

CHEF D'ÉTAT À KHARTOUM ET CRIMINEL DE GUERRE AU DARFOUR. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU FAIT D'UN INTERMÉDIAIRE EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : LE CAS HASSAN OMAR AL BASHIR DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Alain-Guy Tachou Sipowo

Volume 24, numéro 2, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068284ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068284ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tachou Sipowo, A.-G. (2011). CHEF D'ÉTAT À KHARTOUM ET CRIMINEL DE GUERRE AU DARFOUR. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU FAIT D'UN INTERMÉDIAIRE EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : LE CAS HASSAN OMAR AL BASHIR DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 24(2), 183–216. <https://doi.org/10.7202/1068284ar>

Résumé de l'article

À partir de l'affaire Al Bashir devant la Cour pénale internationale, l'auteur analyse les formes de responsabilité employées en droit international pénal pour répondre au caractère collectif de la commission des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. La stratégie des poursuites de la Cour vise les principaux responsables de tels crimes. L'auteur se demande dans quelle mesure le choix de les inculper en vertu de la responsabilité du fait d'un intermédiaire répond aux critiques formulées contre une autre forme de responsabilité pénale proche, à savoir l'entreprise criminelle commune développée par les juridictions ad hoc des Nations Unies.

**CHEF D'ÉTAT À KHARTOUM ET CRIMINEL DE GUERRE
AU DARFOUR.
LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU FAIT D'UN
INTERMÉDIAIRE EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL :
LE CAS HASSAN OMAR AL BASHIR DEVANT LA COUR
PÉNALE INTERNATIONALE**

*Alain-Guy Tachou Sipowo**

À partir de l'affaire Al Bashir devant la Cour pénale internationale, l'auteur analyse les formes de responsabilité employées en droit international pénal pour répondre au caractère collectif de la commission des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. La stratégie des poursuites de la Cour vise les principaux responsables de tels crimes. L'auteur se demande dans quelle mesure le choix de les inculper en vertu de la responsabilité du fait d'un intermédiaire répond aux critiques formulées contre une autre forme de responsabilité pénale proche, à savoir l'entreprise criminelle commune développée par les juridictions ad hoc des Nations Unies.

Following the International Criminal Court's *Al Bashir* case, the author analyses different forms of liability originating from International Criminal Law. These provide an answer to the collective qualification of war crimes, crimes against humanity and genocide. The ICC's strategy focuses on prosecuting the main perpetrators responsible for such crimes. The author questions how well charges based on intermediary liability answer to criticisms of joint communal criminal enterprise, another form of criminal liability, developed by the United Nations' ad hoc jurisdictions.

* Chargé de cours en droit international public général et en droit international des réfugiés à la faculté de droit de l'Université Laval; Diplômé de l'Académie de droit international de La Haye, ancien stagiaire au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et à la Division des victimes et des conseils de la Cour pénale internationale (CPI); ancien officier des droits de l'homme au sein du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme de la Mission pour la stabilisation de la République démocratique du Congo. L'auteur remercie les Professeurs Pierre Rainville, Olivier Delas et Fannie Lafontaine pour leurs commentaires éclairants sur une version préliminaire de cette contribution.

De quoi la Cour pénale internationale (CPI)¹ accuse-t-elle l'actuel président du Soudan, Omar Al Bashir? Voilà une question à laquelle toute personne, qui s'intéresse à la guerre du Soudan est susceptible de répondre, tant d'ailleurs, la demande du Procureur de la CPI le 14 juillet 2008 d'émettre un mandat d'arrêt contre le président soudanais a fait le tour du monde. Dire qu'il est responsable de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide laisse interrogateur, considérant qu'il est poursuivi « en tant qu'auteur indirect ou [...] coauteur indirect »².

L'article 25-3-a du *Statut de la CPI* codifie ces deux modes de responsabilité pénale ainsi qu'il suit :

une personne est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour si :

a) Elle commet un tel crime (...) conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable.

Cette disposition est problématique pour la raison qu'elle permet d'inculper des individus qui n'ont pas eux-mêmes commis les éléments matériels du crime, mais dont la responsabilité résulte des actes d'autres personnes.

En droit international pénal, en effet, commettre personnellement l'élément matériel d'un crime est souvent sans intérêt³. C'est le cas si les auteurs présumés sont des personnes de haut rang. En l'espèce, l'accent ne sera pas mis sur les crimes, mais davantage sur le lien entre ces crimes et leurs auteurs⁴. Ceux qui commettent l'élément matériel auront été le plus souvent manipulés ou utilisés par les personnes ayant conçu intellectuellement leur commission. On parle de « *system criminality* »⁵, « *macro-criminality* »⁶ ou encore de « *collective criminality* »⁷ pour décrire ce

¹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

² *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-1, Premier mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (4 mars 2009) à la p 3 (CPI, Chambre préliminaire I), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>> (accusation de crimes de guerre et crimes contre l'humanité) [*Mandat d'arrêt Al Bashir du 4 mars 2009*]; *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-95, Deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 juillet 2010) à la p 3 (CPI, Chambre préliminaire I), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>> (accusation de génocide) [*Mandat d'arrêt Al Bashir du 12 juillet 2010*].

³ Steffen Wirth, « Committing Liability in International Criminal Law » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2009, 329 à la p 330.

⁴ Alex Whiting, « In International Criminal Prosecutions, Justice Delayed can be Justice Delivered » (2009) 50:2 Harv Int'l LJ 323 à la p 338.

⁵ Harmen G. van der Wilt, « The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility » (2009) 7 J Int Criminal Justice 307 à la p 307 [Wilt].

⁶ Vincenzo Militello, « The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute » (2007) 5 J Int Criminal Justice 941 à la p 944 [Militello]. Selon l'auteur, cette notion traduit « not only the gravity of the harm and the amplitude of its consequences, but also the complexity of the organizational structures at the origin of this criminality ».

⁷ Antonio Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007) 5 J Int Criminal Justice 109 à la p 110: « war crimes, crimes against humanity, genocide, torture and terrorism share a common feature: they tend to be expression of

phénomène. Deux traits importants caractérisent ainsi la responsabilité dans les crimes internationaux. D'une part, elle résulte généralement d'actions de groupe, et d'autre part, elle est marquée par la prédominance de la volonté d'un ou d'une poignée d'individus hauts placés dans une organisation étatique, militaire ou civile.

Pour diverses raisons, la stratégie de poursuite des tribunaux pénaux internationaux vise ces personnes, sur la base qu'elles portent la plus lourde responsabilité⁸. Elles sont alors identifiées par leur degré d'implication au niveau conceptuel des crimes⁹. Toutefois, autant lorsqu'il s'agit d'une criminalité dominée par un seul individu inscrit dans un lien hiérarchique avec d'autres, qu'en ce qui concerne un rapport horizontal entre plusieurs personnes dans un dessein criminel, le régime juridique de la responsabilité pénale internationale demeure controversé. Comment, en toute justice et sens commun, imputer la plus grande part de responsabilité criminelle à ces « principaux responsables » qui n'ont pas nécessairement le sang sur les mains, car n'étant pas les exécutants ou auteurs réels au sens strict du terme ? Peut-on être un « responsable principal autrement » en vertu du droit international pénal ?

Cette question est au cœur de la procédure contre Al Bashir devant la CPI. La décision relative au mandat d'arrêt émis contre lui identifie quatre formes de participation criminelle : « la perpétration directe, la perpétration par l'intermédiaire d'une autre personne ou perpétration indirecte, la coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime et la coaction indirecte »¹⁰. La Chambre a confirmé

collective criminality, in that they are perpetrated by groups of individuals, military details, paramilitary units or government officials acting in unison or in pursuance of a policy » [Cassese]. La Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadić* parle également de « criminalité collective » : *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt du 15 juillet 1999 au para 191 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>> [Arrêt *Tadić* du 15 juillet 1999].

⁸ Le Bureau du Procureur considère que selon l'exigence du *Statut de Rome* de tenir compte de la gravité des crimes au moment de se prononcer sur l'ouverture des enquêtes, il adoptera « une politique qui consiste à mener des enquêtes et des poursuites ciblées ce qui revient à enquêter sur les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves ». Voir Le Bureau du Procureur, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, La Haye, le 1^{er} février 2010, en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>. On pourrait conclure que les crimes les plus graves ne seront pas poursuivis par le Procureur s'ils ne sont pas commis par « les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde ». Pour une raison différente, à savoir la stratégie d'achèvement de leurs travaux, le Conseil de sécurité a approuvé l'idée que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIR) devaient concentrer leurs actions « sur la poursuite et le jugement des principaux dirigeants portant la plus lourde responsabilité ». Voir la *Déclaration du Président du Conseil de Sécurité*, 4582^e séance, Doc NU S/PRST/2002/21, (2002) et la résolution du 28 août 2008, Doc off CS NU, 4817^e séance, Doc NU S/RES/1503 (2003).

⁹ « [T]he persons bearing the greatest responsibility are typically not the ones perpetrating the offences on the ground » : Michael Duttwiller, « Liability for Omission in International Criminal Law » (2006) 6 Int'l Crim L Rev 1 à la p 2 ; Chris Engels, recension de *The Law of Command Responsibility* de Guénaél Mettraux (2009) 9 Int'l Crim L Rev à la p 585 ; *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, Décision sur la confirmation des charges (30 septembre 2008) au para 503 (CPI, Chambre préliminaire II) [*Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*] ; *The Attorney General of Israel v Eichmann*, n° 40/61, Jugement (12 décembre 1961) au para 197 (Tribunal de district de Jérusalem) 36 ILR 5-14, 18-276.

¹⁰ *Le Procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-03, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir

la demande d'inculpation du Procureur pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide au Darfour, ceci en tant que « auteur indirect ou [...] coauteur indirect »¹¹. Le droit international pénal exige de formuler dans l'acte d'accusation la ou les formes juridiques de participation d'Al Bashir aux crimes qui lui sont reprochés. Peut-on l'assimiler à un responsable principal en vertu d'une théorie réaménagée ou renouvelée de l'agir criminel par un intermédiaire, à savoir l'action indirecte et la coaction indirecte retenues dans le cas d'espèce?

Cette nouvelle façon de conceptualiser la responsabilité principale se distingue-t-elle de la formulation d'une autre règle de participation criminelle, soit celle de l'entreprise criminelle commune, élaborée par les tribunaux *ad hoc*¹² et qui se retrouverait à l'article 25-3-d? Telle sera la question analysée dans cet article en illustrant comment ces deux façons d'appréhender la question de « responsable principal » se distinguent ou se ressemblent et peuvent être critiquées de façon intelligible et constructive.

La présente contribution est subdivisée en trois grandes parties. À titre liminaire, nous examinerons le régime juridique de la responsabilité de la criminalité de groupe en droit internationale pénal (I). Puis, nous verrons dans une deuxième partie le mode spécifique de responsabilité retenu contre Al Bashir, soit la perpétration par l'intermédiaire d'une autre personne (II). Nous nous interrogerons enfin de savoir si un tel mode de responsabilité constitue une réponse satisfaisante aux critiques formulées contre la théorie de l'entreprise criminelle commune, mode ressemblant de responsabilité largement utilisé devant les juridictions *ad hoc* des Nations Unies (III).

I. La responsabilité dans la criminalité de groupe en droit international

Dans la criminalité de groupe, la question se pose de savoir comment on peut être responsable du fait d'un autre¹³. Nous écartons de cette analyse la conspiration¹⁴,

(4 mars 2009) au para 210 (CPI, Chambre préliminaire I) en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>> [Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-08-Corr, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo (24 février 2006) au para 78 (CPI, Chambre préliminaire I); *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges (29 janvier 2007) au para 320 (CPI, Chambre préliminaire I) [Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges]. La Chambre a jugé que les articles 25-3 alinéas b à d et 28 sont relatifs à la responsabilité accessoire.

¹¹ *Mandat d'arrêt Al Bashir du 4 mars 2009*, supra note 2 à la p 3.

¹² *Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie*, Doc off CS, 3217^e séance, Doc NU S/RES/827 (1993) [*Statut du TPIY*]; *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Doc off CS, 3453^e séance, Doc NU S/RES/955 (1994) [*Statut du TPIR*].

¹³ Jens Ohlin, « Joint Intentions to Commit International Crimes » (2011) 11:2 *Chicago J Int'l L* 693 à la p 695.

¹⁴ *Statut du tribunal international militaire*, annexé à l'Accord de Londres, 8 août 1945, 28 RTNU 279, art 6, en ligne : CICR <<http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument>>, art. 6; *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en

la tentative¹⁵, l'incitation publique et directe à commettre le génocide¹⁶ qui sont de véritables crimes et non de simples modes de responsabilité et dont la répression repose sur la nécessité d'anticiper la matérialisation des faits criminels¹⁷. Ils ne sont pas en jeu dans le cas Al Bashir. Nous envisagerons par contre si d'autres formes de responsabilité autre que la responsabilité indirecte auraient pu être retenues contre lui.

La complicité n'est pas en principe une responsabilité du fait d'autrui, nous en ferons toutefois l'analyse en raison des recoupements qui existent entre la terminologie décrivant la complicité et la responsabilité indirecte en vertu du *Statut de Rome* (A). Nous verrons ensuite la responsabilité du supérieur hiérarchique (B). Nous terminerons par les modes de responsabilité voisins, mais différents de la coaction (D) et de l'Entreprise criminelle commune (ECC) (C). La commission indirecte et la commission conjointe indirecte retenues contre Al Bashir feront l'objet d'une section séparée (II).

A. La complicité

En reprenant verbatim les dispositions de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, les statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) prévoient que sont punis autant le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative de génocide que « la complicité dans le génocide »¹⁸. Il a fallu préciser en pratique si « la complicité dans le génocide » était en elle-même un crime autonome ou si elle recouvrait la complicité au sens où serait individuellement responsable d'un crime relevant du statut quiconque a « aidé et encouragé » sa commission, sa planification ou sa préparation¹⁹. Il y aurait en effet redondance, considérant que « aidé et encouragé », forme typique de complicité en droit interne²⁰, s'applique à tous les crimes prévus au statut, y compris le génocide²¹. L'interprétation qui a prévalu, bien

vigueur : 12 janvier 1951), article 3(b); *Statut du TPIR*, art. 2(3)b), *supra* note 12; *Statut du TPIY*, article 4(3)b), *supra* note 12. Le *Statut de la CPI* ne prévoit pas la conspiration. Voir William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 438. Son application pourrait toutefois se déduire des principes généraux de droit: Aaron Fichtelberg, « Conspiracy and International Criminal Justice » (2006) 17 *Crim L.F.* 149 à la p 166.

¹⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 1, article 25(3)b) et f); *Statut du TPIY*, article 4(3)d), *supra* note 12; *Statut du TPIR*, article 2(3)d), *supra* note 12.

¹⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 1, article 25(3)e); *Statut du TPIY*, article 4(3)c), *supra* note 12; *Statut du TPIR*, article 2(3)c), *supra* note 12.

¹⁷ Fichtelberg, *supra* note 14 à la p 152.

¹⁸ *Statut du TPIR*, *supra* note 12, article 2(3); *Statut du TPIY*, *supra* note 12, article 4(3).

¹⁹ *Statut du TPIR*, *supra* note 12, article 6(1); *Statut du TPIY*, *supra* note 12, article 7(1).

²⁰ Fannie Lafontaine, « Parties to Offenses under the Canadian *Crimes against Humanity and War Crimes Act*: An Analysis of Principal Liability and Complicity » (2009) 50:3-4 *C de D* 967 à la p 983 [Lafontaine].

²¹ Gideon Boas, James L. Bischoff et Natalie L. Reid, *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 à la p 297.

que contestée²², est que « la complicité dans le génocide » n'est pas un crime autonome. Elle recoupe, mais sans s'y limiter, le fait d'aider et d'encourager qui requiert la connaissance de l'intention génocidaire de l'auteur principal²³. Les autres formes de complicité comprennent la planification, l'instigation et l'ordre²⁴.

La CPI s'est expressément épargnée la controverse des juridictions *ad hoc* en ramassant les modes de responsabilité par complicité de façon beaucoup plus systématisée. Aux termes des alinéas b) et c) de l'article 25-3,

[...] une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

b) elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime;

c) en vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission;²⁵

Ces dispositions recouvrent la plupart des formes de complicité prévues par les statuts des tribunaux *ad hoc* et leur pratique subséquente, ceci non sans quelques innovations²⁶. Dans un effort d'élucidation des alinéas b) et c) de l'article 25-3, le Professeur Schabas conclut qu'ils se recoupent considérablement, les rédacteurs ayant voulu refléter leurs différents systèmes juridiques et saisir la complicité dans son entièreté²⁷. Le recoupement ne se limite pas aux deux alinéas entre eux. Clairement, les verbes « ordonne, sollicite, encourage » de l'alinéa b) de l'article 25-3 traduisent des formes d'agir qui peuvent impliquer que l'accusé se trouve en situation d'autorité. On peut donc se demander pourquoi Al Bashir n'a pas été inculqué au titre de l'article 25-3-b puisqu'il exerce la plus haute autorité du pays?

Selon l'interprétation de l'alinéa b), la complicité au sens de cette disposition

²² Daniel M. Greenfield, « The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters » (2008) 98:3 J Crim L & Criminology 921. Voir aussi Grant Dawson et Rachel Boynton, « Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of the United Nations *Ad hoc* Tribunals » (2008) 21:2 Harvard Human Rights Journal 241.

²³ *Le Procureur c Krstić*, IT-98-33-A, Arrêt du 19 avril 2004 au para 140 (TPIY, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>; *Le Procureur c Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Arrêt du 13 décembre 2004, au para 500 (TPIR, Chambre d'appel) [*Arrêt Ntakirutimana du 13 décembre 2004*]; *Le Procureur c Semanza*, ICTR-97-20-A, Arrêt du 20 mai 2005, au para 316 (TPIR, Chambre d'appel). Mais voir aussi *Le Procureur c Blagojevic et Jokic*, IT-02-60-T, Jugement du 17 janvier 2005, au para 679 (TPIY, Chambre de première instance); la Cour traitant de complicité dans le génocide par aide et encouragement.

²⁴ *Le Procureur c Brđanin*, IT-99-36-T, Jugement du 1^{er} septembre 2004 aux para 266-267 (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>> [*Jugement Brđanin du 1^{er} septembre 2004*].

²⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 25(3)b) et c).

²⁶ Voir à cet égard Albin Eser, « Individual Criminal Responsibility » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta, John Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 767 à la p 787.

²⁷ Schabas, *supra* note 14 à la p 431.

se distingue de la commission indirecte de l'alinéa a). L'usage de l'autorité détermine cette différence. Par exemple, pour avoir tenu un discours public dans lequel il a dit que « *since the children of the Fur had become rebels, all the Fur and what they had had become booty for the Mujahidin* »²⁸ et a promis de l'argent aux *janjaouid* pour leur soutien continu au gouvernement, Ahmad Harun est poursuivi pour avoir encouragé la commission des crimes de guerre²⁹. Dans *Akayesu*³⁰, la présence de l'accusé au moment des faits a été jugée comme constituant l'instigation³¹, notion synonyme de sollicitation d'après Schabas³². Il n'apparaît pas que l'encouragement ou la sollicitation sera nécessairement le fait d'un supérieur. Mais Al Bashir aurait-il pu être poursuivi pour avoir aidé et encouragé la commission des crimes?

La complicité pour avoir aidé ou encouragé n'a pas connu un succès dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, éclipsée par l'entreprise criminelle commune (ECC) à laquelle elle a fait la part belle³³. Il n'est pas certain qu'elle le sera à la CPI dont le régime de la responsabilité principale au titre de l'article 25-3-a embrasse large³⁴. Elle aurait d'autant pu être employée qu'elle ne requiert pas nécessairement que l'exécutant, donc l'auteur principal, soit identifié ou lui aussi poursuivi³⁵. Il n'est non plus essentiel qu'il ait eu connaissance de la contribution du complice³⁶ bien que ce dernier encourrait une peine moins sévère qu'un co-auteur³⁷. Les raisons stratégiques pour lesquelles le Procureur a rejeté un tel mode de responsabilité sont nombreuses. Les critères de son établissement peuvent être indicatifs à cet égard.

Concernant l'*actus reus* de la complicité pour avoir aidé et encouragé, l'arrêt

²⁸ Cour pénale internationale, *Situation in Darfur, the Sudan Prosecutor's Application under Article 58(7)* : Summary au para b.6, en ligne : BBC news <http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/27_02_07_icc_darfur.pdf>.

²⁹ *Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun (Ahmad Harun) et Ali Muhammad Ali Adb-Al-Rahman (Ali Kushayb)*, ICC-02/05-01/07-1-CorrFR, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58(7) du Statut (27 avril 2007) au para 94 (CPI, Chambre préliminaire I).

³⁰ *Le Procureur c Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement du 2 septembre 1998 au para 180 (TPIR, Chambre de première instance), en ligne : TPIR <<http://www.unict.org>> [*Jugement Akayesu du 2 septembre 1998*] (l'accusé était présent pendant que le viol était commis par d'autres personnes « riant et étant content de regarder »).

³¹ Pour l'instigation, voir *Le Procureur c Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-T, Jugement du 2 novembre 2001 au para 252 (TPIY, Chambre de première instance) [*Jugement Kvočka du 2 novembre 2001*]: « un accusé est déclaré coupable d'avoir « incité à commettre » un crime s'il s'est comporté de façon à provoquer autrui à agir d'une certaine manière. Cet élément matériel est satisfait s'il est établi que le comportement de l'accusé a clairement influencé celui de l'auteur ou des auteurs du crime. Il n'est pas nécessaire de prouver que le crime n'aurait pas été perpétré sans l'intervention de l'accusé. L'élément moral requis est établi s'il est prouvé que l'accusé a eu l'intention de provoquer ou d'induire la perpétration du crime, ou qu'il a eu conscience que la perpétration du crime résulterait vraisemblablement de sa conduite ».

³² Schabas, *supra* note 14 à la p 433.

³³ Lafontaine, *supra* note 20 à la p 983.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Le Procureur c Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, au para 554 (TPIY, Chambre de première instance) [*Jugement Stakić du 31 juillet 2003*]; *Jugement Akayesu du 2 septembre 1998*, *supra* note 30 au para 530.

³⁶ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 au para 229.

³⁷ *Le Procureur c Vasiljević*, IT-98-32-A, Arrêt du 25 février 2004, au para 182 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Vasiljević du 25 février 2004*]; *Le Procureur c Orić*, IT-03-68-T, Jugement, 30 juin 2006 au para 281 (TPIY, Chambre de première instance II).

Tadić exige que la contribution ait eu un effet substantiel sur la commission du crime³⁸. En dépit du fait qu'il n'y a pas là nécessité d'établir un lien de causalité³⁹, il est indéniable qu'on pouvait considérer que la contribution de Al Bashir à travers l'appareil de l'État ou le financement des milices *janjaouid* est substantielle.

Quant à la *mens rea* de cette forme de complicité, le complice doit avoir la connaissance que sa conduite contribue à la commission du crime : « *the requisite mental element is knowledge that the acts performed by the aider and abettor assist the commission of a specific crime by the principal* »⁴⁰. Cette exigence de connaissance, par ailleurs spécifiquement prévue à l'article 30 du *Statut de Rome* est interprétée par la doctrine, corroborée par la jurisprudence de la Cour⁴¹, comme écartant la possibilité d'une responsabilité pour négligence⁴². Le complice qui aide ou encourage doit donc nourrir l'intention spécifique d'apporter une contribution à l'exécution du crime.

Pris ensemble, les deux éléments de la complicité par aide et encouragement suggère qu'il aurait été possible d'inculper Al Bashir à ce titre. Toutefois, compte tenu des conséquences sur le plan de la peine, on peut comprendre que le Procureur ait recouru à un mode de responsabilité différent. Ceci suppose qu'au regard de la preuve, il soit convaincu que le suspect porte une faute plus lourde qu'un simple complice. À ce titre, sa contribution ne doit pas être seulement substantielle⁴³. Elle doit être déterminante, ce qui déborde le cadre de la complicité et justifie une responsabilité au titre de la coaction. Même une complicité pour avoir ordonné, si elle induit explicitement une position d'autorité⁴⁴, n'implique pas nécessairement une contribution essentielle.

En effet, dans *Krstić*, au sujet d'un général accusé de génocide et complicité de génocide, extermination, persécutions, assassinat constitutifs de crimes contre l'humanité et meurtre en violation des lois et coutumes de la guerre, la Chambre d'instance a statué que « le fait d'"ordonner" suppose qu'une personne qui est en

³⁸ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra note 7 au para 229 (iii)*. Également *Arrêt Vasiljević du 25 février 2004, supra note 37 au para 102*; *Le Procureur c Milutinović et consorts*, IT-05-87-T, Jugement (26 février 2009) au para 89 (TPIY, Chambre de première instance) [*Jugement Milutinovic du 26 février 2009*]; *Le Procureur c Mrksić et Sljivancan*, IT-95-13/1-A, Arrêt du 5 mai 2009, au para 81 (TPIY, Chambre d'appel).

³⁹ *Le Procureur c Kvočka et consort*, IT-98-30/1-A, Arrêt du 28 février 2005, au para 532 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005*].

⁴⁰ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra note 7 au para 229 (iv)*. Voir aussi *Le Procureur c Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement du 10 décembre 1998 aux para 190-249 (TPIY, Chambre de première instance).

⁴¹ *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du *Statut de Rome*, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>> [*Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*]; *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (14 mars 2012) au para 1011 (CPI, Chambre de première instance I) [*Jugement Lubanga en vertu de l'article 74 du 14 mars 2012*].

⁴² Lafontaine, *supra note 20* à la p 991.

⁴³ *Jugement Lubanga en vertu de l'article 74 du 14 mars 2012, supra note 41 au para 997*.

⁴⁴ *Jugement Akayesu du 2 septembre 1998, supra note 30 au para 483*.

position d'autorité en use pour convaincre une autre personne de commettre une infraction »⁴⁵. Al Bashir est accusé d'avoir commis les crimes par l'intermédiaire de l'appareil de l'État, ce qui est bien différent d'ordonner simplement la commission des crimes. La Chambre préliminaire dans l'affaire *Katanga* précise à cet égard que l'automatisme du respect de l'ordre constitue le trait distinctif de la responsabilité du fait d'un intermédiaire :

La plus haute autorité d'une organisation n'ordonne pas simplement la commission d'un crime mais, en vertu du contrôle qu'elle exerce sur cette organisation, décide fondamentalement si l'infraction sera commise et comment elle le sera.⁴⁶

Cette interprétation est corroborée par la structure même de l'article 25-3-a⁴⁷. Les rédacteurs ont ainsi voulu écarter l'hypothèse où l'auteur principal, pour se disculper, pourrait clamer que l'auteur direct du crime était libre de ne pas exécuter l'ordre. Cette dimension de contrôle sur le crime milite en faveur de l'exclusion de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le cas Al Bashir.

B. La responsabilité du supérieur hiérarchique

Les crimes commis par les forces placées sous les ordres d'un chef militaire ou dont il a le contrôle ou l'autorité effectif engage sa responsabilité pénale si :

I) ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes; et

II) ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.⁴⁸

La responsabilité du supérieur (*command responsibility*) est décrite comme une forme *sui generis* de responsabilité pour omission coupable⁴⁹. Elle requiert

⁴⁵ *Le Procureur c Krstić*, IT-98-33-T, Jugement du 2 août 2001, au para 601 (TPIY, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>>.

⁴⁶ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 518.

⁴⁷ Les autres formes de responsabilité de l'article 25-3 aux alinéas b) à d) sont des responsabilités accessoires : *Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt*, *supra* note 10 à la p 8.

⁴⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 1, article 28(a). Avec quelques nuances, l'article 28(b) codifie la responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils. Les mêmes principes sont appliqués aux deux catégories de supérieurs. Voir *Le Procureur c Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Jugement, 21 mai 1999 aux para 213-215 (TPIR, Chambre de première instance); *Le Procureur c Musema Alfred*, ICTR-96-13-T, Jugement, 27 janvier 2000 au para 148 (TPIR, Chambre de première instance); *Le Procureur c Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*, ICTR-96-11-T, Jugement, 3 décembre 2003 au para 976 (TPIR, Chambre de première instance).

⁴⁹ Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009 à la p 38; Jamie Allan Williamson, « Some considerations on command responsibility and criminal liability » (2008) 90:870 *Int'l Rev Red Cross* 303 aux pp 304 et 306.

l'existence préalable d'une obligation⁵⁰. En l'occurrence, l'obligation autonome de prévenir, de réprimer ou de référer les crimes commis aux autorités compétentes.

À l'image la responsabilité du fait d'un intermédiaire, la responsabilité du supérieur permet l'extension des poursuites pénales au-delà des auteurs directs des crimes. Là s'arrête toutefois la ressemblance. Contrairement aux autres formes de responsabilité principale, elle est une responsabilité par défaut. Si en effet le supérieur agissait positivement en donnant l'ordre ou en incitant ses subordonnés à commettre les crimes, on serait alors dans l'hypothèse de la complicité⁵¹ ou si les conditions sont réunies, de la commission indirecte⁵². Les critères de ce mode de responsabilité ont été posés par la Chambre préliminaire de la CPI dans *Bemba* dans les termes suivants :

[...] pour prouver que la responsabilité pénale du suspect (au sens de l'article 28-a du Statut) est engagée à raison de l'un quelconque des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut, les éléments suivants doivent être réunis :

- a) Le suspect doit être un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire;
- b) Le suspect doit exercer un commandement et un contrôle effectifs, ou une autorité et un contrôle effectifs, sur les forces (les subordonnés) qui ont commis un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut;
- c) Les crimes commis par les forces (les subordonnés) résultent du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait;
- d) Le suspect savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que les forces (les subordonnés) commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut; et
- e) Le suspect n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.⁵³

La responsabilité du supérieur n'est clairement pas en jeu dans le cas Al Bashir. Le mandat d'arrêt du 4 mars 2009 souligne qu'il est accusé « en tant qu'auteur indirect ou [...] coauteur indirect ». Le choix de ce mode de responsabilité plutôt que la responsabilité du supérieur peut paraître curieux, puisque un autre auteur présumé de haut rang, Jean-Pierre Bemba, a été inculpé au titre de l'article 28-a du *Statut de la CPI*. On se serait attendu, considérant sa position, alors vice-président de la République démocratique du Congo (RDC) au moment des exactions commises par

⁵⁰ Ilias Bantekas, « On Stretching the Boundaries of Responsible Command » (2009) 7:5 J Int Criminal Justice 1197 à la p 1198.

⁵¹ Chantal Meloni, « Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior? » (2007) 5:3 J Int Criminal Justice 619 à la p 620.

⁵² Daniel Heilmann, « Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009 » (2010) 21:2 EJIL 486 à la p 488.

⁵³ *Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*, *supra* note 41 au para 407.

les membres du groupe armé sous son commandement en Centrafrique, qu'il soit inculpé en vertu du même mode de responsabilité qu'Omar Al Bashir ou vice-versa.

L'inculpation de Jean-Pierre Bemba au titre de l'article 25-3-a du *Statut de la Cour* a bien été envisagée lorsque la Chambre préliminaire III a décidé le 23 mai 2008 qu'il « [...] est pénalement responsable, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'autres personnes, en vertu de l'article 25-3-a du Statut », de violences sexuelles, tortures et pillages constitutifs de crimes contre l'humanité et crimes de guerre⁵⁴. C'est au stade de la confirmation des charges que ce mode a été écarté, le Procureur ayant échoué à faire la preuve de l'élément subjectif, à savoir la possession de l'intention et la connaissance de la coaction⁵⁵. Confrontant les éléments de preuve disponibles aux critères de la responsabilité du supérieur, la Chambre préliminaire a conclu que « [...] Jean-Pierre Bemba n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer les crimes commis par ses subordonnés du MLC [Mouvement de libération du Congo] durant les cinq mois qu'a duré l'intervention en RCA »⁵⁶.

La coaction de l'article 25-3-a était ainsi mise en échec par le choix de la responsabilité du supérieur. Mais en quoi ces modes se distinguent-ils alors qu'ils sont relatifs à la responsabilité du fait d'une autre personne?

Dans *Katanga et Ngudjolo*, tous les modes de responsabilité de l'article 25-3-a ont été placés sous la bannière de la notion de contrôle exercé par l'auteur sur le crime. Au sujet de la perpétration indirecte, la Chambre dit :

[L]e chef doit utiliser ce contrôle sur l'appareil pour exécuter des crimes, ce qui signifie qu'en tant qu'auteur derrière l'auteur, il exploite son autorité et son pouvoir au sein de l'organisation pour s'assurer de l'exécution des ordres qu'il donne. L'exécution de ces ordres doit inclure la commission de l'un quelconque des crimes relevant de la compétence de la Cour.⁵⁷

Mais la responsabilité du supérieur est elle aussi fondée sur un rapport de subordination en tant que « [L]e suspect doit exercer un commandement et un contrôle effectifs, ou une autorité et un contrôle effectifs, sur les forces (les subordonnés) qui ont commis un ou plusieurs des crimes recensés aux articles 6 à 8 du Statut »⁵⁸. La différence entre les deux modes de responsabilité se trouve cependant sur l'usage qui est fait du contrôle. L'auteur indirect en fait un usage positif, à savoir « utiliser ce contrôle sur l'appareil pour exécuter des crimes », tandis que le supérieur hiérarchique en fait un usage négatif : « le suspect n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces

⁵⁴ *Le Procureur c Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-15, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo remplaçant le mandat d'arrêt décerné le 23 mai 2008, 10 juin 2008, au para 5 (CPI, Chambre préliminaire III).

⁵⁵ *Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*, supra note 41 au para 342.

⁵⁶ *Ibid* au para 501.

⁵⁷ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, supra note 9 au para 514; *Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt*, supra note 10 au para 211.

⁵⁸ *Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*, supra note 41 au para 407.

crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »⁵⁹. Il s'ensuit également une différence quant à la preuve de l'élément de faute. Tandis qu'il faut établir la pleine intention et connaissance de l'article 30 du *Statut de la CPI* au titre de l'article 25-3-a, la Chambre préliminaire a reconnu dans *Bemba* que « l'expression "aurait dû savoir" [de l'article 28-a] renvoie en fait à une forme de négligence »⁶⁰. La Chambre préliminaire I ne pouvait donc retenir la responsabilité du supérieur à l'égard d'Al Bashir, ayant conclu:

[qu']il y a des motifs raisonnables de croire : i) qu'Omar Al Bashir tenait un rôle qui dépassait la coordination de l'élaboration et de la mise en œuvre du plan commun ; ii) qu'il avait le contrôle total de toutes les branches de « l'appareil d'État » de la République du Soudan, notamment des forces armées soudanaises et de leurs alliés des milices janjaouid, des forces de police soudanaises, du service du renseignement et de la sécurité nationale et de la Commission d'aide humanitaire ; et iii) qu'il a utilisé ce contrôle pour assurer la mise en œuvre du plan commun ».⁶¹

L'idée d'un plan commun ainsi évoqué laisse penser à la coaction ou à l'entreprise criminelle commune. Envisageons ci-après ces deux formes de responsabilité.

C. L'entreprise criminelle commune

Dès l'affaire *Lubanga*, la CPI a exprimé la ferme intention de se démarquer des tribunaux *ad hoc* quant à la place qu'elle accordera à l'ECC⁶². Nous envisagerons brièvement la notion d'ECC (1) avant de voir en quoi elle se distingue de la coaction indirecte (2).

1. LA NOTION D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE

Formulée depuis *Tadić*, l'ECC est une forme de commission à certains égards indirecte⁶³. Elle marque surtout la reconnaissance que les crimes de droit international constituent des manifestations de la « criminalité de groupe »⁶⁴. Leur commission dépasse la perpétration directe et physique⁶⁵ pour embrasser la coaction

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid* au para 429.

⁶¹ *Mandat d'arrêt Al Bashir du 12 juillet 2010, supra* note 2 aux pp 8-9.

⁶² Thomas Weigend, « Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the *Lubanga* Decision on Confirmation of Charges » (2008) 6:3 *J Int Criminal Justice* 471 aux pp 477 [Weigend].

⁶³ Flavia Zorzi Giustiniani, « Stretching the Boundaries of Commission Liability: The ICTR Appeal Judgment in *Seromba* » (2008) 6:4 *J Int Criminal Justice* 783 à la p 788 [Giustiniani]; *Le Procureur c Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-A, Arrêt, Opinion dissidente du Juge Liu (12 mars 2008) au para 6 (TPIR, Chambre d'appel).

⁶⁴ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra* note 7 au para 191.

⁶⁵ « La participation directe n'exige pas nécessairement la participation à la perpétration physique de l'acte répréhensible » : *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, au para 679 (TPIY, Chambre de première instance) [*Jugement Tadić du 7 mai 1997*].

sous forme d'ECC⁶⁶. Selon la Chambre d'appel dans *Tadić*, l'article 7-1 du Statut « couvre d'abord et avant tout la perpétration physique d'un crime par l'auteur lui-même, ou l'omission coupable d'un acte requis en vertu d'une règle de droit pénal. Toutefois, on considère que la perpétration de l'un des crimes visés [au] Statut peut aussi revêtir la forme d'une participation à la réalisation d'un dessein ou d'un but commun »⁶⁷.

D'après les critères dégagés par la jurisprudence, l'*actus reus* de l'ECC suppose « [la p]luralité des accusés », « [l'e]xistence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration » et « [la p]articipation de l'accusé au dessein commun »⁶⁸.

L'exigence de pluralité de personnes est une question de nombre. Une ECC est formée par au moins deux personnes. Des préoccupations ont surgi en jurisprudence quant aux liens devant unir ces personnes et quant à savoir si leur identité devait être connue d'une Chambre ou de l'Accusation. Il a été jugé qu'on doit être convaincu « de l'existence d'un lien suffisant entre l'Accusé et les personnes qui, à un titre ou un autre, ont commis ou poussé à commettre des crimes pour servir l'objectif commun »⁶⁹.

Toutefois, bien qu'une Chambre doive identifier le groupe formant l'ECC, il n'est pas nécessaire d'identifier par leurs noms toutes les personnes impliquées⁷⁰. Il peut être suffisant de référer aux catégories ou aux groupes de personnes⁷¹. Les paramètres temporels et géographiques du groupe doivent cependant être suffisamment spécifiques pour permettre son identification. La Chambre d'appel a ainsi jugé qu'une ECC incluant les politiciens locaux, les militaires, les chefs de police, les chefs de paramilitaires et autres, sans aucune autre précision était vague pour être retenue⁷².

Le problème que soulève le plan commun ou encore l'objectif commun est celui de sa caractérisation. Les crimes commis dans le cadre de sa mise en œuvre sont considérés comme des moyens de son effectuation⁷³. Ils peuvent avoir été prévus initialement dans l'objectif ou ils peuvent avoir été voulus par la suite lorsqu'ayant connaissance que la mise en œuvre du plan impliquera la commission des crimes, les auteurs de l'ECC acceptent d'assumer une telle conséquence. L'objectif commun

⁶⁶ Giustiniani, *supra* note 63 à la p 790.

⁶⁷ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 au para 188.

⁶⁸ *Ibid* au para 227.

⁶⁹ *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Jugement du 27 septembre 2006 au para 1086 (TPIY, Chambre de première instance) [*Jugement Krajišnik du 27 septembre 2006*]; *Le Procureur c Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Arrêt du 17 mars 2009 au para 184 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Krajišnik du 17 mars 2009*].

⁷⁰ *Arrêt Krajišnik du 17 mars 2009*, *supra* note 68 au para 156.

⁷¹ *Ibid*. Voir également, *Le Procureur c Limaj et consorts*, IT-03-66-A, Arrêt du 27 septembre 2007 au para 99 (TPIY, Chambre d'appel); *Le Procureur c Brđanin*, IT-99-36-A, Arrêt du 3 avril 2007 au para 430 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Brđanin du 3 avril 2007*] et *Le Procureur c Stakić*, IT-97-24-A, Arrêt du 22 mars 2006 au para 69 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Stakić du 22 mars 2006*].

⁷² *Arrêt Krajišnik du 17 mars 2009*, *supra* note 69 au para 157.

⁷³ *The Prosecutor v Brima, Kamara and Kanu*, SCSL-2004-16-A, Arrêt du 22 février 2008 au para 80 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel).

n'est donc pas figé. Il est susceptible d'évoluer. La Chambre d'appel du TPIY a jugé que si à l'objectif du plan commun les membres clés de l'ECC partagent ultérieurement l'intention criminelle de commettre de nouveaux crimes, alors ces « *expanded crimes* » devraient être considérés comme faisant partie du plan commun bien que l'accord pour leur commission se soit manifesté « de manière impromptue »⁷⁴. En l'espèce, le plan commun à l'origine prévoyait la déportation et le transfert forcé de populations non-serbes. Les crimes additionnels dont les persécutions, l'extermination ou les meurtres, y auraient été ajoutés si la Chambre avait été convaincue que « *leading members of the JCE were informed of them, took no effective measures to prevent their recurrence, and persisted in the implementation of the common objective, thereby coming to intend these expanded crimes* »⁷⁵.

La participation de l'accusé au plan commun est un élément distinctif fondamental de la responsabilité pénale sous forme d'ECC. La jurisprudence réitère systématiquement que « *the participation of an accused person in a JCE need not involve the commission of a crime, [...] it may take the form of assistance in, or contribution to, the execution of the common objective or purpose* »⁷⁶. Contrairement à la coaction, le niveau de participation n'a pas à être nécessaire ou substantielle: « elle doit être à tout le moins importante pour que l'accusé soit reconnu responsable de ces crimes »⁷⁷. Par exemple, le fait pour un accusé de n'avoir pas, entre autres, en tant que président d'une assemblée, tenté de prévenir et de modérer les positions extrêmes de ses membres a été considéré comme une contribution significative à l'ECC⁷⁸. Par ailleurs, la participation peut être indirecte au sens où la contribution d'un membre du plan commun est apportée par une personne étrangère à ce plan. Il a été jugé que « *all JCE members are responsible for a crime committed by a non-JCE member if it is shown that the crime can be imputed to at least one JCE member, and that this JCE member – when using the non-JCE member – acted in accordance with the common objective* »⁷⁹. Il n'est pas nécessaire de démontrer que l'accusé a conclu un accord ou agi de concert avec le non-membre de l'ECC⁸⁰.

Plus que la matérialisation de l'*actus reus*, c'est l'association des intentions criminelles qui est visée par l'ECC. L'exigence de *mens rea* a été posée dans *Tadić* en ces termes: « *the JCE participants, including the accused, had a common state of mind, namely the state of mind that the statutory crime(s) forming part of the*

⁷⁴ *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra note 69 au para 163.*

⁷⁵ *Ibid* au para 170.

⁷⁶ *Ibid* au para 215; *Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005, supra note 39 au para 99; Arrêt Ntakirutimana du 13 décembre 2004, supra note 23 au para 466; Arrêt Vasiljević du 25 février 2004, supra note 37 au para 100; Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra note 7 au para 227(iii); Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-A, Arrêt du 17 septembre 2003 aux para 31 et 81 (TPIY, Chambre d'appel) [*Arrêt Krnojelac du 17 septembre 2003*].*

⁷⁷ *Arrêt Brđanin du 3 avril 2007, supra note 71 au para 430; Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra note 69 au para 215.*

⁷⁸ *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra note 69 au para 217.*

⁷⁹ *Ibid* au para 235; *Arrêt Brđanin du 3 avril 2007, supra note 71 aux para 413 et 430; Le Procureur c. Milan Martić, IT-95-11-A, Arrêt du 8 octobre 2008 au para 168 (TPIY, Chambre d'appel).*

⁸⁰ *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra note 69 au para 598; Arrêt Brđanin du 3 avril 2007, supra note 71 au para 418.*

objective should be carried out »⁸¹. Il en résulte que si la participation à l'élément objectif peut être différente, l'intention criminelle doit être partagée par tous les membres de l'ECC. La Chambre d'appel a annulé la condamnation d'un accusé au titre de crimes additionnels à l'objectif commun parce que la Chambre d'instance « *did not find [...] at which point in time the leading members of the JCE became aware of each of the various expanded crimes* »⁸². Le niveau de *mens rea* justifie cependant une distinction entre plusieurs formes d'ECC⁸³.

Dans l'ECC1, les membres de l'entente sont responsables des crimes faisant partie du plan commun. Ils partagent tous l'intention de commettre le crime concerté même si en bout de ligne il est commis par quelques-uns seulement⁸⁴ ou s'ils commettent des actes différents⁸⁵. L'ECC2, variante de la précédente forme⁸⁶, constitue ce que Cassese appelle responsabilité pour participation à une entreprise criminelle institutionnalisée⁸⁷. L'objectif est de sanctionner ceux qui prêtent leur soutien à une organisation dont le but est criminel. L'accusé est responsable parce que, connaissant le dessein criminel de l'organisation, il continue volontairement d'exécuter des tâches qui contribuent à son fonctionnement. La participation à la formulation du dessein criminel n'est pas nécessaire car l'adhésion à l'organisation signifie que l'accusé partage l'intention criminelle de ceux qui l'ont défini. Selon *Tadić*, cette forme d'ECC exige un double élément subjectif: « [...] *knowledge of the nature of the system of ill-treatment and intent to further the common design of illtreatment* ».

Enfin, l'ECC3 est l'hypothèse où l'exécution d'un plan commun aboutit à la commission des crimes qui n'étaient pas envisagés mais qui relèvent de la compétence du tribunal⁸⁸. Les conditions de l'ECC3 ont été posées dans *Tadić* ainsi qu'il suit :

[I] convient d'appliquer la notion « de but commun » uniquement dans les cas où l'élément moral remplit les conditions suivantes : i) intention de prendre part à l'entreprise criminelle commune et de contribuer – individuellement et collectivement – à l'objectif délictueux de cette entreprise; et ii) caractère prévisible de la perpétration éventuelle, par un autre membre du groupe, de crimes qui ne constituaient pas l'objet du but

⁸¹ *Jugement Krajisnik du 27 septembre 2006, supra* note 69 au para 883(ii); *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra* note 7 au para 227.

⁸² *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra* note 69 aux para 203 et 208.

⁸³ Jennifer Easterday, « Obscuring the Joint Criminal Enterprise Liability: The Conviction of Augustine Gbao By the Special Court of Sierra Leone » (2009) 3 Berkeley J Int'l L 36 à la p 38, en ligne : Publicist <<http://bjil.typepad.com/publicist/introducing-publicist/>> [Easterday].

⁸⁴ *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra* note 69 aux para 203 et 208.

⁸⁵ *Le Procureur c Ante Gotovina et al, IT-06-90-T, Jugement du 15 avril 2011* au para 1950 (TPIY, Chambre de première instance I) [*Jugement Gotovina du 15 avril 2011*].

⁸⁶ Lafontaine, *supra* note 20 à la p 996; Luke Marsh et Michael Ramsden, « Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to *Tadić* » (2011) 11:1 Int'l Crim L Rev 137 à la p 140.

⁸⁷ Cassese, *supra* note 7 à la p 112.

⁸⁸ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra* note 7 au para 204; *The Prosecutor v Radovan Karadžić, IT-95-5/18-AR72.4, Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability* (25 juin 2009) au para 18 (TPIY, Chambre d'appel). Voir aussi Easterday, *supra* note 83 à la p 45.

criminel commun. Ainsi, les participants doivent avoir eu l'intention, par exemple, de maltraiter des prisonniers de guerre (même si ce projet est apparu de façon inopinée) et l'un ou plusieurs des membres du groupe doivent avoir effectivement tué ces prisonniers. Pour que la responsabilité de ces morts soit imputable à d'autres, cependant, chacun des membres du groupe doit avoir été en mesure de prévoir le résultat des actes commis. Il convient de remarquer qu'en l'occurrence, la négligence ne suffit pas. Il faut que l'accusé se soit trouvé dans un état d'esprit tel que même s'il n'avait pas l'intention d'arriver à un certain résultat, il avait conscience que les actes commis par le groupe entraîneraient très vraisemblablement ce résultat, mais était néanmoins disposé à courir ce risque. En d'autres termes, il faut qu'il y ait de la part de l'accusé ce qu'il est convenu d'appeler *dol éventuel*, ou *advertent recklessness* dans certains systèmes.⁸⁹

L'accusé sera donc tenu responsable à la condition objective que les crimes commis constituent une conséquence naturelle et prévisible de l'exécution du plan⁹⁰ et à la condition subjective qu'il était conscient que de tels crimes étaient une conséquence possible de l'ECC, mais l'a cependant exécutée en connaissance de cause⁹¹. Ainsi, le simple *dolus eventualis* peut suffire à établir l'élément moral des crimes résultant des conséquences naturelles et prévisibles du plan commun⁹².

2. LA DISTINCTION AVEC LA COACTION

L'ECC a, avec la coaction, des similitudes confondantes. Les deux modes de responsabilité caractérisent une criminalité collective. Ils requièrent en conséquence de prouver l'existence d'un plan commun. La CPI et les juridictions *ad hoc* ont adopté sur ce point des directives identiques. D'une part, il est commun aux deux modes de responsabilité que le plan n'a pas à être arrangé à l'avance⁹³. D'autre part, le caractère commun suppose une vraie coordination dans son exécution. Dans *Gotovina*, le TPIY a réaffirmé une position qui rappelle bien celle de la CPI dans *Lubanga* :

[T]he persons in a criminal enterprise must be shown to act together, or in concert with other, in the implementation of a common objective, if they are to share responsibility for crimes committed through JCE.⁹⁴

On est presque tenté de voir dans cette affirmation, une exigence explicite du contrôle conjoint sur le crime. Toutefois, il semble en pratique que les deux modes de

⁸⁹ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 au para 220.

⁹⁰ *Jugement Gotovina du 15 avril 2011*, *supra* note 85 au para 1952.

⁹¹ *Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005*, *supra* note 39 au para 114. Au paragraphe 86 de cet arrêt, l'instance supérieure semble opter pour une approche subjective des crimes commis en dehors de l'ECC et imputables à l'accusé lorsqu'elle exige que le Procureur doit prouver « *that the accused had sufficient knowledge such that the additional crimes were a natural and foreseeable consequence to him* ».

⁹² *Arrêt Stakić du 22 mars 2006*, *supra* note 71 aux para 99-103.

⁹³ *Jugement Gotovina du 15 avril 2011*, *supra* note 85 au para 1953.

⁹⁴ *Ibid* au para 1954; Également, *Arrêt Brđanin du 3 avril 2007*, *supra* note 71 aux para 410 et 430; *Le Procureur c Haradinaj et al*, IT-04-84-T, *Jugement* du 3 avril 2008, au para 139 (TPIY, Chambre de première instance I).

responsabilité se distinguent par l'appréciation de la contribution individuelle par les ordres de juridiction qui les appliquent.

Tout d'abord, sur la contribution individuelle, les deux modes ont ceci de commun qu'ils n'est pas nécessaire que l'accusé ait commis l'*actus reus* du crime pour en être coupable. Le TPIY a statué qu'il y a ECC même lorsque les exécutants du crime ne connaissent pas l'existence et les objectifs de l'ECC, mais sont utilisés par ceux qui ont conçu le plan commun pour atteindre ces objectifs⁹⁵. Al Bashir aurait donc certainement été inculpé au titre de l'ECC s'il était jugé devant un tribunal *ad hoc*, puisque les crimes qui lui sont reprochés auraient été commis par le biais de « l'appareil de l'État ». Dans ce schéma, la participation criminelle à la réalisation des éléments objectifs du plan commun n'a pas à être la commission matérielle du crime. Le critère objectif est satisfait si une tierce personne est utilisée ou si un membre de l'ECC l'assiste dans la commission de l'*actus reus*. Sa contribution n'a pas à être indispensable, même si elle doit être significative⁹⁶. C'est là la principale différence sur le plan objectif, et probablement la seule, entre l'ECC et coaction, ce dernier mode requérant une contribution essentielle.

En réalité, il n'est pas certain qu'en affirmant que l'ECC est fondé sur l'élément subjectif du crime et la coaction sur le contrôle sur le crime⁹⁷, on identifie le véritable point de rupture entre les deux modes de responsabilité. Dans l'ECC, il s'agit de savoir « *whether the defendant took ownership of his actions, making the crime his own, or, in the alternative, regarding himself as a mere actor in another's plan* »⁹⁸. Cette idée d'adoption de l'intention criminelle des planificateurs n'est pas moins présente dans la coaction. Dans *Lubanga*, la Chambre de la CPI a en effet statué qu'« indépendamment de l'importance de la contribution à l'infraction, seuls ceux qui apportent leur contribution dans *l'intention partagée* de commettre l'infraction peuvent être considérés comme les auteurs principaux du crime »⁹⁹ [nos italiques]. La théorie du contrôle n'est ainsi qu'une combinaison, mais réaménagée, de l'élément objectif – les circonstances de fait qui permettent l'exercice d'un contrôle sur le crime – et de l'élément subjectif, à savoir la connaissance des dites circonstances¹⁰⁰. Le caractère essentiel des contributions individuelles coordonnées créé une certaine interdépendance entre les coauteurs. Personne ne peut réussir

⁹⁵ *Jugement Gotovina du 15 avril 2011*, supra note 85 au para 1953. Les deux modes de responsabilité rejettent la centralité du critère objectif comme déterminant de la distinction responsabilité principale/responsabilité accessoire : Jens David Ohlin, « ICTY Judgement, Prosecutor v Stakić, Case No IT-97-24-T, T. Ch. II, 31 July 2003 » dans André Klip et Göran Sluiter, dir, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, volume 14: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 2003*, New York, Interstentia, 2008, 545 [Ohlin, commentaire de Stakić].

⁹⁶ *Jugement Gotovina du 15 avril 2011*, supra note 85 au para 1953; *Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005*, supra note 39 aux para 97-98; *Arrêt Brđanin du 3 avril 2007*, supra note 71 au para 430.

⁹⁷ Héctor Olásolo, « Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first case law of the International Criminal Court » dans Carsten Stahn et Göran Sluiter, dir, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 2009, 339 aux pp 350-351.

⁹⁸ Ohlin, « Commentaire de Stakić », supra note 95 à la p 744.

⁹⁹ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, supra note 10 au para 329.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 331.

l'infraction seul, mais chacun peut la paralyser¹⁰¹. C'est entre autres parce que l'ECC exige un niveau inférieur de contribution qu'elle est critiquée. Avant d'envisager si le *Statut de la CPI* y répond, examinons de près une forme de responsabilité proche, à savoir la coaction.

D. La coaction

Aux termes de l'article 25-3-a du *Statut de la CPI*, toute personne est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour si « elle commet un tel crime [...] conjointement avec une autre personne ». Dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire, s'inspirant de Kai Ambos¹⁰² a défini la coaction en ces termes :

[L]a notion de coaction prend sa source dans l'idée que, lorsque la somme des contributions individuelles coordonnées de plusieurs personnes aboutit à la réalisation de tous les éléments objectifs d'un crime, toute personne apportant une contribution peut se voir imputer les contributions des autres et, en conséquence, être considérée comme auteur principal du crime dans son ensemble.¹⁰³

Bien que la coaction comporte la notion de plan commun qui est au cœur de l'ECC¹⁰⁴, la Chambre a précisé d'entrée que les deux modes de responsabilité opèrent sur des fondements différents. Selon la Chambre, le critère de définition de la coaction permet également d'établir la distinction entre responsabilité principale et complicité¹⁰⁵. Mais alors que l'ECC s'appuie sur l'élément subjectif du crime pour établir cette distinction, la coaction se fonde sur la théorie du contrôle sur le crime. La Chambre préliminaire explique le sens de cette théorie ainsi qu'il suit :

Elle [la notion de contrôle exercé sur le crime] repose sur l'idée que les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment.¹⁰⁶

La théorie du contrôle permet ainsi à la Chambre préliminaire de définir autrement les éléments objectifs et subjectifs du crime. L'élément objectif est constitué non plus nécessairement de la commission des actes matériels du crime, le fait de tirer une balle par exemple, mais par « les circonstances de fait qui permettent l'exercice d'un contrôle sur le crime », le fait d'être en mesure d'obtenir le tir d'une balle si l'on en donne l'ordre de tirer ou le fait de fournir l'arme qui servira à tirer la balle.

¹⁰¹ *Ibid* au para 342.

¹⁰² Kai Ambos, « Article 25 : Individual Criminal Responsibility » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos, 1999 à la p 479, note de marge 8 [Ambos, « Individual Criminal Responsibility »].

¹⁰³ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges, supra* note 10 au para 326.

¹⁰⁴ Weigend, *supra* note 62 à la p 477.

¹⁰⁵ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges, supra* note 10 au para 327.

¹⁰⁶ *Ibid* au para 330.

Quant à l'élément subjectif, il sera suffisant d'avoir connaissance des circonstances de fait qui permettent l'exercice d'un contrôle et non plus la connaissance que la mort résultera du tir de la balle. Ainsi, selon la Chambre, la responsabilité principale en vertu de la théorie du contrôle qui postule que les auteurs principaux sont « ceux qui détiennent le contrôle de la commission de l'infraction et qui ont conscience qu'ils détiennent un tel contrôle » se traduit en matière de coaction par le fait que sont auteurs principaux « [ceux qui] détiennent, avec d'autres personnes, le contrôle de l'infraction en raison des tâches essentielles qui leur ont été assignées »¹⁰⁷. Cette idée de « tâches essentielles » est au cœur de la détermination des éléments objectifs de la coaction.

Les éléments objectifs de la coaction sont essentiellement de deux ordres. D'une part, il faut qu'il existe un accord ou un plan commun entre deux ou plusieurs personnes. En l'absence de cette coordination, il n'y a pas coaction au sens de l'article 25-3-a¹⁰⁸. Toutefois, si le plan commun constitue une condition *sine qua non*, il n'a pas nécessairement à comprendre la commission d'un crime. Il suffit que les auteurs du plan aient assumé le risque qu'un tel résultat découlera de sa mise en œuvre. De même, le plan n'a pas à être explicite. Il peut simplement être « [déduit] de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs »¹⁰⁹.

D'autre part, il faut de la part de chaque coauteur l'apport d'une contribution essentielle et coordonnée aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime. La jurisprudence refuse que la contribution essentielle se limite à une participation à l'étape de l'exécution du crime¹¹⁰. À cet égard, qu'il s'agisse de l'apport en termes de conception de l'attaque, de fournitures d'armes et de munitions, de l'exercice du pouvoir de déployer les troupes ou de les superviser, avant ou pendant l'exécution du crime, le critère important est que de tels apports soient déterminants :

[L]orsque les éléments objectifs d'une infraction sont réalisés par plusieurs individus agissant dans le cadre d'un plan commun, seuls ceux à qui ont été assignées des tâches essentielles – et qui sont donc en mesure de faire obstacle à la perpétration du crime en n'accomplissant pas leurs tâches – peuvent être considérés comme exerçant un contrôle conjoint sur le crime.¹¹¹

La coaction ne suppose donc pas nécessairement la commission des mêmes actes par les coauteurs. Chaque membre de la coaction peut commettre un acte distinct. Pour encourir une responsabilité pénale en tant que coauteur, il faut que sa

¹⁰⁷ *Ibid* au para 332.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 343; *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 522.

¹⁰⁹ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 345; *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 523.

¹¹⁰ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 348; *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 526.

¹¹¹ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 347.

partition ait été déterminante, soit physiquement, soit par l'intermédiaire d'une autre personne¹¹².

En ce qui concerne l'élément subjectif de la coaction, le suspect d'une coaction « doit avant tout satisfaire aux éléments subjectifs du crime qu'on lui reproche, y compris tout dol spécial ou *ulterior intent* requis pour ce type de crime »¹¹³. Sauf disposition particulière, il ressort de l'article 30-1 du *Statut de la CPI* que « nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance »¹¹⁴.

L'intention criminelle doit être partagée par tous les membres de la coaction pour emporter la responsabilité pénale de l'un deux. Il ne saurait en effet être poursuivi comme coauteur si tel n'était pas le cas. Cette intention partagée est formée de deux éléments : la conscience chez les coauteurs que les éléments objectifs du crime risquent de résulter de la mise en œuvre de leur plan commun et l'acceptation de ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant¹¹⁵. La coaction est donc une responsabilité fondée sur le risque, une exigence bien inférieure à l'intention évoquée à l'article 30-1. Mais une telle approche paraît acceptable dès lors que la coaction repose non pas sur la commission des éléments objectifs, mais bien sur la contribution substantielle à leur réalisation. En effet, en se fondant sur l'idée de la division du travail, aussi vrai que le fait d'avoir fourni les armes à la milice peut être déterminante, il n'y a aucune certitude qu'elles seront utilisées pour atteindre les objectifs du plan commun. Ainsi, selon que le risque que les éléments objectifs se produisent est grand ou non, c'est-à-dire que le risque le crime soit probable ou moins probable, l'exigence d'acceptation diffère. Lorsque la probabilité est forte, la négligence suffit à établir l'élément subjectif, à savoir que malgré la conscience que les éléments subjectifs se produiront, le suspect et les autres coauteurs ont néanmoins décidé de mettre en œuvre le plan commun. Mais si la probabilité est faible, « le suspect et les autres coauteurs doivent avoir manifestement ou expressément acceptée l'idée que ces éléments objectifs puissent résulter de la mise en œuvre du plan commun »¹¹⁶.

Le troisième aspect de l'élément subjectif du crime porte sur la connaissance par le suspect des circonstances de fait qui lui permettent d'exercer conjointement un contrôle sur le crime. La connaissance des circonstances est relative, selon la Chambre préliminaire, à la conscience chez le suspect d'avoir un rôle essentiel dans la mise en œuvre du plan commun et qu'en raison de ce rôle déterminant, il est en mesure de faire obstacle à la mise en œuvre du plan commun¹¹⁷. Il semble alors que si le suspect se considère comme jouant un rôle insignifiant, l'élément de connaissance

¹¹² *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges, supra* note 9 au para 521.

¹¹³ *Ibid* au para 527; *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges, supra* note 10 au para 349.

¹¹⁴ *Statut de Rome, supra* note 1, art 30(1).

¹¹⁵ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges, supra* note 10 au para 361.

¹¹⁶ *Ibid* au para 364.

¹¹⁷ *Ibid* au para 367.

ne serait pas valablement établi et il ne pourrait être accusé de coaction. Par contre, sa responsabilité principale ne serait pas affectée s'il sait que la contribution des autres coauteurs était tout aussi essentielle que la sienne.

Somme toute, dans la coaction, on n'est pas responsable de la seule contribution substantielle qu'on apporte à la réalisation d'un plan commun. Ce caractère substantiel exerce une telle attraction sur les actes des autres coauteurs qu'ils en viennent à être attribués au suspect, précisément sur la considération que s'il s'était retiré du plan commun, la contribution des autres membres auraient été inutile. C'est sans conteste cette dimension de contrôle sur le crime qui caractérise la responsabilité du fait d'un intermédiaire.

II. La responsabilité du fait d'un intermédiaire

Cristallisée depuis l'arrêt *Tadić* de la Chambre d'appel du TPIY, la dichotomie responsabilité principale/responsabilité accessoire (complicité) caractérise l'allocation de la culpabilité en droit pénal international. La détermination de chacune de ces catégories est tributaire de la définition de la notion de « commission ». Aux TPIY/TPIR, toutes les formes de commission donnent lieu à la responsabilité principale, elle-même subdivisée en commission directe et en ECC¹¹⁸.

À la CPI cependant, le terme « commis » est une notion générique. La responsabilité accessoire relève des articles 25-3-b à 25-3-d¹¹⁹ et 28, tandis que la responsabilité principale est prévue à l'article 25-3-a. Cette disposition a été interprétée comme codifiant trois formes de commission¹²⁰. Al Bashir est poursuivi au titre de la commission indirecte et de la commission conjointe indirecte¹²¹. Envisageons ci-après l'apparition de la responsabilité principale indirecte en droit international (A) et son application au cas Al Bashir (B).

¹¹⁸ Wirth, *supra* note 3 à la p 336; *Jugement Kvočka du 2 novembre 2001*, *supra* note 31 aux para 249 et 273; *Arrêt Ntakirutimana du 13 décembre 2004*, *supra* note 23 au para 462; *Le Procureur c Aloys Simba*, ICTR-2001-76-T, Jugement du 13 décembre 2005 au para 389 (TPIR, Chambre de première instance); *Le Procureur c Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Arrêt du 7 juillet 2006 au para 158 (TPIR, Chambre d'appel).

¹¹⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 1, art 25(3); Les alinéas e) et f) sur l'incitation à commettre le génocide et sur la tentative sont exclus de cette classification pour la raison qu'il s'agit mieux de « crimes incomplets » (*inchoate crimes*) que de véritables modes de participation : Gerhard Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute » (2007) 5:4 J Int Criminal Justice 953 à la p 956 [Werle].

¹²⁰ Ambos, « Individual Criminal Responsibility », *supra* note 102 à la p 745; Militello, *supra* note 6 à la p 945; Lafontaine, *supra* note 20 à la p 974; *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 318; *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008*, *supra* note 9 au para 488.

¹²¹ Ces deux formes de responsabilité joueront un rôle beaucoup plus important à la CPI. Comme l'entreprise criminelle commune devant les tribunaux *ad hoc*, la responsabilité en vertu de l'article 25-3-a du *Statut de Rome* a jusqu'ici largement été employée par le Procureur. Voir les affaires *Le Procureur c Francis Kirimi Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11 (situation au Kenya); *Le Procureur c Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09 (situation du Soudan-Darfour); *Le Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06 et *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngujolo Chui*, ICC-01/04-02/07 (situation en RDC).

A. L'apparition de la responsabilité principale indirecte

Hector Olásolo et Nana Pérez Cepeda précisent ainsi la teneur de la responsabilité principale indirecte de l'article 25-3-a :

*The people who physically carry out the actus reus of the crimes are not the main protagonists of the crimes in as much as they neither participate in the initial decision to commit the crimes, nor in the subsequent planning and preparation at the different levels of the organised structure of power.*¹²²

Il s'agit, bien qu'elle s'en distingue nettement en droit positif, d'une forme de responsabilité proche de la responsabilité hiérarchique telle qu'elle avait été envisagée à Nuremberg et Tokyo, celle où le fait des subordonnés découle d'un commandement du supérieur d'entreprendre un comportement précis¹²³. Mais tandis que la nature des crimes internationaux s'y prête, c'est seulement avec la CPI qu'elle connaît une affirmation positive dans un texte international¹²⁴. La pratique nationale¹²⁵ a permis à la doctrine de dégager les contours de ce mode de responsabilité¹²⁶.

La coaction indirecte résulte donc de la combinaison des éléments de la coaction et de la perpétration indirecte, toutes deux prévues à l'article 25-3-a du *Statut de Rome* et privilégiées par la Cour¹²⁷ et retenues contre Al Bashir. Les deux formes de responsabilité sont considérées comme complémentaires par la doctrine¹²⁸. La commission indirecte suppose cependant le contrôle sur le crime par une seule personne qui se sert alors d'une autre personne ou d'une organisation pour commettre le crime¹²⁹.

La coaction indirecte suppose la commission conjointe où chaque coauteur exerce un contrôle sur le crime en vertu de la division du travail et selon la considération qu'il peut mettre en péril le plan commun s'il n'exécute pas sa

¹²² Hector Olásolo et Ana Pérez Cepeda, « The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case » (2004) 4:4 Int'l Crim L Rev 475 à la p 480 [Olásolo et Cepeda].

¹²³ Une distinction existe entre les formes de responsabilité indirecte étudiées ici et le mode de responsabilité qui consiste à « ordonner » la commission d'un crime, cette dernière étant prévue en tant que telle dans les statuts des tribunaux *ad hoc* et dans le *Statut de Rome*.

¹²⁴ Werle, *supra* note 119 aux pp 963-964.

¹²⁵ La doctrine fait souvent référence à Israël (affaire Eichmann), à l'Argentine (affaire des généraux), à l'Allemagne de l'Est (affaire des meurtres à la frontière) et au Pérou (affaire Alberto Fujimori de 2009). Voir, entre autres, Kai Ambos, « ICC Decision on the Confirmation of Charges, Prosecutor v Dyllo, Case No ICC-01/04-01/06, P-T. Ch. I, 29 January 2007 » dans André Klip et Göran Sluiter, dir, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, volume 23: The International Criminal Court 2005-2007*, New York, Interstentia, 2010, 736 [« Commentaire de la décision de confirmation des charges Lubanga »].

¹²⁶ Olásolo et Cepeda, *supra* note 122 à la p 492.

¹²⁷ Neha Jain, « The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law » (2011) 12:1 Chicago J Int'l L 159 à la p 181.

¹²⁸ Stefano Manacorda et Chantal Meloni, « Indirect perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring approaches in the practice of International Criminal Law? » (2011) 19 J Int Criminal Justice 159 à la p 163 [Manacorda et Meloni].

¹²⁹ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 500.

contribution individuelle. Il existe ainsi « un contrôle partagé » du crime¹³⁰. Les éléments de cette forme de commission sont également affirmés en doctrine et en jurisprudence¹³¹. Dès lors que les membres de la coaction ensemble exercent sur une ou plusieurs organisations qui leurs sont soumises un contrôle vertical, on est en présence d'une coaction indirecte. D'après la décision *Katanga-Chui*, c'est dans le cadre de telles organisations que l'auteur direct du crime et l'auteur indirect opèrent et qui permettent aux coauteurs indirects de s'assurer la commission du crime¹³².

C'est dans l'affaire *Stakić* devant le TPIY que la responsabilité par coaction indirecte a été appliquée pour la première fois en droit pénal international¹³³. La Chambre d'appel a décidé de l'écarter au profit de l'ECC. Elle a estimé que la coaction indirecte ne trouvait guère appui dans le droit international coutumier ou dans la jurisprudence du tribunal, et que l'ECC est le mode de responsabilité fermement établi et constamment appliqué¹³⁴. On peut regretter cette argumentation. Non seulement l'ECC n'est qu'une des possibles interprétations du terme « commission » de l'article 7-1 du *Statut*¹³⁵, mais la Chambre d'appel aurait pu déduire le caractère coutumier de la coaction indirecte, comme l'avait fait avec l'ECC, de l'article 25-3-a du *Statut de Rome* et de la jurisprudence naissante de la Cour¹³⁶. L'application dans Al Bashir en est la confirmation.

B. L'application dans l'affaire Al Bashir

Après avoir obtenu le renvoi de la situation au Soudan depuis le 1^{er} juillet 2002¹³⁷, le Procureur de la CPI a ouvert une enquête en s'intéressant « principalement aux personnes portant la responsabilité pénale la plus lourde concernant les crimes commis au Darfour »¹³⁸. Ahmad Harun et Ali Kushayb, l'un ex-ministre d'état chargé de l'intérieur et ministre d'état chargé des affaires humanitaire au moment de l'inculpation et l'autre présumé dirigeant d'une milice « janjaouid » favorable au gouvernement, ont ainsi été les premiers à faire l'objet d'un mandat d'arrêt en 2007.

¹³⁰ *Ibid* à la p 499.

¹³¹ *Jugement Stakić du 31 juillet 2003*, *supra* note 35 au para 440. Kai Ambos note une controverse au sujet des éléments subjectifs : Kai Ambos, « Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision » (2009) 22 *Leiden J Int'l L* 715 à la p 719 [Ambos, «Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision»].

¹³² *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 aux para 515-518.

¹³³ *Jugement Stakić du 31 juillet 2003*, *supra* note 131 aux para 495-497.

¹³⁴ *Arrêt Stakić du 22 mars 2006*, *supra* note 71 au para 62.

¹³⁵ *Jugement Stakić du 31 juillet 2003*, *supra* note 131 au para 438.

¹³⁶ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 348; *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 471.

¹³⁷ Rés CS 1593, Doc off CS NU, 5158^e session, Doc NU S/RES/1593 (2005) au para 1. La date du 1^{er} juillet 2002 est celle de l'entrée en vigueur du *Statut de la CPI* et non celle du début du conflit au Darfour.

¹³⁸ Cour pénale internationale, communiqué ICC-OTP-0606-104, « Le Procureur de la CPI ouvre une enquête au Darfour », (6 juin 2005), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>.

Ahmad Harun dirigeait le « Bureau de sécurité du Darfour » et assurait la coordination entre les organes gouvernementaux dans le conflit. À ce titre, il a recruté, armé, financé les miliciens en exécution du plan commun mis en œuvre par les Forces armées soudanaises et les *janjouid* consistant à attaquer les populations civiles du Darfour¹³⁹. Intermédiaire du gouvernement, Ali Kushayb a contribué intentionnellement au même plan en recrutant, armant, finançant, et approvisionnant les miliciens et en prenant part « à certaines des attaques lancées entre août 2003 et mars 2004 contre les civils, [...] lors desquelles ont été commis des meurtres de civils, des viols, des tortures et d'autres traitements cruels, des pillages ainsi que des destructions de biens appartenant à la population civile »¹⁴⁰.

Après le refus du Soudan de remettre les deux suspects à la Cour, le Procureur de la CPI a demandé l'inculpation du Président Al Bashir en personne pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. La Chambre préliminaire I a accédé à cette requête en 2009 et 2010, considérant :

[...] qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'Omar Al Bashir était en droit et en fait le Président de l'État du Soudan et le commandant en chef des Forces armées soudanaises de mars 2003 au 14 juillet 2008 et que, à ces fonctions, il a joué un rôle essentiel en coordonnant, avec d'autres dirigeants politiques et militaires soudanais de haut rang, l'élaboration et la mise en œuvre de la campagne anti-insurrectionnelle [au cours de laquelle les crimes ont été commis]¹⁴¹.

Les critères objectifs et subjectifs de la commission indirecte ont été énoncés dans l'affaire *Lubanga*. Concernant les éléments objectifs, la Chambre a statué qu'il faut faire la preuve que l'accusé i) exerce un « contrôle sur l'organisation »; ii) qu'il agit à travers un « appareil de pouvoir organisé et hiérarchique »; et que iii) « l'exécution des crimes [est] assurée par une obéissance quasi-automatique aux ordres »¹⁴².

M. Al Bashir est président en exercice du Soudan. Son autorité, bien que discutée, est demeurée infaillible depuis son arrivée au pouvoir en 1989, d'où l'allégation de sa responsabilité « par l'intermédiaire de "l'appareil d'État" du Soudan »¹⁴³. État militarisé, le Soudan semble répondre aux exigences du second critère. Chacun des trois États du Darfour « dispos[e] d'un comité de sécurité d'État, qui i) se compos[e] d'un gouverneur et de représentants des Forces armées soudanaises, des forces de police soudanaises et du Service des renseignements et de la sécurité nationale; ii) collabor[e] avec les chefs régionaux des milices janjaouid

¹³⁹ *Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, ICC-02/05-01/07-2-tFR, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun (27 avril 2007) aux pp 4-5 (CPI, Chambre préliminaire I), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>.

¹⁴⁰ *Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun ») et Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb »)*, ICC-02/05-01/07-3-tFR, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ali Kushayb (27 avril 2007) à la p 5 (CPI, Chambre préliminaire I), en ligne : CPI <<http://www.icc-cpi.int>>.

¹⁴¹ *Mandat d'arrêt Al Bashir du 4 mars 2009*, *supra* note 2 à la p 7.

¹⁴² *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 aux para 500-518.

¹⁴³ *Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt*, *supra* note 10 au para 209.

pour mettre en oeuvre le plan commun dans l'État concerné; et iii) rend[ait] compte par l'intermédiaire du vice - ministre fédéral de l'intérieur »¹⁴⁴.

La Chambre s'est dite convaincue que le ministre de l'intérieur rendait à son tour compte au « plus haut niveau du gouvernement à Khartoum » et que l'accusé jouait dans cette hiérarchie un rôle qui dépasse la simple coordination par ses fonctions de chef d'État de fait et de droit et de commandant des forces armées soudanaises¹⁴⁵. Ces dernières fonctions sont de nature à assurer à Al Bashir, en raison de son pouvoir de sanction, de promotion et de révocation¹⁴⁶, l'obéissance quasi-automatique de ses subordonnés.

Les critères subjectifs ne font pas l'objet de développements jurisprudentiels spécifiques. Il semble qu'ils soient identiques à ceux de la coaction indirecte¹⁴⁷. La Chambre préliminaire dans l'affaire Al Bashir a écarté le *dolus eventualis*, engageant l'analyse des faits sur la présomption que l'accusé a positivement eu l'intention de commettre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité¹⁴⁸.

Pour ce qui est de la coaction indirecte, la Chambre préliminaire s'est essentiellement fondée sur les critères énoncés dans *Stakić* et repris dans *Katanga-Chui*¹⁴⁹. Pour mettre en évidence la dimension verticale du contrôle sur le crime, les suspects doivent connaître la nature de leurs organisations, de leur autorité dans l'organisation et des circonstances de fait permettant l'exécution quasi-automatique de leurs ordres¹⁵⁰. Le premier critère des éléments objectifs de la coaction indirecte, à savoir l'existence d'un plan commun est souligné par la campagne anti-insurrectionnelle contre des groupes armés s'opposant au Gouvernement soudanais, adoptée par M. Al Bashir et d'autres dirigeants politiques et militaires de haut rang en 2003¹⁵¹. Bien que la répression d'une rébellion n'est pas en soi illégale, le fait que les populations civiles des groupes *four*, *massalit* et *zaghawa* ont été souvent considérées par le gouvernement comme proches des groupes armés réprimés, a déterminé les juges à conclure que l'attaque lancée contre ces populations était une composante centrale du plan commun¹⁵².

C'est cependant le second critère, à savoir la contribution essentielle coordonnée de chacun des membres au succès du plan commun qui a divisé les juges. La juge Ušaka a estimé que l'accusation n'avait pas produit les preuves convaincantes de la coaction indirecte. S'il admet l'existence d'un plan commun, il n'est pas d'avis que la contribution de chacun des dirigeants soudanais était si essentielle qu'ils contrôlaient ensemble le crime. La juge dissidente s'est inquiétée de ne pas savoir « si

¹⁴⁴ *Ibid* au para 219.

¹⁴⁵ *Ibid* au para 210-222.

¹⁴⁶ Florian Jessberger et Julia Geneuss, « On the Application of a theory of indirect perpetration in *Al Bashir*: German Doctrine at The Hague? » (2008) 6:5 J Int Criminal Justice 853 aux pp 863-864.

¹⁴⁷ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008, supra* note 9 para 534.

¹⁴⁸ Wilt, *supra* note 5 à la p 311.

¹⁴⁹ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges, supra* note 9 aux para 521-526.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 534.

¹⁵¹ *Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt, supra* note 10 au para 214.

¹⁵² *Ibid* au para 215.

ce contrôle était pleinement entre les mains d'Omar Al Bashir ou s'il était partagé avec d'autres [...] »¹⁵³.

Cette préoccupation mérite un bref commentaire. Puisque la coaction repose sur le contrôle horizontal, il est important d'établir la domination collective sur le crime. En effet, si elle dépend d'un seul des coauteurs, on serait mieux, ainsi que l'a soutenu Ušaka, dans la perpétration indirecte. Au regard de l'autorité de M. Al Bashir, on est enclin à soutenir le point de vue dissident, à moins qu'il ne soit établi qu'ont également pris part au plan commun des autorités sans lesquelles la campagne anti-insurrectionnelle aurait été impossible¹⁵⁴.

Cependant, la dissidence du juge Ušaka n'est pas exempte de critique. La perpétration indirecte manque de prendre en compte le caractère collectif (dans le sens horizontal) de l'ECC dont elle a d'ailleurs reconnu l'existence. Cette dernière n'étant pas fondée sur la théorie du contrôle, il aurait fallu poursuivre Al Bashir au titre de l'article 25-3-d du *Statut de Rome*, mode de responsabilité qui n'a cependant pas les faveurs de la Cour.

III. La responsabilité indirecte : une réponse aux critiques de l'entreprise criminelle commune?

Nous envisagerons d'une part les critiques formulées contre l'ECC (A) et d'autre part la réponse qu'y apporte la CPI (B).

A. Les critiques de l'entreprise criminelle commune

Les critiques de l'ECC vont dans deux directions : ses fondements juridiques contestés (1) et l'inadéquation de l'individualisation de la culpabilité des suspects (2).

1. DES FONDEMENTS JURIDIQUES CONTESTÉS

On reproche au TPIY d'avoir fait œuvre législative en déduisant l'ECC de l'article 7(1) de son *Statut*. Cette disposition qui réfère à la commission, la planification, l'ordre, l'instigation et la complicité (*aiding and abetting*), ne contient pas explicitement le concept d'ECC¹⁵⁵. Son absence a du moins été reconnue à plus d'une reprise¹⁵⁶. Elle découle d'une interprétation téléologique du statut en vertu de laquelle la compétence du Tribunal s'étend « *over all those responsible for serious*

¹⁵³ *Décision Al Bashir du 4 mars 2009 sur le premier mandat d'arrêt*, supra note 10, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Anita Ušaka, au para 104.

¹⁵⁴ Wilt, supra note 5 à la p 314.

¹⁵⁵ Allison Marston Danner et Jenny Martinez, « Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law » (2005) 93 Cal L Rev 75 à la p 103 [Marston Danner et Martinez].

¹⁵⁶ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, supra note 7 aux para 187-193.

violations of international humanitarian law, including those who did not actually carry out the actus reus of the crimes, and that this may amount to "committing" under Article 7(1) of the Statute »¹⁵⁷. Dans *Tadić*, la Chambre d'appel a introduit l'ECC par la source de droit international offrant le moins de sécurité juridique, à savoir la coutume internationale.

Tadić faisait partie d'un groupe de personnes qui attaquèrent un village. Après leur départ, cinq hommes musulmans furent trouvés morts. La Chambre d'instance déclara être incapable d'affirmer au-delà de tout doute raisonnable qu'il avait pris part au meurtre de ces personnes¹⁵⁸. La Chambre d'appel jugea cependant que les crimes relevant de la compétence du tribunal peuvent être commis par la participation à la réalisation d'un dessein ou projet commun¹⁵⁹. Elle s'engagea dès lors à déterminer les contours d'un tel mode de responsabilité. Examinant la jurisprudence des tribunaux de la fin de la Seconde Guerre mondiale¹⁶⁰, elle parvint ainsi à déduire les trois formes d'ECC¹⁶¹.

Ce processus d'émergence de l'ECC a été critiqué. Une Chambre préliminaire des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (CETC) a reconnu en 2010 que si la jurisprudence évoquée dans *Tadić* soutient le caractère coutumier des formes 1 et 2 de l'ECC, elle n'apporte pas, pour ce qui est de l'ECC3, « *sufficient evidence of consistent state practice or opinio juris at the time relevant* »¹⁶². Elle violerait dès lors le principe *nulla poena sine lege*¹⁶³. L'article 25-3-d du *Statut de Rome* qui prévoit une forme résiduelle d'ECC et sur lequel s'appuie en partie l'affirmation du caractère coutumier de ce mode de responsabilité dans *Tadić* se différencie des juridictions *ad hoc* par le fait que son interprétation excluait de son champ d'application les formes élargies d'ECC¹⁶⁴. À tout le moins, une condamnation au regard du *Statut de Rome* requiert au minimum un niveau de *mens rea* supérieur au dol éventuel¹⁶⁵.

Quoique l'exigence de sécurité juridique soit prise en compte *ex ante* par l'obligation imposée au Procureur d'alléguer clairement l'ECC¹⁶⁶, il demeure que ce mode de responsabilité dans sa forme élargie pose des difficultés sur le plan de

¹⁵⁷ *Arrêt Krajisnik du 17 mars 2009, supra* note 69 au para 655.

¹⁵⁸ *Jugement Tadic du 7 mai 1997, supra* note 65 au para 373.

¹⁵⁹ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra* note 7 au para 188.

¹⁶⁰ Il s'agit en particulier des affaires *Einsatzgruppen* et *Justice* : voir *Arrêt Brđanin du 3 avril 2007, supra* note 71 aux para 422-423 et *Le Procureur c André Rwamakuba*, ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide (22 octobre 2004) au para 16 (TPIR, Chambre d'appel).

¹⁶¹ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999, supra* note 7 au para 195.

¹⁶² *Le Procureur c Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan et Ieng Thirith*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, (PTC38), Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE) (20 mai 2010) au para 77 (CETC, Chambre de première instance), en ligne : <<http://www.eccc.gov.kh/>>.

¹⁶³ Marston Danner et Martinez, *supra* note 155 à la p 83.

¹⁶⁴ Lafontaine, *supra* note 20 à la p 994.

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 996.

¹⁶⁶ *Arrêt Krnojelac du 17 septembre 2003, supra* note 76 au para 138; *Arrêt Kvočka du 28 février 2005, supra* note 39, aux para 28, 42-54; *Arrêt Ntakirutimana du 13 décembre 2004, supra* note 23 au para 475.

l'individualisation de la faute.

2. L'INADÉQUATION DE L'INDIVIDUALISATION DE LA CULPABILITÉ

La détermination de la criminalité collective ne doit pas aboutir en fin de compte à une culpabilité collective. On relève à ce propos que les ECC alléguées en pratique sont trop étendues et que l'intention criminelle peut être abaissée de façon déraisonnable.

La forme ECC3 est principalement pointée du doigt. Qu'un accusé soit condamné du fait des autres personnes invite à veiller à ce que sa conviction corresponde réellement à sa participation criminelle. En formulant la plupart des accusations d'ECC « en des termes expansifs »¹⁶⁷, leurs limites deviennent difficiles à maîtriser en pratique. Par exemple, le fait que Tadić ait été inculpé en vertu de l'ECC3, consistant à expulser tous les non-serbes de la Bosnie, l'exposait à la condamnation pour tous les crimes accessoires commis à l'échelle de la Bosnie dans le processus d'exécution du plan commun. Dans les affaires *Martić*¹⁶⁸, *Stakić*¹⁶⁹ et *Milutinović*¹⁷⁰, les juges du TPIY ont confirmé des actes d'accusation rédigés en des termes semblables¹⁷¹.

David Ohlin n'écarte pas la forme d'ECC2 de la critique. Dans un système hiérarchique où les supérieurs comme les simples maillons de l'organisation peuvent être tenus responsables au même titre, si ces derniers savaient le dessein de l'entreprise, mais ont néanmoins continué d'accomplir leurs fonctions, le problème de l'individualisation de la culpabilité se pose avec évidence. L'auteur considère qu'à défaut de prendre en compte les contributions individuelles, l'ECC conduit inévitablement à une culpabilité par association¹⁷². Dans *Vasiljević* en 2002, la Chambre d'instance II a estimé que dès lors que le crime est commis, quelle que soit la contribution de l'accusé dans l'ECC, il encourt une égale responsabilité avec les autres membres¹⁷³. Sluiter et Cassese justifie cette approche par la gravité inhérente

¹⁶⁷ Marston Danner et Martinez, *supra* note 155 à la p 135.

¹⁶⁸ *Le Procureur c Milan Martić*, IT-95-11, acte d'accusation modifié (14 juillet 2003) au para 4 : « Cette entreprise criminelle commune avait pour but de contraindre, [...] la majorité de la population croate, musulmane et non serbe à évacuer environ un tiers du territoire de la République de Croatie (« Croatie ») et une grande partie de la République de Bosnie-Herzégovine [...] ».

¹⁶⁹ *Le Procureur c Milomir Stakić*, IT-97-24-PT, quatrième acte d'accusation modifié (10 avril 2002) au para 26 : « Milomir Stakić, [...], a participé à une entreprise criminelle commune, dont le but était de chasser définitivement et par la force les habitants musulmans et croates de Bosnie du territoire de l'État serbe [...] ».

¹⁷⁰ *Le Procureur c Milan Mulitinović*, IT-05-87, Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise (21 mai 2003) au para 1 (TPIY, Chambre d'appel).

¹⁷¹ Marston Danner et Martinez, *supra* note 155, à la note de bas de page 278 (à la p 136) : les auteurs y soulignent un effort dans le sens inverse. La chambre d'instance a acquitté Brđanin en 2004 au motif que l'ECC alléguée était extrêmement large : *Jugement Brđanin du 1^{er} septembre 2004*, *supra* note 24 au para 355.

¹⁷² Jens David Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise » (2007) 5 J Int'l Crim Just 69 à la p 70-71.

¹⁷³ *Le Procureur c Mitar Vasiljević*, IT-98-32-T, Jugement du 29 novembre 2002 au para 67 (TPIY, Chambre de première instance).

aux crimes internationaux¹⁷⁴.

Dans *Kvočka* cependant, la Chambre de première instance a tenté une réforme de l'ECC2 en exigeant la preuve d'une contribution substantielle des accusés se trouvant au bas de l'échelle de l'organisation¹⁷⁵. La Chambre d'appel a toutefois écarté cette approche, estimant que l'importance de la contribution doit être recherchée quant au partage par l'accusé de l'intention de poursuivre l'ECC¹⁷⁶.

Les formes ECC2 et ECC3 sont critiquées quant à la preuve de l'élément subjectif du crime. Dans la mesure où l'ECC2 exige que l'accusé ait une connaissance personnelle du système et l'intention de contribuer à son objectif criminel¹⁷⁷, on fait valoir qu'il serait conforme à l'individualisation de la culpabilité de punir en tant qu'auteur principal celui qui possède l'intention d'y contribuer et en tant que complice celui qui n'a que connaissance du système. La Chambre d'appel a délibérément ignoré cette distinction dans *Kvočka*¹⁷⁸ bien qu'elle eut été pertinente au plan moral¹⁷⁹.

L'ECC3 réduit l'élément psychologique du crime (*mens rea*) de l'intention ou connaissance à une forme inférieure, à savoir la prévisibilité, donc le *dolus eventualis* ou insouciance (*recklessness*)¹⁸⁰. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY admet explicitement cet abaissement¹⁸¹.

On mettrait du coup au même niveau celui qui commet un crime avec l'intention effective d'obtenir un tel résultat et celui qui n'a pas souhaité un tel effet, ce qui constitue une violation du principe d'égalité de culpabilité¹⁸². Surtout, on peut être tenu responsable d'un crime qui requiert la preuve de l'intention spécifique même sans effectivement avoir cette intention. L'insouciance comme la négligence constitue des niveaux inférieurs de culpabilité qui ne devraient pas être appliqués aux crimes d'intention spécifique comme le génocide¹⁸³. L'ECC devrait donc être rejetée au

¹⁷⁴ Cassese, *supra* note 7 aux pp. 112-113; Cassese soutenait l'idée que l'importance de la contribution ne devrait pas être prise en compte avec des arguments qui rapprochent l'ECC2 de la coaction. Ainsi, au sujet des accusés d'échelon inférieur, il considère que « *However marginal their role, they constitute an indispensable cog in the murdering machinery* ». On peut critiquer le manque d'individualisation de la culpabilité, car si collectivement tous les maillons sont indispensables, ils ne le sont pas individuellement dans l'hypothèse de l'ECC qui repose davantage sur le partage de l'intention. Si l'on suivait Cassese, la forme ECC2 serait purement de la coaction. À cet égard, il faudrait alors que les contributions individuelles soient essentielles. C'est visiblement ce à quoi se rallie confusément l'ancien juge du TPIY en acceptant qu'il faut exclure de l'ECC2 ceux qui « do not make a considerable contribution to implementing the common criminal purpose » [Nos soulignements].

¹⁷⁵ *Jugement Kvočka du 2 novembre 2001*, *supra* note 31 au para 273.

¹⁷⁶ *Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005*, *supra* note 39 aux para 97-98. Dans le *Jugement Gotovina du 15 avril 2011*, *supra* note 85 aux para 1202-1313, la Chambre de première instance I a acquitté l'accusé Čermak dont les responsabilités de commandant de garnison étaient en pratique plus importantes parce qu'il ne savait pas que ses activités contribuaient à réaliser l'objectif de l'ECC.

¹⁷⁷ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 au para 202.

¹⁷⁸ *Arrêt Kvočka et consorts du 28 février 2005*, *supra* note 39 au para 91.

¹⁷⁹ Ohlin, « Commentaire de Stakić », *supra* note 95 à la p 748.

¹⁸⁰ Marston Danner et Martinez, *supra* note 155 aux pp 108-109.

¹⁸¹ *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 au para 220.

¹⁸² Ohlin, « Commentaire de Stakić », *supra* note 95 aux pp 741-742.

¹⁸³ *The Prosecutor v Brđanin*, IT-99-36-A, Decision on Interlocutory Appeal (19 mars 2004) au para 7 (TPIY, Chambre d'appel); *Le Procureur c Rwamakuba*, ICTR-98-44-AR72.4, Decision on

profit du mode plus étroit de la coaction¹⁸⁴.

Dans l'arrêt *Krajisnik*, la Chambre d'appel du TPIY a tenté de répondre aux critiques de la forme ECC3 à travers sa théorie du caractère évolutif de l'objectif commun. Les crimes commis dans l'exécution du plan n'étant que des moyens de parvenir à sa réalisation, les crimes nouveaux sont considérés comme faisant partie du plan commun et donc réprimés au titre de l'ECC1 si leur commission a été acceptée, même de manière impromptue, par les membres de l'ECC. L'intention criminelle se construit dès lors qu'informer de la commission de ces crimes, les membres de l'ECC ont pris « *no effective measures to prevent their recurrence, and persisted in the implementation of the common objective, thereby coming to intend these expanded crimes* »¹⁸⁵. Les nouveaux crimes ne sont plus simplement la conséquence naturelle et prévisible de l'exécution du plan commun, ils sont clairement voulus (« *intended* »).

B. L'apport du Statut de la Cour pénale internationale

D'une part, le *Statut de Rome* réalise une systématisation en règle des modes de responsabilité (1) et d'autre part, il place l'exigence de prouver l'élément intentionnel du crime au centre de la détermination de la responsabilité pénale individuelle (2).

1. LA SYSTÉMATISATION DES MODES DE RESPONSABILITÉ PÉNALE

L'article 25 du *Statut de la CPI* expose les modes de responsabilité en détail¹⁸⁶. Bien qu'il reflète le droit existant relativement à la coaction et à la commission directe¹⁸⁷, l'identification des modes de responsabilité dans un texte juridique est de loin préférable à sa détermination coutumière. En ce sens, le régime de CPI est salué pour être plus clair et précis dans la définition des formes de commission des crimes internationaux¹⁸⁸.

De ce fait, si d'un point de vue stratégique le procureur n'a pas fait le bon choix en fondant ses poursuites, dans le cas Al Bashir, sur un mode de responsabilité qui n'a pas encore été testé en droit pénal international, il est toutefois difficile de remettre en cause les fondements juridiques de ce choix. Les chambres de la CPI rappellent avec enthousiasme la légalité des modes de responsabilité qu'elles appliquent.

interlocutory appeal regarding application of joint criminal enterprise to the crime of genocide (22 octobre 2004) au para 6 (TPIR, Chambre d'appel), en ligne : Tribunal Pénal International pour le Rwanda <<http://ict-r-archiv09.library.cornell.edu/ENGLISH/cases/Rwamakuba/decisions/221004.html>>.

¹⁸⁴ Ohlin, « Commentaire de *Stakić* », *supra* note 95; Werle, *supra* note 119 à la p 961.

¹⁸⁵ Arrêt *Krajisnik* du 17 mars 2009, *supra* note 69 au para 170.

¹⁸⁶ Werle, *supra* note 119 à la p 956.

¹⁸⁷ *Le Procureur c Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-01-64, Jugement du 7 juillet 2006, opinion séparée du juge Schomburg sur la responsabilité pénale de l'appelant pour génocide, au para 21 (TPIR, Chambre de première instance).

¹⁸⁸ Manacorda et Meloni, *supra* note 128 à la p 164.

En effet, lorsque la défense dans *Lubanga* a contesté le fondement en droit international de la théorie du contrôle sur laquelle la Poursuite a choisi de baser l'allégation de coaction, la Chambre préliminaire ne s'est pas contentée de lui rappeler la doctrine pertinente qui affirme son statut de principe général de droit¹⁸⁹. D'après elle, si l'article 25-3-a permet la responsabilité à titre principal du fait d'un intermédiaire, il coule de source que le critère objectif ne figure pas dans cette disposition¹⁹⁰.

Dans le même sens, la Chambre préliminaire a rejeté l'argument selon lequel l'article 25-3-a contient un critère subjectif de distinction entre auteur principal et auteur accessoire. Elle a estimé que telle était l'intention des rédacteurs du *Statut*, puisque l'article 25-3-d prévoit une forme de commission de groupe qui reflète mieux l'ECC¹⁹¹. Parce qu'elle repose essentiellement sur le partage de la *mens rea*, la Chambre pouvait affirmer avec grand confort que la coaction qui s'en distingue est fondée sur autre chose, la théorie du contrôle.

Toutefois, il serait exagéré de soutenir que la systématisation emporte la clarté, et donc une limitation du pouvoir discrétionnaire d'interprétation des juges. Par exemple, que dire de la ressemblance confondante entre la perpétration indirecte retenue contre Al Bashir et la responsabilité pour avoir ordonné la commission d'un crime. La classification de l'une en responsabilité principale et de l'autre en complicité apparaît discutable sur le fond¹⁹². De même, on ne peut pas dire que codification de l'ECC à l'article 25-3-d soit un exemple de clarté. Aux termes de cet article, une personne est pénalement responsable si « [e]lle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un (...) crime par un groupe de personnes agissant de concert [...] ». Le juge a ainsi la latitude de définir « toute autre manière » de contribuer à la commission d'un crime que les manières énoncées au *Statut*. Non seulement y a-t-il encore risque de créativité judiciaire, mais on est pratiquement jeté dans l'incertitude des comportements sociaux pertinents pour le droit pénal¹⁹³.

2. L'EXIGENCE DE L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL

Sauf exception, pour être tenu responsable d'un crime prévu au *Statut de la CPI*, il faut l'avoir commis avec intention et connaissance. Conclure, comme l'a prétendu la Chambre préliminaire dans *Bemba*, que « l'élément de connaissance requis par l'article 30 du Statut est uniquement applicable aux formes de participation prévues par l'article 25 du Statut »¹⁹⁴ n'est pas accepté de tous¹⁹⁵.

¹⁸⁹ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10, au para 94; Gerhard Werle et al, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, note 354.

¹⁹⁰ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 333.

¹⁹¹ *Ibid* au para 334.

¹⁹² Ambos, « Individual Criminal Responsibility », *supra* note 120 à la p 475.

¹⁹³ Militello, *supra* note 6 à la p 950.

¹⁹⁴ *Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*, *supra* note 41 au para 479.

¹⁹⁵ Ambos, « Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision », *supra* note 131 à la p 720.

De prime abord, tout élément psychologique du crime qui n'est pas l'intention ou la connaissance n'est pris en compte que s'il fait l'objet d'une disposition spécifique du *Statut*¹⁹⁶. En d'autres termes, contrairement à l'ECC3 qui admet l'insouciance, le juge de la CPI, même déterminant une forme nouvelle de commission de crime, ne peut s'écarter de l'exigence que soit établie la preuve de l'intention. L'article 25-3-d prévoit explicitement que la personne dont la contribution vise à faciliter le dessein criminel d'un groupe doit avoir « pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime »¹⁹⁷.

Ceci dit, il convient de relativiser l'importance de l'exigence de l'intention ou la connaissance au regard de l'interprétation en jurisprudence. Dans *Lubanga*, la Chambre a estimé que l'élément intentionnel qu'exige l'article 30-1 du *Statut de la CPI* obéit à trois niveaux de définition. Il s'agit a) du dol direct de premier degré, lorsque « le suspect i) sait que ses actions ou omissions seront à l'origine des éléments objectifs du crime et ii) commet ces actions ou omissions dans l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime »; b) du dol direct de deuxième degré, lorsque, « sans avoir l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime, [le suspect] a conscience que de tels éléments résulteront nécessairement de ses actions ou omissions »; et enfin, c) du dol éventuel dans la mesure où le suspect « est conscient du risque que les éléments objectifs du crime résultent de ses actions ou omissions » et accepte ce risque. Dans ce dernier cas, soit le risque est grand, soit il est faible; la prise en compte du dol éventuel est déterminée respectivement par la conscience de la probabilité que les éléments objectifs surviendront et la décision de les commettre d'une part et l'acceptation manifeste et expresse que les éléments objectifs du crime surviennent d'autre part¹⁹⁸.

En adhérant à l'interprétation jurisprudentielle¹⁹⁹ et doctrinale²⁰⁰, les juges de la CPI s'ouvrent à l'infléchissement de l'élément subjectif. Le dol éventuel repris par

¹⁹⁶ Dans *Lubanga*, la Chambre préliminaire a étendu les sources de ces exceptions aux Éléments des Crimes, document supposé l'aider dans l'application du Statut, au sujet de l'âge des enfants soldats pour lequel le manque de diligence est suffisant pour établir que l'accusé « aurait dû savoir » qu'il s'agissait des personnes de moins de 15 ans. Voir *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 358; Ambos, « Commentaire de la décision de confirmation des charges *Lubanga* », *supra* note 125 aux pp 736-748 (soutenant qu'on pourrait dès lors conclure que l'article 21-1 du *Statut de Rome* sur les sources de droit, met le statut, les éléments de crimes et le règlement de procédure et de preuve sur un même pied d'égalité).

¹⁹⁷ *Statut de Rome*, *supra* note 1, art. 25 (3)d)ii); Antonio Cassese en conclut que la CPI est dans l'impossibilité d'appliquer l'ECC3 avant d'estimer que l'interprétation de la notion de connaissance (de l'intention du groupe de commettre le crime) peut bien embrasser celle de la prévisibilité et la prise de risque volontaire d'une action criminelle par l'un ou plusieurs autres membres du groupe. Voir Cassese, *supra* note 7 à la p 132.

¹⁹⁸ *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 aux para 349-355.

¹⁹⁹ La Chambre, dans l'affaire *Lubanga*, a précisément eu recours à des affaires dans lesquelles il était question d'ECC3, notamment *Arrêt Tadić du 15 juillet 1999*, *supra* note 7 aux para 219 et *Jugement Stakić du 31 juillet 2003*, *supra* note 131 au para 587.

²⁰⁰ La Chambre cite abondamment Donald K. Piragoff, « Article 30: Mental Element » dans Triffterer, *supra* note 102 à la p 534 et Albin Eser, « Mental Elements-Mistakes of Fact and Law » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, vol 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, 767 aux pp 898 et 899.

la Cour n'est rien d'autre que la résonance de la troisième forme d'ECC²⁰¹.

Toutefois, la jurisprudence actuelle tend à s'écarter de ce risque. Tel a été le cas, un peu confusément, dans *Lubanga*²⁰² et avec beaucoup plus de fermeté dans *Bemba*, lorsque la Chambre a décidé de transformer la coaction plaidée par le Procureur en responsabilité du supérieur hiérarchique²⁰³. Elle a estimé que les preuves n'établissaient pas le premier élément subjectif de la coaction, à savoir que le suspect savait que les crimes seraient commis²⁰⁴. Dans *Katanga/Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire a explicitement affirmé que « [l]a coaction ou commission conjointe par l'intermédiaire d'une autre personne n'est toutefois pas possible si les suspects ont agi sans avoir l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime et si la probabilité que ces éléments puissent résulter de leurs activités est faible et contestée »²⁰⁵.

Somme toute, le Procureur de la CPI, confirmé par les juges, a choisi d'inculper M. Al Bashir pour perpétration indirecte ou coaction indirecte en vertu de l'article 25-3-a du *Statut de Rome*. Ces deux modes de responsabilité ont été rejetés antérieurement par le TPIY. Aujourd'hui plus que jamais, ils font cependant partie du droit positif. Le Procureur y a donc recouru en conformité avec le principe de légalité.

Cependant, leur capacité à refléter la culpabilité réelle de l'accusé est sujette à débat. On est enclin, au regard de leur nature et des faits, à dire que l'ECC n'est pas moins applicable. De même, la perpétration indirecte peut mieux refléter les faits que la coaction indirecte. Ce dernier mode de responsabilité impose en effet un fardeau de preuve particulièrement exigeant. Il faut montrer le caractère déterminant de la contribution de M. Al Bashir à la coaction en relation avec la contribution essentielle des autres coauteurs, condition qui n'est pas nécessaire dans le cadre de la perpétration indirecte et l'ECC.

En réalité, l'ECC emprunte relativement les contours de la coaction indirecte lorsqu'il s'agit de rendre compte de la responsabilité d'une personne accusée pour un crime perpétré par le membre d'un groupe avec lequel il partage un dessein criminel. Toutefois, tandis que la coaction indirecte est fondée sur le contrôle sur le crime, l'ECC est fondée sur le partage de l'intention criminelle.

²⁰¹ Werle, *supra* note 119 à la p 963.

²⁰² Mis à part l'élément mental spécifique à l'âge des enfants soldats, la Chambre préliminaire a appliqué, dans le cas *Lubanga*, le niveau le plus élevé de *mens rea* en matière de coaction, à savoir la connaissance et l'acceptation de la probabilité que des crimes résulteraient du plan commun : *Décision Lubanga du 29 janvier 2007 sur la confirmation des charges*, *supra* note 10 au para 356.

²⁰³ Pour la critique du raisonnement de la Chambre, voir Ambos, « Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision », *supra* note 131 aux pp 719-721.

²⁰⁴ *Décision Bemba du 15 juin 2009 sur la confirmation des charges*, *supra* note 41 aux para 372, 400-401.

²⁰⁵ *Décision Katanga-Chui du 30 septembre 2008 sur la confirmation des charges*, *supra* note 9 au para 537.

En fin de compte, nous avons souligné la controverse qui entoure l'ECC. Elle résulte d'une créativité judiciaire qui jette du discrédit sur la légitimité de la justice des tribunaux *ad hoc*. De même, elle manque d'individualiser adéquatement la culpabilité des accusés, ceci par l'étendue des desseins criminels qui sont allégués et l'infléchissement de l'élément intentionnel des crimes. La réponse du *Statut de Rome* consiste en un effort louable de systématisation des modes de responsabilité pénale et en un souci de rigueur dans l'exigence de l'élément subjectif, spécialement en ce qui concerne la forme résiduelle d'ECC de l'article 25-3-d. Toutefois, à bien analyser les termes de cette disposition et l'adoption par certaines décisions de la CPI de la définition de l'élément intentionnel formulée par les juridictions *ad hoc*, le risque de créativité judiciaire est loin d'être définitivement écarté.