

DEVANT LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE DES
CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

DONNÉES RELATIVES AU DÉPÔT

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC

Parte déposante : Les co-procureurs

Déposée auprès de : la Chambre de première instance Langue : français, original en anglais

Date of document : 17 juin 2011

DONNÉES RELATIVES AU CLASSEMENT

Classement proposé par la partie déposante : PUBLIC

Classement retenu par la Chambre :

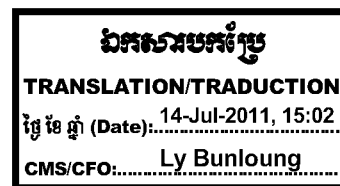
សាធារណៈ/Public

Classement provisoire :

Statut du classement provisoire :

Nom du fonctionnaire chargé du dossier :

Signature :



**DEMANDE DES CO-PROCUREURS VISANT À CE QUE LA CHAMBRE DE
PREMIÈRE INSTANCE DISE QUE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE D'UN ACCUSÉ
PEUT ÉGALEMENT ÊTRE ENGAGÉE EN RAISON DE SA PARTICIPATION À LA
TROISIÈME CATÉGORIE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE**

Déposé par :

Co-procureurs
Mme CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Destinataires :

Chambre de première instance
M. le Juge NIL Nonn, Président
Mme la Juge Silvia CARTWRIGHT
M. le Juge YA Sokhan
M. le Juge Jean-Marc LAVERGNE
M. le Juge THOU Mony

Copies à :

Accusés
NUON Chea
IENG Sary
IENG Thirith
KHIEU Samphan

**Co-avocats principaux pour les
parties civiles**
Me PICH Ang
Me Élisabeth SIMONNEAU-FORT

Avocats de la défense
Me SON Arun
Me Michiel PESTMAN
Me Victor KOPPE
Me ANG Udom
Me Michael KARNAVAS
Me PHAT Pouy Seang
Me Diana ELLIS
Me SA Sovan
Me Jaques VERGÈS

Original anglais : 00708242-00708256

I. INTRODUCTION

1. En application des règles 92 et 98 2) du Règlement intérieur, les co-procureurs déposent les présentes conclusions éayant leur demande visant à ce que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d'un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à une entreprise criminelle commune élargie (troisième catégorie). Cette demande peut également être considérée comme une demande visant à ce que la Chambre de première instance, dans le jugement, requalifie certains crimes qui, dans l'Ordonnance de renvoi, sont allégués avoir été commis par la biais d'une participation à une entreprise criminelle commune de première et deuxième catégorie, en crimes commis par le biais d'une participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie.

2. Les co-procureurs ont toujours considéré que la première catégorie d'entreprise criminelle commune est celle qui reflète le mieux la nature de la participation des Accusés d'après les éléments de preuve versés au dossier, notamment ceux qui sont cités dans le Réquisitoire définitif et l'Ordonnance de clôture. Toutefois, en raison du cadre procédural des CETC, les co-procureurs n'auront pas la possibilité de passer au crible les témoins et les parties civiles cités à comparaître devant la Chambre de première instance et doivent se fier à des évaluations de deuxième main de leurs témoignages. Ainsi, les co-procureurs reconnaissent qu'il existe une possibilité, même si elle est infime, qu'un nombre très limité de faits criminels allégués dans l'Ordonnance de clôture n'entrent pas dans le cadre du plan criminel commun tel que conçu à l'origine.

3. Si les éléments de preuve montrent que certains actes criminels commis par un membre de l'entreprise criminelle commune n'entrent pas dans le cadre du plan criminel commun, les co-procureurs entendent faire valoir que les Accusés ne sont pas moins responsables pénalement de ces actes car ces derniers étaient une conséquence naturelle et prévisible du plan criminel, et chacun des Accusés a délibérément pris le risque que ces actes soient commis et n'en a pas moins continué à participer et à apporter une collaboration significative à l'entreprise criminelle commune. En conséquence, les co-procureurs demandent que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale peut également être engagée en raison de la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie.

4. Comme ils le précisent plus loin, les co-procureurs pensent que les CETC peuvent connaître de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune pour les raisons suivantes :

002/19-09-2007-ECCC/TC

- A) L'article 29 de la Loi relative aux CETC autorise les CETC à connaître de l'entreprise criminelle commune, y compris sous sa forme élargie (troisième catégorie).
- B) Entre 1975 et 1979, le droit international coutumier prévoyait la responsabilité pénale en raison de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune.
- C) Reconnaître que les CETC peuvent connaître de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune est conforme au principe de légalité et notamment aux conditions de prévisibilité et d'accessibilité.
- D) La responsabilité pénale engagée en raison de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune est conforme à l'objet et au but du droit international pénal.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

5. Le 28 juillet 2008, la Défense de Ieng Sary a déposé une requête par laquelle elle demandait que les co-juges d'instruction déclarent que les CETC ne peuvent connaître de l'entreprise criminelle commune¹. Le 8 décembre 2008, les co-juges d'instruction ont dit que, s'agissant des crimes relevant du droit international, les trois formes d'entreprise criminelle commune s'appliquaient devant les CETC (l'« Ordonnance relative à l'entreprise criminelle commune »)². En janvier et février 2010, les équipes de défense de Ieng Sary, Khieu Samphan et Ieng Thirith ont séparément interjeté appel de l'Ordonnance relative à l'entreprise criminelle commune³.

6. Le 20 mai 2010, la Chambre préliminaire a prononcé sa Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle (la « Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune »). La Chambre préliminaire a rejeté les appels de la défense pour ce qui est de la forme élémentaire (la « première catégorie d'entreprise criminelle commune ») et systémique (la « deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune ») de l'entreprise criminelle commune. S'agissant de la troisième catégorie,

¹ Requête de Ieng Sary par laquelle il s'oppose à ce que la responsabilité découlant d'une participation à une *entreprise criminelle commune* puisse être retenue devant les CETC, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, doc. n° D97, 28 juillet 2008.

² Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, doc. n° D97/13, 8 décembre 2009.

³ *Ieng Thirith Appeal Against the "Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise" of 8 December 2010*, Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, doc. n° D97/15/1, 18 janvier 2010 (uniquement disponible en anglais) ; Appel contre l'ordonnance sur l'application devant les CETC de la responsabilité dite « entreprise criminelle commune », Défense de Khieu Samphan, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, doc. n° D97/16/1, 18 janvier 2010 ; *Ieng Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise*, doc. n° D97/14/5, 22 janvier 2010 (uniquement disponible en anglais).

002/19-09-2007-ECCC/TC

en revanche, la Chambre préliminaire a indiqué qu'il n'était pas suffisamment établi « que cette troisième catégorie relevait d'une pratique et d'une *opinio juris* constantes des États au moment des faits concernés dans le dossier n° 002⁴ ». En conséquence, elle a conclu que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'était pas applicable en tant que mode de participation devant les CETC⁵.

7. La décision de la Chambre préliminaire concernant la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune a été suivie dans l'Ordonnance de clôture, dans laquelle les co-juges d'instruction n'ont spécifiquement mentionné que les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune.

III. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

8. À titre liminaire, les co-procureurs notent que leur requête est recevable en application de la règle 98 2) du Règlement intérieur, qui dit que la Chambre de première instance peut, dans son jugement, « modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi, sous réserve de n'introduire aucun élément constitutif nouveau⁶ ». Ce type de requête connaît un précédent. Dans le dossier n° 001, la Chambre préliminaire a fait droit à la requête présentée par les co-procureurs en application de la règle 98 2) du Règlement visant à ce que la Chambre de première instance modifie la qualification des faits allégués dans l'Ordonnance de renvoi, conformément à un autre mode de participation – l'entreprise criminelle commune – qui n'avait pas été mentionné dans l'Ordonnance de renvoi⁷. Dans son analyse, la Chambre de première instance a précisé que l'interdiction d'introduire tout « élément constitutif nouveau » énoncée à la règle 98 2) du Règlement intérieur entraîne l'obligation que « rien ne soit changé ni ajouté aux faits tels qu'ils

⁴ Décision relative aux appels interjetés contre l'Ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, dossier n°002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (CP 38), doc. n° D97/15/9, 20 mai 2010, par. 77 (« Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune »).

⁵ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 88.

⁶ Règle 98 2) du Règlement intérieur des CETC, rev. 7, 23 février 2011 (« Règlement intérieur »).

⁷ Dans le dossier n° 001, bien que l'Ordonnance de renvoi ne prévoyait pas le mode de participation aux crimes par le biais d'une entreprise criminelle commune, la Chambre de première instance, en application de la règle 98 2) du Règlement intérieur, a requalifié les faits et déclaré l'Accusé, en tant que participant à l'entreprise criminelle commune systémique mise en œuvre à S-21, pénalement responsable, à titre individuel, d'un certain nombre de crimes. Jugement, dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, Chambre de première instance, doc. n° E188, 26 juillet 2010 (« Jugement *Duch* »), par. 496 et 516.

002/19-09-2007-ECCC/TC

sont retenus dans l'acte de saisine » mais ne fait pas obstacle à des modifications du mode de participation applicable aux crimes allégués⁸.

9. Les co-procureurs sont conscients que la manière de procéder à une requalification doit être conforme au droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable tel qu'énoncé à l'article 35 de la Loi relative aux CETC, à savoir le droit à « être informé, dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui » et à « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix⁹ ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en appliquant un critère semblable¹⁰, indique que la requalification des crimes reprochés est autorisée pour autant que l'accusé est informé de la possibilité que les faits reprochés sont susceptibles d'être requalifiés et qu'il a la possibilité de préparer sa défense en conséquence, notamment en présentant des conclusions écrites ou orales sur les questions pertinentes¹¹.

⁸ Jugement *Duch*, par. 493 et 494. Dans le dossier n° 001, la Chambre de première instance a conclu que l'expression « aucun élément constitutif nouveau » réaffirme « cette limitation du pouvoir de qualifier, bien établie en droit, voulant que rien ne soit changé ni ajouté aux faits tels qu'ils ont été retenus dans l'acte de saisine », *Id.*, par. 494. Malgré la conclusion explicite de la Chambre de première instance, la Défense de Ieng Sary a avancé que la limitation à l'ajout de nouvel « élément constitutif » s'étend non seulement aux faits, mais aussi aux éléments juridiques. Voir *Ieng Sary's Observations to the Co-Prosecutors' Notification of Legal Issues It Intends to Raise at the Initial [sic] Hearing*, Chambre de première instance, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/TC, doc. n° E9/30/1, 3 mai 2011 (« Observations de Ieng Sary », uniquement disponible en anglais), par. 10. Cette position n'est pas tenable. Le processus qui consiste à requalifier des crimes, par sa nature même, implique la modification d'éléments juridiques. Toute autre interprétation de la règle 98 2) rendrait la disposition inutile.

⁹ Loi relative à la Création des Chambres extraordinaires, avec inclusion d'amendements, promulguée le 27 octobre 2004 (NS/RKM/1004/006) (« Loi relative aux CETC »), art. 35.

¹⁰ Voir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14, article 6 3.

¹¹ Voir par exemple l'affaire *Pelissier et Sassi c. France*, Cour européenne des droits de l'homme, requête 25444/94, 25 mars 1999, par. 42 et 62 (les juges ont conclu à la violation du droit à un procès équitable parce que les accusés n'ont pas été informés d'une nouvelle accusation de complicité jusqu'à ce que soit rendu l'arrêt en appel et qu'ils ne se sont pas vu offrir l'occasion de présenter leurs conclusions écrites ou orales sur les questions pertinentes en cours de délibéré) ; affaire *Sipavicius c. Lituanie*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 4909[3]/99, 21 février 2002 (uniquement disponible en anglais), par. 26, 31 et 32 (les juges ont conclu qu'il n'y avait pas eu violation du droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable, même s'il n'avait découvert que dans le jugement en première instance que les accusations portées contre lui avaient été requalifiées, parce qu'il s'était vu offrir la possibilité pendant les audiences en appel de répondre aux questions de fait et de droit et de présenter sa défense) ; affaire *I.H. et consorts c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 42780/98, 20 avril 2006 (uniquement disponible en anglais), par. 34 (les juges ont conclu à la violation du droit à un procès équitable parce que l'accusé n'avait pas été informé que le tribunal pourrait arriver à une conclusion différente de celle exposée par le ministère public pour ce qui est de la qualification d'une infraction, et ils ont affirmé que pour que le droit à se défendre soit exercé de manière efficace, la défense doit disposer de toutes les informations, exposées de manière précise, concernant les accusations, y compris la qualification que pourrait donner le tribunal. L'information doit être

002/19-09-2007-ECCC/TC

10. Les co-procureurs font valoir que les Accusés sont informés de la possibilité que la Chambre de première instance applique la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune. Les Accusés ont été informés par le biais de la présente Demande, par les indications qu'ont données les co-procureurs qu'ils avaient l'intention de demander que les faits soient requalifiés¹² et par le fait que la question de l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune, en particulier sa troisième catégorie, a fait l'objet d'un débat intense dans la phase préliminaire ainsi que dans le dossier n° 001. S'agissant du critère de préparation adéquate, les co-procureurs notent que cette question est soulevée avant le commencement du procès, et que les Accusés auront la possibilité d'exposer leur thèse sur la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune en réponse à la présente Demande.

11. À la lumière de ce qui précède, toute requalification qui pourrait être faite dans le jugement respecterait parfaitement le droit des Accusés à bénéficier d'un procès équitable. Toutefois, pour éviter toute possibilité d'incertitude, les co-procureurs demandent à la Chambre de première instance de trancher la question de l'applicabilité de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune avant le début du procès ou d'indiquer expressément qu'elle remet à plus tard la décision relative à la présente demande des co-procureurs.

IV. ARGUMENT

12. Un mode de participation doit remplir quatre conditions pour être applicable devant les CETC : 1) il doit être explicitement ou implicitement prévu dans la Loi relative aux CETC ; 2) il devait être établi en droit international coutumier à l'époque des faits ; 3) la législation prévoyant ce mode de participation doit, à l'époque des faits, avoir été suffisamment accessible à quiconque agissait de la sorte ; 4) les accusés doivent avoir été en mesure de prévoir qu'ils pourraient être

communiquée, soit avant le procès dans l'acte d'accusation, soit au plus tard au cours du procès par d'autres moyens, comme une extension formelle ou implicite des accusations).

¹² Récemment, la Défense de Ieng Sary a fait valoir que les demandes de requalification présentées par les co-procureurs sont des exceptions préliminaires au sens de la règle 89 du Règlement intérieur parce qu'elles constituent des objections à la compétence des CETC. Voir les Observations de Ieng Sary, par. 6. C'est injustifié. En premier lieu, les co-procureurs n'ont aucune « objection » relative à la compétence des CETC telle que définie dans la Loi relative aux CETC, qui est le point de référence pertinent. En deuxième lieu, la question de la qualification des faits n'est pas une question de compétence. D'ailleurs, la Chambre de première instance n'a jamais traité cette catégorie de demande comme une exception préliminaire au titre de la règle 89 du Règlement intérieur. Voir le Jugement *Duch*, par. 14 et 489 (d'où l'on peut déduire que la demande présentée par les co-procureurs à l'audience initiale d'appliquer la théorie de l'entreprise criminelle commune conformément à la règle 98 2) du Règlement intérieur n'a pas été considérée comme une exception préliminaire puisque la Chambre préliminaire a affirmé qu'aucune exception préliminaire portant sur la compétence des CETC n'avait été soulevée lors de l'audience initiale).

002/19-09-2007-ECCC/TC

tenus pénalement responsable de leurs actes¹³. Comme les co-procureurs le précisent dans la suite de la présente demande, la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune remplit toutes ces conditions et il est donc justifié de l'appliquer devant les CETC.

L'ARTICLE 29 DE LA LOI RELATIVE AUX CETC PRÉVOIT L'APPLICATION DE LA TROISIÈME CATÉGORIE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE.

13. L'article 29 de la Loi relative aux CETC prévoit la responsabilité pénale individuelle de « tout suspect qui a planifié, incité, ordonné de commettre, qui s'est rendu complice ou qui a commis » les crimes que les CETC sont compétentes de connaître¹⁴. Dans le dossier n° 001, la Chambre de première instance a conclu que la « "commission du fait d'une participation à une entreprise criminelle commune" fait partie des modes de participation prévus par l'article 29 (nouveau) de la Loi relative aux CETC¹⁵ ». Selon les co-procureurs, cette conclusion de la Chambre de première instance est correcte pour plusieurs raisons.

14. En premier lieu, les termes utilisés dans l'article 29 de la Loi relative aux CETC sont pratiquement identiques à ceux des dispositions analogues dans les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY »), du Tribunal pénal international pour le Rwanda (le « TPIR »), du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (le « TSSL »)¹⁶. Ces tribunaux ont interprété le mot « commis » comme incluant la participation à la réalisation d'un dessein ou projet commun¹⁷. Selon les co-procureurs, la Chambre de première instance doit interpréter l'article 29 à

¹³ Voir la Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 43 ; *Le Procureur c/ Milutinović*, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic - Entreprise criminelle commune, dossier n° IT-99-37-AR72, Chambre d'appel du TPIY, 21 mai 2003, par. 21.

¹⁴ Article 29 de la Loi relative aux CETC (non souligné dans l'original).

¹⁵ Jugement *Duch*, par. 511.

¹⁶ Les Statuts du TPIY, TPIR et TSSL présentent deux différences mineures avec la Loi relative aux CETC, en ce qu'ils 1) contiennent les mots « de toute autre manière » avant « aidé et encouragé » et 2) mentionnent la responsabilité pour avoir « commis » avant celle pour avoir « aidé et encouragé » [en outre, dans leur version en français, les Statuts du TPIY, du TPIR et du TSSL rendent par « a aidé et encouragé » ce qui est exprimé par « s'est rendu complice » dans la Loi relative aux CETC]. Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 25 mai 1993, amendé le 7 juillet 2009 (« Statut du TPIY »), art. 7 1) (prévoyant que quiconque a « planifié, incité à commettre, ordonné ou de toute autre manière aidé et encouragé » [à planifier, préparer ou exécuter] un crime punissable par le TPIY, est individuellement responsable dudit crime) ; Statut du Tribunal international pénal pour le Rwanda, 8 novembre 1994, amendé le 16 décembre 2009 (« Statut du TPIR »), art. 6 1) (identique) ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 Janvier 2002 (« Statut du TSSL »), art. 6 1) (identique). Étant donné que la responsabilité pénale prévue dans ces dispositions est décrite avec les mêmes mots que dans le texte fondateur des CETC, rien ne permet de penser que l'omission des mots « de toute autre manière » et la légère modification de l'ordre des termes avaient pour objectif de donner un sens différent à la disposition des CETC.

¹⁷ Voir, par exemple, *Le Procureur c/ Tadić*, Arrêt, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel du TPIY, 15 juillet 1999 (« Arrêt *Tadić* »), par. 230 à 234 ; *Le Procureur c/ Ntakirutimana*, Arrêt, affaires n° ICTR-96-10-A et

002/19-09-2007-ECCC/TC

la lumière de l'interprétation des dispositions analogues de leur Statut qu'ont faite les juridictions qui sont de la même famille que les CETC.

15. En deuxième lieu, quand la Loi relative aux CETC a été adoptée en 2001, ses rédacteurs connaissaient la décision fondatrice relative à l'entreprise criminelle commune, à savoir l'Arrêt du TPIY dans l'affaire *Tadić*. Ils savaient en particulier que la Chambre d'appel du TPIY, en se fondant sur l'objet et le but du Statut, le caractère international des crimes, l'examen de la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale et l'étude comparée des législations de plusieurs pays, avait conclu que l'entreprise criminelle commune, y compris sa troisième catégorie, était inscrite dans l'article 7 1) du Statut du TPIY¹⁸. Selon les co-procureurs, si les rédacteurs de la Loi relative aux CETC avaient souhaité exclure l'entreprise criminelle commune, et sa troisième catégorie en particulier, ils auraient utilisé dans l'article 29 des mots différents de ceux employés dans le Statut du TPIY¹⁹.

16. En troisième lieu, tenir les accusés pénalement responsables en raison de leur participation à une entreprise criminelle commune est conforme à l'objet et au but de la Loi relative aux CETC. L'article premier de la Loi relative aux CETC dispose que l'« objet » de la Loi est de traduire en justice « les hauts dirigeants du Kampuchéa Démocratique et les principaux responsables » des crimes commis pendant ce régime. Pour remplir son mandat consistant à traduire en justice les « hauts dirigeants » et les « principaux responsables » de ces crimes, il est essentiel que les CETC puissent déclarer responsables les personnes qui ont conçu et mis en œuvre les politiques criminelles du Kampuchéa démocratique, et non uniquement les personnes qui ont matériellement commis les crimes qui ont découlé de ces politiques. Tenir les Accusés pénalement responsables pour avoir participé à une entreprise criminelle commune est le meilleur moyen de remplir ce mandat.

ICTR-96-17-A, Chambre d'appel du TPIR, 13 décembre 2004, par. 461 et 484 ; *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanue* (affaire AFRC), *Decision on Motions for Judgment of Acquittal Pursuant to Rule 98*, affaire n° SCSL-04-16-T, 31 mars 2006 (uniquement disponible en anglais), par. 308 à 326.

¹⁸ Arrêt *Tadić*, par. 189, 191 et 195 à 226.

¹⁹ Pour plus de précisions, voir la Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par Ieng Sary, Ieng Thirith et Khieu Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune, dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (CP 35, 38 et 39), doc. n° D97/16/5, par. 55-56.

002/19-09-2007-ECCC/TC

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DÉCOULANT DE LA PARTICIPATION À LA TROISIÈME CATÉGORIE
D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE ÉTAIT ÉTABLIE EN DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER
DURANT LA PÉRIODE ALLANT DE 1975 À 1979.

17. La Chambre de première instance a affirmé que les première et deuxième catégories de l'entreprise criminelle commune faisaient partie du droit international coutumier pendant la période allant de 1975 à 1979²⁰, mais elle ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si la troisième catégorie faisait également partie du droit international coutumier durant cette période²¹. Selon les co-procureurs, toutes les formes d'entreprise criminelle commune, y compris la forme élargie, faisaient partie du droit international coutumier à l'époque.

18. Comme l'a affirmé la Chambre de première instance, les trois catégories d'entreprise criminelle commune partagent les mêmes éléments matériels requis (*actus reus*) : 1) une pluralité de personnes ; 2) l'existence d'un plan, projet ou dessein communs qui consiste à commettre un des crimes prévus par la loi pertinente ou qui en implique la perpétration ; 3) la contribution « importante » de l'accusé à la réalisation du projet commun impliquant la perpétration d'un des crimes prévus par la loi pertinente²².

19. Les trois formes d'entreprise criminelle commune diffèrent en revanche pour ce qui est de l'élément moral. S'agissant des première et deuxième catégories, il faut établir que l'accusé avait l'intention de commettre le crime sous-jacent : pour la première catégorie, il faut établir que cette intention était partagée par tous les coauteurs²³ et pour la deuxième catégorie il faut établir que l'accusé avait personnellement connaissance du système de mauvais traitements et qu'il a eu l'intention de contribuer au fonctionnement de ce système²⁴. Pour la troisième catégorie, en revanche, il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé avait l'intention de commettre un acte spécifique, mais il peut être tenu pénalement responsable pour les crimes qui étaient la conséquence naturelle et prévisible du but commun dont il partageait l'intention, pour autant « que les actes qui, quoique débordant le cadre du but commun, en sont une conséquence naturelle et prévisible [...] et que l'accusé a délibérément pris ce risque²⁵ ».

²⁰ Jugement *Duch*, par. 512.

²¹ Jugement *Duch*, par. 513.

²² Jugement *Duch*, par. 508. Voir aussi *Le Procureur c/ Brđanin*, Arrêt, affaire n° IT-99-36-A, Chambre d'appel du TPIY, 3 avril 2007, par. 430.

²³ Jugement *Duch*, par. 509.

²⁴ Jugement *Duch*, par. 509.

²⁵ Jugement *Duch*, par. 509.

002/19-09-2007-ECCC/TC

20. Selon les co-procureurs, la Chambre de première instance doit suivre l'approche qu'a adoptée la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić* quand elle a conclu que la notion de responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune – notamment sous sa forme élargie – trouvait ses racines dans le droit international coutumier conformément à des instruments internationaux adoptés après la Deuxième Guerre mondiale et la jurisprudence y relative²⁶. La Chambre de première instance s'est notamment appuyée sur l'Accord de Londres contenant le Statut du Tribunal militaire international,²⁷ la Loi n° 10 du Conseil de contrôle²⁸ et le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient²⁹. Les CETC peuvent également appliquer l'interprétation qu'a faite le TPIY du droit coutumier international puisqu'il ne s'est produit aucun développement important en droit international humanitaire entre 1975 et la création du TPIY en 1993.

21. En outre, comme l'ont déjà soutenu les co-procureurs, le Statut du Tribunal militaire international, la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et la jurisprudence y relative – dans leur ensemble – représentent ce que des spécialistes éminents du droit international ont appelé un moment frappé de la marque de Grotius³⁰. C'est ce genre de moment où des bouleversements entraînent l'émergence et l'acceptation inhabituellement rapides de nouvelles règles et doctrines du droit international coutumier³¹.

22. Selon les co-procureurs, un des principes du droit coutumier qui a pris forme après la Deuxième Guerre mondiale a été la règle selon laquelle les personnes qui participent à un plan criminel commun peuvent être tenus responsables pour les actes commis par d'autres en exécution de ce plan. Cette règle a été consacrée par l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international,

²⁶ La position du TPIY sur l'entreprise criminelle commune a été confirmée dans différentes affaires au TPIY, au TPIY, au TSSL et au Tribunal spécial pour le Liban (« TSL »). Voir *infra*, par. 14, nbp 17 (jurisprudence citée) ; Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification, affaire n° STL-11-01/1, TSL, 16 février 2011 (« Décision préjudicielle du TSL »), par. 239 à 247.

²⁷ Accord de Londres du 8 août 1945 (« Statut du Tribunal Militaire International »), art. 6.

²⁸ *Control Council Law No. 10*, in *Official Gazette of the Control Council for Germany* (1946), vol. 3, p. 50 (« Loi n° 10 du Conseil de contrôle », uniquement disponible en anglais).

²⁹ *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 Janvier 1946 (« Statut du tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient », uniquement disponible en anglais), art. 5.

³⁰ Voir *Co-Prosecutors' Supplementary Observations on JCE*, Dossier n° 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, doc. n° D97/8, 31 décembre 2008 (« Observations supplémentaires des co-procureurs relatives à l'entreprise criminelle commune », uniquement disponible en anglais), par. 11 à 25.

³¹ Voir par exemple Leila Nadya Sadat, *The Establishment of the International Criminal Court: From the Hague to Rome and Back Again*, 8 Mich. St. U. J. Int'l L. 97, 101 (1999) (l'auteur avance que la conférence de Rome qui a produit le Statut de la Cour pénale internationale a représenté un moment du droit international frappé de la marque de Grotius.

002/19-09-2007-ECCC/TC

qui disposait que les personnes « 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 relevant de la compétence du tribunal] sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes, en exécution de ce plan³² » et par l'article II 2) d) de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, qui prévoyait qu'une personne pouvait être condamnée pour un crime en application de la Loi n° 10, si elle « avait un lien avec des plans ou des entreprises impliquant sa commission³³ » [traduction non officielle].

23. Les co-procureurs avancent également qu'au concept de responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune qui était inscrite dans les instruments internationaux et qui a été appliquée dans la jurisprudence internationale après la Deuxième Guerre mondiale appartient également la notion aujourd'hui appelée responsabilité pénale découlant de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, à savoir l'idée selon laquelle un accusé peut être tenu responsable de crimes qu'il n'avait pas nécessairement l'intention de commettre, mais qui étaient la conséquence naturelle et prévisible d'un plan criminel commun auquel l'accusé a délibérément adhéré. Cette conclusion est raisonnable compte tenu de l'objet et du but du Statut du Tribunal militaire international et des procès de l'après-Deuxième Guerre mondiale – c'est-à-dire établir la responsabilité individuelle pénale pour des crimes ayant pris une forme collective. L'existence de ce principe se retrouve dans au moins deux affaires jugées sous le régime de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle³⁴ décrites en détail ci-dessous :

24. La première affaire, jugée par le Tribunal militaire britannique chargé de poursuivre les criminels de guerre, est connue comme l'affaire du Lynchage d'Essen³⁵. Dans cette affaire, sept personnes ont été conjointement accusées de meurtre comme crime de guerre parce qu'elles auraient été impliquées dans l'exécution de trois prisonniers de guerre britanniques. Deux des

³² Statut du Tribunal militaire international, art. 6.

³³ Loi n° 10 du Conseil de contrôle, art. II(2)(d). Voir aussi le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, art. 5.

³⁴ Les tribunaux pénaux internationaux ont fréquemment utilisé la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et la jurisprudence qui en est issue comme preuve de l'état du droit international coutumier. Voir par exemple la Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 57 (les juges ont dit que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle était un texte de loi « reflétant l'accord des grandes puissances sur le droit à appliquer aux crimes internationaux ainsi que sur la compétence des tribunaux militaires appelés à connaître de ces crimes » (non souligné dans l'original)) ; *Le Procureur c. Kupreškić*, Jugement, affaire n° IT-95-16-[T], Chambre de première instance du TPIY, 14 Janvier 2000, par. 541 (les juges ont dit que la Loi n° 10 du Conseil de contrôle était un des instruments internationaux « dont les dispositions étaient déclaratoires du droit en vigueur ou avaient été progressivement intégrées au droit international coutumier »).

³⁵ *Trial of Erich Heyer and Six Others, British Military Court for the Trial of War Criminals*, Essen, 18, 19, 21 et 22 décembre 1945, UNWCC, vol. 1 (1949) (« Affaire du lynchage d'Essen ») p. 88.

002/19-09-2007-ECCC/TC

accusés étaient des soldats de l'armée allemande ; les autres accusés étaient des civils. D'après l'Accusation, les actes répréhensibles auraient été commis en trois étapes. D'abord, un des accusés, capitaine dans l'armée allemande, a ordonné à un autre accusé, une simple recrue de l'armée allemande, d'escorter les trois prisonniers de guerre sur le trajet entre la caserne où ils étaient détenus et un autre immeuble où ils devaient être interrogés, en traversant la ville allemande d'Essen. Le capitaine a donné cette instruction devant une foule de civils, et le soldat a reçu l'ordre de ne « s'opposer d'aucune manière si la foule s'en prenait aux prisonniers³⁶ » [traduction non officielle]. Au cours de la deuxième étape, le soldat allemand a conduit à pieds les prisonniers dans la ville, une foule s'est alors formée et a été autorisée à frapper les prisonniers à coups de bâtons et à leur jeter des pierres. Pour finir la foule a jeté les trois prisonniers d'un pont ; l'un d'eux s'est tué dans sa chute ; la foule a tiré des coups de feu d'en haut sur les deux autres prisonniers et d'autres personnes les ont frappés, notamment à coups de pieds, jusqu'à ce que mort s'ensuive.

25. Dans l'affaire du lynchage d'Essen, la thèse de l'Accusation était que les accusés portaient la responsabilité de ces morts : le capitaine a « allumé la flamme » en donnant l'ordre public concernant le transfert des prisonniers, chaque personne dans la foule ayant porté un coup a « mis le feu aux poudres » et finalement « l'explosion » s'est produite sur le pont. En résumé, l'Accusation a présenté sa thèse comme suit :

[o]n ne peut les distinguer les unes des autres ; elles ont toutes contribué au lynchage.[...] à partir du moment où les prisonniers ont quitté la caserne, ces hommes étaient voués à mourir et la foule le savait, et chaque membre de la foule ayant porté un coup est tant moralement que pénalement responsable de la mort de ces trois hommes³⁷ [traduction non officielle].

26. Le Tribunal s'est rallié à la thèse de l'Accusation et a déclaré le capitaine, le soldat et trois civils coupables de meurtre en tant que crime de guerre³⁸. Le jugement ne précise pas le mode de participation pour lequel le Tribunal a tenu chaque accusé responsable, mais les notes de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre relatives à cette affaire indiquent que les trois civils condamnés « ont été reconnus coupables parce que chacun d'entre eux avait d'une manière ou d'une autre pris part aux mauvais traitements qui avaient entraîné la mort des victimes, bien qu'il n'ait pas été prouvé avec certitude lequel des accusés avait individuellement tirés les

³⁶ Affaire du lynchage d'Essen, p. 89.

³⁷ Affaire du lynchage d'Essen, p. 89.

³⁸ Deux des civils ont été acquittés ; l'un parce que les coups qu'il a infligés n'étaient ni particulièrement violents ni proches du décès de l'aviateur, et l'autre parce qu'il n'a pas été prouvé au-delà de tout doute raisonnable qu'il avait réellement participé à la rixe. Arrêt *Tadić*, par. 208, nbp 259.

002/19-09-2007-ECCC/TC

coups de feu ou porté les coups qui avaient entraîné leur³⁹ » [traduction non officielle]. Comme l'a reconnu le TPIY dans l'affaire *Tadić*, il apparaît que le Tribunal dans l'affaire du lynchage d'Essen a appliqué, au moins pour certains des accusés, l'équivalent de la responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie⁴⁰.

27. Une deuxième affaire témoignant de l'existence en droit international coutumier de la responsabilité pénale découlant de la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie est l'affaire *United States v. Kurt Goebell et. al.*, également dite affaire de l'île Borkum⁴¹. Cette affaire a été jugée devant le Tribunal militaire américain à Dachau. Les faits dans l'affaire de l'île Borkum sont très semblables à ceux du lynchage d'Essen décrit plus haut : un groupe d'aviateurs américains a été fait prisonniers en territoire allemand et a dû traverser à pied la ville de l'île de Borkum : là, les aviateurs ont été frappés et finalement abattus par un groupe de civils et de soldats allemands qui n'étaient pas en service⁴². L'événement s'est produit malgré la présence de sept soldats allemands qui avaient reçu l'ordre d'escorter les prisonniers jusqu'à une unité navale où ils devaient être pris en charge⁴³.

28. L'Accusation a fondé son dossier sur la responsabilité découlant d'un dessein commun, faisant valoir dans sa déclaration liminaire que les accusés étaient « des rouages d'un objectif commun dont chacun avait la même importance, chaque rouage jouant le rôle qui lui était assigné⁴⁴ » [traduction non officielle]. Après avoir délibéré à huis clos, les juges ont prononcé un verdict oral par lesquels ils ont déclaré le maire et plusieurs officiers coupables à la fois de meurtre et d'agression et ont déclaré les autres accusés coupables d'agression seulement. Dans cette affaire il n'y avait pas d'assesseur désigné pour dire le droit applicable, mais les faits de l'espèce, ainsi que la déclaration liminaire du Procureurs, laissent supposer que le tribunal a retenu la théorie du dessein commun, sous sa forme élargie. En substance, il apparaît que le Tribunal a conclu que bien

³⁹ Affaire du lynchage d'Essen, p. 91.

⁴⁰ Arrêt *Tadić*, par. 209 (les juges ont déduit « que la cour a considéré que les condamnés qui avaient simplement porté un coup ou avaient implicitement poussé les autres au meurtre auraient pu prévoir que ces derniers tuaient les prisonniers ; et c'est pour cela qu'ils ont également été déclarés coupables de meurtre »).

⁴¹ Bien qu'il n'ait pas été publié dans rapport de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, le public peut consulter ce dossier grâce à *U.S. National Archives Microfilm Publications*. Archives des États-Unis, numéro de publication M1103, *Records of United States Army War Crimes Trials, United States of America v. Goebell, et. al.*, 6 février – 21 mars 1946. En outre, un rapport détaillé du procès (d'après les comptes rendus d'audience) a été publié en 1956. Voir Maximilian Koessler, *Borkum Island Tragedy and Trial*, 47 *Journal of Criminal Law* 183-196 (1956) (« Koessler »).

⁴² Voir Koessler, p. 184 à 189.

⁴³ Voir Koessler, p. 184 à 189, en particulier p. 185.

⁴⁴ Arrêt *Tadić*, par. 210 (les juges ont cité l'affaire de l'île de Borkum, *U.S. National Archives Microfilm Publications I*, p. 1186).

002/19-09-2007-ECCC/TC

que certains accusés n'avaient pas participé au meurtre et n'avaient pas l'intention qu'il soit commis, ils n'en étaient pas moins pénalement responsables parce que le meurtre était une conséquence naturelle et prévisible de leur traitement des prisonniers. Comme a conclu la Chambre d'appel du TPIY :

On peut déduire de cette affaire que tous les accusés reconnus coupables ont été déclarés responsables d'avoir poursuivi un objectif criminel commun, leur intention étant d'agresser les prisonniers de guerre. Cependant, certains ont été déclarés coupables de meurtre malgré l'absence d'éléments prouvant qu'ils avaient effectivement tué ces personnes. Ce verdict repose vraisemblablement sur le fait que les accusés, que ce soit du fait de leur statut, de leur rôle ou de leur comportement, étaient en mesure de prévoir que l'agression entraînerait le meurtre des victimes par certains des individus y participant⁴⁵.

29. Outre les éléments cités plus haut démontrant l'existence de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune en droit international coutumier, les co-procureurs sont d'avis qu'il existe des raisons sérieuses de penser que la responsabilité découlant de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune peut être établie en droit international coutumier du fait qu'il s'agit d'un des « principes généraux du droit⁴⁶ ». Comme l'ont déjà fait valoir les co-procureurs, à l'époque des faits, de nombreux systèmes nationaux prévoyaient des modes de coaction semblables à la participation à une entreprise criminelle commune élargie, notamment l'entente criminelle, la doctrine de *felony murder* en *common law*, le concept d'association de malfaiteurs et de nombreuses autres théories relatives à la coaction⁴⁷. Le Code pénal révisé des Philippines de 1930, par exemple, un pays de la région ayant des traits communs avec le Cambodge, dispose que peut être tenue pénalement responsable toute personne ayant commis un crime (*delito*) même si le crime est différent de celui qu'elle avait l'intention de commettre⁴⁸. Dans l'Arrêt *Tadić* se trouvent plusieurs autres exemples qui démontrent que ce concept était enraciné dans les législations de nombreux États, notamment de droit romano-germanique comme la France et l'Italie⁴⁹.

⁴⁵ Arrêt *Tadić*, par. 213.

⁴⁶ Voir le Statut de la Cour internationale de justice, art. 38(1)(c) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15. 2 (indiquant que ne constitue pas une atteinte au principe de légalité la condamnation d'un accusé « en raison d'actes ou d'omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations »).

⁴⁷ Observations supplémentaires des co-procureurs relatives à l'entreprise criminelle commune, par. 10.

⁴⁸ Code pénal amendé des Philippines, Loi n° 3815, 8 décembre 1930, art. 4.

⁴⁹ Voir Arrêt *Tadić*, par. 224 ; voir aussi le Mémoire d'*Amicus Curiae* du professeur Antonio Cassese et des membres du *Journal of International Criminal Justice* sur la théorie de l'entreprise criminelle commune, doc. n° D99/3/24, 27 octobre 2008 (« Mémoire du professeur Cassese »), par. 63 à 68 (citant des exemples). Il convient également de noter que, dans l'affaire *Tadić*, le TPIY a conclu qu'on ne peut se fonder sur des systèmes nationaux ayant reconnu la théorie du but commun en tant que sources de normes internationales

002/19-09-2007-ECCC/TC

30. Dans la Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, la Chambre préliminaire a évoqué la possibilité qu'« un certain nombre de systèmes juridiques internes réputés représenter les grands systèmes juridiques du monde admettent qu'un type d'élément moral moins restrictif que l'intention directe soit retenu pour que des crimes débordant le cadre d'un but criminel commun relèvent de la commission⁵⁰ ». La Chambre de première instance a en fin de compte refusé de trancher la question au motif que même si la participation à une entreprise criminelle commune élargie pouvait être considérée comme punissable en se fondant sur un principe général du droit pénal, il n'était pas possible de l'appliquer aux CETC car les personnes mises en examen ne pouvaient pas prévoir qu'elles pourraient devoir répondre de ce mode de participation⁵¹.

31. Comme ils le précisent dans la partie C ci-dessous, les co-procureurs estiment que la Chambre préliminaire a commis une erreur de droit quand elle a évalué si l'application de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune était prévisible, et pour cette raison s'est trompée quand elle a dit qu'elle n'avait pas besoin de savoir si la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune était reconnue comme principe général du droit durant la période des faits. Les co-procureurs soutiennent que si la Chambre de première instance devait conclure que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne faisait pas partie du droit international coutumier à l'époque des faits, il serait approprié et souhaitable qu'elle demande à des universitaires ou des organismes de recherche qualifiés de lui présenter des conclusions d'*amicus curiae* sur la question de savoir si les CETC peuvent néanmoins appliquer le principe selon lequel la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune engage la responsabilité pénale, au motif que ce principe avait acquis le caractère de « principe général du droit reconnu par les nations civilisées » durant la période des faits. Les co-procureurs avancent que l'analyse complète que pourrait fournir un *amicus curiae* qualifié serait utile en l'espèce considérant

puisque la Chambre a estimé qu'il faut démontrer que « la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la notion de but commun ». Voir Arrêt *Tadić*, par. 225. En constatant que ce critère n'était pas rempli, la Chambre a fait observer que dans certains pays comme l'Allemagne et les Pays-Bas les accusés ne sont pas tenus responsables pour les crimes, commis par d'autres, qui n'étaient pas envisagés dans l'objectif commun. *Id.*, par. 224. D'autres sources en revanche laissent supposer qu'« il n'est pas nécessaire qu'un principe particulier soit universellement accepté par chaque nation appliquant les grands systèmes juridiques pour qu'une lacune soit comblée. Il suffit qu'un nombre majoritaire de nations de chacun des grands systèmes juridiques le reconnaisse ». Voir par exemple. *Le Procureur c/ Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, Arrêt, Chambre d'appel du TPIY, 7 octobre 1997, Opinion individuelle et dissidente du Juge Stephen, par. 25.

⁵⁰ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87 ; voir d'une manière générale *id.*, par. 84 à 87.

⁵¹ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87.

002/19-09-2007-ECCC/TC

l'ampleur et la complexité de l'étude comparative nécessaire et le stade actuel de la procédure, les parties étant déjà largement engagées dans la préparation du procès. Si la Chambre rejette cette demande, à défaut, les co-procureurs demandent l'autorisation de déposer des conclusions supplémentaires sur cette question.

LES ACCUSÉS POUVAIENT PRÉVOIR QU'ILS POURRAIENT ÊTRE POURSUIVIS POUR AVOIR PARTICIPÉ À LA TROISIÈME CATÉGORIE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE ET LA LÉGISLATION PRÉVOYANT CES POURSUITES LEUR ÉTAIT ACCESSIBLE.

32. Comme précisé plus haut, pour pouvoir reprocher à un accusé un mode de participation aux crimes, un tribunal doit être convaincu que ces poursuites respectent le principe de légalité, c'est à dire que le mode de participation était suffisamment prévisible et que la législation prévoyant ce mode de participation devait, à l'époque des faits, avoir été suffisamment accessible à quiconque agissait de la sorte⁵². S'agissant de l'application aux CETC de la théorie de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, ces deux conditions sont remplies.

33. S'agissant du volet de prévisibilité du critère de légalité, les co-procureurs avancent que la jurisprudence internationale citée plus haut a permis aux Accusés d'être informés que leur responsabilité pénale pourrait être engagée en raison de leur participation à un plan commun, non seulement pour les actes délibérément inclus dans le plan, mais également pour les actes criminels qui ont été la conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre. La prévisibilité des poursuites en raison de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune est confirmée par le fait que de nombreux systèmes juridiques reconnaissent, à l'époque des faits, des modes de coaction semblables à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune⁵³. Par exemple, le droit français, qui a influencé le développement du système juridique cambodgien, prévoyait la responsabilité pénale pour les actes commis par un complice en dehors du plan criminel quand le comportement incriminé avait une forme de relation avec le crime planifié⁵⁴.

34. Comme noté plus haut, la Chambre préliminaire a dit qu'elle n'avait pas à décider si la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune était reconnue comme principe général du droit puisqu'elle n'était « pas convaincue » que les Accusés auraient pu prévoir en 1975-1979

⁵² *Décision Milutinović*, par. 37.

⁵³ Voir *infra*, par. 29.

⁵⁴ Voir Arrêt *Tadić*, par. 224, nbp 285 (les juges ont cité un arrêt de la Cour de cassation française dans lequel il était dit qu'un complice « devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, toutes les circonstances dont il pouvait être accompagné »).

002/19-09-2007-ECCC/TC

qu'ils engageaient leur responsabilité pénale pour ce type de participation⁵⁵. En expliquant pourquoi elle n'était « pas convaincue », la Chambre préliminaire a dit ne pas avoir trouvé, en droit cambodgien, applicable à l'époque des faits, de disposition qui aurait eu pour effet d'informer les personnes mises en examen que ce mode élargi de participation était également punissable⁵⁶.

35. Les co-procureurs notent que le principe de légalité ne dicte pas qu'un principe de droit international coutumier, comme la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, n'aurait été prévisible aux Accusés que s'il avait été codifié dans le droit national. Le droit national peut informer qu'un acte est considéré comme un crime par le droit international, mais ce n'est pas toujours vrai, en particulier pour ce qui est du droit international coutumier⁵⁷. Dans tous les cas, les co-procureurs notent que le Code pénal de 1956 (le « Code pénal »), en ce qu'il prévoit la « complicité » comme mode de participation, étaye d'une manière générale les concepts sous-tendant l'application de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune⁵⁸. Cet élément confirme encore que les Accusés pouvaient prévoir durant la période du Kampuchéa démocratique qu'ils pourraient être poursuivis pour avoir participé à une entreprise criminelle commune élargie et que le droit applicable leur était accessible.

36. La conclusion selon laquelle les Accusés pouvaient prévoir que leur participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune engagerait leur responsabilité pénale est également étayée par la nature des crimes commis par les Khmers rouges durant la période des faits. Il est inconcevable qu'une personne raisonnable n'ait pas pensé que sa participation à un plan commun, dont le résultat prévisible était des atrocités commises à grande échelle, violait à ce point les règles universelles du droit et de la morale qu'elle justifiait que sa responsabilité pénale soit engagée⁵⁹.

37. S'agissant du volet d'accessibilité du principe de légalité, l'approche générale adoptée par les autres tribunaux internationaux a consisté à supposer que les conditions de prévisibilité et d'accessibilité sont remplies si le comportement s'avère être punissable au regard du droit

⁵⁵ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87.

⁵⁶ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87.

⁵⁷ *Décision Milutinović*, par. 41.

⁵⁸ Code pénal du Cambodge de 1956, art. 145. Voir aussi le Mémoire du Professeur Cassese, par. 74 à 80.

⁵⁹ *Décision Milutinović*, par. 42 (les juges ont déclaré que « [b]ien que le caractère immoral ou atroce d'un acte ne soit pas un élément suffisant pour garantir son incrimination en droit international coutumier, il peut avoir une incidence dans la mesure où il peut permettre de réfuter l'argument d'un accusé faisant valoir qu'il ignorait le caractère criminel de ses actes »).

002/19-09-2007-ECCC/TC

international coutumier⁶⁰. Comme précisé plus haut, la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier en 1975 et, en conséquence, il y a lieu de supposer que le droit applicable était accessible aux Accusés. Il n'est pas nécessaire que les Accusés aient réellement su que leur responsabilité pénale pouvait être engagée en raison de leur participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune⁶¹. Dans tous les cas, les éléments nécessaires pour conclure que durant la période allant de 1975 à 1979 le principe selon lequel la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle engageait la responsabilité pénale étaient disponibles et accessibles. La plupart des procès menés sous le régime de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle avaient été publiés en 1949 sous une forme résumée dans le rapport officiel largement diffusé de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre . De même, le Statut du Tribunal militaire international, et la jurisprudence qui en a découlé, ont été publiés et largement diffusés bien avant 1975.

LA THÉORIE DE LA TROISIÈME CATÉGORIE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE EST CONFORME À
L'OBJET ET AU BUT DU DROIT INTERNATIONAL PÉNAL.

38. Selon les co-procureurs, la théorie de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune est conforme à l'objet et au but du droit international pénal, tel qu'il ressort des instruments internationaux et de la jurisprudence de l'après-Deuxième Guerre mondiale. La théorie de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune protège la société des personnes qui 1) se réunissent pour participer à des entreprises criminelles communes et 2) prévoient ou devraient prévoir un crime, mais n'en continuent pas moins de participer à l'entreprise criminelle sans s'opposer à la commission future ou présente du crime supplémentaire ni quitter l'entreprise criminelle commune pour éviter de participer au crime supplémentaire. Il est de l'intérêt fondamental de la communauté mondiale de s'opposer à ce type de comportement intentionnel et dangereux, surtout parce que, comme l'a noté Lord Justice Steyn, à la Chambre des Lords d'Angleterre et du Pays de Galles, « l'[e]xpérience a montré que les entreprises criminelles communes ont trop tendance à passer à des crimes plus graves⁶² » [traduction non officielle].

⁶⁰ Mémoire d'*amicus curiae* présenté à la Chambre préliminaire par le Centre pour les droits de la personne et le pluralisme juridique de l'Université McGill, dossier n° 002/18-07-2007-ECCC/OCIJ (CP 02), doc. n° D99/3/25, 27 octobre 2009, par. 13 ; *Le Procureur c/ Martić*, affaire n° ICTY, IT-95-11-A, *Judgement on Appeal – Separate Opinion of Judge Schomburg on the Individual Criminal Responsibility of Milan Martić*, 8 octobre 2008 (uniquement disponible en anglais).

⁶¹ Nul n'est censé ignorer la loi.

⁶² *Regina v. Powell and another, Regina v. English*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 1 A.C. 1, p. 14.

002/19-09-2007-ECCC/TC

39. Le principe selon lequel la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune engage la responsabilité pénale offre un mécanisme raisonnable et nécessaire pour combattre la menace spéciale que représente le crime organisé et pour faire face aux défis extraordinaires que représente la poursuite de ce type de criminels. Dans ce contexte, il convient de noter que les moyens criminels mis au service de l'objectif commun d'une entreprise criminelle commune ne sont pas figés et peuvent évoluer avec le temps. Le Tribunal spécial pour le Liban a observé comme suit : « [L]es participants à une entreprise criminelle commune peuvent initialement convenir de commettre uniquement un petit nombre de crimes "fondamentaux", mais les crimes qui étaient prévisibles au début d'une [entreprise criminelle commune] peuvent devenir des objectifs criminels acceptés par un nombre croissant de participants à l'[entreprise criminelle commune]⁶³ ». La différence entre la première catégorie d'entreprise criminelle commune, pour laquelle il est nécessaire de prouver l'intention directe, et la troisième catégorie « bien que théoriquement importante, n'est pas forcément essentielle lorsqu'il s'agit des éléments de preuve effectivement présentés et des conclusions qui en découlent : souvent, lorsqu'un participant à une [entreprise criminelle commune] prévoit un crime supplémentaire auquel il n'avait pas initialement adhéré et qu'il accepte malgré tout d'apporter un concours substantiel à l'[entreprise criminelle commune], la seule conclusion raisonnable est qu'il a accepté ce crime supplémentaire, engageant donc sa responsabilité dans le cadre d'une [entreprise criminelle commune]⁶⁴ ».

40. En outre, certaines personnes ont soutenu que la théorie de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune élargit plus que de raison le champ de la responsabilité pénale ou a pour conséquence de criminaliser des comportements alors que leurs auteurs sont peu coupables, mais ce n'est pas vrai. Selon les co-procureurs, s'il est vrai que le participant à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune peut ne pas être coupable en qualité d'auteur direct, il n'en est pas moins également vrai que son comportement est grave et doit être sanctionné, et il y a plutôt lieu de prendre en compte toute différence dans le niveau de culpabilité au moment de fixer la peine⁶⁵.

⁶³ Décision préjudicielle du TSL, par. 246.

⁶⁴ Décision préjudicielle du TSL, par. 246.

⁶⁵ Voir la Décision préjudicielle du TSL, par. 245 (le juge a déclaré que 1) même si « l'"auteur secondaire" [...] n'avait pas l'intention (*dolus*) de commettre un crime non concerté [...], le crime supplémentaire a été possible grâce, tout à la fois, à sa participation à l'entreprise criminelle (qui doit comporter une contribution importante à la réalisation du plan criminel de l'entreprise) et au fait qu'il ne s'est pas éloigné de la perpétration du crime supplémentaire ou bien ne l'a pas empêché, une fois qu'il était en mesure de le

V. CONCLUSION

41. Pour ces raisons, les co-procureurs demandent qu'il plaise à la Chambre : a) conclure que la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune engage la responsabilité pénale devant les CETC ; b) selon que de besoin, requalifier dans le jugement les crimes mentionnés dans l'Ordonnance de renvoi, crimes commis dans le cadre de la forme élargie de l'entreprise criminelle commune, c'est à dire la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ; c) se prononcer sur la question de savoir si les CETC peuvent connaître de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune avant le début du procès ou, à défaut, d'indiquer expressément qu'elle remet à plus tard la décision relative à la question.

Date	Nom	Lieu	Signature
17 Juin 2011	Mme CHEA Leang Co-Procureur	Phnom Penh	
	M. Andrew CAYLEY Co-Procureur		

prévoir », et 2) le moindre degré de culpabilité et du caractère condamnable des agissements de l'«auteur secondaire» doit être pris en compte lors du prononcé de la peine).