certaines restrictions, exigeant du procureur qu'il démontre que l'entreprise présente une « continuité tant du point de vue de la structure que du caractère » et qu'il ne se contente pas de mettre en lumière un « dessein commun ou partagé animant les personnes associées à l'entreprise »<sup>71</sup>.

53. Dans les décisions qu'il a rendues, le Tribunal militaire international (TMI) a longuement examiné la question des contours de l'entreprise criminelle. Il a conclu que l'existence d'un groupe ou d'une organisation ayant un projet commun et concerté, organisant régulièrement des réunions entre son état-major et ses responsables de terrain et s'étant dotée d'une coordination globale ne suffisait pas à constituer une entreprise criminelle. Il fallait en outre que le dessein et les objectifs criminels de l'entreprise soient manifestes pour qu'il soit possible d'établir que les personnes participant à l'entreprise alléguée avaient eu connaissance ou auraient dû avoir connaissance du but sous-jacent à l'entreprise.

<sup>65</sup> Karemera, supra note 62, par. 46.

<sup>66</sup> *Le Procureur c/ Krstic*, IT-98-33-A, Arrêt (19 avril 2004) (TPIY) par. 134.

<sup>67</sup> Mark A. Drumbl, « ICTY Appeals Chamber Delivers Two Major Judgments : Blaskic and Krstic » ASIL Insights (août 2004), en ligne : [ASILwww.asil.org/insights/insigh143.htm](http://www.asil.org/insights/insigh143.htm).

<sup>68</sup> Marston & Martinez, supra note 41.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid. 64.

<sup>71</sup> *Etats-Unis v. Bledsoe*, 674 F. 2d 647 (C.A. Mo. 1982).

54. Le TMI a aussi conclu que le projet commun ou le complot « doit être nettement défini dans son but criminel. Il est proche de la décision et de l'action »<sup>72</sup>. L'article 9 de son Statut autorise de plus le TMI à déclarer criminel un groupement ou une organisation. Cette qualification par le Tribunal a pour effet principal de diminuer la charge de la preuve incombant au procureur.

55. En effet, la simple appartenance à l'appareil d'une organisation criminelle suffisait à l'ouverture de poursuites devant le Tribunal. Cela étant, le Tribunal a mis en relief que les normes de justice demeuraient d'application. Si elle suffisait à une mise en accusation et diminuait la charge de la preuve à l'avantage du procureur, cette appartenance ne suffisait pas pour prononcer une déclaration de culpabilité. Il était loisible aux accusés de prouver qu'ils ignoraient les objectifs ou les actes criminels de l'organisation ou qu'ils n'avaient eu d'autre choix que d'y adhérer<sup>73</sup>.

56. Après s'être prononcé sur la portée d'une déclaration d'incrimination, le Tribunal a estimé que, dans l'Allemagne nazie, l'état-major général et le haut commandement ainsi que le gouvernement du Reich n'étaient pas en fait des entreprises criminelles – même si la responsabilité pénale des personnes au sein de ces groupements pouvait être engagée; la Gestapo et les S.S., en revanche, ont été qualifiés d'organisations criminelles étant donné que leur objectif premier impliquaient des activités criminelles<sup>74</sup>.

#### Questions liées au degré de participation

57. La question du seuil à partir duquel on peut parler de « participation » à une entreprise criminelle commune n'a pas été réglée non plus. Dans l'affaire *Kvočka*, il a été établi que l'acte de l'accusé doit « d'une manière ou d'une autre...tendre à réaliser le dessein ou le projet commun », mais on peut se demander si « une contribution *de minimis* à une entreprise criminelle commune suffit à inscrire un individu dans l'entreprise criminelle »<sup>75</sup>. Même si la Chambre d'instance du TPIY a établi le critère de participation « importante », il reste à la Chambre d'appel à approuver cette définition<sup>76</sup>. Certains auteurs sont en faveur de la norme établie par la Chambre d'instance<sup>77</sup>. La question devient très délicate lorsqu'on applique ce critère à la conduite d'officiers subalternes, qui risquent de voir

<sup>72</sup> *Jugement de Nuremberg* (1946) 22 IMT 41 1 ; 41 A. J.I.L. 172.

<sup>73</sup> Ibid. 500 ; Quincy Wright, « International Law and Guilt by Association » (1949) 43 A.J.I.L. 746 à 754 ; H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international » [1947] 70 Rec. des Cours 483, 583-58.

<sup>74</sup> *Jugement de Nuremberg*, supra note 72, 500.

<sup>75</sup> *Kvočka*, supra note 63 par. 289 ; Marston & Martinez, supra note 41.

<sup>76</sup> Marston & Martinez, supra note 41, 59 ; *Kvočka*, supra note 63, 309, 311 ; Simic, supra note 54, par. 159.

<sup>77</sup> Marston & Martinez, supra note 41, 3.

leur responsabilité pénale engagée au titre d'une entreprise criminelle commune complexe alors qu'ils n'y ont joué qu'un rôle mineur<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Ibid. 60.

## V. CONCLUSION

A la lumière de l'analyse qui précède, nous concluons que la doctrine de l'entreprise criminelle commune était admise en droit pénal international durant la période considérée (1975-1979). A ce titre, elle peut être appliquée par les CETC dans la présente affaire sans aller à l'encontre du principe *nullum crimen sine lege*. La Cour ne doit pas oublier que d'après ce même principe, l'accusé bénéficie de toute évolution du droit, postérieure à l'acte incriminé, qui rendrait la théorie de l'entreprise criminelle commune plus favorable à l'accusé. Il s'agit là d'une question à examiner au stade du procès plutôt que durant la phase préliminaire, raison pour laquelle nous ne nous étendrons pas sur le sujet.

Professeur René Provost, Directeur  
Centre sur les droits de la personne  
et le pluralisme juridique de McGill