

**DEVANT LA CHAMBRE DE LA COUR SUPRÊME
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS**

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/SC
Partie déposante : les co-procureurs
Déposé auprès de : la Chambre de la Cour suprême
Langue : français, original en anglais
Date du document : 28 novembre 2014

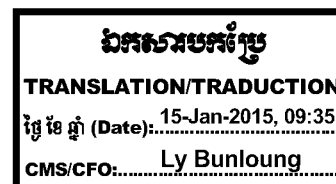
DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC
Classement retenu par la Chambre de la Cour suprême : សំណុំរឿង/Public
Statut du classement :

Révision du classement provisoire retenu :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**APPEL DES CO-PROCUREURS CONTRE LE JUGEMENT DU PREMIER PROCÈS
DANS LE CADRE DU DOSSIER N° 002**

Déposé par

Les co-procureurs
CHEA Leang
Nicholas KOUMJIAN

Destinataires

La Chambre de la Cour suprême
M. le Juge KONG Srim, Président
M^{me} la Juge A. KLONOWIECKA-MILART
M. le Juge SOM Sereyvuth
M. le Juge C. N. JAYASINGHE
M. le Juge MONG Monichariya
M. le Juge YA Narin
M^{me} la Juge Florence Ndepele MUMBA

Les accusés
NUON Chea
KHIEU Samphan

Les avocats de la Défense
M^c SON Arun
M^c Victor KOPPE
M^c KONG Sam Onn
M^c Anta GUISSÉ
M^c Arthur VERCKEN

Copie

**Les co-avocats principaux
pour les parties civiles**
M^c PICH Ang
M^c Marie GUIRAUD

I. INTRODUCTION

1. En application des règles 104, 105, 106, 107 et 108 1) du Règlement intérieur¹, les co-procureurs portent devant la Chambre de la Cour suprême (la « Chambre ») le présent Appel contre le jugement rendu par la Chambre de première instance à l'issue du premier procès dans le cadre du dossier n° 002². Les co-procureurs font grief à la Chambre de première instance d'avoir commis une erreur de droit en excluant la possibilité³ que les Accusés, hauts dirigeants du régime du Kampuchéa démocratique⁴, soient reconnus pénalement responsables, conformément à la théorie de l'entreprise criminelle commune, pour avoir commis des crimes du fait qu'ils aient apporté une contribution importante au dessein commun dont ils pouvaient raisonnablement prévoir qu'en découleraient des crimes ne relevant pas expressément de son objet.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

2. Adoptant et confirmant une décision antérieure de la Chambre préliminaire⁵, qui infirmait la conclusion du Bureau des co-juges d'instruction (les « co-juges d'instruction ») selon laquelle la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune existait en droit international coutumier dès avant 1975 et était dès lors applicable devant les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (les « CETC »)⁶, la Chambre de première instance a considéré qu'il était possible d'appliquer la théorie de l'entreprise criminelle commune pour déclarer les deux Accusés responsables de crimes commis en exécution d'un projet commun auquel ils auraient apporté une contribution significative uniquement si les crimes visés avaient été expressément envisagés dans le cadre de ce projet commun (la première catégorie d'entreprise criminelle commune ou « entreprise criminelle commune I ») ou si l'intention partagée des intéressés de commettre les crimes visés pouvait se déduire de leur participation à un système institutionnalisé de mauvais traitements (la

¹ Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Règlement intérieur (Rev.8), révisé le 3 août 2011 (le « Règlement »).

² **E313** Jugement du premier procès dans le cadre du dossier n° 002, 7 août 2014 (le « Jugement »).

³ Ibid., par. 691.

⁴ Ibid., par. 13 et 14.

⁵ **D97/17/6** Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010 (la « Décision de la Chambre préliminaire »).

⁶ **D97/13** Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009.

deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune ou « entreprise criminelle commune II »⁷.

3. Souscrivant toujours à l'analyse de la Chambre préliminaire, la Chambre de première instance a toutefois refusé d'appliquer aux Accusés un mode de participation qui aurait engagé leur responsabilité pour des crimes dont la commission en conséquence du projet commun était raisonnablement prévisible sans toutefois relever de son objet concerté (la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ou « entreprise criminelle commune III »). S'écartant en cela de toute la série de décisions cohérentes par lesquelles d'autres juridictions internationales et internationalisées ont conclu à l'existence d'un mode de participation équivalent engageant la responsabilité pénale dans les affaires de l'après-Seconde Guerre mondiale (les « affaires de l'après-guerre »)⁸, la Chambre de première instance a considéré que la forme de responsabilité dite entreprise criminelle commune III n'était pas établie par cette jurisprudence⁹. Elle a également considéré, après étude de sept systèmes de droit interne après la Seconde Guerre mondiale, que le manque d'uniformité dans la proscription des crimes raisonnablement prévisibles excluait que l'entreprise criminelle commune III ait fait partie des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées à l'époque¹⁰. La Chambre de première instance ne s'est pas explicitement penchée sur la question de savoir si l'entreprise criminelle commune III est conforme au principe de légalité, n'ayant pas vu « de raisons impérieuses de s'écarter de l'analyse de la Chambre préliminaire »¹¹.

4. Comme les co-procureurs le démontreront ci-dessous, le refus de la Chambre de première instance de retenir l'entreprise criminelle commune III constitue une erreur de droit. Étant donné que le « comportement » requis est en tous points similaire à celui que requiert l'entreprise criminelle commune I, il était illogique de dire que cette dernière ne violerait pas le principe de légalité et que l'autre y ferait entorse. En outre, l'extension de la responsabilité pénale engagée conformément à la théorie dite de l'entreprise criminelle commune à la commission de crimes raisonnablement prévisibles qui, quoique débordant le cadre du projet

⁷ **E100/6** Décision relative à l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011 (la « Décision de la Chambre de première instance »).

⁸ Comme l'a déclaré sans ambages la Chambre d'appel du TPIR, « il n'y a aucun doute que la troisième catégorie de responsabilité découlant de l'entreprise criminelle commune est fermement établie en droit international coutumier »; voir, par exemple, *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaires n°s ICTR-98-44-AR72.5, ICTR-98-44-AR72.6, Décision relative aux appels portant sur des exceptions d'incompétence : Entreprise criminelle commune (Chambre d'appel), 12 avril 2006, par. 13.

⁹ **E100/6**, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 31 et 35.

¹⁰ *Ibid.*, par. 37 et 38.

¹¹ *Ibid.*, par. 26.

commun, sont attribuables aux personnes ayant contribué à celui, était bien établie en droit international coutumier avant 1975.

5. Par souci de clarté, les co-procureurs précisent qu'aux fins du présent Appel, l'expression « raisonnablement prévisible » s'entend de la double exigence juridique, objective et subjective, qui régit l'entreprise criminelle commune III, celle-ci devant, pour être établie, répondre à *la fois* aux deux conditions suivantes : a) la commission du crime reproché est la conséquence naturelle et prévisible de la réalisation du projet commun (prévisibilité objective)¹² ; b) l'accusé a sciemment pris le risque que le crime reproché soit commis, c'est-à-dire i) qu'ayant une conscience subjective (dans le sens de cognitive) de la prévisibilité objective du crime, ii) il a délibérément pris le risque qu'il soit commis (négligence consciente ou dol éventuel)¹³.

III. RECEVABILITÉ

6. Dans le cadre du dossier n° 001, la Chambre a considéré qu'elle pouvait « examiner une question d'importance générale pour la jurisprudence¹⁴ », même si l'erreur alléguée n'était pas susceptible d'invalider le jugement attaqué. Il s'agit d'un motif autonome de recevabilité des appels qui est bien établi en procédure internationale¹⁵ et qui intervient indépendamment des erreurs soulevées sur le terrain de la règle 104 du Règlement intérieur. En outre, selon la règle 105 3) du Règlement intérieur, la partie qui conteste un point de droit dans un jugement est tenue « de spécifier l'erreur alléguée qui invalide le verdict [“la décision” dans les versions en anglais et en khmer] ». Il est intéressant de noter que le Règlement intérieur [dans ses versions en anglais et en khmer] n'exige pas que les erreurs de droit soulevées soient de nature à invalider le jugement, mais seulement la décision. La Chambre est par conséquent habilitée à examiner, corriger les erreurs de droit qui touchent à des questions « d'importance générale » et renverser une décision de la Chambre de première instance pour l'avenir, même si les corrections juridiques demandées ne sont pas de nature à mettre en cause le dispositif du jugement.

¹² *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-A, Arrêt (Chambre d'appel), 29 juillet 2014 (l'« Arrêt Blaškić »), par. 33 ; *Le Procureur c. Ramush Haradinaj et consorts*, affaire n° IT-04-84-T, Jugement (Chambre de première instance I), 3 avril 2008, par. 137 et 138.

¹³ *Le Procureur c. Milan Martić*, affaire n° IT-95-11-A, Arrêt (Chambre d'appel), 8 octobre 2008, par. 83 ; *Le Procureur c. Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24-A, Arrêt (Chambre d'appel), 22 mars 2006 (l'« Arrêt Stakić »), par. 101 ; *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-A, Arrêt (Chambre d'appel), 28 février 2005, par. 83 ; *Le Procureur c. Fatmir Limaj et consorts*, affaire n° IT-03-66-T, Jugement (Chambre de première instance II), 30 novembre 2005, par. 511.

¹⁴ **F28**, Arrêt, 3 février 2012, par. 15.

¹⁵ Voir par. 7 et 8 ci-dessous.

7. Il est bien établi que la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR ») a la prérogative de dire le droit applicable à des questions « d'importance générale » sans qu'il doive être question d'invalidation du jugement¹⁶, et même lorsqu'un appel est « exclusivement fondé sur des questions d'intérêt général »¹⁷. En son Arrêt *Akayesu*, la Chambre d'appel du TPIR s'est prononcée comme suit :

[L]'examen d'une question d'intérêt général est approprié dans la mesure où la réponse à cette dernière s'avère être déterminante pour l'évolution de la jurisprudence du Tribunal et où ce qui est en jeu est un point de droit important, qui mérite d'être analysé¹⁸. [...] La Chambre d'appel doit en effet guider les Chambres de première instance dans leur interprétation du droit¹⁹. [...] [La] définition jurisprudentielle [des crimes] contribue au développement général du droit international humanitaire et pénal. Cette définition doit être uniforme. [...] Par conséquent, la Chambre d'appel est d'avis qu'en décidant de se prononcer sur une question d'intérêt général, elle remplit son rôle d'unification du droit²⁰.

8. Sur cette base, la Chambre d'appel saisie de l'affaire *Akayesu* a décidé d'examiner les moyens d'appel du procureur sur trois questions juridiques touchant aux éléments de la responsabilité pénale alors qu'aucune ne pouvait avoir d'incidence sur le verdict de la Chambre de première instance²¹. Dans l'affaire *Brđanin*, la Chambre d'appel a également fait droit à la demande du procureur aux fins d'« éclaircissements sur les règles de droit »²² gouvernant l'application de la théorie de l'entreprise criminelle commune à des entreprises criminelles à grande échelle, alors que toutes les parties étaient d'accord pour dire qu'aucune nouvelle déclaration de culpabilité ne pourrait résulter d'un tel examen en appel²³.

9. En outre, en tant qu'instance ultime au sein des CETC, la Chambre doit pouvoir disposer de la même compétence que celle qu'aurait l'instance comparable dans le système pénal cambodgien, et résoudre les questions juridiques qui se posent de manière impérieuse alors même qu'elles n'ont aucune conséquence sur l'issue du jugement final. L'Accord et la

¹⁶ *Le Procureur c. Stanislav Galić*, affaire n° IT-98-29-A, Arrêt (Chambre d'appel), 30 novembre 2006, par. 6 ; Arrêt *Stakić*, *supra*, note 13, par. 7 ; *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-A, Arrêt (Chambre d'appel), 23 octobre 2001, par. 22 ; *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt (Chambre d'appel), 15 juillet 1999 (l'« Arrêt *Tadić* »), par. 247 ; *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-1-A, Arrêt (Chambre d'appel), 1^{er} juin 2001 (l'« Arrêt *Akayesu* »), par. 18 et 19.

¹⁷ Arrêt *Akayesu*, *supra*, note 16, par. 21 (non souligné dans l'original).

¹⁸ *Ibid.*, par. 21.

¹⁹ *Ibid.*, par. 21.

²⁰ *Ibid.*, par. 22.

²¹ *Ibid.*, par. 25 et 28.

²² *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Arrêt, (Chambre d'appel), 3 avril 2007 (l'« Arrêt *Brđanin* »), par. 448 ; voir également *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, *Mémoire d'appel de l'Accusation* (Bureau du procureur), 28 janvier 2005, par. 3.49.

²³ Arrêt *Brđanin*, par. 448.

Loi relatifs aux CETC prévoient que les parties ont une seule possibilité de faire appel²⁴, et excluent les possibilités de recours immédiats permettant aux parties d'obtenir des mesures prévues dans le régime de double niveau de recours en vigueur au Cambodge, et n'autorisent qu'un recours unique, porté après que la Chambre de première instance, ayant prononcé son jugement, est dessaisie²⁵.

10. Dans l'hypothèse où la Chambre déclarerait l'Appel irrecevable à ce stade, elle se trouverait impuissante à régler la question d'importance générale que pose l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune III. Il ne fait pas de doute que l'erreur de droit commise par la Chambre de première instance en rejetant cette catégorie d'entreprise criminelle commune sera répétée dans les prochains procès du dossier n° 002. Les co-procureurs ont déjà notifié publiquement aux Accusés et à la Chambre de première instance leur intention de plaider l'application de l'entreprise criminelle commune III en tant que mode de participation *subsidaire* adapté aux faits visés par certaines accusations objet des procédures à venir²⁶. Étant donné la longueur anticipée de ces procédures et le fait que les accusations résiduelles exclues du deuxième procès dans le cadre du dossier n° 002 ne seront probablement pas jugées, la Chambre n'aura pas l'occasion de se prononcer de façon définitive sur cette question si elle n'examine pas le présent Appel.

11. D'impérieuses considérations d'intérêt général à l'échelon international engagent la Chambre à se livrer à l'examen demandé, comme indiqué dans la Déclaration d'appel des co-procureurs²⁷. La théorie de l'entreprise criminelle commune fournit à la société un mécanisme juridique permettant de tenir les dirigeants responsables de tous les crimes, envisagés comme prévisibles, qui sont la conséquence de leur projet criminel, et de la contribution intentionnelle et importante qu'ils ont apportée à celui-ci. Laisser impunis les auteurs de crimes prévisibles, alors qu'ils ont été commis par des personnes qui savaient que leur comportement était criminel, n'est pas dans l'intérêt de la justice. L'examen au fond du présent Appel donnera à la Chambre l'occasion de s'exprimer sur cette question d'importance

²⁴ Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 10 août 2001, promulguée avec inclusion d'amendements le 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006), (la « Loi relative aux CETC »), art. 9 (nouveau) ; Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, signé à Phnom Penh le 6 juin 2003 et entré en vigueur le 29 avril 2005, (l'« Accord relatif aux CETC »), art. 3 2) b).

²⁵ Loi relative aux CETC, art. 2 (instituant un « Trinual de première instance » et une « Cour suprême »).

²⁶ **E1/240.1**, Transcription (« T. »), 30 juillet 2014 p. 33-34, minutage : peu après 10:11:34 [p. 31, ligne 18].

²⁷ **E313/3/1**, Déclaration d'appel des co-procureurs concernant une décision rendue dans le premier procès dans le cadre du dossier n° 002, 29 septembre 2014, par. 8.

et, si elle le juge opportun, d'harmoniser la position juridique des CETC avec les décisions et jugements des TPIY, TPIR, TSSL et TSL²⁸, contribuant ainsi à former autour de la notion d'entreprise criminelle III une jurisprudence internationale tout à fait cohérente.

IV. ARGUMENTS AU FOND

a. L'entreprise criminelle commune III est visée par la Loi relative aux CETC

12. Dans la ligne de la jurisprudence du TPIY, du TPIR et du TSSL, toutes les Chambres des CETC ont jugé que le terme « commis » inscrit à l'article 29 (nouveau) de la Loi relative aux CETC recouvrait implicitement la notion de participation à une entreprise criminelle commune²⁹. Contrairement aux co-juges d'instruction, la Chambre préliminaire et la Chambre de première instance ont toutefois considéré que seules les deux premières catégories d'entreprise criminelle commune trouvaient à s'appliquer devant les CETC³⁰. Étant donné 1) que l'article 29 de la Loi relative aux CETC est pratiquement identique aux dispositions correspondantes des statuts du TPIY, du TPIR et du TSSL³¹, 2) que les rédacteurs de la Loi

²⁸ Pour le TPIY, voir Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 232 (« L'Appelant avait conscience que les actions du groupe dont il était membre étaient susceptibles d'entraîner de tels massacres, mais il a pris ce risque délibérément. ») ; *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, Arrêt (Chambre d'appel), 19 avril 2004, par. 151 (« La responsabilité de [...] pour les crimes commis [...] découle de sa participation individuelle à une entreprise criminelle commune ayant pour objectif le transfert forcé de civils. Les crimes opportunistes commis étaient la conséquence naturelle et prévisible de cette entreprise criminelle commune. ») ; Arrêt *Stakić*, *supra*, note 13, par. 98 (« ... les constatations faites par la Chambre de première instance montrent que l'Appelant possédait la *mens rea* requise pour être tenu responsable de meurtre (en tant que crime de guerre et que crime contre l'humanité) et d'extermination, du fait de sa participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie. ») ; voir également *ibid*, par. 233 et 234. Pour le TPIR, voir *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-T, Jugement (Chambre de première instance III), 2 février 2012, par. 1482 ; *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-A, Jugement (Chambre d'appel), 29 septembre 2014, par. 623. Pour le TSSL, voir *Le Procureur c. Alex Tamba Brima et consorts*, affaire n° SCSL-2004-16-A, Jugement (Chambre d'appel), 22 février 2008, par. 73 à 76, et 87. Pour le TSL, voir affaire n° STL-11-01/I, Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications (Chambre d'appel), 16 février 2011, par. 245.

²⁹ **E188**, Jugement, 26 juillet 2010, par. 511 ; **D97/17/6** Décision de la Chambre préliminaire, *supra*, note 5, par. 69 ; Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 15 et 22 ; Voir, par exemple, Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 220 ainsi que 227 et 228 ; *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et consort*, affaires n°s ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Arrêt (Chambre d'appel), 13 décembre 2004 (l'« Arrêt *Ntakirutimana* »), par. 461 à 484 ; *Le Procureur c. Alex Tamba Brima et consorts*, affaire n° SCSL-04-16-T, *Decision on Defence Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98* (Chambre de première instance), 31 mars 2006 (la « Décision Brima relative à règle 98 »), par. 308 à 326.

³⁰ **D97/17/6**, Décision de la Chambre préliminaire, *supra*, note 5, par. 69, 72 et 77 à 88 ; **E100/6**, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 22, 29, 30 à 35, ainsi que 37 et 38.

³¹ Les statuts du TPIY, du TPIR, et du TSSL contiennent deux différences mineures par rapport à Loi relative aux CETC, à savoir que 1) la Loi utilise l'expression « s'est rendu complice » au lieu de « a [...] de toute autre manière aidé et encouragé » dans l'énumération des modes de participation, et que 2) le fait d'avoir « commis » y figure après celui de s'être « rendu complice ». Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 25 mai 1993, amendé le 7 juillet 2009 (le « Statut du TPIY »), art. 7 I) (consacrant la responsabilité pénale individuelle de quiconque a « planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime » passible de poursuites devant le Tribunal) ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 8 novembre 1994, amendé le

relative aux CETC n'ont ni combattu ni explicitement exclu l'entreprise criminelle commune III, alors que son existence avait déjà été confirmée par les autres tribunaux à l'époque³² et 3) que l'inclusion de toutes les catégories d'entreprise criminelle commune correspond tout à fait à l'objet et au but des CETC, les co-procureurs font valoir que la Chambre de première instance aurait dû interpréter l'article 29 comme recouvrant l'entreprise criminelle commune III. La Chambre de première instance n'a pas conclu à l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune III devant les CETC parce qu'elle a suivi à tort la décision de la Chambre préliminaire selon laquelle ce mode de participation ne faisait pas partie du droit international coutumier pendant la période relevant de la compétence temporelle des CETC et qu'en conséquence son application violerait le principe de légalité.

b. Appliquer l'entreprise criminelle commune III est conforme au principe de légalité

13. La Chambre préliminaire a considéré au sujet de l'entreprise criminelle commune III que « le principe de légalité s'oppos[ait] à ce qu'elle soit appliquée dans les procédures devant les CETC »³³. Dans sa décision relative à l'entreprise criminelle commune, la Chambre de première instance a dit « que lorsqu'elle ne verra[it] pas de raisons impérieuses de s'écarter de l'analyse de la Chambre préliminaire ou des conclusions tirées par celle-ci », elle ne se prononcerait pas par de longs motifs³⁴. Dans sa décision, la Chambre préliminaire a fait une application fondamentalement erronée du principe de légalité lorsqu'elle a dit que l'application de l'entreprise criminelle commune III devant les CETC emporterait violation de ce principe. Celui-ci a pour vocation d'empêcher que le justiciable ne voie sa responsabilité pénale engagée pour des faits qui n'étaient pas criminels au moment où ils se sont produits. La Chambre de première instance a considéré que les accusés devant les CETC encouraient la responsabilité pénale découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune I ou II, car celles-ci existaient en droit international coutumier en 1975. Il est absurde de décider, au motif car cela irait à l'encontre du principe de légalité, que les accusés devant les CETC peuvent être poursuivis en application de l'entreprise criminelle commune I, mais pas de l'entreprise criminelle commune III.

16 décembre 2009 (le « Statut du TPIR »), art. 6 1) (idem) ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002 (le « Statut du TSSL »), art. 6 1) (idem). Vu que la responsabilité pénale individuelle est décrite en des termes similaires dans ces dispositions et dans la Loi relative aux CETC, il n'y a pas de raison de croire que l'omission de l'expression « de toute autre façon » et l'ordre légèrement différent des termes de l'énumération puisse donner un sens différent au texte des CETC [NDT : il y a aussi, dans la seule version en français de la Loi, substitution du fait d'aider et encourager par celui de se rendre complice].

³² Voir, par exemple, Arrêt *Tadić*, par. 189, 191 et 195 à 226 ; Arrêt *Ntakirutimana*, par. 461 à 484 ; Décision *Brima* relative à la règle 89, par. 308 à 326.

³³ **D97/17/6**, Décision de la Chambre préliminaire, *supra*, note 5, par. 87.

³⁴ **E100/6**, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 26.

14. Pour respecter le principe de légalité, il faut seulement que l'accusé ait eu la connaissance implicite que son comportement était prohibé. Or, le comportement requis dans le cas de l'entreprise criminelle commune III est identique à celui qui caractérise l'entreprise criminelle commune I : un acte ou une omission constituant une contribution importante à une entreprise criminelle commune au sein de laquelle une pluralité de personnes envisagent la commission d'un crime relevant de la compétence de la juridiction. L'application de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne rendrait donc pas un accusé pénalement responsable là où sa responsabilité n'a pas été autrement engagée, mais elle peut le rendre responsable de crimes supplémentaires à raison du même comportement criminel.

15. La raison d'être du principe de légalité est d'assurer que nul ne puisse être tenu pénalement responsable d'un acte ou d'une omission dont il n'avait aucune raison de prévoir qu'ils puisse constituer un comportement criminel au moment où il s'est produit. L'article 22 1) du Statut de Rome de la CPI reformule le principe en ces termes :

Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour.

16. Ce qui importe au regard du principe de légalité, c'est de savoir si le comportement de l'accusé était criminel au moment de l'acte, et non de savoir si l'infraction ou le mode de participation retenus contre l'accusé se définissaient au moyen des mêmes éléments au moment de l'acte. Dans l'Arrêt *Duch*, la Chambre a cité³⁵ une décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Hadžihasanović* selon laquelle le principe de légalité exigeait « qu'il soit prévisible que le comportement en question puisse être sanctionné pénalement au moment où le crime aurait été commis »³⁶. La phrase citée en version abrégée dans l'Arrêt *Duch* se lit intégralement comme suit dans la décision citée : « Concernant la prévisibilité, le comportement en question est le comportement même de l'accusé ; celui-ci doit être capable de savoir si son comportement revêt un caractère criminel au sens où on l'entend généralement, sans faire référence à une disposition particulière. »³⁷ Dans le même paragraphe de la Décision *Hadžihasanović* en appel, la Chambre d'appel a aussi déclaré « fai[re] siennes les réponses fournies par la Chambre de première instance »³⁸ à la question.

³⁵ **F28**, Arrêt, 3 février 2012, par. 96.

³⁶ *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consort*, affaire n° IT-01-47-AR72, Décision relative à l'exception d'incompétence (Responsabilité du supérieur hiérarchique) (Chambre d'appel), 16 juillet 2003 (« Décision *Hadžihasanović* en appel »), par. 34.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Il est donc instructif de citer la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Hadžihasanović*, laquelle s'est notamment prononcée comme suit :

Pour interpréter cette maxime [*nullum crimen sine lege*], il est essentiel de déterminer si le comportement en question était punissable à l'époque des faits. L'accent mis sur le comportement et non sur une description précise de l'infraction en droit matériel est de la plus haute importance³⁹.

17. Il serait extrêmement hasardeux de proscrire la mise en œuvre de la responsabilité pénale dans les poursuites pénales internationales dès lors que l'infraction ou le mode de participation visés n'auraient pas existé sous la même définition précise au moment des faits. Une telle approche réduirait indûment la portée du droit pénal international, étant donné que les juridictions internes, et même internationales, peuvent présenter des différences significatives quant à la définition des infractions et aux éléments des modes de participation dont elles connaissent, et qu'en outre ces définitions évoluent naturellement au cours du temps. Pour ne prendre qu'un exemple, ce serait faire bien peu de cas de l'intérêt de la justice pénale internationale que d'empêcher la poursuite du viol au seul motif qu'un comportement criminel de nature sexuelle n'aurait pas cadré avec la façon dont certaines juridictions définissaient ce crime au moment des faits. Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance a reconnu l'accusé coupable de viol en raison d'une pénétration orale forcée. Tout en reconnaissant que cet acte précis n'aurait pas été qualifié de viol dans l'ex-Yougoslavie ni dans bien d'autres systèmes juridiques de l'époque, la Chambre a conclu comme suit :

[L]a Chambre de première instance est d'avis qu'il n'est pas contraire au principe *nullum crimen sine lege* d'inculper de viol une personne qui s'est rendue coupable d'un acte de pénétration orale forcée alors que dans certains pays, dont le sien, elle ne pourrait être poursuivie que pour violences sexuelles. Il ne s'agit pas d'incriminer des actes qui n'étaient pas criminels au moment où ils ont été commis par l'accusé, vu que la pénétration orale forcée est en tout état de cause un crime et assurément un crime extrêmement grave⁴⁰.

18. Un raisonnement similaire a conduit d'autres juridictions à considérer la « clarification graduelle » des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire n'emportait pas violation du principe de légalité⁴¹. Comme l'a déclaré la Chambre de

³⁹ *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et consort*, affaire n° IT-01-47-PT, Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence (Chambre de première instance), 12 novembre 2002 (la « Décision *Hadžihasanović* en première instance »), par. 62.

⁴⁰ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement (Chambre de première instance), 10 décembre 1998, par. 184.

⁴¹ Voir affaire *S.W. c. Royaume-Uni*, Arrêt (Cour européenne des droits de l'homme), 22 novembre 1995, par. 36 (interprétant l'article 7 1) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment libellé comme suit : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une

première instance dans l'affaire *Hadžihasanović* : « Il n'est pas nécessaire que les éléments d'une infraction soient définis ; encore faut-il que le comportement prohibé soit défini de manière générale⁴² ». C'est d'autant plus vrai en droit pénal international. Dans l'affaire *Karemera* la Chambre de première instance a considéré qu'« en raison de la spécificité du droit international, le principe de légalité ne trouve pas à s'appliquer en droit pénal international de la même manière que dans le droit interne de certains États⁴³ », et dans le même ordre d'idées, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Mucić et consorts (Čelebići)* a dit ceci :

[O]n pourrait supposer que les principes de légalité sont, en droit pénal international, différents de ce qu'ils sont dans les systèmes juridiques internes, pour ce qui est de leur application et de leurs normes. Ils semblent être caractérisés par leur objectif clair : tenir la balance égale entre la nécessité de faire preuve de justice et d'équité envers l'accusé et le besoin de préserver l'ordre mondial⁴⁴.

19. Qui plus est, la gravité des crimes relevant de la compétence des CETC est une garantie supplémentaire contre toute violation du principe de légalité, en ce qu'elle accroît la prévisibilité de la nature criminelle des actes visés. À ce sujet, la Chambre a déjà jugé que « [b]ien que le caractère immoral ou atroce d'un acte ne soit pas un élément suffisant pour garantir son incrimination [...], il peut avoir une incidence dans la mesure où il peut permettre de réfuter l'argument d'un accusé faisant valoir qu'il ignorait le caractère criminel de ses actes »⁴⁵. Dans l'affaire *Mucić et consorts (Čelebići)*, la Chambre de première instance a expliqué comme suit en quoi la gravité des crimes poursuivis par les tribunaux chargés de juger les crimes de guerre rejoignait le principe de légalité :

[L]e principe *nullum crimen sine lege* n'empêchait pas un tribunal d'interpréter et de tirer au clair les éléments constitutifs d'un crime particulier. Tout le monde reconnaît que les actes énumérés à l'article 3 commun sont délictueux et qu'ils heurtent la conscience de tout peuple civilisé. Par conséquent, pour reprendre les termes de l'article 15 2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ces actes

omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. ») ; voir également affaire *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Arrêt (Cour européenne des droits de l'homme), 22 mars 2001, par. 49.

⁴² Décision *Hadžihasanović* en première instance, *supra*, note 39, par. 58, citant l'Arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*, *supra*, note 41, par. 35, et l'affaire *Kokkinakis c. Grèce*, Arrêt (Cour européenne des droits de l'homme), 25 mai 1993, par. 52.

⁴³ *Le Procureur c. Édouard Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-T, Decision relative aux exceptions préjudicielles d'incompétence soulevées par la Défense de Joseph Nzirorera, Édouard Karemera, André Rwamakuba et Mathieu Ndirumpatse relativement à l'entreprise criminelle commune (Chambre de première instance III), 11 mai 2004, par. 43.

⁴⁴ *Le Procureur c. Zenjil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement (Chambre de première instance II *quarter*), 16 novembre 1998, par. 405.

⁴⁵ **F28**, Arrêt, *supra*, note 14, par. 96, citant *Le Procureur c. Milan Milutinović*, affaire n° IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune (Chambre d'appel), 21 mai 2003, par. 42.

« sont tenus pour criminels d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations »⁴⁶.

20. Vu les compétences des CETC, tous les crimes poursuivis sont de la plus grande gravité. Comme il faut, dans le cas de l'entreprise criminelle commune III, établir au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé partageait avec d'autres personnes l'intention de commettre un crime relevant de la compétence de la juridiction saisie, et qu'il a apporté une contribution importante à la réalisation de ce projet criminel commun, il n'y a aucun danger qu'une personne poursuivie à ce titre et reconnue responsable de crimes prévisibles ait pu ne pas avoir eu conscience de la criminalité de son comportement. Il est dès lors inconcevable qu'une juridiction puisse considérer qu'une personne qui a apporté une contribution importante et délibérée à la réalisation d'un crime ressortant à la compétence des CETC – comme le requiert l'entreprise criminelle commune III – ait pu se trouver dans l'impossibilité de comprendre que son comportement était criminel.

21. L'entreprise criminelle commune III ne fait qu'étendre la responsabilité de celui qui a apporté une contribution importante à une entreprise criminelle dont il partage l'intention de commettre au moins un crime visé par le statut de la juridiction, de sorte qu'il doive, le cas échéant, répondre de crimes supplémentaires dont il aurait raisonnablement pu prévoir qu'ils seraient commis en conséquence du plan. Ainsi un accusé qui a contribué de façon importante au projet criminel de déplacer un grand nombre de civils dans des conditions éprouvantes peut-il voir sa responsabilité engagée pour les meurtres dont il pouvait raisonnablement prévoir qu'ils seraient commis en conséquence de la réalisation de ce projet. De même, un accusé qui a participé à une entreprise criminelle consistant à réduire en esclavage et à persécuter des civils, dont des filles et des jeunes femmes, ou à marier des couples contre leur gré, peut être tenu responsable des viols dont il pouvait raisonnablement prévoir qu'ils seraient commis en conséquence de la réalisation de ce plan.

22. Au regard du principe de légalité, il n'est par conséquent pas nécessaire de rechercher si l'entreprise criminelle commune telle qu'elle existait en droit international coutumier avant 1975 s'étendait aux crimes prévisibles qui n'étaient pas envisagés par l'objet commun (l'entreprise criminelle commune III), car le comportement criminel requis dans ce cas est identique à celui de la première catégorie d'entreprise criminelle commune, à savoir faire partie des personnes qui, par l'adhésion à un projet commun, partagent l'intention de

⁴⁶ *Le Procureur c. Zenjil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Arrêt (Chambre d'appel), 20 février 2001, par. 173.

commettre un crime relevant de la compétence de CETC, et apportent une contribution importante à ce projet commun. Il n'y a aucun risque qu'en appliquant l'entreprise criminelle commune III, les CETC puissent reconnaître coupable une personne qui n'était pas consciente de la criminalité de son comportement au moment des faits. Le fait d'étendre la responsabilité pénale au titre de la participation à une entreprise criminelle commune aux crimes prévisibles commis par d'autres membres de ladite entreprise ne saurait violer le principe de légalité, et, partant, si l'entreprise criminelle commune I est un mode de participation applicable, il doit en être de même de l'entreprise criminelle commune III. D'autant plus, comme les co-procureurs vont le démontrer plus bas, que cette forme élargie d'entreprise criminelle commune était bien établie en droit international coutumier avant la période relevant de compétence temporelle des CETC, et que la Chambre de première instance a fait erreur en ne reconnaissant pas ce fait.

c. L'entreprise criminelle commune III était bien établie en droit international coutumier après la Seconde Guerre mondiale

23. Les premières grandes poursuites internationales de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis en masse ont eu lieu au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ces affaires de l'après-guerre ont établi des précédents déterminants pour la définition des éléments du droit pénal international par la suite. Contrairement à ce qu'a dit la Chambre de première instance⁴⁷, toutes les catégories d'entreprise criminelle commune, y compris la troisième, étaient solidement établies dans la jurisprudence des tribunaux qui ont connu de ces affaires. Les précédents du Tribunal militaire international de Nuremberg (le « TMI »), des tribunaux militaires britanniques et américains siégeant en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (accord international pour la poursuite des criminels de guerre par les États), et des procès de Batavia en Asie du Sud-Est ont donné forme à l'entreprise criminelle commune III en tant que mode reconnu de participation en droit international coutumier.

24. L'importance des procès de l'après-guerre ressort des travaux de la Commission du droit international des Nations Unies⁴⁸ et de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies des principes du Statut de Nuremberg. Les deux instances ont confirmé que le droit

⁴⁷ E100/6, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 29 à 35.

⁴⁸ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), p. 35 (qualifiant le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crime de droit international, tel qu'il avait été consacré à Nuremberg, comme « la pierre angulaire du droit pénal international » et « le legs durable du statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg »).

matériel et la théorie de la responsabilité pénale individuelle (y compris celle qui découle d'un « plan commun ») faisaient partie du droit international coutumier⁴⁹.

25. Le fait que souvent les jugements rendus dans ces affaires de l'après-guerre ne mentionnaient pas le mode de participation retenu, ou recouraient à une terminologie différente de celle en usage aujourd'hui, n'empêche pas le lecteur attentif de constater qu'un mode de participation apparenté à celui de l'entreprise criminelle commune III a été appliqué par les tribunaux de l'époque. Le recours à ce type de mode de participation peut être établi lorsque, considérées au regard des faits de la cause, les conclusions de la juridiction quant au mode de participation et à l'état d'esprit de l'accusé répondent aux composantes essentielles de l'entreprise criminelle commune III.

26. Comme relevé par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, la preuve de l'application de l'entreprise criminelle commune III dans ces procès trouvait déjà son assise dans les textes fondateurs des tribunaux concernés. Le Statut de Londres du TMI⁵⁰ et la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient⁵¹ contiennent à ce sujet un énoncé identique qui se lit comme suite : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan. » Ce libellé – « tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution » – va bien au-delà de l'entreprise criminelle commune I, qui ne retient la responsabilité pénale que pour les crimes qui relèvent du plan commun. De même, la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié dispose que toute personne est considérée comme ayant commis un des crimes visés si elle « a participé à des plans ou à des entreprises concernant l'exécution de ces crimes » [traduction extraite de Henri Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de*

⁴⁹ Résolution de 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 11 décembre 1946, Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg, p. 188 (la résolution confirmant les principes de Nuremberg invitait également la Commission du droit international des Nations Unies (la « CDI ») à formuler ceux-ci dans le cadre d'un code international des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. En 195[4], le premier projet de Code de la CDI reconnaissait spécifiquement en son article 2 13) i) « [l]e principe de la responsabilité pénale individuelle pour élaboration d'un plan ou participation à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime » ; Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), p. 22.

⁵⁰ Statut du Tribunal militaire international, Londres, 8 août 1945, art. 6.

⁵¹ Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, 19 janvier 1946, art. 5.

l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, 1960, annexe III]⁵².

27. La jurisprudence de ces tribunaux est venue confirmer que l'entreprise criminelle commune III était reconnue comme mode de participation criminelle engageant la responsabilité individuelle, en particulier de dirigeants, pour des crimes prévisibles commis en conséquence d'un projet commun. Dans le Jugement du TMI, des accusés ont été déclarés pénalement responsables de crimes qu'ils n'avaient pas eux-mêmes envisagés dans le cadre du plan criminel auquel ils avaient intentionnellement contribué, et ce, parce qu'ils avaient su ou ou avaient pu prévoir que ces crimes seraient commis en conséquence de ce plan criminel. Bien que le Jugement du TMI concerne des accusés impliqués dans de nombreux aspects de la campagne criminelle nazie – depuis le civil ayant été impliqué dans l'exploitation du travail d'esclaves, jusqu'aux administrateurs de territoires où les Juifs et d'autres minorités avaient été voués à l'extermination, en passant par les amiraux et généraux chargés de tuer des prisonniers de guerre –, l'application du critère de prévisibilité raisonnable est mise en évidence par le fait que les déclarations de culpabilité ne mentionnaient pas de crimes plus spécifiques que les crimes de guerre (Chef d'accusation n° 3) ou les crimes contre l'humanité (Chef d'accusation n° 4). Chaque accusé qui avait apporté une contribution au projet criminel des nazis dans sa globalité a été condamné pour tous les crimes qui avaient été commis en conséquence de ce projet, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si l'intéressé avait voulu que chacun de ces crimes fût commis.

28. L'application de l'entreprise criminelle commune III est encore plus évidente lorsque sont considérées les condamnations individuelles prononcées par le TMI. Comme dans le cas de Fritz Sauckel qui, en tant que « plénipotentiaire à l'usage de la main-d'œuvre », avait autorité sur « toute la main-d'œuvre disponible, y compris celle des travailleurs recrutés à l'étranger et des prisonniers de guerre »⁵³. Dans le Jugement du TMI, les juges concluent que l'intéressé a joué un rôle de premier plan dans le recours au travail forcé (réduction en esclavage), non sans citer, mais sans jamais entreprendre de les réfuter ni de mettre en cause leur véracité, les assertions répétées de l'intéressé selon lesquelles il n'avait jamais été dans ses intentions que les travailleurs soient traités de façon inhumaine. Les juges constatent en revanche que « quel qu'ait pu être le désir de Sauckel de voir les travailleurs étrangers traités

⁵² *Allied Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, 20 décembre 1945, (la « Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié »), art. II, 2 d).

⁵³ TMI, Jugement, 1^{er} octobre 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg – 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946, t. 1, Texte officiel en langue française, Documents officiels* [réédité par Nouveau Monde éditions, 2012] (le « Jugement du TMI »), p. 257.

de façon humaine, les preuves soumises au Tribunal démontrent que, dans beaucoup de cas, la conscription de la main-d'œuvre se fit par des méthodes énergiques et même violentes⁵⁴ », que s'il « ne semble pas qu'il ait été, par principe, favorable à des méthodes brutales d'extermination par le travail, comme l'était Himmler », Sauckel « avait connaissance des méthodes impitoyables employées pour le recrutement »⁵⁵ et « connaissait les conditions défectueuses dans lesquelles vivaient les travailleurs⁵⁶ ». Sur la base de cette forme de participation, le TMI a reconnu Sauckel coupable des Chefs d'accusation n°s 3 et 4 de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

29. Même si le Jugement du TMI n'emploie pas la terminologie moderne en matière de modes de participation, il est clair que Sauckel, tout comme d'autres accusés de Nuremberg, a été déclaré coupable de crimes dont il n'avait pas lui-même voulu la commission, mais qui avaient été perpétrés découlant d'un projet commun à la réalisation duquel il avait contribué. Ayant conclu que Sauckel entendait mettre à exécution le programme de travail involontaire (réduction en esclavage) et avait apporté une contribution importante au projet commun, le Tribunal l'a jugé responsable de crimes dont il n'avait pas visé la commission, étant avéré qu'il avait été conscient de la probabilité de leur commission.

30. Le TMI a suivi le même raisonnement pour reconnaître Albert Speer coupable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Speer avait été Ministre des armements et de la production de guerre du Troisième Reich, et le programme de production qu'il avait dirigé faisait appel au travail d'esclaves⁵⁷. Le Tribunal a constaté que « [l]a position de Speer était telle qu'il n'a[vait] pas eu une part directe dans les mauvais traitements résultant de l'application du programme du travail forcé », et que le Ministre « insistait pour qu'il soit donné aux travailleurs forcés une nourriture suffisante et pour que les conditions matérielles soient telles qu'ils puissent fournir un travail efficace ». L'accusé a néanmoins été déclaré coupable des mauvais traitements infligés aux travailleurs alors que sa position « était telle qu'il n'a[vait] pas eu une part directe dans les mauvais traitements résultant de l'application du programme du travail forcé, bien qu'il ait connu leur existence⁵⁸ ». Il a donc été déclaré coupable de crimes sans qu'il soit établi qu'il ait eu l'intention qu'ils soient commis, mais dont il avait raisonnablement pu prévoir qu'ils seraient commis. Dès lors qu'il était clairement dans l'intention de Speer d'utiliser le travail d'esclaves et qu'il a contribué à ce

⁵⁴ Ibid., p. 258.

⁵⁵ Ibid., p. 345.

⁵⁶ Ibid., p. 345.

⁵⁷ Ibid., p. 355 à 358 (l' « Accusations contre *Speer* »).

⁵⁸ Id.

plan criminel, sa responsabilité a été retenue pour des mauvais traitements qu'il n'avait pas voulus mais dont il avait eu connaissance – ce qui est bien l'essence de l'entreprise criminelle commune III⁵⁹.

31. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel s'est fondée sur deux procès menés en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié. Le premier, dans l'affaire *des lynchages d'Essen*, s'est déroulé devant un tribunal de la zone d'occupation britannique. Dans cette affaire, un capitaine de l'armée allemande avait ordonné à un soldat de transporter trois prisonniers de guerre britannique à travers la ville allemande d'Essen et de ne pas intervenir si la foule des civils s'en prenait aux captifs⁶⁰. Les civils attaquèrent et tuèrent les trois prisonniers. Le capitaine, le soldat et trois civils ont été déclarés coupables de crime de guerre à raison de ces meurtres⁶¹. Bien qu'il n'y ait pas de jugement écrit, le verdict et les peines prononcés, de même que les arguments présentés par les parties, permettent de suivre le raisonnement du tribunal⁶².

32. Les composantes essentielles de l'entreprise criminelle commune III se retrouvent, pour commencer, dans la condamnation du capitaine et du soldat en dépit du fait qu'ils n'avaient pas physiquement pris part aux crimes, et de l'absence de preuves suffisantes pour conclure qu'ils avaient consenti au meurtre des prisonniers au cours de l'entreprise consistant à les transporter sans leur fournir une protection adéquate contre les assauts de la foule. Elles ressortent ensuite de la condamnation prononcée à l'encontre de certains civils au motif 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, bien qu'il n'ait pas été prouvé avec certitude lequel des accusés avait individuellement tiré les coups de feu ou porté les coups qui avaient entraîné leur mort » [traduction extraite de l'Arrêt *Tadić*]⁶³.

33. Un raisonnement similaire a été suivi par un tribunal de la zone d'occupation américaine dans l'affaire de *l'île de Borkum*⁶⁴, le second précédent cité dans l'Arrêt *Tadić* à

⁵⁹ Id.

⁶⁰ *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, *Outline of the Proceedings and Notes* (British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen), 1947 (l' « affaire des lynchages d'Essen »), p. 89.

⁶¹ Ibid., p. 90-91.

⁶² Ibid., p. 91. Voir transcription officielle, Public Record Office, Londres, WO 235/58, p. 65, cité dans l'Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 208.

⁶³ Affaire des *lynchages d'Essen*, *supra*, note 60, p. 91.

⁶⁴ Bien que l'affaire ne figure pas dans le Rapport de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, des archives publiques complètes la concernant sont disponibles dans les collections des U.S. National Archives Microfilm Publications. The United States Archives, Publication Number M1103, *Records of United States Army War Crimes Trials, United States of America v. Goebell*, et al., 6 février-21 mars 1946 (l' « affaire de l'île de Borkum »). Un compte rendu détaillé du procès (basé sur la

l'appui de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune III en tant que mode de participation. Dans cette affaire, un groupe d'aviateurs américains faits prisonniers en territoire allemand avaient été escortés à pied dans les rues de la ville de Borkum⁶⁵. Malgré la présence de sept soldats allemands affectés à leur escorte, les prisonniers avaient été abattus et finalement tués par balle par un groupe de civils et de soldats allemands, ces derniers n'étant pas en service⁶⁶. Le tribunal a jugé que 14 des 15 accusés, dont les soldats ayant escorté les prisonniers, étaient responsables des crimes reprochés, mais sans fournir de jugement ni d'autre raisonnement quant au mode de participation retenu⁶⁷. Les déclarations de culpabilité des soldats ayant escorté les prisonniers laissent entendre que les juges ont appliqué l'entreprise criminelle commune III : les soldats n'ont pas pris part aux meurtres et il n'était pas dans leur intention de tuer les prisonniers, mais ils les ont fait défiler en ville et ont laissé faire la foule qui les attaquait, de sorte que leur mort était une conséquence prévisible⁶⁸.

34. Des exemples d'application d'un mode de participation apparenté à l'entreprise criminelle III sont également fournis par des affaires jugées en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié qui n'ont pas été citées dans l'affaire *Tadić*. Dans le procès de Hans Renoth et trois autres mené devant un tribunal militaire britannique⁶⁹, quatre personnes étaient accusées d'avoir commis un crime de guerre en « s'impliquant dans le meurtre d'un pilote allié inconnu, prisonnier de guerre » [traduction non officielle]. Selon les charges, le pilote s'était écrasé, indemne, sur sol allemand, et avait été arrêté par le policier Renoth, puis attaqué à coups de poings et de crosses par certaines personnes, les trois autres accusés ayant assisté à l'attaque sans intervenir pour y mettre fin ni aider le pilote. Renoth finit par abattre le prisonnier. « La thèse du ministère public était qu'il y avait eu un dessein commun, partagé par les quatre accusés, de commettre un crime de guerre, que les quatre accusés étaient conscients de ce dessein commun et que les quatre accusés avaient agi en exécution de ce dessein commun » [traduction non officielle]⁷⁰. Les accusés ont tous été reconnus coupables, en dépit du fait que seul Renoth avait eu recours à la force meurtrière ou avait eu l'intention

transcription de ses débats) a également été publié en 1956. Voir également Maxilimian Koessler, « *Borkum Island Tragedy and Trial* », *Journal of Criminal Law [and Criminology]*, 1956, vol. 47[, n° 2] (« Koessler »), p. 183 à 196.

⁶⁵ Koessler, *supra*, note 64, p. 184 à 189.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 184 à 189, en particulier 185.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 192.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 194.

⁶⁹ *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XI, *Outline of the Proceedings and Notes* (British Military Court for the Trial of War Criminals, Elten), 1949, p. 76.

⁷⁰ *Id.*

de tuer. Il apparaît donc que le tribunal a estimé que les trois autres accusés avaient contribué aux faits par leur présence et leur silence approbateur, et avaient ainsi pour le moins montré leur intention que le pilote soit battu. Tout indique qu'ils ont été déclarés coupables de meurtre parce qu'ils avaient été en mesure de prévoir que le passage à tabac déboucherait sur un meurtre – ce qui répond aux conditions de l'entreprise criminelle commune III.

35. Dans l'affaire *Pohl*⁷¹, jugée par un tribunal militaire de la zone d'occupation militaire américaine, 18 officiers du Département économique et administratif des *Schutzstaffel* (les « SS »), dont son directeur Hohberger et son trésorier Baier, ont été déclarés coupables de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre en raison de leur participation à l'entreprise criminelle commune visée, mais sans qu'ils aient « physiquement maltraité des Juifs ou d'autres détenus du Reich » [traduction non officielle]⁷². N'ayant pas pris une part directe dans les crimes, Hohberger a fait valoir que comme « il n'a[vait] été membre ni du Parti national socialiste ni des SS », il pouvait prétendre à « l'immunité de responsabilité pour les excès des SS » [traduction non officielle]⁷³. Le tribunal a toutefois estimé qu'« ayant visité bon nombre des camps de concentration, il ne p[ouvait] plaider l'ignorance de ce qui s'y observait » [traduction non officielle]. Les excès des SS étaient des conséquences prévisibles du plan commun⁷⁴.

36. Le raisonnement a été similaire dans le cas de Baier qui, bien que n'ayant pas été directement impliqué dans les faits, a été reconnu coupable d'avoir pris « une part consentante et active dans l'exploitation du travail d'esclaves » [traduction non officielle]⁷⁵. La responsabilité de ces crimes a été retenue à son encontre en application de l'entreprise criminelle commune III, en partant du constat que les conséquences prévisibles du travail d'esclaves étaient « la persécution, l'appauvrissement, le confinement et, pour finir, la mise à mort des persécutés, qui n'auraient pas pu être possibles sans la vaste machinerie des SS » [traduction non officielle]⁷⁶.

37. De même, dans l'affaire du *RuSHA*, un tribunal de la zone d'occupation américaine a déclaré les 14 accusés – tous responsables au sein de diverses organisations des SS – coupables d'avoir participé à l'exécution d'un projet commun, celui du programme de

⁷¹ *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. V, *Judgment* (United States Military Tribunal II), octobre 1946-avril 1949, p. 193 à 1273.

⁷² *Ibid.*, p. 1047.

⁷³ *Ibid.*, p. 1041.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 1041 et 1042.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 1047.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 1047.

« germanisation ». Le Chef du Bureau principal SS de la race et de la colonisation, Hildebrandt, a été reconnu responsable de morts par pendaison, ayant ordonné qu'un « traitement spécial » soit réservé à des étrangers ayant eu des relations sexuelles avec des Allemandes⁷⁷. Le tribunal a considéré que bien qu'ayant « d'abord nié avoir compris le sens qui était donné à l'expression "traitement spécial", [il] avait par la suite admis avoir su que ce "traitement spécial" pouvait conduire à la pendaison ». Il ressort clairement du raisonnement du tribunal que la responsabilité de Hildebrandt a été retenue pour des pendaisons, alors qu'il n'était pas animé de l'intention qu'elles soient commises, mais dont il avait raisonnablement pu prévoir qu'elles le seraient.

38. Dans l'affaire des *Einsatzgruppen*, 24 des hauts dirigeants de l'Organisation des unités administratives étaient accusés de responsabilité dans la mort de plus d'un million de personnes à travers l'Europe⁷⁸. Dans le cas de l'accusé Franz Six, ancien Chef du Vorkommando Moscou, le tribunal a considéré que « [n]onobstant la constatation selon laquelle le Vorkommando Moscou faisait partie du Einsatzgruppe B, dont Six connaissait la vocation criminelle, le Tribunal ne saurait conclure avec une certitude scientifique que l'accusé a[vait] pris une part active dans le programme meurtrier de cette organisation. Il est toutefois manifeste que Six faisait partie d'une organisation impliquée dans la commission d'atrocités, d'infractions et d'actes inhumains à l'encontre de populations civiles » [traduction non officielle]⁷⁹. Cela étant, le tribunal a retenu la responsabilité de l'accusé à raison de tous les crimes – y compris les meurtres – commis par l'organisation dont il faisait partie, alors qu'il n'avait participé ni aspiré à la commission d'aucun de ces crimes en particulier.

39. Une forme de responsabilité apparentée au mode de participation de l'entreprise criminelle commune III a également été retenue dans l'affaire *Sch. et consorts*. Il s'agissait, toujours en application de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, d'une décision de la Cour suprême de la zone d'occupation britannique rendue en appel sur le verdict d'un tribunal avec jury à Braunschweig (Brunswick). La Cour suprême a conclu que les jurés avaient commis une erreur de droit concernant « ce qui sur le plan des faits [était] considéré comme un crime

⁷⁷ *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. V, *Opinion and Judgment* (United States Military Tribunal II), octobre 1946-avril 1949, p. 1 à 192.

⁷⁸ *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IV, *Opinion and Judgment* (United States Military Tribunal II-A), octobre 1946-avril 1946, p. 427 à 433.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 526.

contre l'humanité »⁸⁰. Dans le cadre d'une campagne de persécution des Juifs, Sch. et consorts avaient arrêté N sans aucune preuve que cette personne était impliquée dans un crime. Sch. avait emmené son prisonnier à un bureau de police et une synagogue en feu où d'autres ont roué N de coups de pied, avant qu'il ne soit abattu. La Cour a jugé que ce qui était arrivé à N cette nuit « était un crime contre l'humanité du début à la fin » [traduction non officielle]. Bien qu'il n'y avait pas de preuve que Sch. lui-même ait pris part au passage à tabac ni au meurtre par balle de N, la Cour a considéré que « s'il était établi qu'en conduisant N à cet endroit, l'accusé avait été conscient qu'il serait responsable du terrible destin de son prisonnier, ou *s'il avait ne fût-ce que pris en compte la possibilité d'une telle responsabilité*, il serait pénalement responsable, au titre des crimes contre l'humanité, de tout ce qui était arrivé à N à la synagogue incendiée » [traduction non officielle]⁸¹. Cette conclusion est conforme à l'entreprise criminelle commune III, la Cour ayant estimé que même si Sch. n'avait pas voulu le crime, sa responsabilité serait engagée par les actes criminels d'autres participants à l'entreprise dans la mesure où il avait été conscient de la possibilité (ou « pris en compte la possibilité ») que ces crimes soient commis.

40. Dans l'affaire *Martin Gottfried Weiss*, jugée comme les autres en application de La Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, le juge-avocat général a énoncé le droit en matière de responsabilité pénale découlant d'un dessein commun en des termes presque exactement pareils à de ceux qui allaient définir l'entreprise criminelle commune III :

[T]out ceux qui se rallient à tel dessein commun de commettre un acte illicite encourent la responsabilité de toutes les conséquences de l'exécution dudit acte, pour autant que ce soit en réalisation du plan, et ce, même si lesdites conséquences n'ont pas été spécifiquement envisagées par les parties, voire même si elles ont été interdites par l'accusé, et quand bien même l'auteur principal n'aurait pas été identifié. [traduction non officielle]⁸²

41. Comme démontré plus haut, ces procès de la Seconde Guerre mondiale ont consacré et appliqué en Europe les éléments qui sont au cœur même de l'entreprise criminelle III. Ce mode de participation aux crimes a aussi été reconnu et retenu au lendemain de la Seconde Guerre mondiale dans les procès de Batavia menés par les autorités néerlandaises en territoire indonésien. Dans le cas du colonel japonais Shoichi Ikeda, poursuivi pour viol, enlèvement et prostitution forcée, de même que pour d'autres crimes découlant du

⁸⁰ *Decisions of the Supreme Court for the British Zone*, vol. II, *Decision against Sch. et. al.*, 20 avril 1949, p. 11 à 15 (en allemand) ou par 3.1 (en anglais).

⁸¹ Id. (non souligné dans l'original).

⁸² *Review Proceedings of General Military Court in the case of US v. Martin Gottfried Weiss et. al. on the recommendation of the Staff Judge Advocate*, 1945, p. 141.

recrutement contraint de « femmes de réconfort » dans des camps d'internement indonésiens⁸³, le plan initial visait l'établissement de maisons de passe, le recrutement de femmes et la fourniture de services sexuels par celles-ci. Le tribunal a toutefois conclu que l'accusé *savait ou aurait dû savoir* que des femmes seraient recrutées contre leur volonté et amenées à se livrer à des actes sexuels contre leur volonté⁸⁴. Du fait de cette connaissance, le viol et la prostitution forcée devenaient des conséquences prévisibles du plan criminel initial, bien que l'accusé ait affirmé ne pas avoir eu l'intention que les femmes soient emmenées de force aux maisons de passe pour y subir viols et violences, ne pas l'avoir anticipé et ne pas en avoir eu connaissance⁸⁵. Le tribunal a déclaré l'accusé pénalement responsable à la fois des crimes commis en exécution du projet commun initial et de ceux qui s'y sont greffés.

42. Les textes fondamentaux et la jurisprudence de ces juridictions de l'après-Deuxième Guerre mondiale établissent clairement que ceux qui participent et apportent délibérément leur contribution à un projet ayant pour objet de commettre des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité doivent voir leur responsabilité engagée pour les crimes de coparticipants dont ils pouvaient prévoir la commission en conséquence de ce projet. D'où il suit que l'entreprise criminelle commune III faisait partie du droit international coutumier avant 1975. Cette conclusion est encore renforcée par la présence affirmée de ce type de participation élargie devant les juridictions internes, comme démontré dans la section suivante.

d. L'entreprise criminelle commune III était bien établie en droit international coutumier avant 1975

43. La Chambre de première instance a souscrit à la conclusion selon laquelle « une même notion de responsabilité fondée sur l'existence d'un but commun n'avait pas été adoptée par la plupart des systèmes de droit nationaux⁸⁶ ». Ayant en outre examiné de sa propre initiative le statut de l'entreprise criminelle III dans huit systèmes juridiques internes, elle a conclu que « la pratique des États en ce qui concerne la notion de but commun n'[était] pas suffisamment uniforme pour pouvoir considérer cette notion comme un principe général de droit⁸⁷ ».

⁸³ *The Queen v. Shoichi Ikeda*, n° 72A/1947, *Translated Judgment Summary* (Temporaire Krijgsraad, Batavia), 30 mars 1948 [résumé en anglais du jugement en néerlandais du Tribunal temporaire de Batavia].

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1 et 8 (non souligné dans l'original).

⁸⁵ *Ibid.*, p. 7, 10 et 11.

⁸⁶ **E100/6**, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 28 ; **D97/17/6**, Décision de la Chambre préliminaire, *supra*, note 5, par. 85 ; Arrêt *Tadić*, par. 225.

⁸⁷ **E100/6**, Décision de la Chambre de première instance, *supra*, note 7, par. 37.

44. Une distinction non négligeable doit cependant être faite selon qu'il s'agit de conclure à l'existence d'un « principe général de droit » ou à une « pratique des États » comme attestant l'existence d'une règle de droit international coutumier. Ni les CETC ni la Chambre d'appel saisie de l'affaire *Tadić* n'ont procédé à un examen systématique de la pratique des États à cet égard. Dans l'Arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel elle-même a précisé que les références aux législations et jurisprudences internes ne servaient qu'à des fins très limitées, à savoir « démontrer que la notion de but commun, consacrée par le droit pénal international, a des bases dans de nombreux systèmes nationaux », dès lors que ses juges avaient déjà établi l'existence des trois formes d'entreprise criminelle commune sur la base de conventions internationales et de précédents de l'après-Seconde Guerre mondiale⁸⁸. Elle a aussi pris soin d'indiquer que pour démontrer que l'entreprise criminelle commune relevait des principes généraux de droit, « il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun⁸⁹ ». Aux fins du présent Appel, les co-procureurs ne vont pas affirmer que l'entreprise criminelle commune III a le statut de principe général de droit, mais démontrer de façon convaincante qu'elle avait celui de règle de droit international coutumier avant 1975.

45. L'existence d'une règle de droit international coutumier est formellement établie par la démonstration de l'existence d'une pratique des États qui est i) pratiquement uniforme, ii) fréquente et représentative et iii) l'expression d'une *opinio juris*⁹⁰. La Cour internationale de justice (la « CIJ ») a estimé qu'à elle seule, « une pratique suffisamment étoffée et convaincante » était susceptible de confirmer une *opinio juris*⁹¹. De fait, il a été relevé que la CIJ « ne se préoccup[ait] pas de rechercher une *opinio juris* là où il y a une pratique bien établie⁹² » [traduction non officielle].

⁸⁸ Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 225.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 (les « affaires du Plateau continental de la mer du Nord », à la p. 44 (« [Les actes] doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. »).

⁹¹ *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 246, au par. 111 (« ... l'*opinio juris* des États se prouve par voir d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante... »). Voir également [Jean-Marc Henckaerts, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés »,] *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Comité international de la Croix-Rouge, [2005, vol. 87,] p. 297 (« Lorsqu'il existe une pratique suffisamment dense, elle reflète généralement une *opinio juris* ; il n'est donc, dans la plupart des cas, pas nécessaire de démontrer séparément l'existence de cette dernière. »).

⁹² Brian D Lepard, *The Necessity of Opinio Juris in the Formation of Customary International Law, Discussion Paper for Panel on 'Does Customary International Law Need Opinio Juris?'*, p. 2, citant Maurice

46. Quant à l'uniformité de la pratique des États, s'il faut un certain degré de constance dans l'application d'une coutume, aucune autorité ne vient quantifier ce critère⁹³. À l'examen de la jurisprudence de la CIJ, il ressort que la pratique susceptible de donner lieu à une règle coutumière a été définie comme étant « générale »⁹⁴, « commune, uniforme et concordante »⁹⁵, ou « fréquente et pratiquement uniforme »⁹⁶ – mais jamais « unanime » ni « universelle »⁹⁷ [traductions non officielles]. La CIJ a surtout souligné que la pratique *ne devait pas* être parfaitement uniforme pour donner lieu à une règle coutumière, pour autant qu'elle soit cohérente⁹⁸. Il a été noté que « la pratique générale suffi[sai]t » pour donner lieu à des règles coutumières qui s'imposaient à tous les États⁹⁹, lorsque cette pratique était « reliée

Mendelson, « *The Subjective Element of International Law* », *British Yearbook of International Law* 1995, vol. 66, n° 1, p. 177, aux p. 183-184 et 206-207.

⁹³ Robbie Sabel, *Procedure at International Conferences: A Study of the Rules of Procedure of International Inter-Governmental Conferences*, Cambridge University Press, 1997, p. 38 ; Anthea E Roberts, « *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation* », *American Journal of International Law*, 2001, vol. 95, p. 757 (« Roberts »), à la p. 767 (« Le processus de formation de la coutume est intrinsèquement incertain, sans indication claire du moment à partir duquel la quantité, la durée, la fréquence et la continuité d'une pratique des États la rendent coutumière. » [traduction non officielle]) ; Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, p. 56 à 66 ; Ulrich Fastenrath, « *Relative Normativity in International Law* », *European Journal of International Law*, 1993, vol. 4, p. 305, aux p. 317 et 318 (« Les cas individuels de pratique dont le droit coutumier est dérivé ne sont jamais identiques. » [traduction non officielle]).

⁹⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14 (l' « affaire du Nicaragua »), à la p. 98 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, *Opinion individuelle collective de MM. Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh et Ruda*, p. 45 (l' « affaire de la compétence en matière de pêcheries »), à la p. 52.

⁹⁵ Affaire du Nicaragua, p. 98 ; affaire de la compétence en matière de pêcheries, p. 50.

⁹⁶ Affaire du plateau continental de la mer du Nord, p. 44.

⁹⁷ Prosper Weil, « *Towards Relative Normativity in International Law* », *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, p. 413, à la p. 434 ; Emily Crawford, « *Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts – The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts* », *Australian International Law Journal*, 2008, vol. 15, p. 29, à la p. 32 (« “Pratiquement uniforme” ne veut pas dire parfaitement uniforme. » [traduction non officielle]).

⁹⁸ Affaire du Nicaragua, *supra*, note 94, p. 98 (« La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. »). Voir également Jean-Marie Henckaerts, « *Assessing the Laws and Customs of War: The Publication of Customary International Humanitarian Law* », *Human Rights Brief*, 2006, vol. 13, p. 2, à la p. 9 (« Être pratiquement uniforme signifie que les États ne doivent pas s'être comportés de façon substantiellement différente. » [traduction non officielle]).

⁹⁹ International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Final Report of the Committee; Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000, p. 24 (le « Rapport du Comité sur la formation du droit international (général) coutumier ») ; Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951, p. 116, à la p. 138 (« La Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'attacher trop d'importance aux quelques incertitudes ou contradictions, apparentes ou réelles que le Royaume-Uni a cru pouvoir relever dans la pratique norvégienne. »). Voir également Sir Gerald Fitzmaurice, « *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law* », *British Yearbook of International Law*, 1953, vol. 30, p. 1, à la p. 45 (« L'on ne fera pas trop de cas des contradictions et incohérences superficielles. » [traduction non officielle]).

par un fil conducteur ou thème commun¹⁰⁰ » ; ou encore qu'une pratique qui contenait « une règle générale comme commun dénominateur¹⁰¹ » [traduction non officielle] pouvait conduire à l'établissement d'une règle de droit international coutumier.

47. Les juridictions concernées n'ont jamais entrepris d'analyser la situation dans chaque pays pour déterminer la pratique des États¹⁰². Cette façon de procéder n'est pas nécessaire et représente une « impossibilité pratique¹⁰³ » [traduction non officielle]. En fait, il ne faut même pas qu'une majorité d'État ait eu recours à la pratique visée¹⁰⁴. Ils peuvent n'être qu'une dizaine à l'avoir fait¹⁰⁵, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'indication du contraire ou de dissidence significative par rapport à la règle en question¹⁰⁶.

48. Quant aux modes de participation, l'exigence d'une pratique des États « pratiquement uniforme » ne saurait signifier que chaque mode de participation criminelle doit présenter exactement les mêmes éléments d'un État à l'autre. Si tel était le cas, les juridictions internationales n'auraient à leur disposition aucun mode de participation fondé en droit international coutumier. Même les formes les plus simples de participation, comme le fait d'ordonner ou de planifier, sont soumises à des exigences différentes, surtout lorsqu'elles

¹⁰⁰ Michael Wood, Rapporteur spécial, Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, [Commission du droit international], soixante-sixième session, doc. ONU A/CN.4/672 (22 mai 2014) (le « Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier »), note 174, citant le *Mémorandum du Secrétariat*, p. 13 (« la présence de certaines divergences n'empêche généralement pas la Commission d'identifier une règle de droit international coutumier »).

¹⁰¹ M. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Kluwer Law International, La Haye, 1997, p. 44 (« un critère par trop strict [...] compromettrait la formation du droit international coutumier [...] ce qui à première vue pourrait apparaître comme une pratique non concordante pourrait très bien contenir une règle générale en tant que commun dénominateur » [traduction non officielle]). Voir également Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier, *supra*, note 100, p. 38 (« S'il est vrai que les circonstances particulières peuvent naturellement varier d'un acte à l'autre, il faut que tous les actes aient en commun une "explication de base qui ne varie pas" : c'est alors que l'on pourra parler de régularité de la conduite en question. »), citant J. Barboza, « *The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly* », dans C.A. Armas Barea et al. (dir.), *Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, 2000, p. 7, et G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 96 (« toute règle coutumière est une généralisation normative tirée de précédents individuels »).

¹⁰² William Worster, « *The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law* », *Boston University International Law Journal*, 2013, vol. 31, p. 1, à la p. 60 (« Les juridictions internationales n'ont jamais pris le parti d'analyser la pratique de chaque État au regard de chaque question de droit international. » [traduction non officielle]).

¹⁰³ Roberts, *supra*, note 93, p. 767, citant Jonathan Charney, « *Universal International Law* », *American Journal of International Law*, 1993, vol. 8, p. 529, à la p. 537, et David Fidler, « *Challenging the Concept of Custom* », *German Year Book of International Law*, 1996, p. 198, aux p. 203 et 217.

¹⁰⁴ Rapport du Comité sur la formation du droit international (général) coutumier, *supra*, note 99, p. 25 (« Normalement, à condition que la participation soit suffisamment représentative, il n'est même pas nécessaire qu'une majorité d'États ait eu recours à la pratique, sauf cas de dissidence significative » [traduction non officielle]).

¹⁰⁵ Roberts, *supra*, note 93, p. 767 (« [L]a plupart des règles coutumières sont considérées comme établies sur la base de la pratique d'une dizaine d'États à peine » [traduction non officielle]).

¹⁰⁶ Rapport du Comité sur la formation du droit international (général) coutumier, *supra*, note 99, p. 25.

sont subjectives. Ainsi certains systèmes juridiques exigent-ils qu'il y ait « intention », d'autres que soit établi un dol éventuel ; dans certains systèmes, l'accusé doit être conscient que le crime surviendra « dans le cours normal des choses », et dans d'autres (dont les CETC), qu'il soit conscient de la réelle probabilité que des crimes soient commis. Aussi, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'entreprise criminelle III – qui suppose exactement le même comportement que l'entreprise criminelle commune I – faisait partie du droit international coutumier dès avant 1975, les légères variations que pourraient présenter les exigences subjectives d'un système à l'autre ne sauraient empêcher de conclure par l'affirmative.

49. La question décisive pour déterminer si la pratique des États conforte l'existence de l'entreprise criminelle commune III est celle de savoir si les exigences centrales et les principes sous-jacents du concept – la responsabilité partagée pour les crimes de groupe et le caractère prévisible des crimes – sont présents dans la législation et la jurisprudence des États. Il n'est pas déterminant que la terminologie utilisée par un État diffère de celle d'un autre, ou encore qu'elle s'écarte des formulations retenues par la jurisprudence internationale pour exposer la responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune III. Vu la grande variété des systèmes juridiques, des traditions juridiques et des contextes linguistiques en présence, il y aura forcément des variations dans les termes retenus pour ériger tel ou tel comportement en crime.

50. Se fondant sur une analyse de la pratiques interne de 40 États¹⁰⁷, les co-procureurs font valoir que le droit international coutumier avait pour règle, dès avant 1975, de retenir la responsabilité pénale individuelle à raison de crimes qui, sans en être l'objet, étaient la conséquence prévisible d'une entreprise criminelle conjointe. Par souci de représentativité, les co-procureurs ont veillé à ce que l'analyse porte sur une sélection d'États reflétant adéquatement la communauté internationale, par 1) leurs différentes **situations géographique** – Afrique (11 États)¹⁰⁸, Asie (10 États)¹⁰⁹, Europe (7 États, dont l'URSS)¹¹⁰, Moyen-Orient (3 États)¹¹¹, Amérique du Nord (2 États)¹¹², Océanie (5 États)¹¹³, et Amérique

¹⁰⁷ Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Bangladesh, Bermudes, Botswana, Cambodge, Canada, Corée du Sud, Égypte, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Fidji, France, Ghana, Grèce, Inde, Iraq, Israël, Japon, Kenya, Malaisie, Malawi, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Pologne, Royaume-Uni, Samoa occidentales, Seychelles, Sri Lanka, Tanzanie, Thaïlande, Union des Républiques socialistes soviétiques (l' « URSS »), Uruguay et Zambie.

¹⁰⁸ Afrique du Sud, Botswana, Éthiopie, Ghana, Kenya, Malawi, Nigéria, Seychelles, Tanzanie, Ouganda et Zambie.

¹⁰⁹ Bangladesh, Cambodge, Corée du Sud, Inde, Japon, Malaisie, Pakistan, Philippines, Sri Lanka et Thaïlande.

¹¹⁰ Allemagne, Autriche, France, Grèce, Pologne, Royaume-Uni et URSS.

¹¹¹ Égypte, Iraq et Israël.

¹¹² Canada et États-Unis d'Amérique.

du Sud / centrale (2 États)¹¹⁴, 2) leurs différents **systèmes juridiques**¹¹⁵ – droit romano-germanique (15 États)¹¹⁶, *common law* (23 États)¹¹⁷ et systèmes hybrides (2 États)¹¹⁸ et 3) leurs différents degrés d'**influence internationale** à l'époque concernée – grandes puissances (6 États)¹¹⁹ et autres (34 États)¹²⁰.

51. Abstraction faite des variations terminologiques, il ressort de la législation et des décisions de justice des États analysés que la grande majorité d'entre eux avaient, de façon expresse ou par implication, adopté avant 1975 des modes de participation criminelle similaires à l'entreprise criminelle commune III.

52. Dans 23 États, la législation pénale en vigueur avant 1975 présentait une terminologie identique ou hautement analogue à celle de l'entreprise criminelle commune III. Ces États sont : l'Afrique du Sud¹²¹, l'Australie¹²², les Bermudes¹²³, le Botswana¹²⁴, le Canada¹²⁵, les États-Unis d'Amérique¹²⁶, les Fidji¹²⁷, la France¹²⁸, le Ghana¹²⁹, l'Iraq¹³⁰, Israël¹³¹, l'Italie¹³²,

¹¹³ Australie, Fidji, Nouvelle-Zélande, Papouasie-Nouvelle-Guinée et Samoa occidentales.

¹¹⁴ Bermudes et Uruguay.

¹¹⁵ Les pays représentant la tradition civiliste et la *common law* ont été sélectionnés pour rendre compte des systèmes juridiques dominants dans le monde. S'il y a certes des variantes au sein de ces systèmes, elles sont le fait de sous-familles s'inscrivant dans la dichotomie générale droit romano-germanique / *common law*.

¹¹⁶ Allemagne, Autriche, Corée du Sud, Égypte, Éthiopie, France, Grèce, Iraq, Japon, Philippines, Pologne, Thaïlande, URSS et Uruguay.

¹¹⁷ Australie, Bangladesh, Bermudes, Botswana, Canada, États-Unis d'Amérique, Fidji, Ghana, Inde, Israël, Kenya, Malaisie, Malawi, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Royaume-Uni, Samoa occidentales, Seychelles, Tanzanie et Zambie.

¹¹⁸ Afrique du Sud et Sri Lanka.

¹¹⁹ Allemagne, États-Unis d'Amérique, France, Japon, Royaume-Uni et URSS.

¹²⁰ Australie, Autriche, Bangladesh, Bermudes, Botswana, Canada, Corée du Sud, Égypte, Éthiopie, Fidji, Ghana, Grèce, Inde, Iraq, Israël, Kenya, Malaisie, Malawi, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Sri Lanka, Tanzanie, Thaïlande, Uruguay, Samoa occidentales et Zambie.

¹²¹ *Native Territories' Penal Code* (Afrique du Sud), 1886, sect. 78; *R. v. Garnsworthy & Ors* [1923] WLD 17, p. 19; *R. v. Morela* 1947(3) SA 147(A); *R. v. Sikepe & Ors* 1946 AD 1101. Voir également *Gaillard* 1966 (1) PH H74 (AD); *R. v. Kubuse & Ors* 1945 AD 189, p. 200; *R. v. Matsitwane & Anor* 1942 AD 213; *R. v. Ndhlangisa & Anor* 1946 AD 1101; *R. v. Ngcobo* 1928 AD 372; *S. v. Nkomo & Anor* 1966 (1) SA 831 (AD); *S. v. Dambalaza & Ors* 1964 (2) SA 783 (AD).

¹²² *Criminal Code Act* (Tasmanie), 1924, sect. 4, 157 1) c); *Crime Code Act* (Queensland), 1899, sect. 8, 302 2); *Criminal Code Act* (Australie occidentale), 1902, sect. 8; *Criminal Code Act Compilation Act* (Australie occidentale), 1913, sect. 279; *Brennan v. The King* (1936) 55 CLR 253; *Johns v. R* (1980) 143 CLR 108; *R. v. Solomon* [1959] Qd R 123, par. 129; *R. v. Surrudge* (1942) 42 SR (NSW) 278, par. 283; *R. v. Vandine* [1970] 1 NSW 252, par. 257; *Stuart v. The Queen* (1974) 4 ALR 545.

¹²³ *Criminal Code Act* (Bermudes), 1970, sect. 28.

¹²⁴ *Penal Code* (Botswana), 1964, sect. 22 et 23.

¹²⁵ Code criminel (Canada), 1893, sect. 61 2); *Cathro c. la Reine* [1956] SCR 101; *R. v. Guay & Guay* [1957] OR 120; *R. c. LeBlanc* (1948) 92 CCC 47; *R. c. Silverstone* [1931] OR 50.

¹²⁶ *Criminal Code* (Kansas), 1969, s. 21-3205; *Criminal Code* (Minnesota), 1963, sect. 609.05; *Criminal Code* (Texas), 1973, sect. 7.02 b); *Criminal Code* (Wisconsin), 1955, sect. 939.05 2) c); *Pinkerton v. United States* 328 US 640 (1946); *United States v. Decker* 543 F.2d 1102 (1976). Voir également *Park v. Huff* 506 F.2d 849 (1975), par. 57 à 59, ainsi que 75 et 76; *State v. Moore* 580 SW.2d 747 (1979), par. 752; *State v. Stein* 70 NJ 369 (1976).

¹²⁷ *Penal Code* (Fidji), 1970, sect. 22.

le Kenya¹³³, le Malawi¹³⁴, le Nigéria¹³⁵, la Nouvelle-Zélande¹³⁶, l'Ouganda¹³⁷, la Papouasie-Nouvelle-Guinée¹³⁸, les Samoa¹³⁹, les Seychelles¹⁴⁰, le Sri Lanka¹⁴¹, la Tanzanie¹⁴² et la Zambie¹⁴³. Si la plupart des pays employaient l'expression « conséquence probable » plutôt que l'expression « conséquence prévisible » (utilisée par la Chambre de première instance), il apparaît à l'examen de la jurisprudence disponible de ces États que ces deux expressions sont à interpréter pratiquement de la même façon et qu'elles ont donné lieu à des décisions concordantes dans tous les pays étudiés.

53. Dix-huit (18) autres pays étudiés, bien que n'étendant pas expressément la responsabilité pénale aux crimes prévisibles ne relevant pas de l'objet d'un plan commun, reconnaissaient les concepts fondamentaux de l'entreprise criminelle commune III, à savoir l'attribution de responsabilité pour des crimes de groupes et également pour des crimes raisonnablement prévisibles. Les législations de ces pays contenaient des dispositions qui, tout en visant des infractions individuelles, retenaient la responsabilité pénale lorsque le crime était la conséquence prévisible ou probable des actes de l'individu en question. Il faut souligner que la prévisibilité est l'élément clef de l'entreprise criminelle commune III, et que lorsque ces dispositions sont lues en conjonction avec celles qui visent la commission en groupe, la pratique de tels États revient à appliquer la responsabilité pénale découlant de l'entreprise criminelle commune III, ou est pour tout le moins compatible avec ce mode de

¹²⁸ Code pénal (France), 1810, art. 265, 266 et 313 ; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, du 7 Décembre 1966.

¹²⁹ *Penal Code* (Ghana), 1960, sect. 21.

¹³⁰ *Penal Code* (Iraq), 1969, art. 53.

¹³¹ *Mandatory Criminal Code Ordinance* (Israël), 1936, sect. 24 ; *Goldstein v. Attorney General* [1954] PD 10, par. 505 ; *Yossef Dahan & David Ben Haroush v State of Israel* (1969) 23 i) PD 197.

¹³² *Codice Penale* (Italie), 1930, art. 110 et 116 ; Arrêt de la Cour constitutionnelle, n° 42 (13 mai 1965) ; Cour de cassation (3 mars 1978) ; Cour de cassation (4 mars 1988) ; *Rivista Penale*, 1986, p. 421.

¹³³ *Penal Code* (Kenya), 1930, sect. 21 et 22 1) ; *Dickson Mwangi Munene & Anor v. R.* [2011] eKLR ; *Solomon Mungai & Ors v. Republic* [1965] EA 363.

¹³⁴ *Penal Code* (Malawi), 1930, sect. 22.

¹³⁵ *Criminal Code Act* (Nigéria), 1916, sec. 8 ; *Digbehin & Ors v. R.* (1963) All NLR 388 ; *Garba v. Hadejia Native Authority* (1961) NRNLR 44.

¹³⁶ *Crimes Act* (Nouvelle-Zélande), 1961, sect. 66 ; *R. v Gush* [1980] 2 NZLR 92, par. 94 à 96.

¹³⁷ *Penal Code Act* (Ouganda), 1950, sect. 20 ; *Dracaku s/o Afia v. R* [1963] EA 363 ; *R. v. Dominiko Omenyi s/o Obuka* (1943) 10 EACA 81.

¹³⁸ *Criminal Code Act* (Papouasie-Nouvelle-Guinée), 1974, sect. 8.

¹³⁹ *Crimes Ordinance* (Samoa occidentales), 1961, sect. 23 2).

¹⁴⁰ *Penal Code* (Seychelles), 1955, sect. 23.

¹⁴¹ *Criminal Code Ordinance* (Sri Lanka), 1883, sect. 146 ; *Khan v. Ariyadasa* (1965) 67 NLR 145 (PC), par. 154 et 155 ; *The King v. Abeywickrema et. al.* (1943) 44 NLR 254, par. 256 ; *The King v. Sellathurai* (1947) 48 NLR 570, par. 574.

¹⁴² *Penal Code* (Tanzanie), 1945, sect. 23.

¹⁴³ *Penal Code* (Zambie), 1931, sect. 22 ; *Mutambo & Ors v. The People* [1965] ZR 15 ; *Petro & Anor v. The People* (1967) ZR 140 ; *Sakala v. The People* (1987) ZR 23.

participation criminelle. Ces États sont : l'Allemagne¹⁴⁴, l'Autriche¹⁴⁵, le Bangladesh¹⁴⁶, le Cambodge¹⁴⁷, la Corée du Sud¹⁴⁸, l'Égypte¹⁴⁹, l'Éthiopie¹⁵⁰, la Grèce¹⁵¹, l'Inde¹⁵², le Japon¹⁵³, la Malaisie¹⁵⁴, le Pakistan¹⁵⁵, les Philippines¹⁵⁶, la Pologne¹⁵⁷, le Royaume-Uni¹⁵⁸, la Thaïlande¹⁵⁹, l'URSS¹⁶⁰ et l'Uruguay¹⁶¹. Les dispositions qui considèrent comme une circonstance aggravante le fait qu'un crime soit commis en groupe¹⁶² ont également été prises en compte dans l'étude parce qu'elles illustrent deux préoccupations politiques de l'entreprise criminelle commune III. En accroissant la gravité ou la réprobation se rattachant à un acte criminel, les dispositions qui alourdissent la peine attestent de l'importance que les États

¹⁴⁴ Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, supra, note 52, art. II 2) ; *Strafgesetzbuch* (Allemagne), 1871, art. 82 ; Arrêt de la Cour fédérale de justice (Allemagne), BGH 17.03 (1967) Az.: 4StR 33/67 ; Arrêt de la Cour fédérale de justice, BGH 11.05 (1971) Az.: VI ZR 211/69 ; affaire de *l'île de Borkum*, supra, note 64 ; affaire des *lynchages d'Essen*, supra, note 60, p. 89 et 91 ; Jugement du TMI, supra, note 53, p. 257 et 345 ; Accusations contre *Speer*, supra, note 57, p. 355 à 358.

¹⁴⁵ *Österreich Strafgesetzbuch* (Autriche), 1852 et 1945, tel qu'amendé jusqu'en 1965, sect. 1, 126 et 195.

¹⁴⁶ *Penal Code* (Bangladesh), 1860, sect. 34, 111 et 149.

¹⁴⁷ Code pénal, Cambodge, 1929 et 1956, art. 145 et 231.

¹⁴⁸ Code pénal sud-coréen, 1953, art. 15, 30, 114 1), 116, 164 et 263 ; Arrêt de la Cour suprême, *Kei-Ji-Han-Rei-Shu* 10 (22 octobre 1931) ; Jugement de la Cour suprême, 98Do30 (27 mars 1998).

¹⁴⁹ Code pénal (Égypte), 1937, art. 43.

¹⁵⁰ *Le Code pénal de l'Empire d'Éthiopie du 23 juillet 1957*, Paris, Centre français de droit comparé, 1959, sect. 35 3).

¹⁵¹ *Penal Code* (Grèce) [version limitée en anglais], 1950, art. 45 et 189 1) ; I. Anagnostopoulos and K. Magliveras, « Criminal Law in Greece », dans F. Verbruggen et V. Franssen (dir.), *International Encyclopaedia of Laws*, Kluwer Law International, 2000, par. 87.

¹⁵² *Penal Code* (Inde), 1860, sect. 34, et 149 ; *Chikkarange Gowda & Ors v. State of Mysore* AIR 1956 SC 731 ; *Nanak Chand v. The State of Punjab* 1955 SCR (1)1201 ; *Queen v. Sabid Ali* (1873) 20 WR 5 Cr.

¹⁵³ *Penal Code* (Japon), 1907, art. 60, 111, 178 2), 181 1), 240 et 241 ; Jugement de la Cour suprême, 12 *Keishu* 1718 (28 mai 1958) ; Jugement de la Cour suprême, 470 *Kei-Ji-Han-Rei-Shu* 10 (22 octobre 1931).

¹⁵⁴ *Penal Code* (Malaisie), 1936, art. 34 et 35 ; *Mimi Wong & Anor v. Public Prosecutor* [1972] 2 MLJ 75 ; *Public Prosecutor v. Neoh Bean Chye & Anor* [1975] 1 MLJ 3.

¹⁵⁵ *Pakistan Penal Code*, 1860, sect. 110 et 111.

¹⁵⁶ *The People of the Philippines v. Peralta, et. al.* (1968) GR No. L-19069 ; *The People of the Philippines v. Carbonel, et. al.* (1926) GR No. L-24177 ; *The People of the Philippines v. Santos* (1955) GR No. L-7315. Voir également *The People of the Philippines v. Acaja* (1955) GR No L-7235 ; *The People of the Philippines v. Buyco* (1950) 47 OG (12^e suppl.) 11 ; *The People of the Philippines v. Del Rosario* (1939) 40 OG (3^e Suppl.) 25 ; *The People of the Philippines v. Enriquez, et. al.* (1933) 58 Phil. 536 ; *The People of the Philippines v. Pardo* (1947) 45 OG 2023.

¹⁵⁷ *Criminal Code* (Pologne), 1932, art. 14 1) ; *Criminal Code* (Pologne), 1969, art. 7 1) et 16 ; *Trial of Hauptsturmführer Amon Leopold Goeth*, Tribunal national suprême de Pologne, Cracovie, 27-31 août et 2-5 septembre 1946, UNWCC, Vol. VII, p. 1.

¹⁵⁸ *R. v. Anderson & Morris* (1966) 2 QB 110 ; *R. v. Betts & Ridley* (1930) 29 Cox CC 259 ; *R. v. Smith* (1963) 3 All ER 597 ; *R. v. Swindall & Osborne* (1846) 2 Car. & K. 230.

¹⁵⁹ Code pénal (Thaïlande), 1956, sect. 59, 87, 213, 215, 299 et 340.

¹⁶⁰ Principes fondamentaux de la législation pénale (URSS), 1924, art. 8 ; Code pénal (URSS), 1960, art. 3, 8, 9, 17, 77, 91 et 102 ; Ferdinand Joseph Maria Feldbrugge, Gerard Pieter Van den Berg et William Bradford Simons (dir.), *Encyclopedia of Soviet Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985 (l'« Encyclopédie du droit soviétique »), p. 2 et 3 ; Richard Arens, « Nuremberg and Group Prosecution », *Washington University Law Quarterly*, 1951, p. 329 (« Arens »), à la p. 345, note 68 ; John C. Hogan, « Justice in the Soviet Union: The Trial of Beria and Aides for Treason », *American Bar Association Journal*, 1955, vol. 41, p. 408, à la p. 477 ; Kirsten Sellars, *Crimes Against Peace and International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 55.

¹⁶¹ *Código penal* (Uruguay), 1933, art. 63 et 65.

¹⁶² Voir Autriche, Grèce et URSS.

accordaient et de la façon dont il faisaient face i) au « danger social accru » [traduction non officielle] que représentaient les crimes de groupes ou les entreprises criminelles (par rapport aux mêmes crimes commis par des individus)¹⁶³ et ii) à la façon dont les participants à de telles entreprises avaient souvent su se dérober à la responsabilité pénale¹⁶⁴.

54. La pratique des États concernant l'entreprise criminelle commune III trouve également confirmation dans le fait que le TPIY¹⁶⁵ et le TPIR¹⁶⁶ ont tous deux reconnu à ce mode de participation le statut de règle de droit international coutumier. Le TPIY a considéré que l'entreprise criminelle commune III était « consacrée dans la législation de nombreux États »¹⁶⁷. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a cité les États suivants comme retenant explicitement cette forme élargie de participation¹⁶⁸ : le Canada¹⁶⁹, l'Angleterre et le Pays de Galles¹⁷⁰, la France¹⁷¹, l'Italie¹⁷², les États-Unis d'Amérique¹⁷³ et la Zambie¹⁷⁴. À relever au sujet de la législation de cette dernière, considérée par la Chambre d'appel saisie de l'affaire *Tadić* comme prévoyant clairement l'entreprise criminelle commune III, que les États

¹⁶³ Voir également *R. v. Powell and Daniels* ; *R. v. English* [1999] AC 1, p. 14. (« L'expérience a montré que les entreprises criminelles communes ne dégénèrent que trop souvent pour déboucher sur la commission d'infractions plus graves. » [traduction non officielle]) ; House of Lords, Justice Committee, *Joint Enterprise: Eleventh Report of Session 2010-12: Volume 1*, (le « Onzième rapport de la Chambre des Lords »), par. 2.4.5.1 (« Les individus qui se livrent à des actes criminels en groupes font montre d'une plus grande propension à la violence que ceux qui agissent seuls. » [traduction non officielle]) ; Prof. A. P. Simester, « *The Mental Element in Complicity* », *Law Quarterly Review*, 2006, vol. 122, p. 578, à la p. 599 (« Les associations criminelles ont tendance à encourager et à intensifier la criminalité. » [traduction non officielle]).

¹⁶⁴ Prof. A. P. Simester, cité dans le Onzième rapport de la Chambre des Lords, *supra*, note 163, par. 2.4.5.2 (« [Les associations criminelles] font peser sur la sécurité du public une menace à la quelle ne répondent pas entièrement les poursuites pénales ordinaires. » [traduction non officielle]).

¹⁶⁵ Voir, par exemple, Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 204, 220 et 228 ; *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33, Jugement (Chambre de première instance du TPIY), 2 août 2001, par. 610 à 614 ; *Le Procureur c. Milomir Stakić*, affaire n° IT-97-24, Jugement (Chambre de première instance du TPIY), 31 juillet 2003, par. 436 ; *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36, Décision relative à la requête aux fins d'acquittement introduite en vertu de l'article 98 *bis* du Règlement (Chambre de première instance du TPIY), 28 novembre 2003, par. 23 ; Arrêt *Kvočka*, *supra*, note 13, par. 83 ; *Le Procureur c. Vujadin Popović et consorts*, affaire n° IT-05-88, Jugement (Chambre de première instance du TPIY), 10 juin 2010, par. 1021 et 1030 à 1032 ; *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, affaire n° IT-98-32, Arrêt (Chambre d'appel du TPIY), 24 février 2004, par. 99.

¹⁶⁶ Voir, par exemple, Arrêt *Ntakirutimana*, *supra*, note 29, par. 465 à 468 ; Jugement *Karemera*, *supra*, note 28, par. 75 ainsi que 1476 et 1477.

¹⁶⁷ Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, par. 224.

¹⁶⁸ À noter que les pays pour lesquels le TPIY n'a relevé que des éléments postérieurs à 1975 ont été exclus.

¹⁶⁹ Arrêt *Tadić*, *supra*, note 16, note 288.

¹⁷⁰ *Ibid.*, note 287.

¹⁷¹ *Ibid.*, note 285.

¹⁷² *Ibid.*, note 286.

¹⁷³ *Ibid.*, note 289.

¹⁷⁴ *Ibid.*, note 291.

suivants disposaient de textes *identiques* : les Bermudes, le Botswana, les Fidji, le Kenya, le Malawi, le Nigéria, l'Ouganda, les Seychelles et la Tanzanie¹⁷⁵.

55. La Chambre de première instance a considéré qu'il n'existait pas de manifestations suffisantes d'une pratique uniforme des États pour conclure que l'entreprise criminelle commune III constituait un principe général de droit (la question du droit international coutumier n'ayant pas été abordée en tant que telle), se fondant en cela sur une analyse par trop limitée du point de vue de l'étendue comme de la profondeur. Premièrement, comme démontré plus haut, et comme reconnu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić*, une étude du droit interne de l'Angleterre et du Pays de Galles, des États-Unis et de la France conforte bien la thèse selon laquelle l'entreprise criminelle commune III faisait bien partie des modes de participation visés par le droit pénal de ces États avant 1975¹⁷⁶. Si la Chambre de première instance avait considéré plus à fond la législation et la jurisprudence de ces quatre pays analysés, elle y aurait trouvé des dispositions et des décisions confirmant que les actes criminels dont la commission n'avait pas été recherchée mais était néanmoins prévisible dans le contexte de crimes commis en situation de groupe engageaient la responsabilité pénale individuelle des participants.

56. L'analyse que la Chambre de première instance a effectuée des Pays-Bas ne portait pas sur la section 47 1) du Code pénal qui instaure la responsabilité du fait de la perpétration conjointe, ni sur les articles 300 à 302 et 312 qui reconnaissent que l'intention criminelle inclut le dol éventuel. La responsabilité découlant de crimes de groupes et débordant le cadre du plan criminel tout en étant prévisibles (entreprise criminelle commune III), trouvait donc à s'appliquer en droit néerlandais avant 1975. Pour conclure que l'Allemagne ne reconnaissait pas l'entreprise criminelle commune III, la Chambre de première instance s'est fondée sur un arrêt de la Cour impériale datant de 1911¹⁷⁷, alors qu'il ressort d'une jurisprudence subséquente que les justiciables allemands encouraient bien, au moins à partir de 1967, la

¹⁷⁵ *Criminal Code Act* (Bermudes), 1970, sect. 28 ; *Penal Code* (Botswana), 1964, sect. 22 ; *Penal Code* (Fidji), 1970, sect. 22 ; *Penal Code* (Kenya), 1930, sect. 21 ; *Penal Code* (Malawi), 1930, sect. 22 ; *Criminal Code Act* (Nigéria), 1916, sec. 8 ; *Penal Code* (Seychelles), 1955, sect. 23 ; *Penal Code* (Tanzanie), 1945, sect. 23 ; *Penal Code Act* (Ouganda), 1950, sect. 20.

¹⁷⁶ (Royaume-Uni, voir note 160.) *Accessories and Abettors Act of the United Kingdom*, 1861, sect. 8 ; *R. v. Anderson & Morris* (1966) 2 QB 110 ; *R. v. Betts & Ridley* (1930) 29 Cox CC 259 ; *R. v. Smith* (1963) 3 All ER 597 ; *R. v. Swindall & Osborne* (1846) 2 Car. & K. 230 ; (États-Unis, voir note 140) *Criminal Code* (Kansas), 1969, sect. 21-3205 ; *Criminal Code* (Minnesota), 1963, sect. 609.05 ; *Criminal Code* (Texas), 1973, sect. 7.02 b) ; *Criminal Code* (Wisconsin), 1955, sect. 939.05 2) c) ; *Pinkerton v. United States* 328 US 640 (1946) ; *United States v. Decker* 543 F.2d 1102 (1976). Voir également *Park v. Huff* 506 F.2d 849 (1975), par. 855 ; *State v. Moore* 580 SW.2d 747 (1979), par. 752 ; *State v. Stein* 70 NJ 369 (1976) ; (France, voir note 124) Code pénal, 1810, art. 97, 265, 266 et 313 ; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, du 7 Décembre 1966.

¹⁷⁷ Jugement de la Cour impériale de justice, RGSt 44. 321 (2 février 1911).

responsabilité pénale pour crimes de groupes à caractère incident mais prévisible¹⁷⁸. Dans le même ordre d'idées, si la Chambre de première instance avait adopté une approche plus large pour examiner la législation de l'URSS, elle n'aurait pas manqué de constater que les comportements criminels dont la manifestation était prévisible sans être recherchée y étaient spécifiquement et largement réprimés¹⁷⁹. Ce constat l'aurait conduite à l'interprétation plus réaliste selon laquelle le droit soviétique avait fait sienne l'entreprise criminelle commune III ou en suivait pour le moins le principe. Quant au droit cambodgien, quoique ne consacrant pas expressément cette forme élargie d'entreprise criminelle commune, il reconnaissait l'imputation de responsabilité pour crimes de groupes et crimes ne relevant pas de l'intention directe¹⁸⁰. Il s'ensuit qu'une analyse plus rigoureuse de la situation des sept pays examinés par la Chambre de première instance ne saurait étayer sa conclusion selon laquelle il existait entre les États «une divergence considérable d'approche» quant à l'application de l'entreprise criminelle commune III.

57. De cette démonstration d'une pratique des États pratiquement uniforme, représentative et suffisamment fréquente, il ressort que la responsabilité pénale individuelle pour des crimes dont la commission n'avait pas été recherchée, mais était prévisible en conséquence d'une entreprise ou d'un accord criminels communs, était fermement établie en droit international coutumier dès avant 1975. Les co-procureurs font par conséquent valoir que la Chambre de première instance a commis une erreur en concluant n'avoir pas eu la preuve d'une pratique des États suffisamment uniforme et d'une *opinio juris* suffisamment généralisée pour dire que l'entreprise criminelle commune III existait en droit international coutumier entre 1975 et 1979¹⁸¹.

¹⁷⁸ Arrêt de la Cour fédérale de justice (Allemagne), BGH 17.33 (1967) ; Arrêt de la Cour fédérale de justice (Allemagne), BGH 11.05 (1971) – VI ZR 211/69 ; affaire de *l'île de Borkum*, *supra*, note 64 ; affaire *des lynchages d'Essen*, *supra*, note 60, p. 89 et 91 ; Jugement du TMI, *supra*, note 53, p. 257 et 345 ; Accusations contre *Speer*, *supra*, note 57, p. 355 à 358).

¹⁷⁹ Principes fondamentaux de la législation pénale (URSS), 1924, art. 8 ; Code pénal (URSS), 1960, art. 3, **8 et 9** ; Encyclopédie du droit soviétique, *supra*, note 157, p. 2 et 3 ; Arens, *supra*, note 157, p. 345, note 68 ; John C. Hogan, « *Justice in the Soviet Union: The Trial of Beria and Aides for Treason* », *American Bar Association Journal*, 1955, vol. 41, p. 408, à la p. 477.

¹⁸⁰ Code pénal (Cambodge), 1956, art. 145 (« Il y a pluralité d'auteurs, lorsqu'il est établi que deux personnes au moins se concertèrent pour commettre une infraction, soit comme coauteurs, soit comme complices par aide et assistance. »), et art. 231 (punissant « sans distinction » tous les participants à un crime de groupe, présents ou non sur les lieux du crime, y compris « quiconque aura dirigé la sédition ou aura exercé dans la bande un emploi ou un commandement quelconque »). L'article 231 s'applique expressément aux crimes visés à l'article 225, y compris les attaques en vue « soit d'exciter à la guerre civile en armant ou en portant les habitants à s'armer les uns contre les autres, soit de porter la dévastation, le massacre et le pillage ». Voir également Code pénal (Cambodge), 1956, art. 505.

¹⁸¹ Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Autriche, Bangladesh, Bermudes, Botswana, Cambodge, Canada, Corée du Sud, Égypte, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Fidji, France, Ghana, Grèce, Inde, Iraq, Israël,

V. CONCLUSIONS ET MESURES DEMANDÉES

58. En résumé, les co-procureurs font respectueusement valoir, pour les raisons ci-dessus exposées, que la Chambre de première instance 1) a commis une erreur en concluant que le principe de légalité empêchait l'application de l'entreprise criminelle commune III, 2) a commis une erreur en concluant que l'entreprise criminelle commune III ne faisait pas partie du droit international coutumier avant 1975 et 3) a commis une erreur en refusant d'examiner ce mode de participation dans le cadre du dossier n° 002. Les affaires de l'après-guerre et la pratique constante des États par la suite ont fermement consacré en droit international coutumier un mode élargi de participation selon lequel ceux qui contribuent délibérément à un projet criminel commun peuvent se voir déclarer pénalement responsables des crimes prévisibles commis en conséquence d'un tel projet. En outre, l'application de l'entreprise criminelle commune III n'est pas proscrite par le principe de légalité, auquel il est satisfait si l'accusé sait que son comportement est de nature criminelle. La Chambre de première instance ayant estimé que l'entreprise criminelle commune I faisait partie du droit international coutumier et répondait aux conditions de prévisibilité et d'accessibilité vis-à-vis des accusés des CETC, il est illogique de dire que l'application de l'entreprise criminelle commune III emporte violation du principe de légalité. En effet, le comportement incriminé dans le cas de la forme élargie d'entreprise criminelle commune est une contribution délibérée et importante à un projet commun visant la commission d'un crime relevant de la compétence de la juridiction saisie – exactement le même comportement que pour engager la responsabilité en raison de la forme élémentaire d'entreprise criminelle commune. Ceux qui dans ces conditions apportent leur contribution en vue de l'exécution d'un crime relevant de la compétence des CETC ne sauraient donc ignorer le caractère criminel de leur acte.

59. Pour les raisons exposées ci-dessus, les co-procureurs demandent que plaise à la Chambre :

- a) **déclarer** l'Appel recevable ;
- b) **dire** que la troisième catégorie (ou forme élargie) d'entreprise criminelle commune est applicable devant les CETC en tant que mode de participation susceptible d'engager la responsabilité pénale.

Japon, Kenya, Malaisie, Malawi, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Pologne, Royaume-Uni, Samoa occidentales, Seychelles, Sri Lanka, Tanzanie, Thaïlande, URSS, Uruguay et Zambie.

Date	Nom	Lieu	Signature
28 novembre 2014	CHEA Leang Co-procureure	Phnom Penh	<i>(Signé)</i>
	Nicholas KOUMJIAN Co-Prosecutor		<i>(Signé)</i>