

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

Dépôt

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/SC

Partie déposante : M. KHIEU Samphân

Déposé auprès de : La Chambre de la Cour Suprême

Langue originale : Français

Date du document : 28 janvier 2015



Classement

Classement suggéré par la partie déposante : Public

Classement arrêté par la Chambre de première instance : សាធារណៈ/Public

Statut du classement :

Réexamen du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives :

Signature:

Réponse de la Défense de M. KHIEU Samphân à l'appel des co-Procureurs

Déposée par :

Avocats de M. KHIEU Samphân
KONG Sam Onn
Anta GUISSÉ
Arthur VERCKEN

Assistés de

SENG Socheata
Marie CAPOTORTO
Soumeya MEDJEBEUR
Pierre TOUCHE
Clément BOSSIS
OUCH Sreypath
CHHOEURN Makara

Auprès de :

La Chambre de la Cour Suprême
KONG Srim
Agnieszka KLONOWIECKA-MILART
SOM Sereyvuth
Chandra Nihal JAYASINGHE
MONG Monichariya
YA Narin
Florence Ndepele MUMBA

Les co-procureurs

CHEA Leang
Nicholas KOUMJIAN

Tous les avocats des parties civiles

La Défense de M. NUON Chea

TABLE DES MATIERES

I. IRRECEVABILITÉ DE L'APPEL DES CO-PROCUREURS	3
1. RAPPEL DE LA PROCEDURE.....	3
2. DEFAUT D'INTERET A AGIR (<i>GRAVAMEN</i>).....	5
3. DEFAUT DE QUALITE POUR AGIR	6
4. DEFAUT DE SAISINE DE LA JURIDICTION COMPETENTE	7
5. DEFAUT DE MOTIFS JUSTIFIANT UNE DECISION DECLARATOIRE DE LA COUR SUPREME.....	8
A. Insatisfaction des critères juridiques requis pour une décision déclaratoire.....	8
B. Inopérance des arguments de l'Appelant.....	10
C. Autres motifs justifiant la non-intervention de la Cour suprême.....	12
6. CONCLUSION	12
II. INAPPLICABILITÉ DE L'ECC-3 DEVANT LES CETC (PRINCIPE DE LEGALITÉ).....	13
1. INEXISTENCE DE L'ECC-3 A L'EPOQUE DES FAITS INCRIMINES	13
A. Remarques liminaires : la création de l'ECC-3	13
B. Inexistence de l'ECC-3 dans la jurisprudence de l'après-guerre.....	13
a) <i>Les non-précédents de l'Arrêt Tadic</i>	14
b) <i>Les autres affaires mentionnées par l'Appelant</i>	16
C. Inexistence de l'ECC-3 dans les législations nationales.....	18
D. Absence de preuve de l' <i>opinio juris</i> requise.....	21
E. Conclusion	22
2. DEFAUT DES EXIGENCES SUPPLEMENTAIRES D'ACCESSIBILITE ET DE PREVISIBILITE.....	22
A. Absurdité du raisonnement de l'Appelant	22
B. Impossibilité pour les accusés d'avoir accès à et de prévoir l'ECC-3 en 1975	25
C. Conclusion	25
PAR CES MOTIFS	26
GLOSSAIRE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES	27

PLAISE À LA CHAMBRE DE LA COUR SUPRÊME

1. Le 29 septembre 2014, les co-Procureurs (ou l'« Appellant ») ont déposé leur déclaration d'appel « *concernant une décision rendue dans le procès 002/01* »¹. Le 28 novembre 2014, ils ont déposé leur mémoire d'appel « *contre le jugement rendu dans le procès 002/01* »².
2. Ce jour, la Défense de M. KHIEU Samphân (l'« Intimé ») dépose son mémoire en réponse³ et demande à la Chambre de la Cour suprême (la « Cour suprême ») de déclarer l'appel des co-Procureurs irrecevable (I) ou, à défaut, de le rejeter au fond (II).

I. IRRECEVABILITÉ DE L'APPEL DES CO-PROCUREURS

1. RAPPEL DE LA PROCEDURE

3. Le 8 décembre 2009, les co-Juges d'instruction ont rendu une Ordonnance sur l'application devant les CETC de la forme de responsabilité dite « entreprise criminelle commune » (« ECC »)⁴.
4. Le 20 mai 2010, la Chambre préliminaire a fait droit aux appels des équipes de défense interjetés contre cette Ordonnance « *en ce qu'ils contest[ai]ent la reconnaissance par les co-Juges d'instruction de l'applicabilité de l'ECC élargie (troisième catégorie) [(« ECC-3 »)] devant les CETC* ». Elle a jugé que l'ECC-3 ne faisait pas partie du droit international coutumier (« DIC ») à l'époque des faits incriminés⁵.

¹ Déclaration d'appel des co-Procureurs concernant une décision rendue dans le procès 002/01, 29 septembre 2014, **E313/3/1** (la « Déclaration d'appel »).

² Appel des co-Procureurs contre le jugement du procès 002/01, 28 novembre 2014, **F11** (le « Mémoire d'appel »). L'Unité de traduction a fourni à la Défense une copie de courtoise de la traduction en français le 5 janvier 2015.

³ *Decision on Defence Motions for Extension of Pages to Appeal and Time to Respond*, 11 décembre 2014, **F13/2**, par. 17.

⁴ Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », 8 décembre 2009, **D97/13**.

⁵ Décision relative aux appels interjetés contre l'Ordonnance des co-Juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010, **D97/15/9**.

5. Le 15 septembre 2010, les co-Juges d’instruction ont rendu leur Ordonnance de clôture (« OC »), limitant les poursuites contre les accusés à la première et à la deuxième catégorie d’ECC⁶.
6. Les co-Procureurs n’ont pas interjeté appel de l’OC⁷ pour s’opposer à l’exclusion des poursuites au titre de l’ECC-3.
7. Les co-Procureurs n’ont pas déposé d’exceptions préliminaires concernant la compétence de la Chambre de première instance (la « Chambre ») dans les trente jours suivant la date à laquelle l’OC est devenue définitive (soit le 13 janvier 2011)⁸.
8. Le 17 juin 2011, l’OC devenue définitive depuis plusieurs mois, les co-Procureurs ont demandé à ce que la Chambre « *dise que la responsabilité pénale d’un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à [l’ECC-3]* » et requalifie des faits visés dans l’OC⁹.
9. Le 12 septembre 2011, après avoir déclaré (à tort¹⁰) que la demande des co-Procureurs était recevable, la Chambre l’a rejetée au motif que l’ECC-3 ne faisait pas partie du DIC et n’existait pas en tant que principe général du droit à l’époque des faits incriminés¹¹.
10. Le 7 août 2014, la Chambre a rendu son jugement dans le procès 002/01 (le « Jugement »)¹², dans lequel elle a simplement indiqué au paragraphe 691 que « *la Chambre préliminaire et la Chambre de première instance ayant déjà considéré que la troisième catégorie d’[ECC] ne faisait pas partie du [DIC] en 1975, ce mode de participation ne sera pas examiné plus avant* ». Elle a condamné les accusés au titre de l’ECC-1 et d’autres modes de responsabilité.

⁶ Ordonnance de clôture, 15 septembre 2010, **D427**, par. 1521-1523.

⁷ Règle 74-2 du Règlement intérieur (« RI ») : « *Les co-procureurs peuvent faire appel de toutes les ordonnances des co-juges d’instruction* ». Voir aussi les règles 67-5 et 75 du RI.

⁸ Règle 89-1 du RI. L’OC est devenue définitive le 13 janvier 2011, jour où la Chambre préliminaire a statué sur les appels interjetés par la Défense.

⁹ Demande des co-Procureurs visant à ce que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d’un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à la troisième catégorie d’entreprise criminelle commune, 17 juin 2011, **E100**, par. 1 et 41.

¹⁰ Réponse [de la Défense de M. KHIEU Samphân] à la demande des co-Procureurs relative à la troisième catégorie d’entreprise criminelle commune, 22 juillet 2011, **E100/3**, par. 10-26.

¹¹ Décision relative à l’applicabilité de la théorie de l’entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, **E100/6**.

¹² Jugement du procès 002/01, 7 août 2014, **E313**.

11. C'est dans ces conditions que les co-Procureurs (l'« Appellant ») ont interjeté appel du Jugement en application de la règle 105-3 du RI¹³, demandant à la Cour suprême de « *dire que [l'ECC-3] est applicable devant les CETC en tant que mode de participation susceptible d'engager la responsabilité pénale* »¹⁴. Ils ont précisé qu'ils n'avaient « *pas l'intention de faire appel du dispositif du Jugement ou de toute constatation ou conclusion qu'il contient* »¹⁵.

2. DEFAUT D'INTERET A AGIR (GRAVAMEN)

12. L'Appellant ne peut faire appel du Jugement sans faire appel de son dispositif « *ou de toute constatation ou conclusion qu'il contient* »¹⁶.

13. Il ne peut comme il le prétend interjeter appel en application de la règle 105-3 du RI selon laquelle « *toute partie qui souhaite interjeter appel d'un jugement doit déposer une déclaration d'appel énonçant les motifs de ce recours. Dans sa déclaration, la partie spécifie, pour chaque motif d'appel, l'erreur alléguée sur un point de droit qui invalide le verdict prononcé et l'erreur de fait alléguée qui a entraîné une erreur judiciaire* ». Peu importent les divergences linguistiques de cette règle entre « verdict » et « décision »¹⁷, un appellant doit en tout état de cause contester une conclusion juridique ou factuelle qui a été tirée dans le jugement et l'erreur qu'il allègue doit avoir une incidence sur celui-ci.

14. En l'espèce, l'Appellant conteste une question qui n'a pas été tranchée dans le Jugement et qui n'a aucune incidence sur celui-ci. Il conteste le paragraphe 691 du Jugement qui ne fait que rappeler une décision prise antérieurement et écarter l'examen de la question dans le Jugement¹⁸.

15. La conclusion juridique contestée a été tirée dans une décision rendue en cours de procès non susceptible d'appel immédiat¹⁹. Or, comme la Cour suprême l'a récemment souligné, « *les recours contre de telles décisions (qui ne sont susceptibles d'appel qu'en même temps que le jugement au fond) doivent faire état d'un grief durable [« lasting gravamen »] de la part de l'appellant, et ils doivent dès lors se rapporter à un ou plusieurs des moyens autorisant l'appel du*

¹³ Déclaration d'appel, par. 1 ; Mémoire d'appel, titre et par. 1.

¹⁴ Mémoire d'appel, par. 59.

¹⁵ Déclaration d'appel, par. 10.

¹⁶ Voir *supra*, I.1. RAPPEL DE LA PROCEDURE, par. 11.

¹⁷ Mémoire d'appel, par. 6.

¹⁸ Déclaration d'appel, par. 6 ; Mémoire d'appel, par. 1, n° 3 ; voir *supra*, I.1. RAPPEL DE LA PROCEDURE, par. 10.

¹⁹ Décision relative à l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, E100/6.

jugement »²⁰. Elle avait également précédemment déclaré que « *pour qu'un moyen d'appel puisse être jugé recevable, il faut nécessairement que l'appelant justifie d'un intérêt à agir (gravamen) en indiquant en quoi il se trouve lésé par la décision qu'il conteste* »²¹.

16. En l'occurrence, l'Appelant n'a pas été lésé par le Jugement et n'est donc pas légitimement fondé à en interjeter appel. Par conséquent, son appel est irrecevable.

3. DEFAUT DE QUALITE POUR AGIR

17. Par ailleurs, il y a bien longtemps que l'Appelant a renoncé à son droit de contester la décision constatant l'inapplicabilité de l'ECC-3 aux CETC en appel.

18. Comme il l'a été vu *supra*, les co-Procureurs ont choisi de ne pas interjeter appel de l'OC excluant l'ECC-3 des modes de responsabilité pouvant être retenus contre les accusés. Cette exclusion a ainsi revêtu l'autorité de la chose jugée et est devenue définitive²².

19. De plus, les co-Procureurs ont choisi de ne pas soulever la question devant la Chambre au moment des exceptions préliminaires concernant la compétence. Ils ont opté pour une autre démarche consistant simplement à demander à la Chambre la requalification de certains faits visés dans l'OC²³.

20. Or, lorsqu'une partie n'utilise pas tous les moyens procéduraux qui lui sont offerts au cours du procès, elle ne peut tenter de contester pour la première fois en appel une décision qui ne lui convient pas²⁴.

²⁰ Décision relative aux requêtes en prorogation du délai de dépôt et en augmentation du nombre de pages autorisé pour les mémoires d'appel et les réponses à ces mémoires, 31 octobre 2014, **F9**, par. 16.

²¹ Décision relative aux appels interlocutoires interjetés par NUON Chea et IENG Thirith contre la décision rejetant leurs demandes urgentes respectives de remise en liberté immédiate, 3 juin 2011, **E50/2/1/4**, par. 29.

²² Voir *supra*, I.1. RAPPEL DE LA PROCEDURE, par. 5-7.

²³ Voir *supra*, I.1. RAPPEL DE LA PROCEDURE, par. 7-8.

²⁴ *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999 (« Arrêt *Tadic* »), par. 55 ; *Kambanda c. le Procureur*, ICTR-97-23-A, Arrêt, 19 octobre 2000, par. 25-27 ; *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt, 1^{er} juin 2001 (« Arrêt *Akayesu* »), par. 113 ; *Le Procureur c. Delalic et al.*, IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001, par. 640 ; *Musema c. le Procureur*, ICTR-96-13-A, Arrêt, 16 novembre 2001, par. 127 ; *Le Procureur c. Ntakirutimana et al.*, ICTR-96-17-A, Arrêt, 13 décembre 2004, par. 52 ; *Rwamakuba c. le Procureur*, ICTR-98-44C-A, *Decision on Prosecutor's Notice of Appeal and Scheduling Order*, 18 avril 2007, par. 6.

21. En renonçant aux voies procédurales qui lui étaient offertes pour contester la décision constatant l'inapplicabilité de l'ECC-3 aux CETC, l'Appelant a renoncé à son droit d'invoquer la question en appel devant la Cour suprême. Par conséquent, son appel doit être sommairement rejeté.

4. DEFAUT DE SAISINE DE LA JURIDICTION COMPETENTE

22. En outre, l'Appelant souligne que l'examen de son appel est important pour la jurisprudence des CETC en vue de l'affaire 002/02, mais non pas pour l'affaire 002/01²⁵. Or la seule affaire dont la Cour suprême est présentement saisie est l'affaire 002/01.

23. Dès lors, si les co-Procureurs souhaitent soulever une question pertinente pour l'affaire 002/02, c'est dans le cadre procédural de cette affaire qu'ils doivent le faire. Le présent appel est circonscrit à l'affaire 002/01.

24. Récemment, la Cour suprême a rejeté la demande de M. NUON Chea de déposer un addendum à son mémoire d'appel pour étayer ses arguments suite aux motifs à venir d'une décision relative à la récusation de juges de la Chambre. Elle a déclaré que « *given that the Disqualification Decision concerns Case 002/02 and not the present case, it is first and foremost within those proceedings that the Defence must put forward its complaints in this regards* »²⁶.

25. L'appel des co-Procureurs constitue donc une tentative de contourner le système procédural en place devant les CETC en se plaignant directement devant la Cour suprême qui est saisie d'une affaire différente de celle qui les intéresse.

26. De plus, l'argument des co-Procureurs selon lequel l'intervention de la Cour suprême sur la question de l'applicabilité de l'ECC-3 est importante pour l'affaire 002/02 est faux. En effet, l'ECC-3 a été définitivement exclue des charges contre les accusés dans cette affaire lorsque l'OC est devenue définitive²⁷. Les co-Procureurs tentent en réalité d'obtenir une décision de la Cour suprême qui leur permettrait de faire ultérieurement pression sur la Chambre pour qu'elle

²⁵ Déclaration d'appel, par. 2, 8(2) et 10 ; Mémoire d'appel, par. 10.

²⁶ *Decision on NUON Chea's Request to File an Addendum to his Appeal Against the Trial Judgment in Case 002/01*, 12 janvier 2015, F15/1, p. 2, avant-dernier paragraphe.

²⁷ Voir *supra*, I.3. DEFAUT DE QUALITE POUR AGIR, par 18.

introduise de nouvelles charges dans l'affaire 002/02 sous couvert de requalification des faits en violation de la règle 98-2 du RI²⁸.

27. Enfin, l'ECC-3 ne faisant aucunement partie des charges retenues contre les accusés dans l'affaire 002/02, l'Intimé ne considère aucunement la position de l'Appelant comme valant notification d'une telle allégation.
28. En tout état de cause, la Cour suprême étant saisie de l'affaire 002/01, l'appel des co-Procureurs est irrecevable.

5. DEFAUT DE MOTIFS JUSTIFIANT UNE DECISION DECLARATOIRE DE LA COUR SUPREME

29. Sachant que son appel ne satisfait pas aux critères d'examen en appel²⁹, l'Appelant cherche à obtenir une décision déclaratoire de la Cour suprême sur l'applicabilité de l'ECC-3 devant les CETC³⁰. Si l'Intimé ne conteste pas l'existence de la possibilité pour la Cour suprême de rendre une décision déclaratoire dans certaines conditions, il estime en revanche que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce (1). De plus, aucun des arguments de l'Appelant ne saurait justifier l'intervention de la Cour suprême (2), qui a au contraire de bonnes raisons de s'abstenir d'intervenir (3).

A. Insatisfaction des critères juridiques requis pour une décision déclaratoire

30. Force est de constater qu'en énonçant des jurisprudences relatives aux décisions déclaratoires³¹, l'Appelant a soigneusement omis de mentionner des critères majeurs dont ces jurisprudences font pourtant clairement état.
31. Dans l'affaire *Duch*, la Cour suprême s'est référée à la jurisprudence applicable en ces termes :

*« Dans des situations exceptionnelles, la [Cour suprême] peut (...) examiner une question de droit qui n'invalidera pas le jugement (...) mais qui, en revanche, soulève une question d'importance générale pour la jurisprudence des CETC »*³².

²⁸ Règle 98-2 du RI : « La Chambre ne peut statuer que sur les faits mentionnés dans la décision de renvoi. Toutefois, la Chambre peut modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi, sous réserve de n'introduire aucun élément constitutif nouveau ». Voir *supra*, I.1. RAPPEL DE LA PROCEDURE, par. 9.

²⁹ Déclaration d'appel, par. 2, 8(2), 10.

³⁰ Déclaration d'appel, par. 3, 5 ; Mémoire d'appel, par. 6-11, 59.

³¹ Déclaration d'appel, par. 5 ; Mémoire d'appel, par. 6-8.

³² KAING Guek Eav alias *Duch*, 001/18-07-2007/ECCC, Arrêt, 3 février 2012 (« Arrêt *Duch* »), par. 15 (nous soulignons). En nbp 39, la Cour suprême se réfère à l'Arrêt *Galic* (§6), qui se réfère quant à lui aux Arrêts *Stakic*

32. Le standard a été posé pour la première fois dans l'Arrêt *Tadic*³³. Dans l'affaire *Kupreskic*, la Chambre d'appel du TPIY a précisé que :

« En règle générale, la Chambre d'appel ne connaît que des arguments fondés sur de prétendues erreurs de droit qui invalident le jugement, ou sur des erreurs de fait ayant entraîné une erreur judiciaire ; il n'en irait autrement que dans le cas exceptionnel où une partie soulèverait une question de droit ayant un intérêt général pour la jurisprudence du Tribunal. La Chambre d'appel peut, dans ce cas uniquement [« only in such a rare case »], estimer qu'il convient de faire une exception à la règle »³⁴.

33. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre d'appel du TPIR a déclaré que :

« la Chambre d'appel du Tribunal ne détient pas de pouvoir consultatif. En revanche, elle peut juger nécessaire de répondre à des questions d'intérêt général si elle estime que leur résolution est de nature à contribuer substantiellement au développement de la jurisprudence du Tribunal. L'exercice de cette faculté n'est pas subordonné à la présentation de motifs d'appel entrant strictement dans le champ de l'article 24 du Statut. En d'autres termes, il relève de son pouvoir d'appréciation. Si la Chambre peut estimer nécessaire de répondre à ces questions, elle peut aussi refuser d'y répondre. Dans ce cas (si la Chambre d'appel n'exprime pas son point de vue sur une question posée), le point de vue de la Chambre de première instance demeure le seul exprimé officiellement par le Tribunal sur le sujet donné. Il aura donc un certain poids. Toutes les questions d'intérêt général ne seront donc pas examinées par la Chambre d'appel. Encore faut-il que les questions soumises intéressent la pratique judiciaire du Tribunal et comportent un lien de connexité avec l'affaire considérée »³⁵.

34. En définitive, trois conditions doivent être remplies avant que la Cour suprême puisse considérer d'accorder la demande de l'Appelant en rendant une décision déclaratoire :

- la demande ne doit pas revêtir un caractère consultatif,
- la question soumise doit comporter un lien de connexité avec l'affaire examinée en appel,
- il doit exister des circonstances exceptionnelles justifiant l'intervention de la Cour suprême.

35. Or, l'« appel » des co-Procureurs ne satisfait à aucune de ces trois conditions.

(§7), *Kupreskic* (§22) et *Tadic* (§247).

³³ Arrêt *Tadic*, par. 247.

³⁴ *Le Procureur c. Kupreskic et al.*, IT-95-16-A, Arrêt, 23 octobre 2001 (« Arrêt *Kupreskic* »), par. 22 (nous soulignons).

³⁵ Arrêt *Akayesu*, par. 23-24 (nous soulignons).

36. Tout d'abord, leur demande revêt un caractère purement consultatif. En effet, s'ils invoquent la nécessité de donner une « *orientation juridique* » à la Chambre en vue de l'affaire 002/02³⁶, cet argument est trompeur. L'ECC-3 ayant été définitivement exclue des charges retenues contre les accusés dans cette affaire³⁷, l'avis de la Cour suprême n'aurait aucune incidence pratique dans cette affaire. Ensuite, la question soumise à la Cour suprême ne comporte aucun lien de connexité avec l'affaire qu'elle examine, c'est-à-dire l'affaire 002/01³⁸. Enfin, l'Appelant a omis de reconnaître la nécessité de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'intervention de la Cour suprême et n'a pas cherché à le faire.

37. Pour ces raisons, la Cour suprême doit rejeter la demande de l'Appelant.

B. Inopérance des arguments de l'Appelant

38. Il existe de nombreuses autres raisons pour lesquelles la Cour suprême doit refuser de rendre une décision déclaratoire.

39. Premièrement, l'Appelant avance que la question « *n'a pas encore été tranchée de manière définitive par la [Cour suprême]* »³⁹. Cet argument est dépourvu de toute pertinence puisque la Chambre préliminaire et la Chambre ont toutes deux jugé que l'ECC-3 n'était pas applicable aux CETC. De surcroît, la Cour suprême n'a pas à trancher toutes les questions juridiques mais seulement celles qui ont été valablement contestées selon les voies de recours disponibles. Il n'est donc pas nécessaire que la Cour suprême exprime sa propre opinion sur ce point. Le fait que les co-Procureurs soient mécontents de la décision de la Chambre préliminaire et de la Chambre ne saurait justifier que la Cour suprême « tranche définitivement la question ».

40. Deuxièmement, l'Appelant avance que depuis l'audience du 30 juillet 2014, les accusés sont informés de son intention de plaider l'ECC-3 dans le procès 002/02⁴⁰. Cet argument est à la fois erroné et hors de propos. En effet, une déclaration d'intention de la part des co-Procureurs au cours d'une audience ne transforme pas cette intention en allégation matérielle relevant des chefs d'accusation. Seule l'OC peut valablement déterminer les modes de participation desquels les

³⁶ Déclaration d'appel, par. 8(2), 9, 10 ; Mémoire d'appel, par. 10.

³⁷ Voir *supra*, I.4. DEFAUT DE SAISINE DE LA JURIDICTION COMPETENTE, par. 26.

³⁸ Voir *supra*, I.2. DEFAUT D'INTERET A AGIR (*GRAVAMEN*), par. 12-14 ; I.4. DEFAUT DE SAISINE DE LA JURIDICTION COMPETENTE, par. 22-28.

³⁹ Déclaration d'appel, par. 8(1) ; Mémoire d'appel, par. 9.

⁴⁰ Déclaration d'appel, par. 8(2) ; Mémoire d'appel, par. 10.

accusés doivent répondre. Or, en l'espèce, l'ECC-3 n'en fait pas partie et les accusés n'ont pas à en répondre dans le procès 002/02.

41. Troisièmement, l'Appelant invoque la nécessité de s'aligner sur la jurisprudence du TPIY, du TPIR, du TSSL et du TSL pour ne pas « jeter le doute » sur les décisions que ces tribunaux ont rendues. Il avance que la jurisprudence des CETC est isolée et doit être « harmonisée » avec celle de ces autres tribunaux pour « *une jurisprudence internationale tout à fait cohérente* »⁴¹. Cet argument est trompeur et ridicule. Il suggère que la position des CETC sur l'ECC-3 est incompatible avec celle de ces tribunaux. Or, comme les co-Procureurs doivent le savoir, chaque tribunal international ou internationalisé a une compétence temporelle différente et doit établir l'existence du droit applicable au moment des faits qu'il juge⁴². Ainsi, il a été jugé aux CETC que l'ECC-3 n'existait pas entre 1975 et 1979. En revanche, les TPIY, TPIR, TSSL et TSL ont dû établir l'existence de cette doctrine deux et trois décennies plus tard et n'ont jamais cherché ni eu à déterminer si elle existait en 1975 ou avant les années 1990. Les jurisprudences des CETC et de ces tribunaux sont donc parfaitement compatibles⁴³ : en 1975, l'ECC-3 n'existait pas en DIC ; à partir de 1992 au moins, cette doctrine a été reconnue comme faisant partie du DIC. Non seulement les CETC n'ont pas besoin d'« harmoniser » leur jurisprudence avec celle de ces tribunaux, mais elles ont même le devoir de ne pas appliquer un droit postérieur aux faits qu'elles jugent⁴⁴.

42. Quatrièmement, l'Appelant invoque la nécessité de donner « *une orientation juridique* » à la Chambre pour le dossier 002/02⁴⁵. Cet argument n'est pas plus valable que les précédents. Déjà, l'ECC-3 ne fait pas partie des charges retenues dans cette affaire. Une orientation sur la question n'est donc pas nécessaire. Ensuite, même si les accusés avaient à répondre de l'ECC-3, rien n'indique que la Chambre aurait besoin d'être guidée sur cette question. Lorsqu'elle a eu besoin d'indications de la Cour suprême, la Chambre le lui a fait savoir⁴⁶. Cela n'a pas été le cas sur la

⁴¹ Déclaration d'appel, par. 8(3), 8(4) ; Mémoire d'appel, par. 11.

⁴² Arrêt *Duch*, par. 89-91, 95-96.

⁴³ L'argument de l'Appelant selon lequel la jurisprudence des CETC est en contradiction directe avec celle de la Chambre d'appel du TSL (Déclaration d'appel, par. 8(4), nbp 20) est totalement faux. La Chambre d'appel n'a pas fait le constat que les co-Procureurs souhaitent lire au §245 de la décision interlocutoire mentionnée (qui était, de plus, entièrement *obiter* sur cette question).

⁴⁴ Arrêt *Duch*, par. 97.

⁴⁵ Déclaration d'appel, par. 9 ; Mémoire d'appel, par. 10.

⁴⁶ Décision concernant la mise en œuvre de la Chambre de la Cour suprême relative à l'appel immédiat interjeté contre la décision de la Chambre de première instance ayant ordonné la mise en liberté sans condition de IENG

question de l'applicabilité de l'ECC-3. Enfin, la Chambre et la Chambre préliminaire ont bénéficié d'une vingtaine d'années de jurisprudence pénale internationale sur cette question, qu'elles ont étudiée et examinée avant de conclure qu'à l'époque pertinente, l'ECC-3 n'existait pas. La présente situation est donc incomparable avec celle des premières affaires jugées au TPIY et au TPIR, ayant établi le standard des décisions déclaratoires⁴⁷. Dès lors, il n'existe aucune circonstance exceptionnelle justifiant l'intervention de la Cour suprême en l'espèce.

C. Autres motifs justifiant la non-intervention de la Cour suprême

43. Il existe encore d'autres raisons pour lesquelles la Cour suprême doit refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre une décision déclaratoire.
44. À la différence des tribunaux *ad hoc*, de nombreuses questions juridiques soulevées dans les affaires jugées par les CETC sont déterminées par la Chambre préliminaire et la Chambre. En l'espèce, leurs conclusions sur l'inapplicabilité de l'ECC-3 aux CETC sont *res judicata* et ne doivent pas être remises en cause à la légère. Ces deux chambres se sont prononcées de manière cohérente sans que les co-Procureurs aient utilisé les moyens procéduraux valables à leur disposition pour contester leurs conclusions. Les procès se sont déroulés sur la base de ces conclusions selon lesquelles les CETC étaient incompétentes en matière d'ECC-3. Un point de vue différent de la Cour suprême engendrerait une instabilité dans le corpus jurisprudentiel des CETC et ouvrirait la voie à de nouveaux litiges dans les affaires passées. Or, la stabilité et la cohérence jurisprudentielles sont importantes pour la crédibilité et la viabilité de l'héritage juridique de toute juridiction.

6. CONCLUSION

45. L'Appelant, dépourvu d'intérêt à agir devant la Cour suprême dans l'affaire 002/01 et ayant renoncé à son droit d'invoquer la question devant elle, n'a en outre pas justifié la nécessité d'une intervention exceptionnelle de la Cour suprême sur la question de l'applicabilité de l'ECC-3 devant les CETC. Son « appel », irrecevable pour chacune de ces raisons, ne doit donc pas être examiné au fond.

Thirith (Doc. N° E138/1/10/1/5/8), 26 mars 2013, **E138/1/10/1/5/8/1**.

⁴⁷ Voir *supra*, I.5.A. Insatisfaction des critères requis pour une décision déclaratoire, par. 32-33.

II. INAPPLICABILITÉ DE L'ECC-3 DEVANT LES CETC (PRINCIPE DE LEGALITÉ)

46. Si, par extraordinaire, la Cour suprême acceptait d'examiner au fond l'« appel » des co-Procureurs, elle n'aurait d'autre choix que celui de constater à son tour que le principe de légalité interdit l'applicabilité de l'ECC-3 aux CETC. En effet, l'ECC-3 n'existait pas à l'époque des faits incriminés (1) et n'était en outre ni accessible ni prévisible aux accusés à la même époque (2).

1. INEXISTENCE DE L'ECC-3 A L'EPOQUE DES FAITS INCRIMINES

47. L'Appelant soutient que l'ECC-3 était « *bien établie* » en DIC avant les faits incriminés. Contrairement à ce qu'il avance, l'ECC-3 n'existait pas dans la jurisprudence de l'après-guerre (B) ni dans les législations nationales (C). De plus, l'Appelant ne présente aucune preuve de l'existence à l'époque des faits de l'*opinio juris* requise, qui n'existait alors pas puisque l'ECC-3 a été créée bien après les faits (D).

A. Remarques liminaires : la création de l'ECC-3

48. Comme on va le voir, l'ECC-3 est une construction intellectuelle, fabriquée de toutes pièces par une personne : le Professeur (« Prof. ») et Juge Antonio CASSESE. Elle a même une date de naissance : le 15 juillet 1999⁴⁸. Avant CASSESE et son Arrêt *Tadic*, elle n'avait aucune existence, même théorique. À partir de cet arrêt, l'ECC-3 a fait partie de la coutume internationale. C'est en rafistolant des lambeaux de droit, des bouts de jurisprudence et en y injectant une lecture que lui seul comprenait que CASSESE a fabriqué cette créature juridique, ce filet de pêche pour procureurs, ce désaveu de l'individualisation de la responsabilité pénale.

49. S'il est trop tard pour certaines juridictions international(isé)es d'y renoncer, la crédibilité et l'œuvre de ces tribunaux seront sans aucun doute ternies par l'utilisation de l'abusive et collectivisante « doctrine » de l'ECC-3. Les CETC ont à juste titre refusé d'appliquer cette théorie.

B. Inexistence de l'ECC-3 dans la jurisprudence de l'après-guerre

50. L'Appelant suggère que l'ECC-3 existait déjà et était reconnue comme faisant partie du DIC lors des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale⁴⁹. Ce n'était certainement pas le cas.

⁴⁸ Arrêt *Tadic*.

⁴⁹ Mémoire d'appel, par. 23-42.

Aucun tribunal de l'après-guerre ni aucun tribunal national n'a jamais prétendu appliquer la doctrine de l'ECC-3.

a) Les non-précédents de l'Arrêt Tadic

51. Aucune des décisions de l'après-guerre présentées dans l'affaire *Tadic* comme étant pertinentes pour l'éventuelle création d'une doctrine de l'ECC-3 dans les années 1990 ne prétend appliquer le DIC. Elles appliquent au contraire un mélange de droit interne (comme par exemple dans les affaires italiennes) et/ou de législation nationale adoptée spécialement dans le but de poursuivre les crimes en cause.
52. De plus, comme l'ont à juste titre constaté la Chambre préliminaire et la Chambre, les « précédents » sur lesquels se fonde l'affaire *Tadic* (affaire *des lynchages d'Essen*, affaire *de l'île de Borkum*, affaires italiennes)⁵⁰ sont loin d'être convaincants.
53. S'agissant des **affaires *des lynchages d'Essen et de l'île de Borkum***, les documents officiels ne spécifient pas quel droit était appliqué. Il est donc impossible d'y voir l'application du droit international. Il n'y a encore aucune indication selon laquelle le droit statutaire de ces tribunaux autorisait l'application d'un mode de responsabilité du type de l'ECC-3.
54. Dans ces affaires, il n'existe aucune conclusion ou aucun raisonnement écrit. Dès lors, il n'existe aucune base permettant de vérifier et d'évaluer la teneur des constatations judiciaires faites par ces tribunaux. Ainsi, ces affaires peuvent difficilement constituer des « précédents » fiables pour un quelconque mode de responsabilité, sans même parler de l'ECC-3.
55. Dans les deux cas, il n'y aucune indication judiciaire selon laquelle la responsabilité était encourue du fait de l'adhésion à un plan criminel commun⁵¹. En d'autres termes, les faits ne répondent pas aux éléments de base de l'ECC.
56. Les conclusions concernant chaque accusé, dans la mesure où elles peuvent aider à la compréhension du raisonnement des tribunaux, ne soutiennent pas le point de vue selon lequel les accusés ont été condamnés sur le fondement de l'ECC-3. Par exemple, dans l'affaire *des*

⁵⁰ Mémoire d'appel, par. 31-33 ; Arrêt *Tadic*, par. 204-219.

⁵¹ J.D.Ohlin, *Joint Intentions to Commit International Crimes*, Chicago Journal of International Law, Vol. 11 No. 2, 2011 (« Ohlin »), p. 708 (<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=facpub>).

lynchages d'Essen, HEYER a été reconnu coupable en raison de ses déclarations (selon lesquelles les prisonniers de guerre ne devaient pas être protégés)⁵². Quant à KOENEN (soldat qui a reçu l'ordre de ne pas intervenir si les prisonniers étaient molestés), il était loin d'être un membre d'une ECC. Les arguments présentés par le procureur à son encontre n'étaient pas conformes à la définition de l'ECC-3⁵³.

57. La doctrine s'accorde pour dire que rien ne permet de suggérer que le tribunal a appliqué l'ECC-3 dans l'affaire *des lynchages d'Essen*⁵⁴. Dans cette affaire, le procureur lui-même n'a pas utilisé la théorie d'un plan commun. Au contraire, il a argumenté que : « *all these seven Germans in the dock were guilty either as an accessory before the fact or as principals in the murder of the three British airmen* »⁵⁵.
58. Sur la base des maigres indications disponibles sur l'affaire *de l'île de Borkum*, la doctrine a avancé que les faits seraient, au mieux, compatibles avec l'ECC-1⁵⁶. Il n'existe aucune indication

⁵² *Trial of Erich Heyer and six others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th-19th and 21st-22nd December, 1945, UNWCC, vol. I, p. 88-92 (« *Affaire des lynchages d'Essen* »), p. 92, nbp 1.

⁵³ *Affaire des lynchages d'Essen*, p. 90 (« *Referring to the member of the escort, Private Koenen, the Prosecutor pointed out that his position was somewhat difficult because his military duty and his conscience must have conflicted. He was given an order not to interfere and he did not interfere. He stood by while these three airmen were murdered. Mere inaction on the part of a spectator is not in itself a crime. A man might stand by and see someone else drowning and let him go and do nothing. He has committed no crime. But in certain circumstances a person may be under a duty to do something. In the Prosecutor's submission this escort, as the representative of the Power which had taken the airmen prisoners, had the duty not only to prevent them from escaping but also of seeing that they were not molested. Therefore it was the duty of the escort, who was armed with a revolver, to protect the people in his custody. Koenen failed to do what his duty required him to do. In the Prosecutor's opinion, his guilt was, however, not as bad as the guilt of those who took an active part, but a person who was responsible for the safety of the prisoners and who deliberately stood by and merely held his rifle up to cover them while other people killed them, was" concerned in the killing.*»)

⁵⁴ Ohlin, p. 708 ; R. Clarke, *Return to Borkum Island. Extended Joint Criminal Enterprise Responsibility in the Wake of World War II*, *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 839-861 (« Clarke »), p. 851 ; A.M. Danner and J.S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law* (2005) 93 *California Law Review* 75 (« Danner et Martinez »), p. 111 (<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1309&context=californialawreview>).

⁵⁵ *Affaire des lynchages d'Essen*, p. 91.

⁵⁶ M. Sassoli and L.M. Olson, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case*, (2000) 82 *International Review of the Red Cross* 733 (« Sassoli et Olson »), p. 7 (<https://www.icrc.org/eng/resourccs/documents/misc/57jqgc.htm>) ; Ohlin, p. 708. L'acte d'accusation indique clairement que les accusés ont « intentionnellement, délibérément et à tort aidé et encouragé et participé au meurtre » des prisonniers de guerre (Arrêt *Tadic*, par. 210 et nbp 261) ; *Trial Transcripts, Vol. 1* (6 février) p. 11. Dans sa plaidoirie finale le Procureur a soutenu que tous les accusés avaient eu l'intention de tuer. Il a listé les contributions actives de chaque accusé dans le meurtre. Ils ont « encouragé », « incité », « approuvé », « supervisé et encouragé ». Il n'est nulle part suggéré que les accusés pouvaient être tenus responsables en raison d'un mode de participation du type de l'ECC-3.

selon laquelle le droit applicable dans cette affaire offrait la possibilité d'un mode de participation du type de l'ECC-3.

59. De surcroît, ces deux affaires ne concernaient pas un comportement non criminel prévoyant la possibilité de crimes mais des crimes intentionnels, délibérément voulus⁵⁷. Dans l'Arrêt *Tadic*, la Chambre d'appel a en fait concédé que l'affaire *de l'île de Borkum* tombait sous le coup de l'ECC-1 :

*« Il convient de souligner qu'en adoptant le point de vue exposé ci-dessus, le procureur a essentiellement proposé une doctrine du but commun qui part du principe que tous les participants à l'objectif commun partagent la même intention délictueuse, à savoir de commettre un meurtre. En d'autres termes, le procureur a appliqué la doctrine du but commun mentionnée ci-dessus s'agissant de la première catégorie d'affaires »*⁵⁸.

60. S'agissant des **affaires italiennes** mentionnées dans l'Arrêt *Tadic*, elles ont mis en œuvre le droit national italien et non le droit international. Aucun des éléments (communs) de l'ECC ne semble en outre avoir été considéré et satisfait. Ainsi, *« la reconnaissance de [l'ECC-3] ne peut non plus être déduite de la jurisprudence italienne citée par la Chambre d'appel [de Tadic] »*⁵⁹.

b) Les autres affaires mentionnées par l'Appelant

61. Pour essayer de renforcer ces non-précédents de *Tadic*, l'Appelant met en avant un certain nombre d'autres décisions. Leur absence de pertinence et de soutien des prétentions de l'Appelant ressort déjà du simple fait que même la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* n'a pas estimé que ces précédents étaient pertinents pour la théorie de l'ECC-3. Au contraire, la Chambre d'appel a expressément conclu que certaines de ces affaires étaient pertinentes uniquement en matière d'ECC-1 ou d'ECC-2⁶⁰.

62. De façon déraisonnable, l'Appelant commence par arguer que parce que le TMI n'a pas indiqué pour quels crimes spécifiques les accusés ont été condamnés, il doit être présumé que les juges de Nuremberg ont appliqué la théorie de l'ECC-3⁶¹. Outre le fait que ni le Statut ni le Jugement ne

⁵⁷ C. Jalloh, *The Sierra Leone Special Court and its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2013), p. 89.

⁵⁸ Arrêt *Tadic*, par. 211.

⁵⁹ *Amicus Curiae* concernant le dossier pénal n°001/18-07-2007/ECCC/OCIJ (PTC 02), 27 octobre 2008, p. 32-33.

⁶⁰ Voir par exemple : Arrêt *Tadic*, par. 200 et 202 (où l'affaire *des Einsatzgruppen* pour l'ECC-1 et l'affaire *Dachau* est citée pour l'ECC-2 uniquement). Dans cet Arrêt, aucune des autres affaires mentionnées par l'Appelant ne figure comme étant pertinente pour l'ECC-3.

⁶¹ Mémoire d'appel, par. 27.

font mention d'une telle théorie, il n'y aucun fondement dans le Jugement permettant de déduire une telle proposition. Le plan concerté du Statut ne fait pas référence à l'ECC mais au crime de complot (chef d'accusation n°1 de l'acte d'accusation)⁶². Le TPIY a clairement dit que le vague crime de complot ne pouvait être assimilé à l'ECC⁶³. De plus, les juges de Nuremberg ont clairement dit que ce crime ne s'appliquait pas aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité mais seulement au crime d'agression⁶⁴. Contrairement à l'assertion de l'Appelant, les Principes de Nuremberg ne suggèrent rien de différent⁶⁵.

63. Ensuite, l'Appelant cherche à se fonder sur les conclusions du TMI relatives à l'accusé SAUCKEL⁶⁶. Or, il omet intentionnellement de mentionner que le tribunal a longuement discuté des actes de ce dernier concernant les crimes pour lesquels il est responsable, ce qui démontre bien qu'il n'était nullement condamné pour une responsabilité du type de l'ECC-3 mais bien pour complicité dans ces actes. Ceci est aussi apparent du fait que le tribunal a conclu qu'il avait connaissance de ces crimes de sorte que le tribunal n'a pas appliqué un standard de « prévisibilité » pour SAUCKEL, mais une forme de responsabilité pour complicité (prévue dans le Statut). Par ailleurs, ni le Tribunal lui-même ni aucun commentateur n'a jamais suggéré que l'ECC-3 avait été appliquée à Nuremberg ou à SAUCKEL en particulier⁶⁷. Les mêmes observations et conclusions s'appliquent aux arguments de l'Appelant concernant SPEER⁶⁸.

⁶² S. Pomorski, *Conspiracy and Criminal Organizations*, in: George Ginsburgs and V.N. Kudriavtsev eds., *The Nuremberg Trial and International Law* (Martinus Nijhoff, Dordrecht 1990), p. 221-225; Danner et Martinez, p. 116.

⁶³ *Le Procureur c. Milutinovic et al.*, IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – Entreprise criminelle commune, 21 mai 2003 (« Décision Ojdanic »), par. 22 et Opinion individuelle du Juge David HUNT, par. 23. Voir aussi : Danner et Martinez, p. 118.

⁶⁴ Décision Ojdanic, par. 22 nbp 62. Le TMI se réfère au dernier paragraphe de l'article 6 du Statut (cité dans le Mémoire d'appel, par. 26) : « *Leaders, organizers, instigators, and accomplices participating in the formulation or execution of a Common Plan or Conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan* ». In the opinion of the Tribunal these words do not add a new and separate crime to those already listed. The words are designed to establish the responsibility of persons participating in a common plan. The Tribunal will therefore *disregard the charges in Count One that the defendants conspired to commit War Crimes and Crimes against Humanity, and will consider only the common plan to prepare, initiate, and wage aggressive war* » (nous soulignons).

⁶⁵ Mémoire d'appel, par. 24.

⁶⁶ Mémoire d'appel, par. 28-29.

⁶⁷ SAUCKEL a été reconnu non coupable de participation à un plan concerté (chef d'accusation n°1) et coupable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (chefs d'accusation n°3 et 4). Le TMI n'a pas non plus mentionné un quelconque plan ou projet commun auquel SAUCKEL aurait participé.

⁶⁸ Mémoire d'appel, par. 30. SPEER n'a pas non plus été reconnu coupable de participation à un plan concerté (chef d'accusation n°1) mais de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (chefs d'accusation n°3 et 4). Là non plus le Tribunal n'a pas fait référence à un quelconque plan ou projet commun auquel il aurait participé. SPEER a été déclaré coupable pour sa participation active au programme de travail forcé et pour avoir passé commande de

64. Enfin, les autres affaires citées par l'Appelant ne sont pas plus pertinentes⁶⁹. Aucune de ces affaires n'applique les éléments de l'ECC-3 et aucune ne prétend le faire. Rien ne permet de conclure que les lois appliquées dans ces affaires prévoyaient la possibilité d'une responsabilité pénale du type de l'ECC-3. Dans la plupart, il n'y a pas d'écrit et dans tous les cas, il n'y a aucune indication raisonnée qu'un tel mode de participation ait été appliqué. Il n'y a aucune conclusion relative aux éléments de base de l'ECC qui ait été consignée. Selon de vagues indications, la responsabilité était encourue du fait de modes de participation fondés sur la complicité ou la causalité. Toutes ces affaires sont l'expression de différentes lois nationales et non l'expression d'une quelconque sorte de règle de droit international en développement.

C. Inexistence de l'ECC-3 dans les législations nationales

65. L'Appelant tente de faire croire que la pratique des États conforte l'existence de l'ECC-3 avant les faits incriminés⁷⁰. Or, pas un seul des régimes juridiques nationaux qu'il mentionne ne reconnaît cette théorie. Les régimes mentionnés ne manquent pas seulement de pertinence mais vont même à l'encontre de la position de l'Appelant.

66. Afin de tenter de masquer cette réalité, l'Appelant propose un raisonnement en trompe-l'œil⁷¹. Alors que les systèmes nationaux appliquent des formes diverses et variées de négligence, d'omission coupable, de complicité, l'Appelant tente de les confondre sous une même théorie que les systèmes en question n'ont jamais prétendu appliquer. Le critère de suffisance de la présence des « *exigences centrales et principes sous-jacents du concept* » qu'ils proposent n'a simplement aucun mérite et est parfaitement infondé. Il est de plus contraire au principe de l'interprétation stricte du droit pénal.

67. L'Appelant tente de suggérer que parce que les régimes juridiques dont il fait état reconnaissent la possibilité de condamner pour des crimes qui n'étaient pas voulus mais qui étaient prévisibles et acceptés (sous une forme ou une autre), cela confirme que l'ECC-3 était reconnue par tous ces régimes juridiques. Or, aucun de ces régimes juridiques ne connaît un mode de participation du type de l'ECC-3⁷². Si certains d'entre eux reconnaissent la possibilité qu'un accusé puisse être

travailleurs.

⁶⁹ Mémoire d'appel, par. 34-41.

⁷⁰ Mémoire d'appel, par. 43-57.

⁷¹ Mémoire d'appel, par. 48-49.

⁷² Voir par exemple : Cambodge, Grèce, Pakistan, Pologne, Corée du Sud, Union soviétique et Thaïlande cités dans

tenu responsable d'un crime dont il a envisagé la possibilité, ils ne concernent pas et ne requièrent pas l'existence d'un projet criminel commun, d'une même intention criminelle partagée de commettre les crimes prévus dans le projet. La responsabilité ne résulte pas de l'exécution d'un but criminel commun mais des propres actes des accusés. Aucun de ces systèmes ne soutient d'aucune façon une responsabilité du fait de la mise en œuvre d'une entreprise criminelle commune au cours de laquelle des crimes ne procédant pas du but commun sont commis.

68. De plus, la pratique nationale sur laquelle tente de se fonder l'Appelant révèle une variété de types, catégories et genres de responsabilité pour des crimes prévisibles, aux éléments et exigences entièrement différents⁷³. De façon significative, l'Appelant ne peut même pas établir que la majorité de ces systèmes employaient les mêmes éléments et critères que l'ECC-3. Par exemple, certains emploient la « conséquence probable » par opposition à la « conséquence prévisible »⁷⁴. D'autres rejettent entièrement la responsabilité pour des conséquences « prévisibles »⁷⁵ ou la limitent strictement à la ou les personnes qui ont commis le crime qui n'était pas envisagé dans le dessein commun⁷⁶. On est donc loin d'une pratique des États « *pratiquement uniforme, fréquente et représentative* », requise pour la création d'une règle de DIC⁷⁷.
69. Afin de créer l'illusion selon laquelle l'ECC-3 était prévue dans les législations nationales, l'Appelant va jusqu'à déformer à outrance la teneur des législations nationales pour les présenter comme comportant des prohibitions qu'elles ne contiennent pas.
70. Par exemple, contrairement à ce qu'en dit l'Appelant⁷⁸, l'Allemagne ne reconnaissait pas de mode de participation du type de l'ECC-3. Elle ne reconnaissait pas non plus ce à quoi l'Appelant fait mystérieusement référence en tant que « *concepts fondamentaux* » sous-tendant l'ECC-3.

la table des sources du Mémoire d'appel (F11.1), p. 21, 23, 27, 28-32.

⁷³ Pour l'effet de ces différences et fluctuations sur l'existence d'une règle coutumière, voir par exemple : Affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou), Arrêt de la Cour internationale de Justice, 20 novembre 1950, Recueil, p. 277.

⁷⁴ C'est le cas d'au moins 23 des pays cités par l'Appelant.

⁷⁵ Mémoire d'appel, par. 53.

⁷⁶ Voir par exemple : Arrêt *Tadic*, par. 224. Voir aussi la pratique de la Cour Suprême suisse, par exemple dans Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel, Vol. 118, Partie IV, pp. 227 ff., considération 5d/cc, p. 232.

⁷⁷ Mémoire d'appel, par. 45 et nbp 90. Voir aussi : ICRC, Customary IHL, Assessment of Customary International Law (https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_in_asofcuin).

⁷⁸ Mémoire d'appel, par. 53 et nbp 144.

71. Sa première source est l'article II(2) de la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié. Cette loi a été adoptée « *to give effect to the 1943 Moscow Declaration, the London Agreement of 8 August 1945 and the attached Charter for the Nuremberg IMT, and to establish a uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and related offenders other than those dealt with by the IMT* »⁷⁹. Ainsi, cette loi n'est jamais devenue une loi allemande. De plus, elle ne contient aucun mode de participation du type de l'ECC-3 et aucun tribunal appliquant cette loi n'a jamais prétendu que c'était le cas.
72. La deuxième source de l'Appelant est le §82 du code pénal allemand de 1871. Cette disposition concerne le crime de haute trahison. En réalité, elle décrit l'*actus reus* du crime comme tout acte par lequel le projet est immédiatement mis à exécution⁸⁰. Rien à voir avec un quelconque « concept fondamental » de l'ECC-3.
73. La troisième source est une décision de la Cour fédérale de justice du 17 mars 1967 (BGH 4 StR 33/67). Cette décision concerne une affaire avec un accusé unique et ne comporte aucune indication selon laquelle la cour s'est basée sur un mode de participation du type de l'ECC-3. En fait, cette décision concerne uniquement la qualification d'un endroit particulier en tant qu'« espace public » au regard du §250-I-3 du code pénal allemand.
74. La quatrième source est une décision de la Cour fédérale de justice du 11 mai 1971 (BGH VI ZR 211/69). Dans cette décision, la cour traite de questions de responsabilité civile dans le contexte d'une plainte pour blessures physiques commises en coaction. Cette décision n'a pas de caractère pénal et ne concerne pas l'ECC-3. En fait, elle traite du *dolus eventualis*. Le reste de la décision concerne seulement les implications civiles de la coaction dans le but d'évaluer la responsabilité civile, considérations qui sont totalement inapplicables dans un contexte de droit pénal.
75. L'interprétation du droit cambodgien par l'Appelant est également trompeuse. Comme l'a noté le Prof. AMBOS, le droit cambodgien de l'époque n'a jamais considéré la possibilité d'une responsabilité pour participation directe en cas d'existence d'un accord commun pour des actes

⁷⁹ Cassese, Oxford Companion to International Criminal Justice, p. 281.

⁸⁰ [http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsche_Reich_\(1871\)#.C2.A7.82](http://de.wikisource.org/wiki/Strafgesetzbuch_f%C3%BCr_das_Deutsche_Reich_(1871)#.C2.A7.82).

débordant du cadre de l'accord. Ainsi, l'ECC-3 n'était « *clairement pas* » visée par le droit cambodgien⁸¹.

76. Au vu de ce qui précède, la Cour suprême ne peut avoir aucune assurance que les descriptions données par l'Appelant des législations nationales reflètent honnêtement et précisément l'état du droit dans ces systèmes.

77. En définitive, non seulement les législations nationales mises en avant par l'Appelant ne sont pertinentes pour établir l'existence d'un mode de participation du type de l'ECC-3, mais elles sont éminemment contradictoires de sorte que l'existence d'une règle de DIC ne peut être raisonnablement recherchée ni trouvée dans ces systèmes⁸².

D. Absence de preuve de l'opinio juris requise

78. Le DIC exige la réunion de deux éléments : la preuve d'une pratique des États et la preuve d'une *opinio juris*⁸³. L'Appelant a été incapable de présenter une quelconque preuve d'une *opinio juris* concernant l'ECC-3 en 1975.

79. Il s'est contenté de prétendre que si l'ECC-3 existait en 1992 (affaire *Tadic*), elle existait forcément en 1975⁸⁴. Déjà, le DIC peut évoluer au cours de deux décennies. De plus, quoi qu'il en soit, en réalité la « naissance » de l'ECC-3 a été déclenchée par un acte juridico-législatif et n'est pas le résultat de la combinaison entre la pratique étatique et l'*opinio juris*. L'ECC-3 a fait son entrée dans le monde du droit seulement grâce à la « poussée » législative de CASSESE présidant la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*. Avant ce processus de création judiciaire, il n'existait aucune prohibition coutumière de l'ECC-3⁸⁵. Dès lors, aucune déduction rétroactive ne peut être tirée sur l'état du droit en 1975 à partir de ce qui a été décidé dans l'Arrêt *Tadic* 24 ans plus tard.

⁸¹ *Amicus Curiae* concernant le dossier pénal n°001/18-07-2007/ECCC/OCIJ (PTC 02), 27 octobre 2008, p. 33-34.

⁸² Voir de façon générale : Clarke, p. 861 ; S. Powles, *Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?*, JICJ 2 (2004), 606-619, p. 615 ; K. Heller, *The ECCC Issues a Landmark Decision on JCE III*, (<http://opiniojuris.org/2010/05/23/the-cccc-issues-a-landmark-decision-on-jcc-iii/>).

⁸³ Arrêt *Duch*, par. 93.

⁸⁴ Déclaration d'appel, par. 8(3) : « *les co-Procureurs n'ont pu trouver aucune preuve d'une évolution du [DIC] entre 1975 et 1992* ».

⁸⁵ Voir par exemple : Ohlin, nbp 106 ; E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (OUP, 2012), p. 141 ; Sassoli et Olson ; Danner et Martinez, p. 110.

80. En définitive, il n'existe aucune preuve ni d'une pratique des États répandue et uniforme ni d'une *opinio juris* concernant la prétendue existence de l'ECC-3 en 1975.

E. Conclusion

81. Les co-Procureurs réclament à présent désespérément l'application de l'ECC-3 parce qu'ils ont parfaitement conscience de leur incapacité d'établir la responsabilité de KHIEU Samphân sur la base de modes de responsabilité exigeant la preuve d'une intention coupable. Comme le démontre parfaitement l'OC dans les affaires 002/01 et 002/02, ils n'ont pas été autorisés à poursuivre KHIEU Samphân sur le fondement de cette théorie inexistante. Si les co-Procureurs sont conscients du fait qu'ils ne seront pas en mesure d'établir sa responsabilité sans cet artifice juridique, ils ont l'obligation de demander l'abandon des charges contre lui.

82. En tout état de cause, même en supposant que son « appel » soit recevable, l'Appelant a échoué à démontrer que l'ECC-3 existait en DIC à l'époque des faits incriminés. Cet « appel » doit être rejeté.

2. DEFAUT DES EXIGENCES SUPPLEMENTAIRES D'ACCESSIBILITE ET DE PREVISIBILITE

83. Même en partant de la fiction selon laquelle la théorie de l'ECC-3 existait en DIC à l'époque des faits incriminés, la Cour suprême devrait encore établir la conformité de son applicabilité au principe de légalité. Dans l'incapacité de démontrer cette conformité (B), l'Appelant lui propose de violer ce principe cardinal du droit pénal en lui présentant un raisonnement absurde (A).

A. Absurdité du raisonnement de l'Appelant

84. Le raisonnement de l'Appelant peut se résumer ainsi : 1) parce que la Loi relative aux CETC recouvre l'ECC-3, celle-ci est applicable⁸⁶ ; 2) parce que l'ECC-1 a été jugée applicable au CETC, il est « absurde » de ne pas le faire pour l'ECC-3⁸⁷. Ces suggestions sont contraires au principe de légalité et tout simplement malhonnêtes.

85. Premièrement, la Cour suprême a déjà clairement indiqué la marche à suivre par les juges des CETC pour se conformer au principe de légalité. Les crimes et les modes de participation allégués sont applicables aux CETC si et seulement si trois conditions sont cumulativement

⁸⁶ Mémoire d'appel, par. 12

⁸⁷ Mémoire d'appel, par. 13 et suivants. Voir aussi les par. 4, 22, 58.

remplies. Ils doivent avoir été « 1) *explicitement ou implicitement prévus par la Loi relative aux CETC* et 2) *reconnus par le droit cambodgien ou par le droit international entre le 17 avril 1975 et le 6 janvier 1979* » (souligné dans l'original)⁸⁸. Si c'est le cas, ils doivent encore satisfaire à « *l'exigence supplémentaire au regard du principe de légalité, selon laquelle le caractère criminel de l'acte reproché à l'Accusé était suffisamment prévisible et qu'à l'époque des faits la législation pertinente permettant d'engager sa responsabilité pour ce crime lui était suffisamment accessible* »⁸⁹.

86. Dès lors, le « recouvrement » de l'ECC-3 par la Loi relative aux CETC, postérieure aux faits incriminés, ne dispense pas d'établir ni son existence ni son accessibilité ni sa prévisibilité à l'époque des faits.

87. Deuxièmement, le raisonnement par analogie entre l'ECC-1 et l'ECC-3 est surréaliste. D'abord, l'Appelant ose avancer que « *le comportement requis dans le cas de l'[ECC-3] est **identique** à celui qui caractérise l'[ECC-1]* » et que « *pour respecter le principe de légalité, il faut seulement que l'accusé ait eu la connaissance implicite que son comportement était prohibé* »⁹⁰. Or, l'Appelant doit pourtant savoir que le « comportement » implique nécessairement un *actus reus* et une *mens rea* et que le principe de légalité s'applique à chacun de ces deux éléments constitutifs.

88. En effet, la Cour suprême a bien indiqué que les CETC avaient « *l'obligation, compte tenu du principe de légalité et des protections attachées à ce principe, de s'assurer que les critères définissant les éléments constitutifs des crimes ainsi que des modes de participation retenus étaient prévus par le droit durant la période relevant de leur compétence rationae temporis. Ils doivent en outre avoir été prévisibles par les accusés et leur avoir été accessibles* »⁹¹. Par ailleurs et par exemple, la Chambre d'appel du TPIY (ayant une compétence temporelle différente de celle des CETC) a jugé dans l'affaire *Stakic* qu'« *en l'espèce, l'utilisation du dol éventuel dans le*

⁸⁸ Arrêt *Duch*, par. 98. Voir aussi la démarche aux par. 99-100 en matière de crimes contre l'humanité.

⁸⁹ Arrêt *Duch*, par. 159 (nous soulignons).

⁹⁰ Mémoire d'appel, par. 14 (« comportement » souligné dans l'original, nous soulignons « identique »).

⁹¹ Arrêt *Duch*, par. 97 (nous soulignons).

cadre de l'[ECC-3] ne constitue pas une violation des principes nullum crimen sine lege et in dubio pro reo »⁹².

89. Dès lors, la conformité au principe de légalité d'un mode de responsabilité ne peut être déduite de celle d'un autre mode de responsabilité, même s'ils ont quelques éléments en commun.
90. Ensuite, l'Appelant ose affirmer que « *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* »⁹³. Cet argument sans fondement signifie en substance que selon l'Appelant, le principe de légalité ne s'applique pas aux modes de participation⁹⁴. Or, la Cour suprême a clairement précisé que « *le principe de légalité s'applique tant aux infractions qu'aux modes de participation retenus contre les accusés* »⁹⁵.
91. L'Appelant va plus loin en affirmant que « *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* »⁹⁶. Déjà, le principe de légalité ne doit pas être moins respecté en matière de crimes internationaux qu'en matière de crimes nationaux. De plus, la jurisprudence sur laquelle se fonde l'Appelant concerne des crimes et non des modes de participation. Cette jurisprudence ne s'applique donc pas à ces derniers.
92. Enfin, contrairement à ce qu'en dit l'Appelant, il n'est pas question ici de la « *clarification graduelle* » d'une règle de responsabilité pénale⁹⁷. Il s'agit de la création d'une règle entièrement nouvelle qui n'existait pas dans le droit pertinent à l'époque. L'Appelant demande donc à la Cour suprême de faire acte de législateur, et de le faire rétroactivement.

⁹² *Le Procureur c. Stakic*, IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006 (« Arrêt *Stakic* »), par. 103.

⁹³ Mémoire d'appel, par. 16 (nous soulignons).

⁹⁴ Mémoire d'appel, par. 16-18 (« *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* », par. 17).

⁹⁵ Arrêt *Duch*, par. 91 (nous soulignons).

⁹⁶ Mémoire d'appel, par. 19-20.

⁹⁷ Mémoire d'appel, par. 18.

B. Impossibilité pour les accusés d'avoir accès à et de prévoir l'ECC-3 en 1975

93. En définitive, l'Appelant n'a présenté aucun fondement en vertu duquel une soi-disant prohibition de l'ECC-3 pourrait être considérée comme ayant été prévisible et accessible aux accusés à l'époque des faits incriminés. La raison de cet échec est évidente : un tel fondement n'existe pas.
94. Si des décennies plus tard et malgré toutes les ressources à leur disposition, les juges de la Chambre préliminaire et les juges de la Chambre (des juristes professionnels formés dans ce domaine) ne sont pas en mesure d'identifier l'existence de l'ECC-3 en 1975, comment les accusés auraient-ils pu le faire ? Comment et où ces derniers pouvaient-ils avoir accès aux soi-disant « précédents » de *Tadic* ? Comment auraient-ils pu prévoir leur pertinence ? Ces questions se répondent à elles-mêmes.




C. Conclusion

95. Même en supposant que son « appel » soit recevable et même en supposant que l'ECC-3 existait en DIC à l'époque des faits incriminés, l'Appelant n'a pas démontré que l'ECC-3 était prévisible et accessible aux accusés à l'époque. Par conséquent, l'Appelant a en tout état de cause échoué à démontrer que l'applicabilité de l'ECC-3 était conforme au principe de légalité.

PAR CES MOTIFS

96. La Défense de M. KHIEU Samphân demande à la Chambre de la Cour Suprême :

- de DÉCLARER l'appel des co-Procureurs irrecevable ;
- dans l'alternative, de REJETER l'appel des co-Procureurs.

Me KONG Sam Onn	Phnom Penh	
Me Anta GUISSÉ	Phnom Penh	
Me Arthur VERCKEN	Paris	

GLOSSAIRE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Appelant	co-Procureurs
CETC	Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens
Chambre	Chambre de première instance (des CETC)
Cour suprême	Chambre de la Cour Suprême (des CETC)
DIC	Droit international coutumier
ECC	Entreprise criminelle commune
Intimé	Défense de M. KHIEU Samphân
Jugement	Jugement du procès 002/01
nbp	Note de bas de page
OC	Ordonnance de clôture
Par. (ou §)	Paragraphe
Prof.	Professeur
RI	Règlement intérieur
TMI	Tribunal militaire international (de Nuremberg)
TPIR	Tribunal Pénal International pour le Rwanda
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie
TSL	Tribunal Spécial pour le Liban
TSSL	Tribunal Spécial pour la Sierra Leone