



Georg-August Universität Göttingen
 Institute for Criminal Law and
 Justice
 Department of
 Foreign and International Criminal Law



Prof. Dr. K. Ambos, Judge State Court · Platz der Göttinger Sieben 5 ·
 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 5
 „Blauer Turm“
 37073 Göttingen
 Telefon: +49-0551 39-7430
 Telefax: +49-0551 39-22155
 E-Mail: kambos@gwdg.de
 URL: www.jura.uni-goettingen.de
 /kambos

DOCUMENT RECEIVED/DOCUMENT REÇU	
Date of receipt/Date de réception: 03. NOV. 2008	
Time/Heure: 09:00	
Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Ambos	

Datum: 2008-11-04

**Amicus Curiae concernant
 Le dossier pénal n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02)***

CERTIFIED COPY/COPIE CERTIFIÉE CONFORME	
Certified Date/Date de certification: 04. NOV. 2008	
Case File Officer/L'agent chargé du dossier: C.A. Ambos	

* Je remercie mon assistante de recherche, Mme Lydia Löhner, pour sa contribution à la préparation du présent *amicus curiae* et M. Timothy Campbell pour avoir révisé le texte sur le plan linguistique.

Professeurs désignés : Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle (Geschäftsführender Direktor)
 Prof. Dr. Kai Ambos, Prof. Dr. Gunnar Duttge, Prof. Dr. Uwe Murmann
 Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Prof. Dr. Fritz Loos, Prof.
 Dr. Manfred Maiwald, Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber

RESUME

1. La doctrine de l'entreprise criminelle commune (« ECC ») sert d'un point de vue conceptuel (infra I. 2) à imputer certains actes ou résultats criminels à des personnes en raison de leur participation à une *entreprise criminelle* collective (« commune »). « L'entreprise criminelle » se caractérise par un accord ou un arrangement, explicite ou tacite, en vue de commettre certains actes criminels dans un but ou un dessein ultérieur criminel. Le fondement, ou la caractéristique principale, de l'ECC réside dans le but **criminel combiné, associé ou commun**¹ des participants à l'entreprise. Le but commun constitue l'élément collectif de la doctrine de l'ECC, lequel élément lie les membres entre eux² et fait de cette doctrine une **théorie de responsabilité commune**.

2. La première catégorie d'ECC est semblable à la notion de *coaction*, les participants agissant suivant un plan commun (« dessein commun » ou « entreprise commune »). Lorsque la première catégorie d'ECC est interprétée comme comportant des éléments matériel et moral, au sens attribué aux fins de la notion de contrôle fonctionnel, elle peut être assimilée à une forme de coaction visée par la deuxième option de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la Cour pénale internationale et à ce titre, à une forme de commission conformément au paragraphe 7(1) du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et au paragraphe 6(1) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR). Interprétée de façon restrictive, la **deuxième catégorie d'ECC** peut être considérée comme une sous-catégorie de la première catégorie d'ECC. Dans un sens large, en tant qu'extension de la responsabilité, la deuxième catégorie d'ECC se rapproche plutôt de la **troisième catégorie d'ECC**. Celle-ci ne peut constituer une forme de coaction, mais uniquement une forme *d'aide ou encouragement* de l'entreprise criminelle. Il s'agit d'une *notion autonome* d'imputation qui ne constitue *pas* une *commission* au sens du paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et du paragraphe 6(1) du Statut du TPIR. De fait, la troisième catégorie d'ECC démontre très clairement la ressemblance de la doctrine de l'ECC avec la responsabilité pour complot traditionnelle, puisqu'elle permet de tenir un participant à une entreprise criminelle responsable de crimes commis par d'autres participants et dont il n'avait pas été entendu explicitement au préalable, dans la mesure où ils étaient prévisibles. Ainsi la responsabilité est-elle essentiellement

¹ J. Vogel, « Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht », (2002) 114 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 403, p. 421 ; voir aussi E. van Sliedregt, « Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide », (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 184, p. 200, 203.

² Voir H. van der Wilt, « Joint Criminal Enterprise », (2007) 5 JICJ 91, p. 99 et suiv., 107. Un autre accord entre le supérieur hiérarchique et les perpétrateurs directs n'est toutefois pas nécessaire. Voir la note 9, ci-dessous.

fondée sur l'appartenance à un groupe poursuivant l'exécution de l'ECC et en tant que telle, entre-t-elle en conflit avec la notion de *culpabilité*.

3. Aux fins de l'application de la doctrine de l'ECC devant les **Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens** (CETC) (deuxième partie du présent mémoire), il s'ensuit qu'il faut opérer une distinction entre les trois formes d'ECC. Le critère devant être appliqué est issu du **principe de légalité** reconnu en droit pénal international et par la Loi sur les CETC (section II.1). Conformément au **libellé** du paragraphe 29(1) de la Loi sur les CETC, la première catégorie d'ECC peut constituer une « commission », du fait qu'elle ressemble à la coaction au sens classique, mais la troisième catégorie d'ECC ne soulève que la responsabilité à titre de complice et à ce titre, *ne* constitue *pas* une commission. Quant à la deuxième catégorie d'ECC, elle peut ou non l'être selon qu'elle est assimilée à la première catégorie d'ECC ou à la deuxième catégorie d'ECC (section II.2).

4. Pour ce qui concerne l'**état du droit coutumier** régissant l'ECC, il faut encore une fois établir une distinction (section II.3). Si la première catégorie d'ECC a été reconnue dans la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale et existait par conséquent au moment de la perpétration au Cambodge des crimes sous étude, ce n'est pas le cas des deuxième et troisième catégories d'ECC, à moins de les considérer au sens restreint comme des sous-catégories de la première catégorie d'ECC. Le **droit cambodgien** applicable au moment de la commission le confirme (section II.4) : seule la première catégorie d'ECC existait sans aucun doute, alors que la troisième catégorie d'ECC n'était clairement pas visée par le Code de 1956 et que la deuxième catégorie d'ECC ne l'était que si elle est interprétée comme étant une sous-catégorie de la première catégorie d'ECC. Par conséquent, seules les première et deuxième (au sens restrictif) catégories d'ECC font partie du droit applicable pour l'affaire qui nous intéresse.

TABLE DES MATIERES

REMARQUES PRELIMINAIRES	4
PARTIE I. GENERALITES	4
I.1. L'ECC en droit moderne	4
I.2. Objectif et structure conceptuelle (« dogme »).....	8
I.3. La première catégorie d'ECC et les formes classiques de participation	9
I.4. Les deuxième et troisième catégories d'ECC en tant que modes d'attribution au- tonomes (systémiques)	14
I.5. Eléments particuliers à prendre en considération : la troisième catégorie d'ECC et le principe de la culpabilité	17
I.6. Résultat intermédiaire.....	21
PARTIE II. APPLICATION DEVANT LES CETC	22
II.1. Le critère à appliquer : la légalité en tant que principe du droit pénal internatio- nal	22
II.2. La responsabilité de l'ECC est-elle prévue dans la Loi sur les CETC ?.....	23
II.3. La responsabilité au titre d'une ECC existait-elle d'après le droit coutumier (in- ternational) au moment pertinent.....	26
II.3.1. La première catégorie d'ECC.....	26
II.3.2. La deuxième catégorie d'ECC	29
II.3.3. La première catégorie d'ECC	32
II.4. La responsabilité au titre de l'ECC existait-elle en droit national cambodgien au moment pertinent ?.....	33
II.5. La responsabilité existante était-elle suffisamment accessible et prévisible pour les défendeurs au moment pertinent ?.....	34

REMARQUES PRELIMINAIRES

L'auteur a été prié de rédiger un mémoire d'*amicus curiae* portant sur les deux questions suivantes :

- 1) La formation de la théorie de l'ECC et l'évolution de la définition de ce mode de responsabilité, plus particulièrement en ce qui concerne la période allant de 1975 à 1979 ;
- 2) L'application de l'ECC en tant que mode de responsabilité devant les CETC, considérant que les crimes ont été commis au cours de la période allant de 1975 à 1979.

J'aborde ces questions en divisant mon mémoire en deux parties. Dans la **première partie (générale)** (section I, ci-dessous), puisant dans des publications antérieures³, j'expliquerai l'ECC en faisant référence à la jurisprudence moderne (section I.1) ainsi que dans le contexte de son objectif et de sa structure conceptuelle (« dogmatique ») (section I.2). Je la comparerai ensuite aux formes traditionnelles de participation afin de classer plus exactement les trois formes d'ECC déterminées par la jurisprudence et paver la voie vers la **deuxième partie (spécifique)** (section II). Dans cette partie, je me pencherai sur la question de savoir si la notion d'ECC est, en premier lieu, applicable en vertu du droit régissant les CETC et si, en deuxième lieu, elle peut être appliquée rétroactivement aux crimes commis au cours de la période allant de 1975 à 1979.

PARTIE I. GENERALITES

I. 1. L'ECC selon la jurisprudence moderne

La doctrine de l'ECC⁴ remonte à l'arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić*⁵. La Chambre recherchait une théorie de la participation à des crimes internationaux qui tienne suffisamment compte du *contexte collectif, généralisé et systématique* de la commission de ces crimes et contribue de la sorte à surmonter les problèmes effectifs de preuve se présentant lorsqu'il s'agit de la contribution (parfois à peine visible) de participants individuels. La Chambre a correctement reconnu que « [l]a plupart de ces crimes [...] sont des manifestations d'un comportement criminel collectif : ils sont souvent exécutés par des groupes d'individus agissant de concert aux

³ Je m'inspire essentiellement dans la présente partie de l'un de mes articles, intitulé « Joint criminal enterprise and command responsibility », (2007) 5 JICJ 159.

⁴ Selon 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, p. 107, 64 % des mises en accusation devant le TPIY entre le 25 juin 2001 et le 1^{er} janvier 2004 étaient fondées sur cette doctrine. Concernant l'importance de l'ECC, voir aussi N. Piacente, « Importance of the JCE Doctrine for the ICTY the Prosecutorial Policy », (2004) 2 JICJ 446, p. 448 ; M. Osiel, « The Banality of the Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity », (2005) 105 *Columbia Law Review* 1751, p. 1783.

⁵ *Le Procureur c/ Tadić*, jugement, affaire n° IT-94-1, Chambre d'appel du TPIY, 15 juillet 1999, par. 185 et suiv.

fins de la réalisation d'un dessein criminel commun⁶ ». S'appuyant sur la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale (examinée plus en détail à la section II.2, ci-dessous) la Chambre a dégagé *trois catégories* de criminalité collective⁷ :

- (1) la forme « élémentaire », dans le cadre de laquelle les participants agissent dans l'exécution d'un « dessein commun » ou d'une « entreprise commune » et avec une « intention » commune (ci-après, « la première catégorie d'ECC ») ;
- (2) la forme « systémique », qui ressort des affaires dites de camps de concentration visant des crimes commis par des militaires ou des membres d'unités administratives comme celles qui administreraient des camps de concentration ou de détention dans l'exécution d'un plan commun (un « but commun ») (ci-après, « la deuxième catégorie d'ECC ») ;
- (3) l'entreprise commune dite « élargie », où l'un des coauteurs commet de fait des actes qui débordent le cadre du plan commun, mais qui constituent néanmoins une « conséquence naturelle et prévisible » de la réalisation du plan (ci-après, « la troisième catégorie d'ECC »).

L'élément matériel de la responsabilité au titre de l'ECC comporte trois volets :

- (1) la pluralité de personnes ;
- (2) l'existence d'un plan, dessein ou but commun ;
- (3) la participation de l'accusé à l'ECC par toute « forme d'aide ou de contribution à l'exécution d'un but commun ».

La Chambre d'appel a par la suite tenté de préciser l'élément matériel de l'ECC en élaborant les critères suivants⁸ : s'agissant de la pluralité des personnes, il n'est pas nécessaire d'identifier

⁶ Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 191 ; *Le Procureur c./ Krajisnik*, jugement, affaire n° IT-00-39-T, Chambre préliminaire du TPIY, 27 septembre, 2006, par. 876 : « [TRADUCTION] L'ECC convient bien aux affaires comme celle qui nous occupe, où un grand nombre de personnes seraient toutes impliquées dans la commission d'un grand nombre de crimes ». Voir van der Wilt, ci-dessus à la note 2, p. 101, qui remet en question la possibilité pour la théorie de l'ECC de régler les problèmes de macro-criminalité : « [TRADUCTION] [...] la doctrine ne s'accorde pas à la réalité des bureaucraties modernes qui exécutent des crimes systématiques à grande échelle. » Pour une autre opinion, voir K. Gustafson, « The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint-Criminal Enterprise Liability », (2007) 5 JICJ 134, p. 149, qui soutient que la théorie de l'ECC « [TRADUCTION] permet, voire exige, une approche plus vaste dans le cadre de laquelle les contributions de la personne concernée sont analysées dans le contexte d'un comportement criminel adopté conjointement par les membres d'un groupe » (p. 139). Dans le même ordre d'idées : A. Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », (2007) 5 JICJ 109, p. 110 et 111.

⁷ Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 111 et suiv., appelle ces trois formes [TRADUCTION] « responsabilité au titre d'un but commun intentionnel », « responsabilité au titre de la participation à un projet criminel commun institutionnalisé » et « responsabilité pénale accessoire fondée sur la prévision et la prise volontaire de risques ».

chaque membre par son nom ; quant au but commun, le Procureur doit établir avec précision l'objectif, son étendue temporelle et géographique, notamment, et le fait que le but est effectivement commun à tous les membres de l'ECC⁹ ; la dernière condition, mais non la moindre que doit respecter le Procureur est d'établir l'importance de la contribution de l'accusé¹⁰ aux fins de l'exécution du but de l'ECC. La Chambre a de plus clairement signifié que les auteurs directs n'appartiennent pas obligatoirement à l'ECC (section I), c'est-à-dire qu'il est possible que des supérieurs hiérarchiques (par exemple, les dirigeants d'un régime totalitaire) forment entre eux une ECC et aient recours à des auteurs directs ne participant pas à cette ECC (mais il est possible qu'ils participent à une ECC parallèle) en vue de l'exécution de leurs objectifs. En pareil cas, pour imputer les crimes des auteurs directs « externes » aux participants à l'ECC, il est nécessaire de prouver au moins l'existence d'un lien entre les auteurs directs et leurs actes, d'une part, et à tous le moins un participant à l'ECC, d'autre part, et que ce participant agissait conformément à un accord commun passé par tous les participants à l'ECC¹¹. De la sorte, la Chambre crée une forme de *coaction indirecte (ou coaction du fait d'autres personnes) par les participants à l'ECC* pour ce qui concerne les auteurs directs qui, toutefois, ne sont pas de simples instruments des

⁸ *Le Procureur c./ Brdanin*, jugement, affaire n° IT-99-36-A, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril, 2007, par. 430. Voir aussi *Le Procureur c./ Martić*, jugement, affaire n° IT-95-11-T, Chambre préliminaire du TPIY, 12 juin 2007, par. 435 à 440, récemment confirmé par la Chambre d'appel, jugement, affaire n° IT-95-11-A, Chambre d'appel du TPIY, 8 octobre 2008, par. 79 à 85.

⁹ Un accord supplémentaire (entre le supérieur hiérarchique et l'auteur direct), outre le but commun, n'est pas requis, voir : *Brdanin*, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 418 : « [TRADUCTION] Lorsque l'auteur principal partage le but criminel commun de l'ECC ou autrement dit, participe à l'ECC, et qu'il commet un crime dans la poursuite de l'ECC, il est superflu d'exiger un accord supplémentaire entre cette personne et l'accusé en vue de commettre ce crime particulier ». Décision concordante : *Le Procureur c./ Limaj et al.*, jugement, affaire n° IT-03-66-A, Chambre d'appel du TPIY, 27 septembre 2007, par. 104 ; *Le Procureur c./ Mrksić*, jugement, affaire n° IT-95-13/1-T, Chambre préliminaire du TPIY, 27 septembre 2007, par. 545 ; *Le Procureur c./ Boskoski*, jugement, affaire n° IT-04-82-T, Chambre préliminaire du TPIY, 10 juillet 2008, par. 395. Dans le même ordre d'idées : *Gustafson*, ci-dessus à la note 6, p. 147 et suiv., qui remet en question la peine prononcée par la Chambre. Se portant à la défense de la position de la Chambre : *Cassese*, ci-dessus à la note 6, p. 125-126 ; *van Sliedregt*, ci-dessus à la note 1, p. 201. En tout état de cause, il semble y avoir consensus sur la nécessité d'un but ou projet commun comme fondement de l'attribution, un autre accord en vue de commettre les crimes précis n'étant par ailleurs pas nécessaire (voir aussi : *van Sliedregt*, ci-dessus à la note 1, p. 200). Voir aussi : *Krajisnik*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 6, par. 884, 1120 exigeant une « action conjointe » dans le sens d'une interaction ou d'une coordination ; du même avis : *A. Zahar and G. Sluiter, International Criminal Law (2008), 255 et 256.*

¹⁰ *Brdanin*, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 430 ; *Mrksić*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 545 ; *Boskoski*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 395. Remettant en question cette exigence : *Gustafson*, ci-dessus à la note 6, p. 141 ; l'approuvant : *Cassese*, ci-dessus à la note 6, p. 128, 133 ; *K. Hamdorf*, « The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime », (2007) 5 JICJ 208, p. 225.

¹¹ *Brdanin*, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 410 et suiv., 430 ; *Mrksić*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 547 ; *Boskoski*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 397. Dans le même ordre d'idées : *Gustafson*, ci-dessus à la note 6, p. 147 et suiv., 154 et suiv.

supérieurs hiérarchiques¹². Si ces exigences sont les mêmes pour les première, deuxième et troisième catégories d'ECC, les exigences propres à l'*élément moral* varient selon la catégorie d'ECC¹³ : la première catégorie d'ECC nécessite l'intention partagée des auteurs (coauteurs) ; il est nécessaire, pour la deuxième catégorie d'ECC, d'établir la connaissance personnelle du système de mauvais traitements ; la troisième catégorie d'ECC nécessite la démonstration d'une intention : (i) de participer au but criminel et de poursuivre la réalisation de celui-ci, d'une part, et (ii) de contribuer à la commission d'un crime par un groupe, d'autre part. Il y a responsabilité pour un crime qui déborde le cadre du but commun si la commission de ce crime était prévisible et que l'accusé en a (volontairement) pris le risque.

Les décisions ultérieures du TPIY et du TPIR ont essentiellement suivi la décision rendue dans l'affaire *Tadić*¹⁴. Quant aux nouveaux tribunaux mixtes, seules les **Chambres spéciales pour les crimes graves – Timor-Leste**¹⁵ ont à ce jour appliqué la doctrine de l'ECC¹⁶. La Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale (« CPI »), dans l'affaire Lubanga et l'affaire Katanga et

¹²Pour cette raison, il est déroutant que le procureur parle des auteurs directs comme « d'outils » utilisés par les participants à l'ECC (voir Brdanin, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 412).

¹³ Voir *Tadić* jugement, ci-dessus à la note 5, par. 196, 202, 220 et 228 ; dans le même sens : *Le Procureur c./ Krnojelac*, jugement, affaire n° IT-97-25-A, Chambre d'appel du TPIY, 17 septembre 2003, par. 32 ; *Le Procureur c./ Vasiljević*, jugement, affaire n° IT-98-32-A, Chambre d'appel du TPIY, 25 février, 2004, par. 101 ; *Le Procureur c. Ntakirutimana et Ntakirutimana*, jugement, affaire n° ICTR-96-10 ; ICTR-96-17, Chambre d'appel du TPIR, 13 décembre 2004, par. 467 mentionnant d'autres références ; *Le Procureur c./ Stakić*, jugement, affaire n° IT-97-24-A, Chambre d'appel du TPIY, 22 mars 2006, par. 65, 101 ; Mrksić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 545 ; Martić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 8, par. 439 ; Martić jugement, ci-dessus à la note 8, par. 83 ; Boskoski, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 396.

¹⁴ Voir e.g. *Le Procureur c./ Furundžija*, jugement, affaire n° IT-95-17/1, Chambre d'appel du TPIY, 21 juillet 2000, par. 117 et suiv. ; Krnojelac jugement, ci-dessus à la note 13, par. 29 et suiv. ; Vasiljević jugement, ci-dessus à la note 13, par. 95 et suiv. ; Stakić jugement, ci-dessus à la note 13, par. 64, 65 ; Mrksić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 545 et suiv. ; *Le Procureur c./ Haradinaj, Balaj, Brahimaj*, jugement, affaire n° IT-04-84-T, Chambre préliminaire du TPIY, 3 avril 2008, par. 135 et suiv. Pour ce qui concerne le TPIR, voir : Ntakirutimana jugement, ci-dessus à la note 13, par. 462 et suiv. ; *Le Procureur c./ Simba*, jugement and Sentence, affaire n° ICTR-01-76, Chambre préliminaire du TPIR, 13 décembre 2005, par. 386 – 88 ; confirmé par la Chambre d'appel, jugement, affaire n° ICTR-01-76-A, Chambre d'appel du TPIR, 27 novembre 2007, par. 250 et suiv.

¹⁵ Voir *Le Procureur c. Pereira*, jugement, affaire n° 34/2003, Chambres spéciales pour les crimes graves, 27 avril 2005, p. 19-20, (www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2003.htm [visité le 16 octobre 2008]). Voir aussi une opinion concordante : *ibid.*, opinion individuelle du juge Phillip Rapoza, p. 4 à 5, par. 17 et 18, 25. Voir aussi : *Le Procureur c. Domingos de Deus*, jugement, affaire n° 2a/2004, Chambres spéciales pour les crimes graves, 12 avril 2005, p. 13 (www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2004.htm [visité le 15 octobre 2008]) ; *Le Procureur c./ Cardoso*, jugement, affaire n° 04/2001, Chambres spéciales pour les crimes graves, 5 avril 2003, par. 367 et suiv. (www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2001.htm [visité le 16 octobre 2008]).

¹⁶ S'agissant des condamnations prononcées par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone où a été invoquée la troisième catégorie d'ECC, voir : Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 155 et 156.

Ngudjolo¹⁷ s'est distancée de la doctrine de l'ECC, du moins pour ce qui déborde le cadre de la simple coaction au sens de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI, soit la forme systémique d'ECC (la deuxième catégorie d'ECC) et sa forme élargie (la troisième catégorie d'ECC). L'avenir dira si ces premières décisions sonnent le glas de la doctrine de l'ECC à la CPI¹⁸.

I.2. Objectif et structure conceptuelle (« dogme »)

La doctrine de l'ECC est utilisée pour imputer certains actes ou résultats criminels à des personnes en raison de leur participation collective (« commune ») à une *entreprise criminelle*. L'« entreprise criminelle » se caractérise par un accord ou un arrangement, explicite ou tacite, en vue de commettre certains actes criminels dans un but ou un dessein ultérieur criminel, par exemple, dans le cas d'une entreprise de génocide, la destruction ultime du groupe ciblé. Cette entreprise générale ou large se compose habituellement de plusieurs petites sous-entreprises (« auxiliaires »)¹⁹, par exemple, l'administration de camps de concentration ou de détention à l'intention des membres du groupe ciblé et la persécution locale ou régionale de ceux-ci²⁰. Les participants à l'entreprise sont liés par leur *volonté commune* de réaliser le but final par tous les moyens possibles, c'est-à-dire en commettant les crimes nécessaires à cette réalisation. Le fondement de l'ECC, sa caractéristique principale, est le but **criminel combiné, associé ou commun**²¹ des participants à l'entreprise. Le but commun constitue l'élément collectif de la doctrine de l'ECC, élément qui en lie les membres²² et fait de cette doctrine une **théorie de la responsabilité collective** fondée sur un modèle d'imputation ou d'attribution institutionnel participatif²³ ou

¹⁷ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, Chambre préliminaire I de la CPI, Situation en République démocratique du Congo, 29 janvier 2007, par. 326 à 329 ; *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717, Chambre préliminaire I de la CPI, Situation en République démocratique du Congo, 30 septembre 2008, par. 480 et suiv. La Chambre associe la doctrine de l'ECC à l'approche subjective, d'après le droit régissant la coaction, soit la détermination de la coaction essentiellement par référence à l'intention ou à la volonté des parties. Elle rejette ensuite cette approche et, de ce fait même, la doctrine de l'ECC.

¹⁸ Voir aussi T. Weigend, « Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the *Lubanga* Decision on Confirmation of Charges », (2008) 6 JICJ 471, p. 478.

¹⁹ Voir *Le Procureur c./ Kvočka*, jugement, affaire n° IT-98-30/1-T, Chambre préliminaire du TPIY, 2 novembre 2001, par. 307.

²⁰ Remettant en question de telles interprétations larges : Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 135 et suiv. ; ayant aussi des doutes : Osiel, ci-dessus à la note 4, p. 1796 et suiv., 1802 et suiv. et id., « Modes of Participation in Mass Atrocity », (2005) 39 *Cornell International Law Journal* 793, p. 799 et 800.

²¹ Vogel, ci-dessus à la note 1, p. 421 ; voir aussi : van Sliedregt, ci-dessus à la note 1, p. 200, 203.

²² Voir van der Wilt, ci-dessus à la note 2, p. 99 et suiv., 107. Cependant, un accord supplémentaire entre le supérieur hiérarchique et les auteurs principaux n'est pas nécessaire, voir ci-dessus à la note 9.

²³ Voir H. Jung, « Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer », dans A. Eser, B. Huber, K. Cornils (Eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht* (1998), 175, p.

systemique²⁴. À ce titre, la doctrine se rapproche du droit relatif au complot²⁵ et de la responsabilité au titre de la participation ou organisationnelle tels qu'ils ont été appliqués à Nuremberg²⁶.

Cette explication générale doit être nuancée davantage au regard des trois formes d'ECC dégagées par la jurisprudence, ce qui suppose une analyse de l'ECC dans le contexte des règles de droit entourant la participation.

I.3. La première catégorie d'ECC et les formes classiques de participation

Si la doctrine classique (nationale) ne peut simplement être transposée sans ambages au droit pénal international, dans la mesure où elle s'attarde au rôle et à la participation des auteurs sur une base individuelle plutôt que collective ou systémique, elle contribue toutefois à expliquer et à systématiser les formes d'imputation et de participation en droit pénal international. Elle permet aussi d'élaborer des formes de participation collective, comme en font foi les responsabilités au titre du complot et de la participation. De fait, la doctrine de l'ECC remonte à la *théorie anglaise du but commun*²⁷, soit une sorte de coaction subjective. Aux fins d'une notion nuancée de participation, la frontière entre la coaction et la simple complicité (le fait d'aider et encourager) est critique et relève du degré de participation (objective) au plan criminel (subjectif). Autrement dit, dès lors que le degré de participation diminue, la coaction se rapproche de la simple complicité et la frontière entre les deux notions s'estompe.

183 et suiv. ; en accord avec une « forme de participation criminelle » : van Sliedregt, ci-dessus à la note 1, p. 201 et 202.

²⁴ Voir Vogel, ci-dessus à la note 1, p. 420 et suiv. ; concernant l'imputation systémique (« approche générale ») voir aussi : Piacente, ci-dessus à la note 4, p. 446 et suiv.

²⁵ Voir G.P. Fletcher and J.D. Ohlin, « Reclaiming Fundamental Principle of Criminal Law in the Darfur Case », (2005) 3 JICJ 539, p. 548 ; E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003), 355 ; S. Powles, « Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by the Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity? », (2004) 2 JICJ 606, p. 613 ; Piacente, ci-dessus à la note 4, p. 451 ; Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 118-119 ; Osiel, ci-dessus à la note 4, p. 1785, 1791-92 ; van der Wilt, ci-dessus à la note 2, p. 96. Pour un point de vue différent, voir : van Sliedregt, ci-dessus à la note 1, p. 201.

²⁶ Pour une analyse détaillée, voir : van Sliedregt, ci-dessus à la note 25, p. 17 et suiv., 20 et suiv., 352 et suiv. (concernant l'ECC en tant que « mode de responsabilité au titre de la participation » et faisant une distinction entre participation « institutionnalisée » et participation « accessoire ») ; Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 113 et 114 ; S. Römer, *Mitglieder verbrecherischer Organisationen nach 1945* (2005), p. 28 et suiv. ; Osiel, ci-dessus à la note 4, p. 1799 et 1800. Cependant, Piacente, ci-dessus à la note 4, p. 452, préconise la « reconnaissance judiciaire du but illégal commun » mise de l'avant à Nuremberg.

²⁷ Elle remonte au 14^{ème} siècle, alors que la responsabilité était fondée sur un « consentement commun » (voir A.T.H. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* [1991], p. 209, note 1). Plus tard, au 17^{ème} siècle, la notion de droit privé « d'action de concert » ou de « complot » a été utilisée pour punir des accords précis visant la commission d'actes illégaux (voir Ordinance of Conspirators, 1305, 33 Edw. 1 ; de façon générale, la Note [1959] 920, 922-923). Voir aussi plus récemment : V. Haan, *Joint Criminal Enterprise. Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*, (2008), 198.

L'arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire Tadić n'a pas précisé si la doctrine de l'ECC appartient au droit classique relatif à la participation ou constitue une nouvelle forme autonome d'imputation des crimes, mais certains jugements ont du moins reconnu le problème que représente l'établissement de la **forme correcte de participation** et opté pour une solution subjective. Dans l'affaire *Kvočka et consorts*, la Chambre de première instance, remettant en question l'arrêt *Tadić*, a déterminé que la notion de complicité, en sa forme classique, peut aussi être appliquée dans le cadre d'une ECC, et que la différence entre la coaction et la complicité est subjective : si un « participant a partagé l'intention de participer à l'entreprise criminelle », il devient coauteur, et s'il en a « simplement » connaissance, il se rend coupable de complicité eu égard à l'ECC²⁸. Quelques paragraphes plus loin, cependant, la Chambre reconnaît que la distinction comporte aussi un élément objectif : le complice peut devenir un coauteur s'il participe « pendant une longue période ou s'il s'implique plus directement »²⁹ ; le type de participation dépend de « la position qu'il occupe dans la hiérarchie et son degré de participation (...) »³⁰. Un coauteur participe plus activement, « en commettant lui-même des violations des droits de l'homme ou en exerçant une influence générale » ; un complice joue un rôle plus limité, se bornant à exécuter discrètement ses fonctions³¹. En tout état de cause, « [t]ant les complices que les coauteurs de l'entreprise criminelle sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour des crimes prévisibles » dans le cadre de l'ECC³². La Chambre d'appel ne voit aucune différence objective entre le fait d'aider et encourager un seul crime ou une ECC. Dans les deux cas, une « contribution substantielle » est nécessaire³³. La différence est d'ordre subjectif : si l'accusé sait qu'il aide et encourage la commission d'un seul crime, il est responsable pour ce crime, même si les auteurs principaux appartiennent à une ECC ; si l'accusé sait qu'il aide la commission d'un crime par un groupe faisant partie d'une ECC et qu'il partage l'intention des membres du groupe, il est responsable de participer à la réalisation de l'ECC en tant que coauteur³⁴. Dans l'affaire *Ojdanić*, la Chambre d'appel a jugé que l'ECC est une forme de commission « [TRADUCTION] dans la

²⁸ *Kvočka*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 273.

²⁹ *Ibid.*, par. 284.

³⁰ *Ibid.*, par. 306.

³¹ *Ibid.*, par. 328.

³² *Ibid.*, par. 327.

³³ *Le Procureur c./ Kvočka*, jugement, affaire n° IT-98-30/1-A, Chambre d'appel du TPIY, 28 février 2005, par. 90.

³⁴ *Ibid.* ; décision concordante, *Le Procureur c./ Limaj et al.*, jugement, affaire n° IT-03-66-T, Chambre préliminaire du TPIY, 30 novembre 2005, par. 510 ; *Limaj et al.* jugement, ci-dessus à la note 9, par. 99 et suiv. ; voir aussi, en accord avec une différenciation sur le fond : Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 116.

mesure où un participant fait sien l'objectif de l'ECC (...) au-delà de la simple connaissance » et ainsi « ne peut être simple complice [...] »³⁵. Il s'ensuit qu'un participant qui n'a que la connaissance ne peut être tenu responsable qu'à titre de complice.

Ainsi, la question de l'établissement de la forme correcte de participation est liée à celle de savoir s'il est même possible **d'aider et encourager une ECC**. La Chambre de première instance, dans l'affaire *Kvočka*, est de cet avis mais la Chambre d'appel n'applique la théorie de la complicité qu'au crime unique faisant l'objet de celle-ci. Même si cette position restrictive peut trouver un fondement dans le libellé du paragraphe 7(1) du Statut du TPIY, dans la mesure où celui-ci opère une distinction entre ECC, comprise dans le terme « commis », et les mots « de toute autre manière aidé et encouragé », elle n'est pas nécessaire d'un point de vue doctrinal. Au contraire, comme il découle de l'application concrète par la Chambre de première instance dans l'affaire *Kvočka* et du droit anglais relatif au but commun, différentes formes de participation à une ECC sont tout à fait possibles. La personne qui aide et encourage la commission d'un crime unique dans le cadre d'une ECC reste complice de la réalisation d'une ECC en tant que telle, à la différence près que ce crime unique est entièrement sans lien avec l'ECC. S'agissant de la différence entre la coaction et la complicité, les critères les plus convaincants sont offerts par la doctrine du contrôle fonctionnel de l'acte (*funktionelle Tatherrschaftslehre*), largement reconnue dans les régimes de droit civil et récemment aussi par la Chambre préliminaire de la CPI³⁶. Selon cette théorie, la coaction suppose la coopération fonctionnelle de diverses personnes (élément matériel) sur la base d'un plan ou d'un accord commun (élément moral)³⁷. De l'application éventuelle de cette notion de contrôle fonctionnel s'ensuivrait qu'**il n'est satisfait aux exigences relatives à la coaction que pour la première catégorie d'ECC**, et seulement si elle est perçue comme **structure objective-subjective**, exigeant, outre le simple but commun ou la simple volonté commune (*élément subjectif*), l'exécution proprement dite de l'acte ou des actes par le ou les membres de

³⁵ *Le Procureur c./ Ojdanić, Decision on Dragoljub Ojdanić Motion Challenging Jurisdiction- JCE*, affaire n° IT-99-37-AR72, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003, par. 20 ; *Le Procureur c./ Stakić*, jugement, affaire n° IT-97-24-T, Chambre préliminaire du TPIY, 31 juillet 2003, par. 432.

³⁶ Confirmation des charges dans l'affaire Lubanga, ci-dessus à la note 17, par. 322 et suiv. où la coaction, sur la base de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI, a pour caractéristiques un « 'contrôle conjoint' sur ce crime du fait de la 'contribution essentielle' qui lui a été assignée » (par. 322), des « contributions individuelles coordonnées de plusieurs personnes » (par. 326) et, s'appuyant sur la théorie allemande de la « notion d'exercice d'un contrôle sur le crime » (par. 338), une « division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée » (par. 342). Décision confirmée par la Confirmation des charges dans l'affaire Katanga et Ngudjolo, ci-dessus à la note 17, par. 480 et suiv. (concernant la perpétration indirecte ou la perpétration par l'intermédiaire d'une autre personne).

³⁷ Voir pour une analyse détaillée : C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2003), vol. II, p. 77 et suiv.

l'entreprise (*élément objectif*). La Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* semble avoir reconnu cette identité, en quelque sorte, entre la coaction et la première catégorie d'ECC lorsqu'elle appelle celle-ci « participation à la perpétration³⁸ » et la compare à la coaction invoquée dans les affaires allemandes et italiennes issues de la Deuxième guerre mondiale³⁹. La jurisprudence émanant du TPIY et du TPIR semble aussi adopter l'approche objective-subjective si elle exige pour établir l'existence de la première catégorie d'ECC que le participant « commette des actes [élément matériel] qui visent d'une manière ou d'une autre à contribuer [élément moral] au projet ou objectif commun⁴⁰ ». Ainsi, il serait justifié de conclure que la première catégorie d'ECC consiste en une forme de participation calquée sur la coaction du droit civil⁴¹ et le but ou dessein commun de la *commun law*⁴², c'est-à-dire qu'elle constitue une notion *sui generis* du droit pénal international fondée aussi bien en *common law* qu'en droit civil⁴³.

La question difficile est celle de déterminer quels actes (**objectifs**) sont nécessaires pour établir l'existence de la première catégorie d'ECC. La Chambre de première instance, dans l'affaire *Kvočka*, affirme que le « [l]e degré précis de participation à une entreprise criminelle commune n'a pas été fixé⁴⁴ ». Le célèbre énoncé de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadić*, repris par la plupart des décisions subséquentes, selon lequel la « participation » au dessein commun (soit l'ECC) « peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du

³⁸ *Tadić*, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 198. Cette terminologie est établie ; voir récemment : *Le Procureur c./ Babić*, jugement portant condamnation, affaire n° IT-03-72, Chambre d'appel du TPIY, 18 juillet 2005, par. 38.

³⁹ *Tadić*, jugement, ci-dessus à la note 5, 201 ; voir aussi : *ibid.*, par. 220, où la première catégorie d'ECC est assimilée à la coaction.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 229 ; *Krnojelac*, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 33 ; *Vasiljević*, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 102 ; *Kvočka*, jugement, ci-dessus à la note 33, par. 89 ; *Babić*, jugement, ci-dessus à la note 38, par. 38.

⁴¹ Voir *van Sliedregt*, ci-dessus à la note 1, p. 198 et 199. Voir aussi *Stakić*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 35, par. 439. Dans ce contexte et au vu de la reconnaissance universelle de la coaction comme forme de participation (voir seulement l'option 2 de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI, il est plus que surprenant que la Chambre d'appel affirme d'une part que « cette forme de responsabilité ne trouve pas son fondement dans le droit international », mais d'autre part, que la responsabilité découlant de la participation à une ECC est « bien établie » (*Stakić* jugement, ci-dessus à la note 13, par. 62). Ces affirmations démontrent une telle ignorance des principes de base du droit pénal que même les partisans les plus fervents des tribunaux pénaux internationaux, dont l'auteur, se voient dans l'obligation de remettre en question leur appui (formulant aussi des doutes : H. Olásolo, « Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the *Stakić* judgement », [2007] 7 *International Criminal Law Review* [ICLR] 143, p. 153 et 154.) Dans tous les cas, la coaction est reconnue explicitement au paragraphe 23(a) du Statut de la CPI, comme l'a jugé correctement la Chambre préliminaire de la CPI dans la Confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, ci-dessus à la note 17, par. 317 et suiv.

⁴² Alors que le droit anglo-américain portant sur la notion de « complicité » exige une participation (causale) du complice, la doctrine de l'ECC renonce à cette exigence et palie ainsi, du point de vue de l'Accusation, ce « défaut » du droit anglo-américain « normal » ; voir : *van Sliedregt*, ci-dessus à la note 1, p. 196 et 197.

⁴³ *Van Sliedregt*, ci-dessus à la note 1, p. 202.

⁴⁴ *Kvočka*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 289.

projet ou objectif commun⁴⁵ » estompe les différences entre la première catégorie d'ECC, au sens de coaction, et les autres formes d'ECC, plus particulièrement la troisième catégorie d'ECC. Les efforts de la Chambre d'appel pour opérer une distinction entre la coaction et la complicité sont vains, car ils ne portent que sur la relation entre l'auteur principal et le complice, d'une part, et sur l'exigence subjective de l'existence d'un accord, d'autre part, ignorant la différence entre la contribution objective de la personne qui agit dans le cadre d'un dessein commun (soit le coauteur) et le simple complice⁴⁶. En réalité, si la distinction apportée par la Chambre d'appel est prise à la lettre, la participation du complice serait plus importante que celle du coauteur : le premier commet des actes substantiels qui visent « spécifiquement » à aider la perpétration du crime (principal), alors qu'il suffit que le second commette des actes (de quelque nature qu'ils soient) visant « d'une manière ou d'une autre » à contribuer au projet ou objectif commun⁴⁷. Cette approche est contraire à la distinction classique entre la coaction et la complicité, soit la distinction fondée sur l'importance relative de la contribution, qui doit être plus marquée dans le cas de la coaction. Pour donner un sens à l'argumentation de la Chambre, il faut en conclure que la contribution d'un complice participant à l'ECC est plus importante que celle de l'auteur (qui n'est pas un participant à l'ECC) du crime précis, le premier ayant contribué au « risque » ou au « danger général » que comporte l'ECC proprement dite. En d'autres termes, l'importance de la contribution varie selon l'objet de référence en tant que crime individuel ou collectif. Il est intéressant de noter que la Chambre d'appel, dans l'affaire *Vasiljević*, même si elle applique la distinction faite dans l'arrêt *Tadić*, est d'avis dans le même paragraphe que le participant à une ECC est responsable en tant que coauteur et qu'à ce titre, il porte une responsabilité pénale plus lourde que ne l'est celle qui incombe au complice, lequel est, dans tous les cas, toujours complice des coauteurs dans le cadre d'une ECC⁴⁸. Cette position, si elle a le mérite de bien décrire la distinction entre coaction et complicité, est imprécise en ce qui concerne la forme d'ECC – seule la première catégorie d'ECC constitue, règle générale, une coaction – et est contraire à la position prise dans l'arrêt *Tadić*, où, comme nous l'avons vu, la contribution du complice se voit accorder une importance

⁴⁵ *Tadić*, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 227 ; décision concordante : Krnojelac, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 31 ; *Vasiljević*, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 100 ; *Babić*, jugement, ci-dessus à la note 38, par. 38 ; *Ntakirutimana*, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 467 ; *Martić*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 8, par. 440 ; *Martić* jugement, ci-dessus à la note 8, par. 79.

⁴⁶ Voir *Tadić*, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 229.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 229 ; décision concordante : Krnojelac jugement, ci-dessus à la note 13, par. 33 ; *Vasiljević* jugement, ci-dessus à la note 13, par. 102 ; *Kvočka*, jugement, ci-dessus à la note 33, par. 89.

⁴⁸ *Vasiljević*, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 102.

plus grande. Il est pourtant impossible de prendre ces deux positions à la fois. Ou il faut assimiler la première catégorie d'ECC (ce qui est mon avis) à la coaction et ainsi appliquer les règles y afférentes, particulièrement s'agissant de la délimitation avec la complicité, ou la forme de participation n'est pas déterminée au stade de l'attribution et les différences ne sont prises en compte, au mieux, qu'au moment de la détermination de la peine⁴⁹.

I.4. Les deuxième et troisième catégories d'ECC en tant que modes d'attribution autonomes (systémiques)

À la lumière des considérations qui précèdent, il est maintenant possible de classer les deuxième et troisième catégories d'ECC. S'agissant de la **troisième catégorie**, il semble évident, comme elle permet d'attribuer en tant que « conséquence prévisible » un acte n'ayant pas fait l'objet d'un accord préalable et que tous les participants n'avaient donc pas l'intention de commettre, qu'elle peut difficilement constituer une forme de coaction ou même de perpétration quelconque s'il est nécessaire, comme expliqué ci-dessus, que l'auteur réunisse lui-même tous les éléments objectifs et subjectifs du crime. En effet, en ce qui concerne la troisième catégorie d'ECC, un ou plusieurs de ces éléments font défaut et ne sont imputés au participant à l'entreprise qu'au titre de la *responsabilité du fait d'autrui*, c'est-à-dire en faisant référence à l'acte d'une autre personne, l'auteur réel, transposant cet acte à « l'acteur passif » ou au « défaut d'agir » du participant visé. Cependant, ce défaut d'agir ne peut qu'être une forme **d'aide et encouragement** du crime en question. Cette conclusion est confirmée par la doctrine anglaise consacrée pour laquelle il est de longue date établi que les participants à une entreprise criminelle commune ne sont les auteurs *qu'au second degré* (à titre de complices) de chaque crime commis par l'un quelconque des participants en vue de la réalisation de l'objectif⁵⁰.

S'agissant de la **deuxième catégorie d'ECC**, la situation est plus compliquée et dépend de ce qui est entendu de cette catégorie. Si elle est caractérisée comme « variante » ou sous-catégorie de la première catégorie d'ECC⁵¹ comportant les mêmes exigences, elle peut certainement être traitée de même. Si, toutefois, conformément à l'arrêt *Kvočka*, une « contribution substantielle »

⁴⁹ *Le Procureur c. Kajelijeli*, jugement, affaire n° ICTR-98-44A-T, Chambre préliminaire du TPIR, 1^{er} décembre 2003, par. 963 ; *Vasiljević* jugement, ci-dessus à la note 13, par. 182 ; *Babić*, jugement, ci-dessus à la note 38, par. 40. Se faisant critiques : Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 141 et 142.

⁵⁰ Voir : D. Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law* (12^{ème} éd. 2008), p. 182, citant JF. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9^{ème} éd. 1950), art. 37 et 38. Voir aussi : Ormerod, op. cit., p. 206 et 208 (l'ECC en tant que participation secondaire, les participants à une ECC en tant que complices).

⁵¹ *Tadić*, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 203, 228.

à l'entreprise n'est pas nécessaire, mais que la participation et le caractère prévisible à eux seuls emportent la responsabilité pénale, une interprétation aussi large de la deuxième catégorie d'ECC la rapproche davantage de la troisième⁵² que de la première catégorie et elle ne peut à ce titre constituer une coaction. Si tel est cas, la deuxième catégorie d'ECC (prise dans son sens large) doit être considérée, tout comme la troisième catégorie d'ECC, comme une forme d'aide et encouragement d'une entreprise criminelle, ce qui soulève la question supplémentaire de savoir si les deux dernières catégories d'ECC sont du tout visées par le paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et le paragraphe 6(1) du Statut du TPIR ainsi que par le paragraphe 25(3) du Statut de la CPI. En ce qui concerne le paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et le paragraphe 6(1) du Statut du TPIR, les deuxième et troisième catégories d'ECC ne peuvent être comprises que dans les mots « de toute autre manière aidé et encouragé », à condition d'interpréter l'expression « de toute autre manière »⁵³ comme comprenant la complicité dans le cadre d'une commission collective. Cependant, le fait d'aider et encourager, au sens des Statuts du TPIY et du TPIR et de l'alinéa 25(3)c) du Statut de la CPI, diffère, sur le plan psychologique, des deuxième et troisième catégories d'ECC : il nécessite la connaissance⁵⁴ ou l'intention (au sens de l'article 30 du Statut de la CPI), d'une part, et la perpétration d'un acte « en vue de faciliter la commission d'un tel crime », d'autre part. Ainsi, la seule forme de participation comparable aux deuxième et troisième catégories d'ECC est la responsabilité collective statuée à l'alinéa 25(3)d) du Statut de la CPI. D'ailleurs, la Chambre d'appel, dans l'affaire *Tadić*, a considéré que cette forme de responsabilité contient une « notion essentiellement similaire » et « consacre » la doctrine de l'ECC⁵⁵, mais cette position souffre d'un manque de différenciation entre les catégories d'ECC créées dans cette même décision.

Si la première catégorie d'ECC constitue, comme nous l'avons montré ci-dessus, une forme de coaction au sens de la deuxième option de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI, les deuxième et

52 Powles, ci-dessus à la note 25, p. 610 considère par conséquent que dans plusieurs des affaires dites « des camps », la responsabilité est fondée sur la troisième catégorie d'ECC plutôt que sur la deuxième.

53 Contrairement à ce qu'affirme la décision *Ojdanić*, ci-dessus à la note 35, par. 19, l'expression « de toute autre manière » ne suggère pas que les modes de responsabilité énoncés au paragraphe 7(1) ne sont pas exhaustifs ; l'analyse de Powles, ci-dessus à la note 25, p. 611, est correcte.

54 Voir aussi : Powles, ci-dessus à la note 25, p. 612 et 613, pour qui le fait d'aider et encourager et la troisième catégorie d'ECC sont incompatibles.

55 *Tadić* jugement, ci-dessus à la note 5, par. 222. Pour un examen d'une similarité générale : K. Khan et R. Dixon, *Archbold: International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence* (2^{ème} éd. 2005), par. 10 à 25 ; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (2002), p. 236 et suiv. ; W. Schabas, *An Introduction to the ICC* (3^{ème} éd. 2007), p. 212 ; J.D. Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », (2007) 5 JICJ 69, p. 85 ; Gustafson, ci-dessus à la note 6, p. 158 (sans autre explication) ; Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 132.

troisième catégories ne sont pas comprises dans l'alinéa 25(3)d) pour au moins deux raisons⁵⁶. En premier lieu, le sous-alinéa (ii) de l'alinéa 25(3)d) nécessite la « connaissance » de l'intention criminelle du groupe, soit plus que le simple caractère prévisible requis pour les deuxième et troisième catégories d'ECC⁵⁷. En second lieu, s'il est possible de prétendre que le sous-alinéa 25(3)d)(i) vise les deuxième et troisième catégories d'ECC du fait que l'exigence relative à la volonté énoncée dans cette disposition (« viser à faciliter l'activité criminelle [...] ») n'est pas incompatible avec le caractère prévisible⁵⁸, la participation au crime collectif doit, dans tous les cas, être « intentionnelle » (alinéa 25(3)d), préambule), c'est-à-dire qu'elle nécessite plus que le simple caractère prévisible⁵⁹. De plus, au vu de la similitude de la responsabilité fondée sur l'ECC et de la responsabilité au titre de la complicité⁶⁰, l'inclusion de la première à l'alinéa 25(3)d) entrerait en conflit, comme nous l'avons dit ci-dessus, avec la volonté des rédacteurs du Statut de la CPI, qui ont expressément exclu le complot et rédigé cet alinéa en tant que compromis. Dans ce contexte, il est exact de dire que cet alinéa constitue un « substitut statutaire de l'ECC »⁶¹. Aux fins de la jurisprudence future de la CPI, il est alors impossible d'appliquer les notions de deuxième (au sens large) et troisième catégories d'ECC *en se fondant sur l'article 25* – seule disposition susceptible de le permettre⁶². Le faire reviendrait à appliquer de façon détournée les règles juridiques relatives au complot, faisant fi de la volonté des rédacteurs du Traité de Rome et violant le *principe de la légalité*. Seule une codification explicite pourrait réconcilier les deuxième et troisième catégories d'ECC avec l'exigence, parmi d'autres, d'interpréter de façon

56 Émettant aussi des doutes : Powles, ci-dessus à la note 25, p. 617-618. Pour un point de vue différent : van Sliedregt, ci-dessus à la note 25, p. 107 et 108.

57 Voir van Sliedregt, ci-dessus à la note 25, p. 108. S'agissant de la deuxième catégorie d'ECC, toutefois, elle prétend qu'elle peut être visée par le sous-alinéa d)(ii) pour ce qui concerne les participants de niveau intermédiaire si ceux-ci avaient connaissance du système de mauvais traitements. Voir toutefois sa position à la note 62, ainsi que le texte principal.

58 En ce sens : Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 85.

59 L'argument contraire de Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 132, qui nécessite une interprétation large du terme « intentionnel » (soit que « [TRADUCTION] l'intention se rapporte au projet criminel commun et qu'à ce titre, elle peut aussi englober des actes commis par un des participants qui débordent le cadre de ce projet criminel ») entre en conflit avec le principe de légalité, plus particulièrement la prohibition de l'extension par analogie faite au paragraphe 22(2) du Statut de la CPI ; le même raisonnement s'applique à son interprétation du mot « connaissance » figurant au sous-alinéa 25(3)d) : si la *contribution* concrète du participant à l'acte collectif peut fort bien être intentionnelle, il n'est pas nécessaire que la personne agisse de façon intentionnelle eu égard aux *abus*, mais simplement que ceux-ci soient prévisibles pour elle.

60 Ci-dessus, note 25 et texte principal.

61 Fletcher and Ohlin, ci-dessus à la note 25, p. 546, 549.

62 Dans le même ordre d'idées : van Sliedregt, ci-dessus à la note 25, p. 354 ; pour une opinion différente : Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 78 et suiv., qui propose toutefois une interprétation stricte quant aux exigences relatives à l'intention, le caractère prévisible et la culpabilité. Pour une opinion différente, au final, voir aussi les auteurs cités ci-dessus à la note 61.

stricte et précise les dispositions du droit pénal que pose ce principe (paragraphe 22(2) du Statut de la CPI)⁶³. Pour toutes les raisons qui précèdent, il convient de conclure que **les deuxième et troisième catégories d'ECC constituent des modes d'attribution autonomes (systémiques)** ne trouvant aucun fondement explicite dans le droit pénal international *codifié*.

I.5. Éléments particuliers à prendre en considération : la troisième catégorie d'ECC et le principe de la culpabilité

Le principe de la culpabilité est consacré en droit pénal international. En règle générale, la jurisprudence a reconnu que le principe de la culpabilité (individuelle) nécessite la preuve que l'interpellé avait connaissance des circonstances entourant le crime. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a fait appel à ce principe dans le contexte de la question de la responsabilité pénale de certaines organisations nazi, affirmant que « [TRADUCTION] l'un des [principes juridiques] les plus importants [...] établit que la responsabilité pénale est individuelle et qu'il convient d'éviter les punitions collectives » et que « le Tribunal devrait prononcer la responsabilité criminelle (d'une organisation ou d'un groupe) en s'assurant autant que possible que ne soient pas punies des personnes innocentes »⁶⁴. Pour le Tribunal militaire international, la « culpabilité individuelle » emportait que l'accusé était personnellement responsable sur les plans matériel et moral et qu'aucun moyen de défense ne pouvait nier sa responsabilité. Il a plusieurs fois été réitéré au cours de procès subséquents que la responsabilité individuelle suppose la culpabilité personnelle⁶⁵. De même, la Chambre d'appel du TPIY a reconnu le principe de la culpabilité dans l'affaire Tadić lorsqu'elle a énoncé que « nul ne peut être tenu pénalement responsable pour des actes ou des transactions dans lesquels il n'a pas été personnellement impliqué ou auxquels il n'a pas participé de quelconque manière (*nulla poena sine culpa*)⁶⁶ ». Même si le principe n'est pas inclus explicitement dans le Statut de la CPI, il découle clairement du droit applicable, soit, comme en fait foi la jurisprudence précitée, en tant que principe et règle de droit international au sens de l'alinéa 21(1)b) du Statut, soit en tant que principe général de droit au sens de

63 Voir aussi : Stakić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 35, par. 433.

64 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* (The Blue Series), vol. I, p. 256 (de la version anglaise).

65 *U.S. v. Krauch & Others*, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (The Green Series, *ci-après* « TWC »), vol. VIII, p. 1081 à 1210, 1155 et 1156, 1157, 1158 et 59, 1160 ; *U.S. v. Krupp & Others*, TWC, vol. IX, p. 1327-484, 1331, 1448 ; *U.S. v. von Leeb & Others*, TWC, vol. XI, p. 462-697, 484. Voir aussi : *U.S. v. Flick & Others*, TWC, vol. VI, p. 1187 et 1223, 1208 (les « normes et pratiques raisonnables » aux fins de la détermination de culpabilité).

66 Comparer : Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 186, fournissant d'autres références. Voir aussi récemment : Martić, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 82.

l'alinéa 21(1)c) du Statut. Le principe est reconnu dans la Loi sur les CETC comme partie intégrante du principe du procès équitable inscrit à l'article 33 – nouveau et comme composant l'autre élément (de fond) de la présomption d'innocence (paragraphe premier de l'article 35 – nouveau).

Le conflit entre la troisième catégorie d'ECC et le principe de la culpabilité est évident. Si, selon les exigences propres à cette catégorie, *tous* les participants à l'entreprise criminelle engagent leur responsabilité pénale même pour les actes criminels commis par *certain*s d'entre eux, actes pour lesquels tous les participants ne s'étaient pas mis d'accord avant la commission effective de l'acte, mais qui sont néanmoins attribués à tous les participants parce qu'ils étaient prévisibles, l'accord ou projet antérieur des participants comme fondement de l'attribution réciproque et donc, principe général aux fins des règles de droit relatives à la coaction, est aboli⁶⁷. L'existence d'un lien de causalité entre l'accord ou projet initial et les débordements criminels ne compense pas le défaut de culpabilité⁶⁸. De plus, la norme relative au caractère prévisible n'est ni précise ni fiable⁶⁹. De façon ironique, cette norme, lorsqu'elle est appliquée de cette manière, rend imprévisible la possibilité pour l'accusé d'être puni. C'est pour cette raison (l'insécurité engendrée par la norme relative au caractère prévisible) qu'il est impossible de reprocher au participant à l'ECC de ne pas s'être retiré de l'entreprise criminelle : comment et pourquoi le ferait-il s'il ne peut même pas prévoir le résultat criminel avec certitude⁷⁰ ? En définitive, la doctrine introduit avec cette norme une forme de responsabilité stricte⁷¹. S'il peut s'agir là justement de l'attrait de la doctrine pour l'Accusation, soit la possibilité de surmonter avec élégance les difficultés de preuve habi-

67 Voir K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd ed. 2004), p. 557 et suiv. ; id., ci-dessus à la note 3, p. 174. Voir aussi : Martić Appeal judgement, ci-dessus à la note 8, Opinion individuelle du juge Schomburg sur la responsabilité pénale individuelle de Milan Martić, p. 134, par. 7 : « [TRADUCTION] [...] la définition actuelle changeante de la troisième catégorie d'ECC augure d'un système qui imputerait la culpabilité simplement par association ».

68 Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 119, en fait fi lorsqu'il prétend qu'il existe un « [TRADUCTION] lien de causalité entre le crime concerté et le crime 'accessoire' [...] ».

69 Voir Fletcher et Ohlin, ci-dessus à la note 25, p. 550. Voir aussi les exemples donnés par V. Haan, « The development of the concept of joint criminal enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », (2005) 5 ICLR 167, p. 191 et 192.

70 Olásolo, ci-dessus à la note 41, p. 157 et 158 a aussi certains doutes. Pour cette raison, l'argument de Cassese (ci-dessus à la note 6, p. 120) que la culpabilité du participant à l'ECC vient du fait qu'il n'a pas « [TRADUCTION] prévenu la commission du crime ultérieur ou ne s'est pas dissocié de sa commission vraisemblable » n'est pas convaincant. En effet, sa prémisse (la connaissance possible du crime) doit d'abord être démontrée (cette connaissance dans les faits), ce qui en fait un *petitio principii* typique.

71 Voir aussi : van Sliedregt, ci-dessus à la note 25, p. 106 et suiv., 357 et suiv. ; Schabas, ci-dessus à la note 53, p. 216 ; G. Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals* (2005), p. 292 et 293 ; Haan, ci-dessus à la note 69, p. 200 ; Fletcher and Ohlin, ci-dessus à la note 25, p. 550. Si tel est le cas, il est impossible de concevoir une responsabilité fondée sur la négligence, comme le fait Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 83.

tuellement rencontrées en droit pénal international au regard des situations criminelles, particulièrement en l'absence de preuve de participation directe⁷², c'est aussi son inconvénient principal pour la Défense.

Certains juges semblent aussi composer difficilement avec la *norme relative au caractère prévisible*. Ils réduisent la coaction dans le cadre d'une ECC à la complicité (une ECC ou un crime unique)⁷³ ou tentent d'augmenter ou de modifier le seuil subjectif en exigeant la connaissance ainsi que le caractère prévisible. De l'avis de la Chambre d'appel, « cette question doit être appréciée eu égard à la connaissance qu'avait l'accusé ». L'Accusation doit prouver « qu'il [l'Accusé] connaissait suffisamment le système en place pour que les crimes qui allaient au-delà du but commun soient, pour lui, une conséquence naturelle et prévisible de l'entreprise »⁷⁴. Si, avec la connaissance, l'exigence se fait plus lourde que le *dol éventuel* ou la norme d'insouciance dont fait mention l'affaire *Tadić*⁷⁵, le lien entre la connaissance et le caractère prévisible n'est pas clair du tout. Si l'on attribue aux deux normes un sens subjectif, c'est-à-dire par référence à la *mens rea* du participant concerné qui sera tenu responsable des actes débordant le cadre de l'entreprise, leur combinaison relève de l'impossibilité. L'accusé a connaissance du résultat ou encore il peut prévoir celui-ci ; mais il ne peut en toute logique être les deux cas. En réalité, la connaissance est une norme applicable aux crimes d'intention (article 30 du Statut de la CPI), alors que le caractère prévisible relève de la théorie de l'insouciance ou de la négligence. La seule façon de s'extirper de cette impasse est d'interpréter le caractère prévisible comme étant une exigence objective (au sens du célèbre critère de l'homme raisonnable), de sorte que (seule) la norme de la connaissance devienne l'exigence subjective ou psychologique pour établir la responsabilité⁷⁶. De toute évidence, la tâche de la Défense s'en trouve alourdie, puisqu'il est facile

72 Voir Vogel, ci-dessus à la note 1, p. 421 ; Haan, ci-dessus à la note 69, p. 172 et suiv. ; Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 134 ; van Sliedregt, ci-dessus à la note 1, p. 187.

73 Voir par exemple, *Le Procureur c./ Blagojević*, jugement, affaire n° IT-02-60-T, Chambre préliminaire du TPIY, 17 janvier 2005, par. 704 et suiv., 713 ; Kvočka, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 273 et suiv.

74 Kvočka, jugement, ci-dessus à la note 33, par. 86 ; décision concordante : Limaj et consorts, jugement de première instance, ci-dessus à la note 34, par. 512 ; Boskoski, jugement de première instance, ci-dessus à la note 9, par. 396.

75 Voir ci-dessus, après la note 13 le texte principal : l'accusé a (volontairement) pris ce risque.

76 Ce point de vue a été adopté dans *Krajisnik*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 6, par. 882. La même position est prise par Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 123, qui fait cependant valoir (entre autres) que les crimes internationaux sont normalement commis dans le cadre de conflits armés et qu'ils sont si graves que le seuil du caractère prévisible doit être abaissé. Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 81, combine les éléments objectifs et subjectifs s'il impose l'exigence du caractère prévisible au défendeur – son argumentation étant alors subjective – et, à la phrase suivante, affirme que « [TRADUCTION] s'il est objectivement prévisible que les autres membres de l'entreprise étendent leurs activités au-delà de l'accord, tous les membres [...] peuvent alors être accusés du crime ».

pour l'Accusation et/ou le juge de prétendre que « l'homme raisonnable » aurait prévu le résultat criminel et qu'il est difficile, voire impossible, pour la Défense de réfuter cette affirmation. Par conséquent, la troisième catégorie d'ECC suppose d'abord le caractère prévisible objectif des crimes qui allaient au-delà de l'objectif de l'entreprise (car ces crimes ont d'ordinaire lieu dans le cours normal des événements déclenchés dans le cadre d'une telle entreprise) et ensuite, la connaissance qu'a le participant concerné de ce caractère prévisible (objectif)⁷⁷. En termes plus simples, le participant doit savoir que les crimes en question sont d'ordinaire commis dans le cadre de l'exécution de l'entreprise donnée. Cependant, si cette interprétation est plausible au regard de la combinaison par ailleurs illogique de la connaissance et du caractère prévisible et peut en outre harmoniser la troisième catégorie d'ECC au principe de la culpabilité, elle n'est d'aucune assistance lorsque l'accusé plaide avec crédibilité l'ignorance du caractère prévisible, c'est-à-dire qu'il prétend qu'il n'avait pas connaissance – psychologiquement – du caractère prévisible – au sens normatif – des crimes excessifs. En pareil cas, il ferait l'objet d'une erreur et il faudrait se demander de quel type d'erreur il s'agit, une erreur de fait ou de droit, et quelles conséquences cette erreur emporterait. Évidemment, le recours à la théorie complexe de l'erreur de droit ne serait pas nécessaire s'il était tenu compte de la perception *ex ante* de l'accusé concerné, dans les faits, plutôt de soumettre celui-ci au critère de l'homme raisonnable.

La tendance opposée est l'extension de la norme relative au caractère prévisible à des *crimes d'intention précis*, tendance très pertinente lorsqu'il est question de génocide. La Chambre d'appel dans l'affaire *Brdanin*⁷⁸ a réduit l'intention génocidaire spécifique dans le cadre d'une ECC de troisième catégorie à une simple exigence relative au caractère prévisible, dérogeant ainsi à l'exigence d'une intention spécifique et surmontant les problèmes bien connus de preuve. La Chambre préliminaire s'est contentée de suivre cette approche dans l'affaire *Milošević*⁷⁹. Cette

77 Même si la jurisprudence n'est pas claire, il est possible de discerner cette interprétation objective-subjective dans certains énoncés exigeant un élément de connaissance au regard de crimes possibles (non intentionnels), voir par exemple : *Le Procureur c./ Brdanin & Talić, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend*, affaire n° IT-99-36, Chambre préliminaire du TPIY, 26 juin 2001, par. 31 ; *Le Procureur c./ Blaškić, jugement*, affaire n° IT-95-14, Chambre d'appel du TPIY, 29 juillet 2004, par. 33. Voir aussi : Powles, ci-dessus à la note 25, p. 609. Plus récemment : Haradinaj, jugement de première instance, ci-dessus à la note 14, par. 139 : « [TRADUCTION] L'élément objectif ne dépend pas de l'état d'esprit de l'accusé. Il s'agit de l'exigence que le crime soit une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution de l'ECC. Il est distinct de l'état d'esprit subjectif, soit que l'accusé savait que le crime consécutif était une conséquence possible de l'exécution de l'ECC et que le sachant, il a participé à celle-ci ».

78 *Le Procureur c./ Brdanin, Decision on interlocutory Appeals*, affaire n° IT-99-36-A, Chambre d'appel du TPIY, 19 mars 2004, par. 6.

79 *Le Procureur c./ Milošević, Decision on Motion for judgement of Acquittal*, affaire n° IT-02-54, Chambre préliminaire du TPIY, 16 juin 2004, par. 291 et suiv.

approche n'est pourtant aucunement établie par la jurisprudence. Contrairement à la Chambre d'appel, les Chambres de première instance ont jugé, en application de la règle 98 dans les affaires *Stakić* et *Brdanin*, que l'intention spécifique (génocidaire) devait être présente⁸⁰. De plus, dans l'arrêt *Krstić* subséquent, la responsabilité de l'accusé au titre d'une ECC pour les assassins à l'échelle de génocide commis à Srebrenica a été rejetée pour cause d'absence d'intention génocidaire⁸¹ et la troisième catégorie d'ECC n'a pas été invoquée pour résoudre le problème de *mens rea*.

I.6. Résultat intermédiaire

Le résultat des considérations qui précèdent peut se résumer de la façon suivante.

1. La **première catégorie d'ECC** ressemble à la **coaction** classique en ce que les participants agissent conformément à un projet commun (« dessein commun » ou « entreprise commune »). Si la première catégorie d'ECC est interprétée comme contenant des éléments objectifs et subjectifs, au sens entendu aux fins de la notion de contrôle fonctionnel, elle peut être une forme de coaction au sens de la deuxième option de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI et à ce titre, comme une **forme de commission** en application du paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et du paragraphe 6(1) du Statut du TPIR.
2. La **deuxième catégorie d'ECC** peut, si elle est interprétée de façon restrictive, être une sous-catégorie de la première. Dans son sens plus large d'extension de la responsabilité, la deuxième catégorie d'ECC se rapproche davantage de la troisième et les commentaires qui suivent s'y appliquent⁸².
3. La **troisième catégorie d'ECC** ne peut être une forme de coaction ; elle ne peut constituer qu'une forme d'**aide et encouragement** de l'entreprise criminelle. La deuxième catégorie d'ECC constitue une **notion autonome** d'imputation qui n'est pas une **commission** au sens du paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et du paragraphe 6(1) du Statut du TPIR. Dans les faits, la troisième catégorie d'ECC démontre très clairement la parenté de la doctrine de l'ECC avec la responsabi-

80 *Stakić*, jugement de première instance, ci-dessus à la note 35, par. 530 ; *Le Procureur c./ Brdanin, Decision on Motion for Acquittal pursuant to Rule 98bis*, affaire n° IT-99-36, Chambre préliminaire du TPIY, 28 novembre 2003, par. 30. En ce sens, voir aussi : Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 121, 133. Voir aussi, quoique n'étant pas claire, l'opinion individuelle du juge Shahabuddeen dans le jugement *Brdanin*, ci-dessus à la note 78, exigeant d'une part « toujours » (par. 4) l'intention spécifique, mais affirmant d'autre part que la troisième catégorie d'ECC le démontre (par. 5). S'agissant de l'intention spécifique, voir aussi la doctrine, par exemple Mettraux, ci-dessus à la note 71, p. 215, 264 et 265, 289 ; Haan, ci-dessus à la note 69, p. 198 à 200 ; Danner et Martinez, ci-dessus à la note 4, p. 151 ; van Sliedregt, ci-dessus à la note 1, p. 191 et suiv.

81 *Le Procureur c./ Krstić*, jugement, affaire n° IT-98-33-A, Chambre d'appel du TPIY, 19 avril 2004, par. 134 et suiv. ; par conséquent, la Chambre a déclaré Krstić coupable pour avoir « seulement » aidé et encouragé le génocide.

82 Concernant la controverse entourant la classification correcte, voir aussi : V. Haan, ci-dessus à la note 27, p. 200, 274 et suiv.

lité classique au titre du complot dans la mesure où la première permet de tenir un participant à une entreprise criminelle responsable même des crimes commis par d'autres participants, crimes qui n'avaient pas fait l'objet d'un accord explicite au préalable, à la condition qu'ils aient été prévisibles. Ainsi, la responsabilité est essentiellement fondée sur la participation au groupe engagé dans l'exécution de l'ECC et, à ce titre, entre en conflit avec le principe de la **culpabilité**.

PARTIE II. APPLICATION DEVANT LES CETC

II.1. Le critère à appliquer : la légalité en tant que principe du droit pénal international

Le deuxième paragraphe de l'article 33 – nouveau renvoie à l'article 15 du Pacte International de 1966 relatif aux Droits Civils et Politiques (« PIDCP ») et intègre ainsi dans le régime juridique des CETC le **principe de la légalité** (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Par conséquent, « [n]ul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises » (article 15 PIDCP). S'agissant des crimes commis au Cambodge entre 1975 et 1979, ils ne relèvent donc de la compétence des CETC que s'ils constituaient des actes délictueux (d'après le droit national ou international) à ce moment. Le principe de la légalité s'applique aussi aux *règles d'imputation*, par exemple la théorie de l'ECC, car ces règles relient la conduite individuelle aux crimes et doivent à ce titre être vues comme le fondement de la responsabilité criminelle.

Si la légalité en tant que *principe sous-jacent aux droits de l'homme*, comme l'énonce l'article 15 PIDCP, semble limitée à une interdiction de criminaliser après le fait, le principe englobe aussi d'après le droit pénal international moderne, sur la base de principes généraux de droit et de ses composantes de base, la règle de la *lex praevia* mais aussi la règle de la *lex certa*⁸³. L'application de la *lex stricta* n'est quant à elle pas aussi claire. Elle peut être assimilée à la règle de l'interprétation stricte⁸⁴, telle qu'élaborée en droit anglais⁸⁵. À ce titre, les juges devraient in-

83 Voir aussi A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5^{ème} éd., 2006), 68 : « [TRADUCTION] régie par des règles qui sont fixes, pouvant être connues et certaines » ; aussi : A.P. Simester et G.R. Sullivan, *Criminal Law. Theory and Doctrine* (3^{ème} éd., 2007), p. 22. La règle de la *lex certa* en droit américain correspond à la théorie de la nullité pour cause d'imprécision élaborée par la Cour suprême des États-Unis, voir W.R. LaFave, *Criminal Law* (4^{ème} éd., 2003), 103 : « [TRADUCTION] une imprécision induite de la loi aboutira à son inconstitutionnalité, que l'incertitude se rattache aux personnes visées par la loi, au comportement proscrit ou à la peine pouvant être imposée (*US v. Evans*, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92 L.Ed 823 [1948]) » (notre soulignement).

84 En ce sens (large), voir S. Dana, « Reflections on the ICC Sentencing Provisions and the Rights of the Accused in light of the Nulla Poena Principle », in A.H. Klip et al. (éds.), *Liber Amicorum et Amicarum voor Prof. mr. E. Prakken* (2004), 351 p. 352 et 353.

interpréter le droit pénal de façon restrictive, au bénéfice du défendeur en cas de doute. Cependant, une interprétation qui limite l'exigence de *lex stricta* à l'interdiction d'extension par analogie selon le principe *malam partem*, rend difficile son application dans les territoires de common law traditionnelle où l'extension par analogie n'est pas interdite, devant plutôt être perçu comme une partie de l'enquête préalable du processus d'évolution jurisprudentielle⁸⁶ — pour autant que ce processus ait toujours cours (comme dans les systèmes juridiques ayant cours au Royaume-Uni). Les articles 22 à 24 du Statut de la CPI vont au-delà de ces raisonnements dans la mesure où ils englobent une notion de *nullum crimen*, y compris chacun des ses quatre composantes, telles qu'elles sont reconnues dans les territoires de droit civil, soit les *lex praevia*, *lex certa*, *lex stricta* et *lex scripta*.

Dans tous les cas, comme en l'occurrence, la question est essentiellement de savoir si l'application de la théorie de l'ECC violerait la règle de la *lex praevia*, c'est-à-dire si cette forme de responsabilité existait d'après le droit pénal international ou le droit pénal cambodgien au moment de la commission. Ce critère a été scindé par la Chambre d'appel dans l'affaire Milutinovic⁸⁷ en trois exigences pouvant, à nos fins, être reformulées comme suit :

- l'ECC doit avoir existé d'après le droit international coutumier au moment pertinent (section II.3, ci-dessous) ou
- ou elle doit avoir existé d'après le droit national cambodgien au moment pertinent (section II.4) et
- cette forme de responsabilité doit avoir été suffisamment accessible et prévisible pour les défendeurs au moment pertinent (section II.5).

Il ne suffit toutefois pas que ces exigences soient remplies, la responsabilité devant également être prévue dans le droit (la Loi sur les CETC) applicable⁸⁸. Il s'agit là en réalité de la première question à laquelle il faut répondre.

85 J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2^{ème} éd., 1960), 38 et suiv. ; Ashworth, ci-dessus à la note 83, p. 80 à 82.

86 Voir R. Haveman, « The Principle of Legality », in R. Haveman et autres (éditeurs), *Supranational Criminal Law: A System Sui Generis* (2003), 39, p. 47 et 48, fournissant d'autres références.

87 *Le Procureur c./ Milutinovic et al.*, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – JCE*, affaire n° IT-99 37, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003, par. 20 et 21. Du même avis, « Co-Prosecutors' Appeal of the Closing Order against Kaing Guek EAV 'Duch' dated 8 August, 2008 », dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC-02), 5 septembre 2008, par. 49.

88 *Milutinovic et consorts*, décision, ci-dessus à la note 87, par. 21 ; appel interjeté par les co-procureurs, ci-dessus à la note 87, par. 49.

II. 2. La responsabilité de l'ECC est-elle prévue dans la Loi sur les CETC ?

La brève disposition de Loi sur les CETC qui traite de la responsabilité pénale individuelle, l'article 29, énonce en son premier paragraphe que « [t]out suspect qui a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis les crimes » relevant de la compétence des CETC « est individuellement responsable de ces crimes ». Cette disposition est identique au paragraphe 7(1) du Statut du TPIY et au paragraphe 6(1). Il est donc possible de s'en référer à l'arrêt faisant autorité de la Chambre d'appel dans Tadić pour interpréter cette disposition, plus particulièrement pour le terme « commis ». Cet arrêt manque toutefois de précision quant à savoir si la participation à un crime dans le cadre d'une ECC est comprise dans le terme « commis » figurant au paragraphe 7(1) du Statut du TPIY. D'une part, la Chambre reconnaît que « la perpétration de [...] crimes [...] peut aussi revêtir la forme d'une participation à la réalisation d'un dessein ou d'un but commun » et que le paragraphe 7(1) « n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes »⁸⁹. D'autre part, il y est affirmé que le « Statut [...] ne spécifie pas (ni explicitement ni implicitement) les éléments objectifs et subjectifs (*actus reus* and *mens rea*) de cette catégorie de comportements criminels collectifs⁹⁰ ». Le Statut ne consacre qu'*implicitement*⁹¹ la participation collective à un crime, au sens d'un dessein ou d'un projet commun, que la Chambre appelle étrangement une « forme de responsabilité au titre de coauteur »⁹². Les éléments spécifiques de cette responsabilité, sous la forme des première, deuxième et troisième catégories d'ECC, toutefois, ne peuvent être déduits du Statut, mais plutôt du droit coutumier (de la jurisprudence). La jurisprudence ultérieure a suivi explicitement cette approche, du moins dans la mesure où elle a considéré l'ECC comme une forme de commission au sens du paragraphe 7(1)⁹³. Les co-procureurs prennent cette position dans leur mémoire d'appel⁹⁴, la complétant d'un argument politique s'attardant à l'objectif, à savoir que l'objectif de la Loi sur les CETC de traduire en justice

89 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 188, 190.

90 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 194.

91 Voir explicitement : Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 220.

92 Ibid.

93 Voir: Krnojelac, jugement, ci-dessus à la note 13, par. 29 ; Vasiljević jugement, ci-dessus à la note 13, par. 95 ; Blaškić, jugement, ci-dessus à la note 77, par. 33 ; Milutinovic et autres, décision, ci-dessus à la note 87, par. 20 et 21 ; Stakić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 35, par. 432, 438. D'accord avec cette interprétation élargie du paragraphe 7(1) : Cassese, ci-dessus à la note 6, p. 114 ; ayant des doutes, Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 71 et 72.

94 Appel interjeté par les co-procureurs, ci-dessus à la note 87, par. 50.

les « hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique » et les « principaux responsables » ne peut être accompli que par l'application de la théorie de l'ECC⁹⁵.

Cette position est sans fondement pour plusieurs raisons. Premièrement, elle souffre du manque de différenciation entre les trois formes d'ECC. Si la **première catégorie d'ECC** ressemble à la coaction classique et qu'à ce titre, elle peut être une « **commission** » au sens du paragraphe 7(1) du Statut du TPIY⁹⁶, la **troisième catégorie d'ECC** n'emporte que la responsabilité au titre de la complicité et, en tant que telle, elle ne constitue **pas** une commission. S'agissant de la **deuxième catégorie d'ECC**, son traitement sera différent selon qu'elle est interprétée comme se rapprochant de la première catégorie ou de la troisième (section I.6, ci-dessus). Deuxièmement, les co-procureurs non seulement font fi de ces distinctions dans leur mémoire lorsqu'ils examinent le droit régissant les CETC⁹⁷, mais ils laissent volontairement ouverte la question de la distinction entre la première et la troisième catégorie d'ECC lorsqu'ils proposent de mettre Duch en accusation subsidiairement en tant que coauteur d'une ECC (première catégorie) ou pour les crimes qui étaient une conséquence naturelle et prévisible de l'entreprise criminelle (troisième catégorie d'ECC)⁹⁸. Troisièmement, les co-procureurs confondent dans leur mémoire des arguments politiques avec une interprétation littérale de l'article 29 de la Loi sur les CETC, oubliant en apparence que ce dernier ne peut être déclassé par le premier. Enfin, ils ne tiennent pas compte de l'existence d'une autre forme possible d'imputation pour les supérieurs hiérarchiques, soit *la perpétration indirecte basée sur la théorie du contrôle exercé par l'intermédiaire d'une structure organisationnelle hiérarchique*. Même si une analyse plus approfondie de cette théorie déborde le cadre du présent mémoire, il est important de noter qu'elle a récemment été reconnue et expliquée par la Chambre préliminaire I de la CPI⁹⁹ et qu'elle peut aussi être appliquée devant les CETC, puisqu'elle peut être être une forme de commission, soit une commission par l'intermédiaire d'une autre personne (voir explicitement la troisième option de l'alinéa 25(3)a) du Statut de la CPI)¹⁰⁰.

95 Ibid., par. 51.

96 Voir Powles, ci-dessus à la note 25, p. 610-611 ; Haan, ci-dessus à la note 69, p. 201. Voir aussi, quoique plus radical : *Le Procureur c./ Simić*, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Lindholm, affaire n° IT-95-9/2, Chambre préliminaire du TPIY, 17 octobre 2003, par. 2 et suiv., se dissociant de la théorie de l'ECC.

97 Appel interjeté par les co-procureurs, ci-dessus à la note 87, par. 49 et suiv.

98 Ibid., par. 72, alinéa d) en opposition à l'alinéa e).

99 Confirmation des charges dans l'affaire Katanga et Ngudjolo, ci-dessus à la note 17, par. 480 et suiv. (« approche du contrôle sur les crimes »), particulièrement aux notes de bas de page 647, 678 et dans le texte y afférent.

100 Voir : K. Ambos, « Art. 25. Individual criminal responsibility », dans O. Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2^{ème} éd. 2008), édition spéciale, numéro en marge 20 ; id.,

II. 3. La responsabilité au titre d'une ECC existait-elle d'après le droit coutumier (international) au moment pertinent ?

La Chambre d'appel dans l'affaire Tadić a estimé « que la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier »¹⁰¹. Les co-procureurs prennent cette position dans leur mémoire, mais ni la Chambre d'appel ni les co-procureurs ne prennent suffisamment en compte les différences entre les formes d'ECC. Aussi, la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale telle dont il est fait référence dans l'affaire Tadić constitue, du moins en partie, un « précédent d'une valeur douteuse »¹⁰². Ainsi, un examen plus approfondi de la jurisprudence analysée dans l'arrêt Tadić permet d'en arriver à une conclusion double : si la première et la deuxième catégorie d'ECC ont un fondement en droit coutumier (soit la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale), il n'en est pas de même de la troisième catégorie¹⁰³. D'un point de vue purement logique, il n'est pas nécessaire de se pencher sur ce dernier point, la troisième catégorie d'ECC n'étant pas visée, comme nous l'avons démontré ci-dessus (section II.2), par le paragraphe 29(1) de la Loi sur les CETC. Toutefois, son statut en droit coutumier sera aussi analysé ci-dessous par souci d'exhaustivité.

II. 3.1. La première catégorie d'ECC

Le dernier paragraphe de l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et le dernier paragraphe de l'article 5 du Statut du Tribunal de Tokyo ont établi une forme de responsabilité étendue fondée sur un projet commun selon laquelle « [I]es 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 ». Le paragra-

« Command responsibility and Organisationsherrschaft », dans A. Nollkaemper et H. van der Wilt (éd.), *System Criminality in International Law* (2008), à venir.

101 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 220. Voir aussi Martić, jugement de première instance, ci-dessus à la note 8, par. 435 ; Martić, jugement, ci-dessus à la note 8, par. 80, 81.

102 Voir : Ohlin, ci-dessus à la note 55, p. 75. Voir aussi : *Le Procureur c./ Martić*, ci-dessus à la note 8, Opinion individuelle du juge Schomburg sur la responsabilité pénale individuelle de Milan Martić, affaire n° IT-95-11-A, Chambre d'appel du TPIY, 8 octobre 2008, p. 134, par. 4 : [TRADUCTION] [...] rien qu'une prétention injustifiée ».

103 Je m'appuie ici sur des publications antérieures (ci-dessus à la note 67, chapitres 2 à 4 « Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis – From Nuremberg to The Hague », dans G.K. McDonald et O. Swaak-Goldman (éditeurs), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts. Volume I. Commentary* [2000], 1 à 31) et sur une thèse de doctorat rédigée sous ma supervision : C. Barthe, *Joint Criminal Enterprise. Ein (originär) völkerstrafrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?* (2008), à venir.

phe II(2) de la Loi N° 10 du Conseil de contrôle établit qu'une personne a « commis » un crime lorsqu'elle « [TRADUCTION] d) était *associée* à des projets ou des entreprises visant la commission [du crime] ou e) était un *membre* d'une organisation ou d'un groupe quelconque associé à la commission d'un tel crime ». Sur cette base, la jurisprudence de Nuremberg a considéré **toute forme de participation** – du simple consentement au comportement actif – suffisante pour entraîner la responsabilité pour les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Dans le *procès*, ces critères ont été appliqués de telle sorte que des défendeurs qui n'avaient pas directement commis des crimes ont été tenus responsables en tant que complices en raison d'une certaine **implication bureaucratique ou fonctionnelle dans les crimes commis par le régime nazi**. Pour la première fois, une forme de responsabilité fondée sur certaines fonctions organisationnelles au sein de l'appareil bureaucratique était élaborée :

« [TRADUCTION] L'accusation [...] en est une de participation consciente à un système de cruauté et d'injustice national organisé par le gouvernement, en violation du droit de la guerre et du droit humanitaire, perpétrées au nom de la Loi sous l'autorité du ministère de la Justice et par l'intermédiaire des tribunaux¹⁰⁴ ».

De même, dans l'affaire *U.S. v. Pohl & Others*, la responsabilité au titre de la participation a trouvé son fondement dans la division fonctionnelle des différentes tâches qui, prises dans leur ensemble, facilitaient ou encourageaient la commission du crime. Les membres des SS accusés « [TRADUCTION] ont organisé et entretenu les gigantesques *entreprises* qui ont abouti à la mort illégale de millions de travailleurs esclaves provenant des territoires occupés et de prisonniers de guerre¹⁰⁵. En résumé :

« [TRADUCTION] Une opération méthodique et complexe, comme la déportation et l'extermination des Juifs et l'appropriation de leurs biens, est une tâche qui doit de toute évidence être accomplie par plusieurs personnes [...]. Comme on peut s'y attendre, les divers participants au programme se renvoient la balle de la responsabilité. L'initiateur affirme : « il est vrai que j'ai conçu le programme, mais je ne l'ai pas exécuté ». Le suivant dit : « j'ai couché le projet sur papier et en ai conçu le modus operandi, mais ce n'était pas mon projet et je ne l'ai pas exécuté ». Le troisième répond : « il est vrai que j'ai tiré sur des gens, mais j'obéissais simplement aux ordres reçus de mes supérieurs ». Le suivant affirme : il est vrai que j'ai reçu le butin récolté grâce à ce programme, en ai fait l'inventaire et en ai disposé, mais je ne l'ai pas volé et n'ai pas non plus tué ses propriétaires. Je ne faisais qu'obéir aux ordres reçus de mes supérieurs ». Pour invoquer un parallélisme, tenons pour acquis que quatre hommes sont mis en accusation pour avoir cambriolé une ban-

104 *U.S. v. Altstoetter & Others*, TWC, vol. III, p. 954 à 1201, 985. Voir aussi : Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. XV, p. 54 et suiv. (*ci-après* UNWCC Law Reports).

105 *U.S. v. Pohl & Others*, TWC, vol. V, p. 958 à 1163, p. 1031 (notre soulignement).

que. [L]es actes de l'un quelconque des quatre, dans le cadre du plan d'ensemble, deviennent les actes de tous les autres¹⁰⁶. »

Au cours du célèbre procès des Unités spéciales (*Einsatzgruppen*) chargées de « nettoyer » les territoires occupés, à l'Est, des « éléments » considérés par les nazis comme radicaux et ethniquement inférieurs, il a été soutenu par Telford Taylor, procureur en chef de l'Accusation, que « [TRADUCTION] les personnes qui prennent une part consentante à la commission d'un crime ou qui *sont associées à des projets ou des entreprises* visant la commission du crime [...] et les membres d'une organisation ou d'un groupe poursuivant la commission de ce crime » sont responsables en tant que « complices »¹⁰⁷. Le fait décisif a été celui que les accusés « étaient membres d'unités Einsatz dont la mission expresse, bien connue de tous les membres, étaient d'exécuter un programme de meurtres à grande échelle. Tout membre qui a aidé à permettre à ces unités de fonctionner, sachant ce qui se tramait, est coupable des crimes commis par l'unité¹⁰⁸ ».

L'argumentation présentée devant les tribunaux de Nuremberg concernant l'attribution réciproque rappelle la doctrine anglaise du *dessein commun*¹⁰⁹ en ce sens que le projet commun ou l'entreprise commune constitue le fondement de l'attribution. La doctrine du dessein commun a été appliquée dans le cadre des procès britanniques sur les crimes de guerre, répertoriés par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre. Si, en règle générale, il a été jugé suffisant que les défendeurs « [TRADUCTION] soient *impliqués* dans la commission » du crime, dans le cas de plusieurs participants, une attribution réciproque des diverses participations individuelles au crime (principal) était fondée sur le fait que les participants avaient un *but* ou un projet *commun* au sens de la doctrine du dessein commun. Une attribution réciproque a aussi été reconnue dans des cas de division fonctionnelle de tâches entre complices. L'affaire la plus importante à cet égard est celle d'Almelo, dans le cadre de laquelle l'assesseur a soutenu que la présence des quatre accusés (tout « [TRADUCTION] en participant dans le même temps à une entreprise commune ») lors de l'assassinat d'un prisonnier de guerre suffisait à faire tenir *tous* les participants responsables de l'assassinat, car « [TRADUCTION] chacun à sa façon » appuyait « le but commun de tous »¹¹⁰. Dans d'autres affaires, la responsabilité a aussi été fondée sur l'existence

106 Ibid., p. 1173 (jugement complémentaire) (notre soulignement).

107 *U.S. v. Ohlendorf et al.*, TWC, vol. IV, p. 372 (notre soulignement).

108 Ibid, p. 373 (concernant les accusés von Radetzky, Ruehl, Schuber et Graf).

109 Voir Ormerod, ci-dessus à la note 50, p. 206 à 219.

110 *Trial of Otto Sandrock and others*, Tribunal militaire britannique pour traduire en justice les criminels de guerre, siégeant à Almelo, en Hollande (24 au 26 novembre 1945), UNWCC Law Reports, vol. I, p. 40.

d'un but ou d'un projet commun¹¹¹ et aussi, sur le fait d'être « impliqué » dans les crimes donnés¹¹². Ainsi, en résumé, peut-on conclure que la responsabilité au titre de la première catégorie d'ECC était déjà reconnue par la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale et par conséquent, existait aussi au moment de la commission des crimes en question au Cambodge.

II.3.2. La deuxième catégorie d'ECC

S'agissant des affaires des camps de concentration portant sur la deuxième catégorie d'ECC, la jurisprudence pertinente a aussi été répertoriée par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre. Dans le procès relatif au camp de concentration de Dachau¹¹³, tous les accusés ont été trouvés coupables par application de la notion « d'actes accomplis dans la poursuite d'un dessein commun »¹¹⁴. Dans son réquisitoire définitif, le Procureur en chef affirmait : « [TRADUCTION] il n'est pas question de savoir s'il a tué ou battu ou torturé ou affamé, mais plutôt si, par son comportement, il a aidé ou encouragé l'exécution de ce dessein commun et y a participé »¹¹⁵. Il incombait à l'Accusation de prouver (1) qu'il existait à Dachau un système de mauvais traitement des prisonniers ou visant la commission d'autres crimes, (2) que l'accusé concerné connaissait l'existence de ce système et (3) qu'il avait aidé et encouragé la mise en œuvre de ce

111 Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneburg, Germany (tenu du 13 au 23 août, 1946), jugement du 24 août, 1946, p. 241 : « [TRADUCTION] Si Jepsen a pris part à ce massacre délibéré de quelque 80 personnes, aidant les autres en faisant sa part de la besogne, l'ensemble des quelque 80 meurtres peuvent lui être imputés ainsi qu'à chacun des hommes qui ont d'une quelconque manière aidé à commettre cet acte. » Trial of Franz Schonfeld and others, Tribunal militaire britannique, Essen, (tenu du 11 au 26 juin 1946), UNWCC Law Reports, vol. XI, 64 p. 68 : « [TRADUCTION] Si plusieurs personnes s'associent dans un but illicite, ou dans un but licite en ayant recours à des moyens illicites, et que l'une d'elles réalise cet objectif et tue quelqu'un, ce meurtre est imputable à toutes les personnes présentes [...] à condition qu'il ait été commis par un membre du groupe tandis qu'il s'employait à mener à bien l'objectif commun du groupe » (notre soulignement).

112 Trial of Robert Holzer et al., Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings (tenu du 25 mars au 6 avril 1946), vol. I, Gendarmerie royale du Canada (GRC) reliure 181.009, p. 340 ; Trial of Valentin Feurstein and Others, Proceedings of a War Crimes Trial held p. Hamburg, Germany (tenue du 4 au 24 août, 1948), jugement of 24 August, 1948, transcriptions originales conservées auprès du Public Record Office, Kew, Richmond (Angleterre), exposé final du juge-avocat au 14^{ème} jour (le 24 août 1948), p. 7 : « [TRADUCTION] il importe qu'un accusé, avant d'être reconnu coupable, ait été impliqué dans le crime. En d'autres termes, il doit être le rouage dans la succession des événements qui a conduit au résultat qui s'est effectivement produit. » (L'élément moral requis dans cette affaire, soit la connaissance du but commun, était différent de celui qui a été requis dans l'affaire Tadić (soit « l'intention criminelle partagée »), voir ci-dessus à la note 13 and main text) ; Trial of Max Wielen and 17 Others, British Military Court, Hamburg, Germany, (tenu du 1^{er} juillet au 3 septembre 1947), UNWCC Law Reports, Vol. XI, p. 46 : « [TRADUCTION] [...] les personnes impliquées doivent avoir fait partie de la machine, remplissant certaines tâches, accomplissant certains actes qui ont abouti directement au meurtre [...] » Voir aussi : UNWCC Law Reports, Vol. XV, p. 49 et suiv. ; Ambos, ci-dessus à la note 67, p. 142-143.

113 Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany (15 November-13 décembre 1945), UNWCC Law Reports, vol. XI, 5-17.

114 Voir UNWCC Law Reports, vol. XV, p. 94-95.

115 Procès de Dachau, ci-dessus à la note 113, p. 12 (notre soulignement).

système ou y avait participé¹¹⁶. Si un accusé n'avait commis que des « actes neutres » au sein de ce système, c'est-à-dire en tant que membre du personnel médical ou domestique, il fallait prouver que cette personne avait abusé de sa position pour maltraiter des prisonniers¹¹⁷. Au cours du procès de Belsen¹¹⁸ jugeant des crimes commis dans les célèbres camps de concentration d'Auschwitz et de Bergen-Belsen, l'assesseur s'est aussi appuyé sur la notion d'un « dessein commun concerté » ou d'un « accord commun » pour étayer sa position contre l'Accusé :

« [TRADUCTION] L'Accusation soutient que tous les accusés qui étaient membres du personnel à Auschwitz savait qu'un système et une manière de se comporter avaient cours et que, d'une manière ou d'une autre *dans la poursuite d'un accord commun* d'administrer le camp de façon brutale, toutes ces personnes adhéraient à cette manière de se comporter. [...] le contrevenant concerné agissait sciemment comme *partie prenante à la poursuite de ce système*. [...] si la Cour est convaincue qu'ils agissaient de la sorte, chacun d'entre eux doit être tenu responsable de ce qui s'est produit. [...] dans tous ces camps, on laissait clairement savoir au personnel que les brutalités, les mauvais traitements et autres comportements de cet ordre ne seraient pas punis s'ils étaient exercés contre les Juifs ; et qu'il existait un *dessein commun concerté du personnel d'accomplir ces actes épouvantables*¹¹⁹ ».

Dans les affaires des foyers pour enfants de Hadamar¹²⁰ et de Velpke¹²¹, les tribunaux ont dû juger de crimes commis par les accusés en tant que civils dans le cadre de l'exercice de leurs professions (par exemple, un infirmier). Le fondement de l'attribution réciproque des actes de chaque accusé résidait apparemment encore une fois dans le système collectif de mauvais traitements et d'abus auquel participaient sciemment les accusés. S'agissant d'Hadamar, le Procureur a parlé d'une « usine à meurtres » où « [TRADUCTION] plusieurs personnes doivent accomplir différentes tâches [...] et il est impossible de différencier l'homme qui a initialement conçu l'idée de tuer ces gens et les personnes qui ont participé à la commission de ces crimes¹²² ». Par conséquent, « [TRADUCTION] il ne fait aucun doute [...] que *toute personne ayant participé à cette entreprise, de quelque manière que ce soit, est techniquement coupable de l'accusation qui a été*

116 Ibid., p. 13.

117 Ibid.

118 Trial of Josef Kramer and 44 Others, British Military Court, Luneburg (tenu du 17 septembre au 17 novembre 1945), UNWCC Law Reports, vol. II, 1 à 156.

119 Ibid., p. 120 (notre soulignement).

120 Trial of Alfons Klein and six others, United States Military Commission appointed by the Commanding General Western Military District, U.S.F.E.T., Wiesbaden, Germany (tenu du 8 au 15 octobre 1945), UNWCC Law Reports, vol. I, 46-54.

121 Trial of Heinrich Gerike and seven others, British Military Court, Brunswick (tenu du 20 mars au 3 avril 1946), UNWCC Law Reports, vol. VII, 76-81, cité dans : Kvočka, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 300 et suiv.

122 Cité selon A. Cassese, *International Criminal Law* (2^{ème} éd. 2008), p. 197.

portée [...]. Chacun des accusés a ouvertement participé de façon active à l'ensemble du réseau ayant ainsi engendré les résultats illégaux¹²³. »

Enfin, « *l'intention commune* » ou le « *dessein commun* » a aussi servi de fondement à l'attribution dans les procès de Flossenburg¹²⁴ et de Mauthausen¹²⁵. Dans le cadre de ce dernier¹²⁶, le simple fait d'avoir travaillé ou d'avoir été présent dans un camp de concentration crée une présomption de responsabilité pour des crimes de guerre¹²⁷. Cette position est toutefois démesurée en ce sens qu'elle suppose un renversement du fardeau de la preuve au regard des crimes visés. En effet, l'accusé, puisqu'il faisait partie de l'organisation du camp, aurait été contraint de réfuter la présomption en prouvant qu'il n'avait pas participé à la commission du crime visé¹²⁸. Selon les commentaires de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre¹²⁹ sur le procès de Mauthausen, la décision rendue à l'issue de ce dernier comporte deux « conclusions de fait » et une conclusion de droit. S'agissant des premières, il a été énoncé que l'administration du camp de concentration de Mauthausen constituait une « entreprise criminelle » que toutes les personnes qui y travaillaient ou y étaient présentes avaient connaissance du « dessein commun » et du caractère criminel de l'entreprise. S'agissant de la conclusion de droit, toutes les personnes ayant participé à cette entreprise criminelle ont été trouvées coupables de la violation du droit de la guerre et des coutumes en la matière. En résumé, trois éléments communs de l'établissement de la responsabilité ressortent de la jurisprudence pertinente :

- « [TRADUCTION] un système en vue de commettre certains crimes était en place »

123 Ibid. (notre soulignement).

124 Trial of Friedrich Becker and others, United States Military Court, Dachau, Germany (tenu du 14 mai 1946 au 22 janvier 1947), cité dans UNWCC Law Reports, vol. XV, p. 95, note de bas de page 1.

125 General Military Government Court of the U.S. Zone, Dachau, Germany (tenu du 29 mars au 13 mai 1946), aussi appelé « Affaire du camp de concentration de Mauthausen », cité dans le procès de Dachau, ci-dessus à la note 113, p. 15.

126 UNWCC Law Reports, vol. XI, p. 15.

127 Ibid. Voir aussi les commentaires de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, UNWCC Law Reports, Vol. XI, 15 et suiv., ainsi que Kvočka, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 278.

128 La Cour suprême de l'Allemagne (Bundesgerichtshof), dans « l'affaire du camp de concentration d'Auschwitz » (dans Justiz und NS-Verbrechen, vol. XXI, p. 838 et suiv., 882), a rejeté pareille responsabilité au motif qu'elle serait étendue au point d'englober un comportement qui n'encourage ni n'appuie d'aucune manière la commission de crimes spécifiques (aussi cité dans Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 203 fn. 254). Voir aussi Kvočka, jugement de première instance, ci-dessus à la note 19, par. 286 : « l'homme qui vient seulement nettoyer les bureaux après les heures de travail et qui, à cette occasion, tombe sur des photos d'enfants et sait maintenant que la société participe à des activités criminelles ne sera pas considéré comme un participant à l'entreprise commune s'il continue à travailler pour cette société, parce que l'on estime que son rôle dans le projet n'est pas suffisamment important ». Pour un point de vue différent, plus restrictif, voir : F. Bauer, « Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationaussizialistischen Verbrechen? », (1967) 22 *Juristenzeitung* 625 et suiv.

129 Commentaires de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre sur le procès de Dachau, UNWCC Law Reports, vol. XI, 15 et suiv.

- « l'accusé avait connaissance du système » et
- « l'accusé participait au fonctionnement du système »¹³⁰.

II. 3.3. La troisième catégorie d'ECC

Si les considérations qui précèdent montrent que la première et la deuxième catégories d'ECC trouvent un fondement dans la jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale, il n'en est pas de même de la troisième catégorie. De la jurisprudence citée par la Chambre d'appel dans l'affaire Tadić, seule l'affaire du lynchage d'Essen¹³¹ contient des éléments des doctrines du « but commun » ou du « dessein commun », dans la mesure où les meurtres ont été attribués à tous les accusés sur cette base (du fait de leur implication dans les meurtres des trois prisonniers de guerre britanniques non identifiés). Cependant, il est impossible de déterminer avec certitude – notamment en raison de l'absence de réquisitoire de l'assesseur – si le tribunal a condamné les trois accusés sur la base d'une intention partagée par eux quant aux meurtres (relevant de la première catégorie d'ECC) ou si, comme l'a jugé la Chambre d'appel dans l'affaire Tadić¹³² – il l'a fait en application de la théorie du caractère prévisible, soit du fait qu'il était prévisible (objectivement et subjectivement) pour tous les accusés que les prisonniers seraient tués. Dans le même ordre d'idées, l'affaire de l'île Borkum¹³³, une autre affaire de violence exactée par une foule, démontre – selon la preuve présentée par l'Accusation – démontre que référence a été faite à la première catégorie d'ECC plutôt qu'à la troisième. L'Accusation a décrit les accusés comme formant les « [TRADUCTION] rouages de la mécanique du dessein commun », chaque composante de la mécanique étant en soi indispensable à la commission du crime (« [TRADUCTION] la mécanique du meurtre à grande échelle ne pourrait être actionnée sans l'ensemble de ses rouages »). Par conséquent, chaque accusé qui a « [TRADUCTION] pris part à la violence exactée par la foule ayant conduit aux morts illégales des sept pilotes américains » devait être trouvé coupable de meurtre¹³⁴. Ainsi, la Chambre d'appel admet que cette affaire relève davantage de la première catégorie d'ECC¹³⁵. Dernière considération, mais non des moindres, la reconnaissance de la troi-

130 UNWCC Law Reports, vol. XV, 89 p. 95. Voir particulièrement : procès de Dachau, ci-dessus à la note 113, p. 13, 15

131 Trial of Erich Heyer and six others, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen (tenue les 18 et 19 et les 21 et 22 décembre 1945), UNWCC Law Reports, vol. I, p. 88.

132 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 209.

133 Voir pour plus d'informations sur l'affaire Borkum Island : Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 210 à 213.

134 Comparer avec l'acte d'accusation, U.S. National Archives Microfilm Publications, I, p. 1190.

135 « 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

sième catégorie d'ECC en droit coutumier ne peut non plus être déduite de la jurisprudence italienne citée par la Chambre d'appel¹³⁶, puisque dans le cadre du procès mentionné, contrairement aux procès tenus devant les tribunaux militaires britanniques et américains, aucune règle de droit international n'a été appliquée, seul le droit national italien l'étant (le paragraphe 116(1) du *Codice Penale* italien¹³⁷). De plus, cette jurisprudence n'est pas uniforme, la Cour suprême de l'Italie (*Corte Suprema di Cassazione*) a rendu deux décisions dissidentes¹³⁸.

II. 4. La responsabilité au titre de l'ECC existait-elle en droit national cambodgien au moment pertinent ?

Le droit pénal applicable au moment pertinent est le Code pénal cambodgien de 1956. Une traduction complète en anglais ou en français de cette loi n'est toujours pas disponible, mais une traduction anglaise non officielle a été fournie aux fins de la préparation du présent mémoire. Cette traduction a pu être opposée à deux autres sources dont disposait l'auteur.

Selon le Projet de Nouveau Code Pénal commenté, sous la supervision de Michel Bonnieu, le droit cambodgien traditionnel établissait une distinction entre malfaiteur dangereux et malfaiteur non dangereux et l'article 76 des codes de 1929 et de 1955 (1956) définissait l'auteur comme étant la personne qui commet les crimes (les termes utilisés sont « infractions qu'elle commet »)¹³⁹. La coaction était définie dans les codes de 1929 et de 1956 et l'exigence la plus importante s'y rattachant était l'existence d'un accord commun entre les co-auteurs¹⁴⁰. Par conséquent, de par son libellé, la disposition n'englobait pas des actes débordant le cadre de l'accord ; ces actes ne pouvaient être punis qu'au titre de la complicité¹⁴¹. De fait, selon la traduction non officielle anglaise, l'article 82 établit une distinction entre une participation directe et une participation indirecte et seule la première se qualifie de coaction, la deuxième constituant la complicité. Conformément à l'article 87, il est nécessaire que l'aide et l'assistance aient été « prêtées sciemment ». Une personne prêtant aide et assistance ne peut être un coauteur que « lorsqu'il s'agit de faits [...] consommant [l'action] », c'est-à-dire lorsque cette personne exécute elle-même le crime.

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. » (notre soulignement)

136 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 214 à 219.

137 Concernant cette disposition, voir : F. Mantovani, *Diritto penale* (5^{ème} éd. 2007), p. 523 à 527 ; A. Crespi, F. Stella et G. Zuccalà, *Commentario breve al Codice Penale* (8^{ème} éd. 2006), p. 465 à 470.

138 Tadić, jugement, ci-dessus à la note 5, par. 219 et fn. 277, 278.

139 M. Bonnieu et autres, *Projet de Nouveau Code Penal. Commenté et comparé* (2008), p. 13.

140 Ibid., p. 14 selon lequel le nouvel article L. 1121-2 exige un « accord commun ».

141 Voir le commentaire sur l'article L.1121-5, *ibid.*, p. 15.

première catégorie d'ECC au moment pertinent, et uniquement dans la mesure où elle peut être jugée suffisamment accessible et prévisible.