

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

Dépôt

Dossier n° : 002/19-09-2007-ECCC/TC

Partie déposante : M. KHIEU Samphân

Déposé auprès de : La Chambre de première instance

Langue originale : Français

Date du document : 18 janvier 2013



Classement

Classement suggéré par la partie déposante : Public

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

Statut du classement :

Nom du fonctionnaire du service des dossiers et archives :

Signature:

Conclusions relatives au droit applicable

Déposées par :

Avocats de M. KHIEU Samphân

KONG Sam Onn

Anta GUISSÉ

Arthur VERCKEN

Jacques VERGÈS

Assistés de

SENG Socheata

Marie CAPOTORTO

Shéhérazade BOUARFA

Mathilde CHIFFERT

OUCH Sreypath

CHUN Sotheary

Pierre TOUCHE

Auprès de :

La Chambre de première instance

NIL Nonn

Silvia CARTWRIGHT

YOU Ottara

Jean-Marc LAVERGNE

YA Sokhan

Les co-procureurs

CHEA Leang

Andrew CAYLEY

Tous les avocats des parties civiles

Toutes les équipes de Défense

PLAISE À LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE

I. Droit applicable aux crimes allégués dans le dossier 002/01 : crimes contre l'humanité

1. En vertu du principe de légalité, le droit applicable dans le cadre du présent dossier est celui qui était en vigueur entre le 17 avril 1975 et le 7 janvier 1979¹. Il convient, par ces écritures, de déterminer la définition des crimes contre l'humanité et des modes de responsabilité allégués qui seront applicables au regard de cette compétence temporelle des CETC.
2. Dans l'Arrêt *Duch*, la Cour Suprême a rappelé l'obligation pour la Chambre de première instance de s'assurer que son interprétation de la définition du crime contre l'humanité et son application ne constituent pas un amendement rétroactif à la définition prévalant entre 1975 et 1979².
3. En l'absence de texte, c'est le droit coutumier international qui s'applique. Or, après Nuremberg, ce ne sera qu'en 1996 que la Commission de Droit International mise en place par l'assemblée générale des Nations Unies (« l'Assemblée générale ») élaborera un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, définissant ce qui constituait, selon elle, un crime contre l'humanité en droit coutumier international. Cette définition « s'inspire du Statut du Tribunal de Nuremberg, tel que ce dernier l'a interprété et appliqué. Elle tient compte aussi de l'évolution du droit international intervenue depuis le jugement de ce tribunal.³ ». Bien que la jurisprudence ultérieure des TPI puisse, dans une certaine mesure, être utile à l'interprétation de la définition du crime contre l'humanité, la Cour Suprême a

¹ Affaire KAING Guek Eav, *alias Duch*, *Appeal Judgment*, **F28**, 3 février 2012, (« Arrêt *Duch* »), par. 97: « Chambers in this Tribunal are under an obligation to determine that the holdings on elements of crimes or modes of liability therein were applicable during the temporal jurisdiction of the ECCC. Furthermore, they must have been foreseeable and accessible to the Accused. In addition, the Supreme Court Chamber stresses that careful, reasoned review of these holdings is necessary for ensuring the legitimacy of the ECCC and its decisions. ».

² *Ibidem.*, par. 100: « the exercise of jurisdiction by the ECCC is limited by the definition of crimes against humanity as it stood under international law at the time of the alleged criminal conduct. In other words, Article 5 of the ECCC law with its catalogue of crimes against humanity over which the ECCC has a priori jurisdiction may not be interpreted as a retroactive amendment to that definition. ».

³ Rapport de la Commission de droit international (« CDI ») sur les travaux de sa quarante-huitième session, Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (« Projet de Code de la CDI »), 6 mai-26 juillet 1996, Assemblée générale Documents officiels, cinquante et unième session, Supplément N° 10, A/51/10, p.115.

souligné qu'elle ne liait pas les CETC et qu'elle était à manier avec précaution⁴.

4. M. KHIEU Samphân est poursuivi pour crimes contre l'humanité sous la forme de meurtre, extermination, persécution pour motifs politiques et autres actes inhumains (sous la forme d'atteinte à la dignité humaine, de transferts forcés et de disparitions forcées). L'article 5 de la loi sur les CETC prévoit que ces infractions (dites sous-jacentes) constituent un crime contre l'humanité si elles ont été commises « *dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux* »⁵. C'est ce que l'Accusation devra démontrer.

A. L'élément matériel : les caractéristiques de l'attaque

5. Toutes les définitions quelque soient leur époque s'entendent sur le fait que l'attaque doit : a) être généralisée ou systématique et, b) être dirigée contre une population civile. Cependant, il n'existe pas d'unanimité quant au contexte de l'attaque.
6. Pour le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY »), l'attaque doit avoir été commise dans le cadre d'un conflit armé⁶. De son côté, le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (« TPIR ») exige que l'attaque ait été commise de manière discriminatoire, c'est-à-dire animée par des motifs d'appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse.
7. L'article 5 de la loi sur les CETC rejoint la définition du TPIR en ce qu'elle dispose que l'attaque doit avoir été commise de manière discriminatoire.
8. Pourtant, dans leur réquisitoire définitif, les co-procureurs s'appuient sur la jurisprudence du TPIY, en particulier l'arrêt d'appel de l'affaire *Kunarac*, pour affirmer qu'« *aux fins de*

⁴ *Ibid.*, par. 97.

⁵ Article 5 de la Loi relative à la création des CETC (« Loi sur les CETC »).

⁶ Voir Article 5 du Statut du TPIY : « *Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit.* » ; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, (« Arrêt *Kunarac* »), note de bas de page 99 ; *Le Procureur c. Momcilo Perisić*, IT-04-81-T, Jugement, 6 septembre 2011, (« Jugement *Perisić* »), par. 79, dans lequel la Chambre explique que : « *[p]our que l'article 5 du Statut qui sanctionne les crimes contre l'humanité puisse s'appliquer, il est nécessaire d'établir : i) qu'il y avait un conflit armé et ii) que les actes reprochés présentaient un lien géographique et temporel avec le conflit armé.* ».

*l'établissement des crimes contre l'humanité, la notion d'« attaque » ne se limite pas au recours à la force armée, elle comprend tous mauvais traitements infligés à une population civile. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait un caractère militaire ou qu'elle s'inscrive dans le cadre d'un conflit armé.⁷ » Or, le jugement *Kunarac*, que confirme l'arrêt d'appel, statuait que : « En matière de crime contre l'humanité, l'« attaque » ne se limite pas à la conduite des hostilités, mais peut également comprendre des situations où des mauvais traitements sont infligés à des personnes ne participant pas directement aux hostilités, des personnes détenues par exemple. Les deux acceptions de ce terme procèdent toutefois de la même idée, à savoir que la guerre devrait mettre aux prises des forces armées ou des groupes armés, et qu'on ne saurait légitimement prendre pour cible la population civile.⁸ ». Ainsi, l'exigence d'un conflit armé demeure dans tous les cas et il serait incorrect d'affirmer, comme le font les co-procureurs, que l'attaque peut se constituer uniquement de mauvais traitements infligés à la population civile en dehors de tout cadre militaire.*

9. Dès lors, dans la mesure où des crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de paix, l'ajout d'un critère supplémentaire est nécessaire pour distinguer les crimes contre l'humanité des crimes de droit commun⁹. Ainsi, en l'absence de conflit armé, la question s'est posée de savoir ce qu'on entend par attaque lancée contre la « *population civile* ».
10. La CDI a estimé que le droit coutumier international n'exigeait pas de lien entre un conflit armé et un crime contre l'humanité. En revanche, elle a retenu que pour être qualifiée de crime contre l'humanité, l'infraction doit avoir été commise « *à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe* »¹⁰. Dans l'affaire *Bagilishema*, le TPIR s'est appuyé sur cette définition de la CDI pour déduire qu'une attaque généralisée ou systématique nécessite, par définition, l'existence d'un plan¹¹. Le TPIR a ajouté que le critère selon lequel l'attaque doit être dirigée contre une population civile

⁷ Réquisitoire définitif des co-procureurs (Règle 66), **D390**, 16 août 2010, par. 1244.

⁸ *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, (« Jugement *Kunarac* »), par. 416. Cette définition a été confirmée dans l'Arrêt *Kunarac*, note de bas de page 157.

⁹ Preparatory Committee on the establishment of an international criminal court, A/AC.249/CRP.2/add.3/Rev.1, 9 avril 1996: « [a] number of delegations attributed particular importance to the general criteria for crimes against humanity to distinguish such crimes from ordinary crimes under national law and to avoid interference with national court jurisdiction with respect to the latter, with the discussion focusing primarily on the criteria contained in article 3 of the Rwanda Tribunal Statute. », p. 1.

¹⁰ Projet de Code de la CDI, p. 114.

¹¹ *Le Procureur c. Ignace Bagilishemana*, ICTR-95-1A-T, Jugement, 7 juin 2001, note de bas de page 71.

présuppose également l'existence d'une sorte de plan et que l'élément discriminatoire de l'attaque est par sa nature même, seulement possible en tant que conséquence d'une politique¹².

11. Ces trois caractéristiques de l'attaque sur la base desquelles le TPIR tire ses conclusions, à savoir une attaque « généralisée ou systématique », « dirigée contre une population civile » et « l'élément discriminatoire », se retrouvent toutes dans l'article 5 de la loi sur les CETC.
12. Afin de satisfaire l'élément matériel du crime contre l'humanité, l'Accusation devra donc démontrer : a) que les crimes allégués ont été commis¹³ ; b) qu'ils l'ont été dans le cadre d'une attaque ; c) que cette attaque était généralisée ou systématique ; d) lancée contre toute population civile ; e) pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux ; f) en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

B. L'élément moral : lien entre la connaissance par l'Accusé de l'attaque et les actes accomplis dans le cadre de celle-ci

13. Il reste à traiter de la situation dans laquelle l'Accusé ne serait pas l'auteur matériel des crimes. En effet, cette situation correspond avec le présent procès.
14. Dans le jugement *Duch*, la Chambre de première instance s'est appuyée sur la jurisprudence *Kunarac* pour définir l'élément moral propre à l'attaque¹⁴. La Chambre a ainsi retenu que « *les actes commis par un Accusé doivent par leur nature ou par leurs conséquences, faire objectivement partie de l'attaque, en ce sens que les actes en question ne doivent pas être complètement éloignés du contexte de celui-ci.*¹⁵ » Toutefois, dans les deux affaires *Kunarac* et *Duch*, les Accusés étaient les auteurs directs des crimes poursuivis.

15. Dans son jugement dans la présente affaire, la question se posera donc à la Chambre de

¹² *Ibid.*, par. 78.

¹³ Voir par exemple pour le meurtre : *Le Procureur c. Milan Milutinović et consorts*, IT-05-87-T, Jugement, 26 février 2009, (« Jugement *Milutinović* ») dans lequel la Chambre a indiqué que : “ *in order to prove that murder as crime against humanity was committed, the Prosecution must prove (a) the actus reus [élément matériel] and mens rea [élément moral] of murder and (b) the general requirements of crimes against humanity*”, par. 173.

¹⁴ Affaire KAINING Guek Eav, *alias Duch*, Jugement, E188, 26 juillet 2010, (« Jugement *Duch* »), paras. 318-319.

¹⁵ Jugement *Duch*, par. 318.

déterminer des critères permettant éventuellement de lier les Accusés aux crimes poursuivis.

16. La jurisprudence des TPI a longtemps manqué de distinguer entre l'élément moral propre à l'Accusé et celui imputable à l'auteur matériel du crime. Cette carence a été critiquée par la doctrine¹⁶ puis corrigée par la jurisprudence dans le jugement *Milutinović*¹⁷.
17. Dans l'affaire *Milutinović*, le TPIY, a précisé que pour qu'il y ait crime contre l'humanité, il faut que : 1) les actes de l'auteur matériel des crimes s'inscrivent dans le contexte de l'attaque¹⁸ et, 2) que l'accusé – qu'il en soit ou non l'auteur matériel – ait connaissance de l'attaque¹⁹.
18. En outre, toujours dans l'affaire *Milutinović*, le TPIY a décidé que dans les cas où l'accusé ne serait pas l'auteur matériel des crimes, l'Accusation devrait prouver l'existence d'un lien suffisamment **direct ou étroit** entre l'accusé et la commission de l'acte incriminé. Lorsque ce lien est trop distendu, le TPIY a jugé qu'il n'y avait pas de crime contre l'humanité comme cela serait le cas dans une situation d'aide et d'encouragement²⁰. Le TPIY a estimé que ce lien est le mieux établi lorsque l'individu avait l'**intention** que le crime soit commis, c'est-à-dire lorsqu'il l'a commis, planifié, ordonné ou instigué²¹.
19. Ainsi, dans le présent procès, une infraction sous-jacente pourrait être qualifiée de crime contre l'humanité et même si l'auteur matériel des faits ignorait le contexte dans lequel il agissait, dès lors que l'accusé ayant planifié, ordonné ou instigué la conduite de l'auteur (ou le membre de l'entreprise criminelle commune), savait que les faits constituant les crimes

¹⁶ Voir par exemple, Boas, Bischoff et Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. II - Elements of crimes under International Law*, Cambridge University Press, (2011), pp. 35-41. (Document annexé).

¹⁷ Jugement *Milutinović*, paras. 153 à 162.

¹⁸ *Ibid.*, par. 152.

¹⁹ *Ibid.*, paras. 153 à 156.

²⁰ *Ibid.*, par. 157.

²¹ *Ibid.*, par. 158 : [original: “for an underlying offence to be categorized as a crime against humanity on the basis of an individual’s knowledge of the context in which it occurs, the relationship between the individual and the commission of the offence must be sufficiently direct or proximate. In the view of the Trial Chamber, the sufficient directness or proximity of the said relationship is best caught by the requirement that the individual intended that the offence be committed, inherent in four forms of responsibility provided in the Statute: commission, planning, ordering, and instigating. Under all of these forms of responsibility, the knowledge of the context of an offence is part of the mental process resulting in the commission of the offence in question. By contrast, where only individuals whose state of mind does not have to reach the level of intent- such as an aidor and abettor or a superior who fails to prevent or punish- possess this knowledge, the offence should not be categorised as a crime against humanity.”].

allégués s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque en question²².

20. On notera ici que le TPIY a particulièrement insisté sur l'exigence que soit rapportée la preuve d'un lien direct entre les crimes et l'accusé²³. Ainsi, elle a bien distingué cette analyse avec la question des modes de responsabilité.
21. Il reviendra donc aux juges de procéder en deux temps : d'abord déterminer si les conditions de l'élément moral du crime contre l'humanité sont réunies puis de déterminer si les modes de responsabilité peuvent être retenus. L'analyse de l'élément moral ne pourra pas être distillée dans celle des modes de responsabilité.

C. Droit applicable aux infractions sous-jacentes : le cas des persécutions pour motifs politiques et celui des autres actes inhumains

22. En vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, M. KHIEU Samphân ne peut être poursuivi que pour les seuls actes qui étaient criminalisés pendant la juridiction temporelle des CETC et en vertu de la définition qui était applicable à l'époque.
23. Les infractions sous-jacentes « persécution pour motifs politiques » et « autres actes inhumains » constituent des catégories indéfinies²⁴. Toutefois, afin de constituer des crimes contre l'humanité, elles doivent atteindre le même degré de gravité que les autres infractions sous-jacentes²⁵.

a. Persécution pour des motifs politiques

24. Le terme « persécution » englobe une grande variété d'actes. Selon l'article 6 c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, les crimes contre l'humanité sont « (...) *les persécutions pour motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou*

²² *Ibid.*, par. 158: [original: "even if the physical perpetrator lacks knowledge of the context in which his conduct occurs, where the planner, orderer, instigator of that conduct, or member of the joint criminal enterprise knows that it forms part of the attack."].

²³ *Ibid.*, par. 159: [original: "The Chamber stresses here that this analysis should not be confused with the question of whether the accused bears criminal responsibility for a particular crime against humanity. Instead, the above is simply a determination as to whether such a crime was committed at all."].

²⁴ *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, (« Jugement Blagojević »), par. 624.

²⁵ Jugement *Milutinović*, paras. 178-179 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaskić*, IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004, (« Arrêt Blaskić »), par. 131.

non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »²⁶.

D'ailleurs, à Nuremberg, les juges ont estimé qu'en l'absence de ce lien, les persécutions commises à l'égard des juifs avant 1939, date retenue du début de la guerre, aussi horribles qu'elles soient, ne constituaient pas des crimes contre l'humanité²⁷. Le Statut de Rome définit également la persécution « *en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour* »²⁸.

25. Contrairement à ces deux Tribunaux, les juges du TPIY n'exigent pas l'existence d'un lien entre l'acte de persécution et un autre crime international. Le projet de code de la CDI est silencieux sur cette question. Il est inutile d'entrer dans le débat de savoir si le droit coutumier international exigeait toujours ce lien entre 1975 et 1979. En effet, le Cambodge est un Etat partie à la Cour pénale internationale et le droit aujourd'hui applicable au Cambodge, en matière de crime contre l'humanité, est le Statut de Rome. Le principe de légalité prévoit l'application rétroactive de la loi pénale plus douce. De la même manière, l'article 9 de l'Accord entre les Nations Unies et le Gouvernement royal du Cambodge portant création des CETC prévoit que la définition applicable aux infractions sous-jacentes est celle donnée par le Statut de Rome²⁹.

26. Dans ces conditions, il appartiendra à l'Accusation de démontrer: a) que les actes de persécution atteignent le même degré de gravité que les autres infractions sous-jacentes ; b) l'existence d'un lien entre ces actes de persécution et tout autre infraction sous-jacente relevant de la compétence des CETC.

b. Autres actes inhumains (transferts et disparitions forcées, atteintes à la dignité humaine)

²⁶ Statut du Tribunal International Militaire, (« Statut du Tribunal de Nuremberg »), Londres, 8 août 1945.

²⁷ Tribunal International Militaire, Jugement, 1 octobre 1946: « *The policy of persecution before the war of 1939, which were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. (...) To constitute Crimes against Humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime.* ».

²⁸ Article 7 1) h) du Statut de Rome.

²⁹ L'Article 9 de l'Accord dispose que: « *[l]es chambres extraordinaires sont compétentes rationae materiae pour connaître [...] des crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998.* ».

27. La CDI retient qu'un acte ou omission entre dans la catégorie des autres actes inhumains lorsque sont réunis les éléments suivants : a) il est d'une gravité similaire aux autres infractions sous-jacentes ; « b) *l'acte considéré cause un préjudice à un être humain en l'atteignant dans son intégrité physique ou mentale, sa santé ou sa dignité* »³⁰.
28. Cependant, il ne suffit pas que ces critères soient remplis afin de transformer la catégorie « autres actes inhumains » en une disposition fourre-tout qui dérogerait au principe de légalité.
29. Plus particulièrement, pour ce qui concerne la disparition forcée, il doit être souligné ici que même si le projet de code de la CDI retenait l'existence de la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité, elle prenait soin de préciser que « *la disparition forcée n'est pas citée dans les instruments antérieurs comme crime contre l'humanité. Bien qu'il s'agisse d'un phénomène assez récent, le présent Code propose de faire de cette conduite criminelle un crime contre l'humanité, en raison de sa cruauté et de sa gravité extrême.* »³¹.
30. La CDI a tiré la définition qu'elle en donne de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées adoptée par l'Assemblée générale en 1992 et de la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes³².
31. Ces deux derniers instruments ont été adoptés 13 et 15 ans après la juridiction temporelle des CETC. Dès lors, le crime de « *disparitions forcées* » ne faisait donc pas partie du droit coutumier international entre 1975 et 1979. Il n'était pas non plus défini par le code pénal cambodgien de 1956.
32. C'est pourquoi, en l'absence de toute définition de ce crime pendant la juridiction temporelle des CETC et en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, la Chambre ne pourra retenir ce crime même en le qualifiant d'« autres actes inhumains ».

³⁰ Projet de code de la CDI, p. 125.

³¹ Projet de code de la CDI, p. 123.

³² *Idem.*

II. Droit applicable aux modes de responsabilité retenus dans le dossier 002/01

A. Responsabilité pénale individuelle au titre de la participation à une entreprise criminelle commune (« ECC »)

33. L'objet de cette section est de poser les contours du droit applicable à l'entreprise criminelle commune de forme élémentaire. En effet, les co-Juges d'instruction et les co-Procureurs étirent ce mode de responsabilité au point de présenter le gouvernement du Kampuchéa Démocratique (« KD ») comme une vaste entreprise criminelle commune. Une telle présentation est contraire au droit applicable. Il sera demandé ici que les politiques adoptées par le gouvernement du KD et poursuivies dans le cadre du présent procès soient identifiées précisément par les co-Procureurs qui devront, pour chacune d'elles, démontrer leur caractère intrinsèquement criminel. L'Accusation devra également rapporter la preuve de la participation des Accusés à l'élaboration et à la mise en œuvre de chacune de ces politiques.

a. Eléments constitutifs de l'entreprise criminelle commune

34. Dans sa décision relative à l'ECC la Chambre a indiqué qu'elle ne retiendrait pas l'ECC de troisième catégorie car elle ne constituait pas un principe général de droit entre 1975 et 1979³³. Par conséquent, seules les formes élémentaire et systémique sont applicables devant cette Chambre.

35. Les TPIY et TPIR ont dégagé de manière relativement uniforme l'élément matériel sur la base duquel s'appuie la théorie de l'entreprise criminelle commune. Il ressort de cette jurisprudence que l'élément matériel (*Actus Reus*) requis est le même pour les trois catégories d'ECC. Dans le jugement *Duch*, la Chambre a défini le champ de la jurisprudence applicable en la matière. Elle a souligné que le projet commun devait « consister à commettre » un des crimes relevant de la compétence des CETC ou en « impliquer la perpétration »³⁴. Elle a exposé que le projet ne devait pas avoir été élaboré ou formulé au préalable : « *il peut se concrétiser de manière inopinée et se déduire des faits de l'espèce* »³⁵.

³³ Décision de la Chambre de première instance relative à l'entreprise criminelle commune (« Décision de la Chambre de première instance relative à l'ECC »), **E100/6**, 12 septembre 2011, par. 29.

³⁴ Jugement *Duch*, par. 508 ; *Le Procureur c. Brđanin*, IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007, par. 364.

³⁵ Jugement *Duch*, par. 508.

Elle a enfin rappelé que l'Accusé devait avoir participé au projet commun même si « *cette participation n'implique pas la commission d'un crime spécifique mais peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution apportée à la réalisation du projet commun.* »³⁶.

36. Concernant l'élément moral (*Mens Rea*), il varie en fonction des différentes catégories d'ECC. Pour l'ECC de forme élémentaire (première catégorie), la Chambre a rappelé qu'il convient de démontrer que l'intention de commettre un crime précis était partagée par tous les coauteurs³⁷. Pour l'ECC de forme systémique (seconde catégorie), il faut démontrer que l'accusé avait personnellement connaissance du système de mauvais traitement et qu'il a eu l'intention de contribuer au fonctionnement de ce système. Enfin, pour la forme élargie (troisième catégorie), il faut que l'accusé ait eu l'intention de contribuer à la réalisation du but criminel visé par le groupe, étant entendu que « *la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne peut être retenue que s'il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis et l'Accusé a délibérément pris ce risque.* »³⁸.

b. Approfondissement de la distinction entre les formes élémentaire, systémique et élargie

37. La distinction entre l'élément moral des formes élémentaire et élargie d'ECC s'apparente à la distinction faite dans les ordres juridiques internes entre les différentes formes de *Mens Rea*. Ainsi, le droit pénal français distingue entre la faute intentionnelle (*dol* direct) et la faute délibérée (*dol* éventuel). Dans le premier cas « *[a]gir avec intention, ou dol, c'est tourner délibérément son action vers un certain but.* »³⁹. En revanche, « *lorsque l'agent, sans vouloir en aucune façon le résultat dommageable qui s'est produit, l'a simplement prévu comme possible, on parle de dol éventuel.* »⁴⁰.

38. L'intention criminelle d'un participant à une ECC de forme élémentaire se déduit du

³⁶ Jugement *Duch*, par. 508.

³⁷ Voir le Jugement *Duch*, par. 509 et la Décision de la Chambre de première instance relative à l'ECC, par. 15. Voir également *Le Procureur c. Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, (« Arrêt *Vasiljević* »), par. 101 ; *Le Procureur c. Ntakirutimana et Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR 96-17-A, Arrêt, 13 décembre 2004, par. 467 ; *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, IT-98-30-/1-A, Arrêt, 28 février 2005, (« Arrêt *Kvočka* »), par. 82 ; *Le Procureur c. Stakić*, IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006, par. 65.

³⁸ Jugement *Duch*, par. 509 ; citant l'Arrêt *Vasiljević*, par. 101.

³⁹ Yves Mayaud, *Droit Pénal Général*, Presses Universitaires de France, (2004), p. 179.

⁴⁰ Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, Edition Dalloz, (2007), p. 246.

caractère criminel du but que ce participant poursuit. Donc, lorsque le but commun a un crime pour objet, la preuve de l'intention est rapportée par la participation de l'Accusé à la mise en œuvre de ce but⁴¹.

39. Dans le jugement *Duch*, pour illustrer le fonctionnement de l'ECC de forme élémentaire, la Chambre a pris l'exemple d'un projet de meurtre prévu par un groupe d'individus qui, quoique jouant un rôle différent dans la réalisation du but commun, sont tous animés de l'intention de tuer⁴². Dans cet exemple, on voit que le but poursuivi – le projet - et le crime relevant de la compétence des CETC se confondent : dans les deux cas il s'agit du meurtre. Dans ce cas, l'intention de participer au projet commun est criminelle car le projet commun est intrinsèquement criminel. En d'autres termes, c'est parce que le projet commun est criminel qu'on peut déduire une intention criminelle de tout acte du participant visant à sa mise en œuvre. Ainsi, dans la première forme d'ECC, tout acte visant à concrétiser le projet de meurtre permet logiquement de déduire l'intention meurtrière du participant.

40. L'élément moral de la seconde catégorie d'ECC relève également du *dol* direct : il faut démontrer que l'accusé avait personnellement connaissance du système de mauvais traitement et qu'il a eu l'intention de contribuer au fonctionnement de ce système. Ce mode de participation est utilisé pour rendre compte de la participation directe d'un accusé au fonctionnement d'un système de mauvais traitements, un camp par exemple, dans lequel sont commis de façon régulière et systématique des crimes relevant de la compétence de la juridiction concernée. Ce mode de participation, qui reviendrait à considérer le régime du KD dans son ensemble comme un « système de mauvais traitement » ne trouve pas à s'appliquer dans le présent dossier.

41. La troisième catégorie d'ECC permet quant à elle d'imputer au participant les conséquences dommageables résultant de la réalisation du but commun qui, quoique non expressément voulues au préalable, ont pour autant été prévues comme possibles. Il n'y a donc pas identité entre le but poursuivi et les crimes reprochés. Contrairement à la première forme d'ECC, il en découle qu'on ne peut logiquement pas déduire de la participation de l'accusé à

⁴¹ Jugement *Blagojević*, par. 703. Dans cette affaire, la Chambre de première instance a ainsi déclaré que : « *La première catégorie exige la preuve que tous les participants partageaient la même intention criminelle. Il faut établir que l'Accusé a délibérément participe à l'entreprise et voulait les crimes qui s'en sont suivis.* ».

⁴² Jugement *Duch*, par. 507.

l'entreprise une intention criminelle visant à commettre les crimes débordant du projet commun puisque, précisément, le participant n'a pas pour but de commettre ceux-ci. Donc, s'il n'y a pas identité entre le but poursuivi et les crimes commis, la qualification de l'élément moral ne peut être que le *dol* éventuel. En d'autres termes, si le but poursuivi ne consiste pas en la commission de crimes, seule la troisième catégorie d'ECC est applicable.

42. Or, dans sa Décision relative à l'applicabilité de l'ECC, la Chambre a, comme la Chambre préliminaire⁴³, jugé que l'ECC de troisième catégorie (forme élargie) « *ne saurait être considérée comme ayant constitué un principe général de droit entre 1975 et 1979.* »⁴⁴. Il en résulte que seule la première catégorie de *Mens Rea* (*dol* direct) peut être utilisée pour qualifier l'intention criminelle d'un participant à l'ECC dans le cadre du dossier 002/01. Or, pour les raisons expliquées ci-dessus, il est logiquement nécessaire pour déduire une intention criminelle (*dol* direct) de la participation à un objectif commun, que cet objectif ait été intrinsèquement criminel. Il est donc nécessaire de préciser les contours du ou des but(s) de l'ECC alléguée dans le dossier 002/01.

c. Caractérisation du but criminel dans le dossier 002/01

43. En ce qui concerne la nature du projet commun, la Décision de renvoi énonce que « *[l]e projet commun des dirigeants du PCK était de réaliser au Cambodge une révolution socialiste rapide par tous les moyens nécessaires, à la faveur d'un « grand bond en avant » et en défendant le Parti contre les ennemis de l'intérieur comme de l'extérieur. Ce projet en lui-même n'était pas de nature **intégralement** criminelle mais sa mise en œuvre a consisté à commettre des crimes relevant de la compétence des CETC, ou en a impliqué la perpétration.* »⁴⁵.

44. Ainsi, « *[p]our réaliser ce projet commun, les dirigeants du PCK auraient défini et mis en œuvre cinq politiques dont l'application aurait consisté en la commission de crimes, ou en aurait impliqué la perpétration.* »⁴⁶. Dans le cadre du procès 002 ces politiques sont les suivantes : 1) le déplacement, à plusieurs reprises, de la population des agglomérations vers

⁴³ Décision de la Chambre relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-Juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, **D97/15/9**, 20 mai 2010, par. 87.

⁴⁴ Décision de la Chambre de première instance relative à l'applicabilité de l'ECC, par. 29.

⁴⁵ Ordonnance de clôture, **D427**, 15 septembre 2010, par. 1524.

⁴⁶ *Id.*

la campagne et entre les zones rurales ; 2) la création et l'exploitation de coopératives et de camps de travail ; 3) la rééducation des « mauvais éléments » et l'élimination des « ennemis » qui se trouvaient tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parti ; 4) la prise de mesures particulières à l'encontre de certains groupes spécifiques, notamment les Chams, les Vietnamiens, les religieux bouddhistes et les anciens responsables (fonctionnaires, militaires et leurs familles) de la République khmère et 5) la règlementation du mariage⁴⁷.

45. Dans sa Décision relative à l'applicabilité de l'ECC, la Chambre de première instance a relevé que : « *s'il ressort clairement [...] que le projet n'était pas **intégralement** criminel, il y est tout aussi clairement précisé que sa mise en œuvre a impliqué la perpétration de crimes relevant de la compétence des CETC⁴⁸* ». Elle a énoncé que : « *pour retenir la responsabilité d'un Accusé en tant que participant à une entreprise criminelle commune, il suffit de démontrer que ce dernier a participé, d'une certaine façon, au projet commun qui implique la perpétration d'un crime entrant dans le champ de la compétence de la juridiction concernée, que ce soit en commettant un de ces crimes ou en apportant une assistance ou une contribution en vue de la réalisation du projet commun.* »⁴⁹.

46. S'appuyant sur les affaires *Le Procureur c. Brima et consorts*⁵⁰ et *Le Procureur c. Kvočka*⁵¹, la Chambre a déclaré qu'« *[i]l ressort de la jurisprudence constante d'autres tribunaux internationaux en la matière qu'il n'est pas nécessaire que le projet faisant partie intégrante de l'entreprise criminelle commune soit en tant que tel de nature criminelle dès lors que pour le réaliser, il est **envisagé** de commettre des crimes.* »⁵².

47. Le raisonnement de la Chambre pourrait être qualifié de flou et mérite d'être clarifié. En effet, de deux choses l'une : ou bien le but **implique**⁵³ la commission de crimes et dans ce cas le but est **intrinsèquement** criminel ou bien il est **envisagé**⁵⁴ de commettre des crimes au

⁴⁷ *Ibid.*, par. 1525.

⁴⁸ Décision de la Chambre de première instance relative à l'applicabilité de l'ECC, par. 19.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Le Procureur c. Brima et consorts*, SCSL-2004-16-A, Arrêt, 3 mars 2008, (« Arrêt *Brima* »).

⁵¹ Arrêt *Kvočka*, 28 février 2005.

⁵² Décision de la Chambre de première instance relative à l'applicabilité de l'ECC, par. 17.

⁵³ Le dictionnaire Larousse définit le verbe « impliquer » comme : « supposer, contenir nécessairement l'existence de quelque chose d'autre, avoir quelque chose pour conséquence nécessaire, logique. ».

⁵⁴ Le dictionnaire Larousse définit le verbe « envisager » comme : « prévoir un projet, examiner quelque chose, le considérer, le prendre en compte ».

cours de la mise en œuvre d'un projet politique *per se* licite.

48. Dans le premier cas, dire que le but poursuivi par les dirigeants du KD de créer au Cambodge un Etat communiste *impliquait* la commission de crimes signifierait que la participation à la mise en place de ce régime était une activité intrinsèquement criminelle. En effet, cette approche suppose une identité entre le but poursuivi et les crimes commis : il eut donc fallu que le but poursuivi par ce projet politique *soit* la commission de crimes. Dans ce cas, parce que le projet de créer un Etat communiste au Cambodge aurait été *per se* criminel, tout acte d'un participant tendant à la mise en place du régime du KD aurait permis de déduire l'intention de commettre les crimes commis entre 1975 et 1979. On voit bien qu'une telle approche n'est pas satisfaisante car elle opère un raccourci en déduisant une intention criminelle de la seule qualité de membre du gouvernement du KD. Ce faisant, elle criminalise l'appartenance au régime du KD et risquerait par là même de s'apparenter à ce que l'on désignait à Nuremberg comme une « infraction d'organisation » consistant en l'affiliation d'un individu à une organisation ou à un groupe criminel⁵⁵. Cette notion ne figurant dans aucun des statuts des tribunaux *ad hoc* a été tout à fait abandonnée par le droit international pénal contemporain.
49. Dans le second cas, si l'on considère que le but de créer un Etat communiste au Cambodge (la mise en place du KD) est *per se* licite, deux solutions juridiques auraient pu être imaginées.
50. La première solution est la suivante : quoique le but commun ne fût pas en lui-même criminel, il était **prévisible** que des crimes soient **susceptibles** d'être commis au cours de la mise en place du régime du KD et l'Accusé a **délibérément** pris ce risque en participant nonobstant à la mise en place de ce régime. Cette solution n'est juridiquement pas fautive mais elle correspond à l'ECC de forme élargie. Or, ce mode de responsabilité ne pouvant être considéré comme ayant constitué un principe général de droit entre 1975 et 1979, la Chambre l'a écarté et ne peut aujourd'hui pas retenir cette solution sans violer le principe de légalité.
51. La seconde solution consisterait à envisager l'instauration d'un Etat communiste au Cambodge par le biais du KD comme un objectif licite, quoique certaines politiques mises en

⁵⁵ Voir les articles 9-11 du Statut du Tribunal de Nuremberg.

œuvre par ce régime puissent être considérées comme criminelles. Dans ce cas de figure, puisque l'objectif de mettre en place le KD n'est pas criminel, ce n'est pas de la simple participation à ce régime que peut être déduite une quelconque intention criminelle. C'est au contraire de la participation directe à chacune des politiques criminelles alléguées prises individuellement que pourrait logiquement être déduite une telle intention.

52. En réalité, contrairement à la lecture biaisée qu'en a fait la Chambre dans sa Décision relative à l'applicabilité de l'ECC, c'est cette dernière solution qui a été retenue par les Chambres d'appel du TPIY et du TSSL.
53. Ainsi, dans l'appel de l'affaire *Brima et consorts*, le Procureur a critiqué le jugement qui confondait l'**objectif ultime** de l'entreprise au **but criminel** lui-même⁵⁶. Ensuite, la Chambre d'appel a validé la critique du Procureur et réformé le jugement. Ce faisant, elle a confirmé que l'intention criminelle ne se déduisait pas de l'« objectif ultime » mais des « moyens criminels » mis en œuvre pour y parvenir : « *[s]i l'on ne saurait considérer l'objectif visant à prendre et exercer le pouvoir politique en Sierra Leone et à assurer le contrôle de son territoire comme un crime visé par le Statut, il n'en va pas de même pour les actions envisagées comme moyens de parvenir à cet objectif et qui, elles, constituent bien des crimes au sens des dispositions statutaires.* »⁵⁷. De manière très surprenante, cette dernière partie de la phrase a disparu de la référence qui y était faite par la Chambre dans sa Décision relative à l'applicabilité de l'ECC.
54. Pareillement, dans l'arrêt *Kvočka*, la Chambre d'appel du TPIY a validé l'assertion de l'Accusation selon laquelle « *les Accusés adhéraient au but commun qui était de créer un État serbe en ex-Yougoslavie et qu'ils avaient contribué à sa réalisation en persécutant les Musulmans et les Croates.* ». Encore une fois, la dernière partie de la citation a disparu de la référence qui y était faite par la Chambre dans sa Décision relative à l'applicabilité de l'ECC.
55. On peut ajouter que la même approche avait été suivie dans l'affaire *Haradinaj*. Il était reproché aux accusés d'avoir participé à une entreprise dont le but était de « *permettre à l'ALK d'exercer un contrôle total sur la zone opérationnelle de Dukagjin en chassant*

⁵⁶ Arrêt *Brima*, par. 84.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 70.

illégalement et en maltraitant les civils serbes et en infligeant des mauvais traitements aux civils albanais et roms/égyptiens du Kosovo et à d'autres civils collaborant ou soupçonnés de collaborer avec les forces serbes ou soupçonnés de ne pas soutenir l'ALK. »⁵⁸.

56. Dans ces trois affaires, il existe clairement une distinction entre « l'objectif ultime » et le but criminel commun à proprement parler. Ce n'est pas l'adhésion intellectuelle au but ultime qui permet de déduire l'intention criminelle du participant à l'ECC mais une participation significative aux moyens criminels utilisés pour y parvenir. Une solution contraire aurait conduit à des résultats absurdes : tout acte d'un quelconque individu tendant à « créer un Etat serbe », « détenir le contrôle sur le territoire de la Sierra Leone » ou « exercer un contrôle sur la zone opérationnelle de Dukagjin » aurait permis de déduire l'existence d'une intention criminelle et partant de criminaliser des objectifs reconnus licites en droit international public. Dans la mesure où le droit international ne criminalise en tant que telle aucune forme d'organisation politique interne, la solution retenue par le TSSL et le TPIY ne devrait pas être différente dans le cadre du dossier 002/01.

d. Charge de la preuve pour les co-Procureurs dans le dossier 002/01

57. Pour les raisons exposées ci-dessus, l'existence d'une intention criminelle (au sens juridique du terme, c'est-à-dire l'intention de commettre les crimes visés par la loi sur les CETC) ne pourrait pas se déduire de la seule intention d'opérer une révolution politique socialiste au Cambodge. C'est pourquoi, il revient aux co-Procureurs de démontrer la participation significative des Accusés à l'élaboration et à la mise en œuvre de chacune des politiques visées au paragraphe 1525 de l'Ordonnance de clôture.

B. Responsabilité pénale individuelle au titre de la complicité (aide et encouragement)

a. Eléments matériels

58. L'*Actus Reus* de la complicité comprend deux éléments : d'une part, l'accusé doit avoir prêté son concours ou son encouragement à la commission du crime par l'auteur matériel⁵⁹. De

⁵⁸ *Le Procureur c. Haradinaj et consorts*, IT-04-84, Jugement, 3 avril 2008, par. 470.

⁵⁹ Voir *Le Procureur c. Simić*, IT-95-9-A, Jugement, 28 novembre 2006, (« Jugement Simić »), par. 85 ; Arrêt *Blaskić*, par. 46 ; Arrêt *Vasiljević*, par. 102.

l'autre, le concours doit avoir eu un effet substantiel sur la commission du crime⁶⁰.

i. Premier élément matériel : un acte positif

59. Dans le Jugement *Duch*, la Chambre a considéré que les actes visés par le mode de responsabilité anglo-saxon « *aiding and abetting* » reflétait plus clairement la « nature exacte » de ce mode de responsabilité que ne le fait la notion de « complicité » du droit romano-germanique car cette dernière peut avoir un sens plus large⁶¹. Toutefois, le principe de légalité impose à la Chambre d'interpréter les dispositions de la loi relative aux CETC à la lumière des dispositions en vigueur à l'époque des faits, c'est-à-dire les dispositions inspirées du droit français contenues dans le code pénal cambodgien de 1956.

60. Or, en droit romano-germanique, les actes de complicité sont des actes positifs. Tant l'article 83 du Code pénal cambodgien de 1956 que l'article 121-7 du nouveau code pénal français portant sur la complicité n'envisagent que des actes de commission. C'est la raison pour laquelle, dans la conception romano-germanique de ce mode de participation, celui qui a été seulement le spectateur d'une infraction et ne l'a pas empêchée ne peut être considéré comme un complice⁶². La simple connaissance d'un acte délictueux ne constitue pas, à elle seule, un acte de complicité punissable. Le seul fait de tolérance ne justifie pas une inculpation de complicité : « *on n'est pas complice par abstention.* »⁶³.

61. Les tribunaux *ad hoc* ont discuté la question de savoir si l'omission pouvait être considérée comme un acte de complicité. Certaines Chambres du TPIY et du TPIR ont ainsi formulé l'idée qu'il était possible qu'un accusé engage sa responsabilité lorsque celui-ci avait une obligation d'agir et y a manqué⁶⁴. Critiquée par la doctrine⁶⁵, cette jurisprudence est tout à fait

⁶⁰ Voir Jugement *Simić*, par. 85 ; Arrêt *Blaskić*, par. 46 ; Arrêt *Vasiljević*, par. 102.

⁶¹ Jugement *Duch*, par. 532.

⁶² Boulloc, *op. cit.*, pp. 292, 300 et 301.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Jugement *Blaskić*, par. 284 ; *Le Procureur c. Mpambara*, ICTR-01-65-T, Jugement, 11 septembre 2006, (« Jugement *Mпамbara* »), par. 22. ; *Le Procureur c. Rutaganira*, ICTR-95-1C-T, Jugement, 14 mars 2005, par. 64 ; *Le Procureur c. Strugar*, IT-01-42-T, Jugement, 31 janvier 2005, (« Jugement *Strugar* »), par. 249.

⁶⁵ Voir Boas, Bischoff et Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. 1 - Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, (2007), pp. 310-314. Ils soulignent que cette interprétation conduit à emprunter les éléments de la responsabilité pénale fondée sur la violation d'une obligation d'agir en vertu de la qualité de supérieur hiérarchique. La complicité sous forme d'omission ne conduit donc qu'à affaiblir cette distinction et rendre moins lisible la jurisprudence.

contraire à la conception romano-germanique et en vertu du principe de légalité ne saurait être retenue par la Chambre de première instance dans le présent dossier.

ii. Second élément matériel : un lien de causalité

62. En vertu de la relation de causalité par laquelle les actes de complicité doivent emporter un effet substantiel sur la commission du crime, il s'agit généralement d'acte(s) antérieur(s) ou concomitant(s) à l'action principale. Certaines chambres des tribunaux *ad hoc* ont admis que des actes postérieurs à la commission du crime puissent être considérés comme des actes d'aide ou d'assistance. Toutefois, la qualification juridique de ces actes reste subordonnée à l'analyse de l'effet substantiel qu'ils entraînent sur la commission du crime. Or, il est difficile, voire impossible, d'établir un lien de causalité *a posteriori*⁶⁶. C'est la raison pour laquelle en droit français les actes d'aide ou d'assistance postérieurs à la perpétration du crime sont tout simplement exclus et/ou érigés en délits distincts⁶⁷.

b. Élément moral de la complicité

63. L'élément moral de la complicité se décompose en deux sous-éléments : d'une part le complice doit prendre sciemment la décision d'agir en sachant que ses actes favorisent la commission de l'acte criminel⁶⁸. D'autre part, le complice doit avoir eu connaissance des éléments essentiels du crime, y compris de l'élément moral/ intellectuel animant l'auteur matériel⁶⁹. Ainsi, l'aide ou l'assistance sont bien des actes intentionnels : l'aide doit avoir été portée en connaissance de cause et non de manière involontaire⁷⁰.

64. C'est la raison pour laquelle la conscience du complice de participer à une infraction doit être concomitante à la fourniture de l'aide ou de l'assistance. Ainsi, la Cour de cassation française

⁶⁶ Voir à cet égard : Jugement *Strugar*, par. 355 et *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005, paras. 731 et 745. En fait, dans ces affaires, le lien de causalité est établi par la démonstration d'un acte antérieur (un accord) ayant encouragé la commission de l'infraction par la promesse d'une assistance postérieure à l'infraction.

⁶⁷ Voir Mayaud, *op. cit.*, p. 337 Voir également : Crim., 6 août 1945, *Gaz.Pal.*, 1945.2.143; *Rev. sc.crim.*, 1946.67, obs. Huguency ; 4 déc. 1947, *Bull. crim.*, n° 239; 20 mars 1997, *D.*, 1999. 28, note Boccara; *Dr. pénal*, 1997, obs. J.-H. Robert. (Jurisprudence citée dans Mayaud, *op. cit.*, p. 337).

⁶⁸ Jugement *Kunarac*, par. 392.

⁶⁹ *Le Procureur c. Simić*, IT-95-9-A, Arrêt, 28 novembre 2006, par. 86 ; Jugement *Mpambara*, par. 17 ; *Le Procureur c. Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Arrêt, 24 mars 2000, par. 162.

⁷⁰ Mayaud, *op. cit.*, pp. 335-338.

exige que la connaissance ait existé chez le complice au moment même où il a prêté aide et assistance⁷¹. En revanche, le fait d'avoir su par la suite que l'aide ou l'assistance avait permis ou facilité la commission d'une infraction n'est pas un acte de complicité punissable, faute d'intention chez le complice⁷².

65. Puisque la complicité ne peut être réprimée que s'il existe chez le complice une intention, c'est aux co-Procureurs qu'il appartient de rapporter la preuve que le complice savait effectivement et au moment même où il a agi, que l'aide et l'assistance qu'il prêtait, allait servir à l'infraction.

B. Responsabilité pénale individuelle au titre de l'instigation, de la planification et/ou de la position hiérarchique de l'Accusé

66. La définition des éléments constitutifs de ces modes de responsabilité est relativement uniforme dans la jurisprudence des Tribunaux internationaux, c'est pourquoi il n'est pas utile à ce stade d'y revenir⁷³.

67. Il est en revanche primordial de rappeler que, comme pour la complicité, les éléments constitutifs de ces modes de participation sont structurés autour du lien de causalité entre les actions de l'accusé et celles de l'auteur matériel. Donc, toute intervention de l'accusé postérieure à l'infraction est exclue, car on ne peut provoquer, planifier ou manquer de prévenir que des actions futures. De la même façon, l'élément moral requis pour ces modes de responsabilité s'apprécie concomitamment à l'action ou omission imputée à l'accusé.

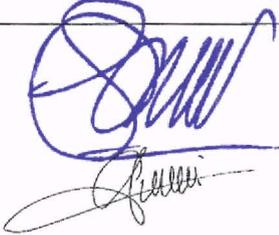
⁷¹ Crim. 5 nov. 1943, DA 1944, 29 ; Paris 30 juin 1977, *RJ Com.*, 1978, p. 419, note B. Bouloc ; Crim. 28 juin 1995, *Bull.* n° 241 ; Crim. 15 novembre 1990, *Bull.* n° 388, *Gaz. Pal.*, 28 mars 1991, note J.-P. Doucet, **affirmant que l'élément intentionnel doit être apprécié au moment où les faits ont été commis.** (Jurisprudence citée dans Bouloc, *op. cit.*, p. 301).

⁷² Bouloc, *op. cit.*, p. 301.

⁷³ Cependant, s'agissant du crime contre l'humanité, la responsabilité de l'accusé – qui ne serait pas l'auteur matériel des crimes - ne peut être retenue en vertu de ces modes de responsabilité. *Cf.* par. 18 et Jugement *Milutinović*, par. 158, *op. cit.*, note de bas de page 21.

68. **PAR CES MOTIFS**, la Défense de M. KHIEU Samphân demande à la Chambre de première instance de :

- **DIRE ET JUGER** que l'élément matériel du crime contre l'humanité requière l'existence d'un plan et d'une politique étatique **et** que l'élément moral de ce crime requière un lien suffisamment direct et étroit entre la connaissance par l'accusé du contexte de l'attaque et la commission de l'acte incriminé par l'auteur matériel,
- **DIRE ET JUGER** que l'élément matériel du crime de persécution requière un lien entre les actes de persécution et tout autre crime relevant de la compétence des CETC,
- **DIRE ET JUGER** que le crime de « disparition forcée » est inapplicable au présent dossier,
- **DIRE ET JUGER** que la qualification juridique de l'entreprise criminelle commune de forme élémentaire requière la démonstration par l'Accusation de l'existence d'un plan criminel précis, connu de l'Accusé, et auquel celui-ci a participé de façon significative,
- **DIRE ET JUGER** que le droit applicable à la complicité par aide et encouragement doit être interprété à la lumière du droit romano-germanique, lequel requiert la démonstration par l'Accusation d'actes matériels positifs imputables à l'Accusé ayant emporté un effet substantiel sur la commission du ou des crime(s) relevant de la compétence des CETC.

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