



**LA PRIORITE DE LA « PARTICIPATION PRINCIPALE »
DANS LES MECANISMES D’IMPUTATION DE L’INFRACTION
DEVANT LA COUR PENALE INTERNATIONALE**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 13 juin 2022
en vue de l’obtention du Doctorat en droit privé et sciences criminelles

par

Vanessa MAQUET

Sous la direction de

Madame Geneviève GIUDICELLI-DELAGE
Professeure émérite de l’Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Composition du jury :

Rapporteurs :

Mme Julie ALIX
Professeure à l’Université Paris Nanterre
M. Michel MASSÉ
Professeur émérite de l’Université de Poitiers

Membres du jury :

M. Damien ROETS
Professeur à l’Université de Limoges
M. Mathieu JACQUELIN
Maître de conférences à l’Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Ambre et Noémie

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent à ma directrice de thèse, Madame la Professeure Giudicelli-Delage, pour m'avoir accompagnée sur ce long chemin et m'avoir guidée hors des impasses et des sentiers battus. Qu'elle trouve ici l'expression sincère de ma gratitude pour sa bienveillance et sa confiance, et pour avoir sans cesse éveillé ma curiosité et cultivé ma sensibilité de jeune chercheuse. Merci Madame la Professeure de m'avoir transmis avec tant d'humanité.

Mes remerciements vont également au Professeur Stefano Manacorda pour ses conseils avisés alors que ce travail cherchait encore sa problématique.

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance et mon amitié à Marina Krivitzky pour sa gentillesse et son soutien dès les premiers instants. La bibliothèque de la rue Malher aura été un havre paisible sans lequel ce cheminement n'aurait pu s'accomplir.

J'adresse mes chaleureux remerciements à Anne, Ariane, Matthieu et Sophie, pour avoir consacré de leur temps à cette tâche fastidieuse qu'est la relecture et, bien au-delà, pour leur écoute et leur amitié. Un merci également à Iryna pour nos discussions – passées et à venir – et à Paolo pour son aide technique précieuse.

Merci à Anne-Charlotte, Auriane, Caroline, Marie et Sabrina pour leur présence quotidienne et sans qui, ces longues journées de travail n'auraient pas été les mêmes.

Merci à Kathia, Victoria et Carla pour leurs encouragements lorsqu'arriva le temps de coucher les dernières lignes.

Merci à Valère, Kate, Arnaud, Mathilde, Vincent et Aline pour leur amitié et leur soutien – souvent gastronomique – durant toutes ces années. Merci à Mathieu pour ses pensées attentionnées jusqu'à la fin de la thèse.

Merci à Romain, Katsia, Téhany, Marion, David, Antoine, Sofia et Jessy pour avoir ensoleillé les instants « hors-thèse ».

Merci à Tatiana pour avoir toujours été présente, pour avoir partagé les bons moments et pour avoir embelli les temps plus difficiles.

Enfin, je remercie mes parents pour leur soutien inconditionnel, pour leurs encouragements de tous les instants et pour leur confiance. Merci à eux et à mon frère et sa compagne pour leur affection et pour l'intérêt qu'ils ont manifesté pour mon travail aux antipodes de leur quotidien. Qu'ils sachent combien ils comptent pour moi. Merci enfin à mes grands-mères et à tous les membres de ma famille pour leur soutien durant toutes ces années.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Revues et encyclopédies

AFDI : Annuaire français de droit international

AJ Pénal : Actualité juridique pénal

D. : Recueil Dalloz

Dr. pén. : Droit pénal

EJIL : European Journal of International Law

ICLR : International Criminal Law Review

J-Cl. : Juris-Classeur

JCP : Juris-Classeur périodique

JICJ : Journal of International Criminal Justice

RCADI : Recueil des cours - Académie de droit international

RGDIP : Revue générale de droit international public

RIDP : Revue internationale de droit pénal

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Institutions et juridictions

CETC : Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

CDI : Commission du droit international

CIJ : Cour internationale de justice

CPI : Cour pénale internationale

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

ONU : Organisation des Nations Unies

StCPI : Statut de la Cour pénale internationale

TMI : Tribunal militaire international

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda

TSL : Tribunal pénal spécial pour le Liban

TSSL : Tribunal spécial pour Sierra Leone

Abréviations générales

Adde : ajouter

Al. : alinéa

Art. : article

Contra : renvoie à une opinion contraire

Dir. : sous la direction de

Ed. : édition

Ibid. : au même endroit, c'est-à-dire dans le même ouvrage

Infra : ci-dessous

Op. cit. : ouvrage cité

p. : page (pages)

Par. ex. : par exemple

Préc. : précité(e).

RPP : Règlement de procédure et de preuve

Supra : ci-dessus

Vol. : volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
 Partie 1. Les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale ..	31
Titre 1. La priorité par une étendue textuelle diffuse de la participation principale..	33
Chapitre 1. La relative circonscription de l'étendue objective.....	37
Chapitre 2. La large instabilité de l'étendue subjective	69
Titre 2. La priorité par le recours prétorien au critère de contrôle sur le crime.....	103
Chapitre 1. L'œuvre des juges.....	105
Chapitre 2. La construction du critère	133
 Partie 2. L'articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale	175
Titre 1. La distinction d'avec la participation accessoire	177
Chapitre 1. Le critère de contrôle sur le crime comme critère de distinction.....	181
Chapitre 2. La distinction comme hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI ?	237
Titre 2. La comparaison avec la responsabilité du supérieur hiérarchique	267
Chapitre 1. Un mécanisme autonome.....	271
Chapitre 2. Un mécanisme subsidiaire	299
 CONCLUSION GÉNÉRALE	333

INTRODUCTION

« Il faut toujours dire ce que l'on voit : surtout il faut toujours, ce qui est plus difficile, voir ce que l'on voit ».

Charles Péguy, *Notre Jeunesse*, 1910.

« Ce ne sont pas seulement les auteurs de violences qui sont responsables de leurs crimes, mais aussi ceux qui choisissent de détourner le regard ».

Dr. Denis Mukwege, *Discours prononcé lors de la remise de son Prix Nobel*, 10 décembre 2018.

1. Dire ce que l'on voit : les dynamiques du collectif et de l'individuel. Centrale dans la détermination de la responsabilité pénale, la question de l'imputation de l'infraction se pose en droit international pénal¹ avec une acuité singulière. L'étude de l'imputation invite en effet, dans ce champ du droit, à explorer le processus d'attribution de l'acte à un individu² en l'enserrant dans l'ambivalence complexe de la mise en œuvre d'une responsabilité pénale individuelle pour des crimes commis collectivement. Cette contradiction entre son sujet – le crime – et son objet – la responsabilité – oblige dès lors à comprendre et à appréhender l'imputation à l'aune des dynamiques du collectif et de

¹ Les désaccords entourant la dénomination, en français, de la discipline impliquent de préciser que l'expression sera entendue ici comme la « ramification du droit public international qui détermine les infractions, qui établit les peines et qui fixe les conditions de la responsabilité pénale internationale de l'État et des individus » (V. Pella, *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'État, 2^e éd., 1926, pp. 172-173). En ce sens, et plus largement, le droit international pénal désigne « l'ensemble que forme la discipline juridique ayant pour objet les rapports du droit de punir et de la souveraineté des États » (C. Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 14). Pour une analyse critique de ces désaccords, voir particulièrement C. Lombois, *op.cit.*, p. 10-15 ; A. Huet, R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, 2005, p. 3-5 ; M. Massé, « À la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre, pour une nouvelle discipline juridique », in *Apprendre à douter, Questions de droit, Questions sur le droit, Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004, p. 719 et s. ; O. de Frouville, *Droit international pénal*, Pedone, 2012, p. 3 et s. ; D. Rebut, *Droit international pénal*, Dalloz, 3^e éd., 2019, p.1 et s..

² Voir *infra* §5, les développements consacrés à la définition de la notion d'imputation.

l'individuel. Le collectif, d'une part, car ces crimes dits internationaux³ concernent non seulement un nombre considérable de victimes mais impliquent également un nombre très élevé d'acteurs, de participants ; cette dimension collective se reflète d'ailleurs sur le plan normatif dans la structure même de ces crimes qui distingue un élément international⁴ – le chapeau – et un élément comportemental – le crime sous-jacent⁵. L'individuel, d'autre part, car le principe de la responsabilité pénale individuelle traduit la nécessité que chacun ne réponde que de son propre fait⁶ et « le bannissement des formes vétustes de responsabilité

³ L'expression fait référence ici aux infractions que Claude Lombois qualifie d'« internationales par nature », à savoir « les agissements contraires au droit international public et tellement nuisibles aux intérêts protégés par ce droit que la société internationale a décidé de les réprimer pénalement » (C. Lombois, *op. cit.*, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 33). Avant lui et de manière similaire, Stefan Glaser retenait déjà que le crime international s'entend d'un « fait contraire au droit international et tellement nuisible aux intérêts protégés par ce droit qu'il s'établit dans les rapports entre États une règle lui attribuant un caractère criminel, c'est-à-dire exigeant ou justifiant qu'on le réprime pénalement » (S. Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Établissements Émile Bruylant, Librairie Recueil Sirey, 1954, p. 11). Parmi une littérature juridique foisonnante, citons : S. Glaser, *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, 1957 ; L. Condorelli, « La définition des infractions internationales », in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, 2000, p. 241-247 ; I. Fouchard, *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Collection des organisations internationales et des relations internationales, Bruylant-Larcier, 2013 ; M. Bardet, *La notion d'infraction internationale par nature – Essai d'une analyse structurelle*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2020 ; A. K. A. Greenawalt, « What is An International Crime? », in K. J. Heller, F. Mégret, S. M. H. Nouwen, J. D. Ohlin, D. Robinson (dir.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, 2020, p. 293 et s..

Pour une approche hors du droit, voir notamment : J. Semelin, « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? Le cas de l'ex-Yougoslavie », *Critique internationale*, 2000, p.143-158 ; A. Pierre, « Le crime de masse en criminologie », *RSC*, 2015, p. 627-637.

⁴ À ce sujet, Gerhard Werle et Florian Jessberger retiennent que « a connection to the most important values of the international community is established for all crimes under international law through one common characteristic – the so-called *international element*. All crimes under international law presume a context of systematic or large-scale use of force » (nous soulignons) (G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, New York, 4^e éd., OUP, 2020, n°118). De manière similaire, Antonio Cassese relève que « it is characteristic of such crimes that, when perpetrated by private individuals, they are somehow connected with a state policy or at any rate with "system criminality" [...] inextricably intertwined with this feature, (international crimes) normally possess a twofold dimension or are double-layered. They constitute criminal offenses in domestic legal systems [...] and they have an international dimension » (nous soulignons) (A. Cassese, *International criminal law*, OUP, 2^e éd., 2008, p.54 et s.). L'expression *system criminality* ou criminalité de système a été utilisée par B. V. A. Röling, universitaire et juge ayant siégé au Tribunal militaire de Tokyo, pour désigner les situations où « governments order crimes to be committed, or encourage the commitment, or favour and permit or tolerate the committing of crimes » ; ce crime « serves the system, and is caused by the system » (B. V. A. Röling, « The significance of the laws of war », in A. Cassese (dir.), *Current Problems of International Law : Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict*, Giuffrè, 1975, p. 138). Pour des développements plus récents, voir A. Nollkaemper, H. van der Wilt, *System criminality in international law*, 2009, notamment p. 15 et s..

⁵ Voir notamment O. de Frouville, *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 72. Stefano Manacorda évoque quant à lui une définition articulée sur deux niveaux : « le chapeau de dérivation internationale et le comportement de dérivation interne » (S. Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?* », Anthémis, 2012, p. 107).

⁶ Plus précisément, le principe de responsabilité pénale individuelle signifie que nul ne peut être retenu responsable d'un acte qu'il n'a pas réalisé ou à la commission duquel il n'a pas, de quelque manière qu'il soit, participé, ou pour une omission qui ne peut lui être attribuée (A. Cassese, *International criminal law*, préc., p. 33).

collective, la responsabilité du fait d'autrui et la responsabilité purement objective »⁷. La tension qui se crée entre ces deux dynamiques de l'individuel et du collectif se révèle dès lors comme un véritable enjeu d'articulation pour l'imputation. Les réflexions entourant la recherche de la bonne combinaison ou du bon équilibre entre ces dynamiques n'ont cessé de jaloner la conception de l'imputation de l'infraction en droit international pénal. Les tentatives de construction normatives et jurisprudentielles se sont en effet multipliées pour adapter la réponse pénale à la complexité du phénomène criminel et dégager des solutions tendant à « la collectivisation » de l'imputation⁸. De la *conspiracy*⁹ retenue par le Tribunal militaire de Nuremberg à l'entreprise criminelle commune¹⁰ développée devant le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, ces constructions convergent vers la conception d'une imputation collective diffuse¹¹ qui maintient l'individu au centre du reproche pénal et fonde sa responsabilité sur sa participation à un plan, un groupe, une organisation ou une autre entité collective. S'inscrivant dans cette même logique paradigmatique, la conception de l'imputation retenue par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (StCPI) marque néanmoins un tournant en façonnant un modèle fortement imprégné par les règles traditionnelles de la coaction et la complicité¹². Au gré des contextes mais aussi des mouvements de l'interprétation prétorienne, l'imputation s'adapte et se nourrit ainsi des dynamiques de l'individuel et du collectif.

2. Voir ce que l'on voit : l'ambition d'attribuer aux plus responsables. Au défi conceptuel d'une imputation articulant individuel et collectif s'ajoute l'ambition d'une imputation permettant d'attribuer aux plus responsables. En effet, la spécificité des crimes

⁷ K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, München, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 745 et s.. Pour de plus amples réflexions sur ce principe, voir le numéro spécial qui lui est consacré par le *Journal of international criminal justice* en 2007 et qui rassemble : S. Manacorda, « Foreword », p. 913-915 ; O. S. Liwerant, « Mass murder – Discussing criminological perspectives », p. 917-939 ; V. Militello, « The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute », p. 941-952 ; G. Werle, « Individual criminal responsibility in Article 25 ICC Statute », p. 953-975 ; M. D. Dubber, « Criminalizing complicity – A comparative analysis », p. 977-1001.

⁸ S. Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », *op. cit.*, p. 109 et s..

⁹ Voir *infra* §130.

¹⁰ Voir *infra* §16, §32 et s., et §131.

¹¹ *Ibid.*, p. 110. Stefano Manacorda distingue deux modèles d'imputation collective complémentaires : la forme concentrée, faisant de la structure collective le centre de l'imputation et qui n'a pas connu de succès significatif car ne faisant l'objet que d'une concrétisation avec la déclaration de criminalité des groupes ou organisations nationales-socialistes (art. 9 de la Charte de Londres de 1945), et la forme diffuse, dont les exemples sont plus abondants (*conspiracy*, entreprise criminelle commune).

¹² Voir *infra* §17.

internationaux revêt à la fois une dimension collective et une dimension hiérarchique¹³ : ces crimes relèvent d'une criminalité de gouvernants qui, en principe, n'agissent pas eux-mêmes mais font exécuter leurs desseins criminels par autrui. L'enjeu pour l'imputation est alors double : combiner la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle avec l'objectif d'atteindre ces individus qui se trouvent au sommet de cette hiérarchie. Si cet enjeu, empreint d'un fort symbolisme, invite lui aussi à une adaptation conceptuelle de l'imputation, il l'enserme cependant dans une ambition résolument politique¹⁴ qui lie l'efficacité du système de justice pénale internationale à sa capacité de poursuivre les individus les plus hauts placés qui assument le plus grand degré de responsabilité. Bien qu'absente des statuts des juridictions pénales internationales¹⁵, cette ambition s'adosse à l'objectif de lutte contre l'impunité de ces crimes¹⁶ pour s'ériger comme l'un des « piliers de la stratégie de poursuite du Procureur »¹⁷. Clairement affirmée dans les orientations stratégiques en matière de poursuite, la politique adoptée par le Bureau du Procureur consiste en effet, depuis la création de la Cour pénale internationale (CPI), à « concentrer ses efforts sur les crimes les plus graves et sur les personnes qui en portent la plus grande responsabilité »¹⁸. Ainsi attachée à cette ambition politique, l'imputation de l'infraction se dessine tel un outil de performance pour atteindre ces individus considérés comme les plus responsables, voire comme « les meilleurs responsables »¹⁹. En témoigne par ailleurs cette

¹³ V. Malabat, « Les modes de participation à l'infraction internationale », in T. Herran (dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 181.

¹⁴ À ce propos est même évoqué un « péché originel du système de justice pénale internationale », F. Lafontaine, C. Magnoux, « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », in A. Heinze, V. Dittrich (eds.), *The past, the present and the future of the International Criminal Court*, Nuremberg Academy Series n°5, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2021, p. 242.

¹⁵ Il faut tout de même relever l'exception notable de la Charte du Tribunal militaire de Nuremberg qui prévoit en son article 1 qu'« un Tribunal Militaire International sera créé pour juger et punir de façon appropriée et sans délai, les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe » (nous soulignons) ; la version anglaise est davantage évocatrice puisqu'elle retient qu'est établi « an International Military Tribunal for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis » (nous soulignons).

¹⁶ M. Massé, « De la lutte contre l'impunité à un nouveau modèle de responsabilité », in F. Digneffe, T. Moreau, *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Éditions Larcier, 2006, p. 429.

¹⁷ F. Lafontaine, C. Magnoux, « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », *op. cit.*, p. 244 et s. ; pour une analyse complémentaire, voir également W. Ferdinandusse, A. Whiting, « Prosecute little fish at the ICC », *JICJ*, 2021, p.760 et s..

¹⁸ CPI, Bureau du Procureur, *Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites*, 2006, p.5. Cette position a été réaffirmée par la suite dans les orientations pour 2009-2012 : « le Bureau du Procureur a élaboré 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 et à les poursuivre en s'appuyant sur les éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête. Ainsi, le Bureau poursuivra avant tout les plus hauts responsables des crimes allégués, notamment ceux qui les auraient ordonnés, financés ou qui en auraient organisé la commission » (CPI, Bureau du Procureur, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, p. 6).

¹⁹ R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2000, p. 80.

adaptation dans la stratégie du Bureau du Procureur consistant à « remonter progressivement en haut de la pyramide en menant des enquêtes et des poursuites à l'encontre d'un nombre limité de criminels de rang intermédiaire et de rang élevé pour avoir une chance raisonnable de faire condamner les principaux responsables »²⁰.

3. Cadre et perspective de la recherche. Animée par cette ambition politique d'atteindre les individus les plus responsables et par cet enjeu conceptuel de restituer la mise en œuvre d'une responsabilité pénale individuelle pour un crime commis collectivement, la notion d'imputation s'est construite, en droit international pénal, en adaptant les hypothèses permettant d'attribuer l'infraction à un individu. Si de nombreux travaux académiques²¹ se sont déjà fait l'écho de cet enchevêtrement complexe, la question

²⁰ CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique Juin 2012-2015*, p. 6. Animée par un objectif de transparence et de crédibilité, cette évolution intervient avec la nomination de Fatou Bensouda comme Procureur de la Cour pénale internationale et marque un tournant dans la stratégie du Bureau qu'elle portera tout au long de son mandat (CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2016-2018*, p. 16 ; CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2019-2021*, p. 22 : « Une autre stratégie pourrait également l'amener à cibler, dans un premier temps, les auteurs de crimes notoires ou de rang intermédiaire dans le but de remonter la chaîne de responsabilités et d'atteindre les principaux responsables à un stade ultérieur »). Pour une analyse précise de cette évolution, voir F. Lafontaine, C. Magnoux, « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », *op. cit.*, p. 251 et s.

²¹ En dehors des ouvrages à visée pédagogique qui seront mentionnés par la suite, cette liste identifie par champ disciplinaire et de manière non exhaustive certains de ces travaux.

Pour une approche de droit pénal globale : E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, OUP, 2012 ; Numéro thématique « Criminalité collective et impunité des principaux responsables : est-ce la faute du droit pénal ? » de la *Revue de droit pénal et de science criminelle* en 2012 avec particulièrement H. Dumont, « Introduction : un état de la question », p. 3-18, et G. Werle, B. Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal », p. 47-67 ; A. Khalifa, *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012 ; M. Duffourc, *La participation à l'infraction internationale*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013 ; N. Jain, *Perpetrators and Accessories in international criminal law – Individual modes of responsibility for collective crimes*, Portland, Hart Publishing, 2014.

Pour une approche de droit pénal spécifique : H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009 ; S. Finnin, *Elements of accessory modes of liability – Article 25§3(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 ; M. Jackson, *Complicity in international law*, Oxford, OUP, 2015 ; M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, Portland, Hart Publishing, 2016 ; Y. Lachezar, *Theories of Co-perpetration in International Criminal Law*, Brill Nijhoff, 2018 ;

Pour une approche de droit international : V. Abellán-Honrubia, « La responsabilité internationale de l'individu », in *Recueil de l'Académie de droit international de la Haye*, 1999 ; R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004 ; S. Darcy, *Collective responsibility and accountability under international law*, Brill Nijhoff, 2007 ; A.-L. Vauris Chaumette, *Les sujets du droit international pénal, Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, Paris, Pedone, 2009 ;

Pour une approche pluridisciplinaire : O. de Frouville, *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthémis, 2012.

Pour une approche criminologique : XXXIV^e Congrès français de criminologie, *Responsables, coupables, punis ? Fragments d'un interminable débat*, Volume II « Responsabilité/Irresponsabilité Pénale », Situation 1 : Crime de masse et responsabilité individuelle, Agen, Septembre 2004, *Champ Pénal*, 2005, en ligne ; F. Digneffe, T. Moreau, *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Quatrième partie : Responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse, Larcier, 2006, p. 407 et s. ; O. S. Liwerant, *Crimes*

de la cohérence dans l'appréhension et la compréhension de l'imputation se dessine en perspective et doit être désormais posée. À cette fin, le cadre de réflexion offert par le Statut de Rome et la jurisprudence de la Cour pénale internationale semble particulièrement pertinent en ce qu'il propose d'abouti et de renouvelé. L'abouti d'une part, en raison de la consécration textuelle à l'article 25 StCPI des divers mécanismes d'imputation traduisant la multiplicité des formes de la participation à l'infraction²² ; le renouvelé, d'autre part, en raison du jeu de l'interprétation prétorienne qui offre une lecture singulière de la chaîne d'imputation²³. Dans de ce cadre, l'objet de la recherche se précise par l'approche retenue : à partir d'une analyse juridique des conceptions textuelle et jurisprudentielle de l'imputation, notre réflexion s'inscrit dans une démarche inductive avec l'ambition de saisir et restituer la cohérence qui soutient le processus d'attribution de l'infraction à l'individu devant la Cour pénale internationale. Cette démarche repose sur le constat d'une mobilisation préférentielle, par les juges et le Procureur, de certains mécanismes d'imputation par rapport à d'autres²⁴, et soulève ainsi l'hypothèse, que la recherche entend vérifier, d'une priorité accordée aux formes d'une participation désignée comme principale.

I. Identifier la priorité de la participation principale

4. Identifier la priorité de la participation principale dans les mécanismes d'imputation de l'infraction devant la Cour pénale internationale appelle à expliquer un

sans tabou, Les meurtres collectifs en jugement, Bruxelles, Bruylant, Collection Droits Territoires Cultures, 2009 ; O. S., Liwerant, « La responsabilité, une catégorie criminologique ? Les rhétoriques discursives des « criminels contre l'humanité » », in F. Digneffe, T. Morreau (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Larcier, 2006, p. 445 et s...

Pour une approche sociologique ou anthropologique : I. Delpla, « Faits, responsabilités, intelligibilité : comparer les enquêtes et les rapports sur Srebrenica », *Cultures & Conflits*, 2007, p. 119-136 ; E. Claverie, P.-Y. Condé, *Civils et combattants. Formes de la guerre et épreuves judiciaires internationale*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013, p. 107 et s. ; H. Dumas, *Un génocide au village. Le massacre des Tutsis au Rwanda*, Seuil, 2014 ; J. Seroussi, « S'emparer des faits, Un sociologue à la Cour pénale internationale », *Grief*, 2016, p. 134-143. Plus éloignés de notre thématique mais tout aussi précieux, qu'il soit permis de signaler également parmi l'ensemble de l'œuvre de Jean Hatzfeld, ses récits sur le génocide Tutsis, particulièrement *Une saison de machette*, Le Seuil, 2003 et *Là où tout se tait*, Gallimard, 2021 (à titre indicatif, plusieurs de ses ouvrages sont mentionnés dans la bibliographie finale).

²² Voir *infra* §6.

²³ Voir *infra* §7.

²⁴ Il ressort de l'identification méthodique et systématique des mécanismes d'imputation visés à l'appui de leur décision par le Procureur et les juges aux différents stades de la procédure devant la Cour pénale internationale, que l'article 25§3(a) StCPI qui prévoit les formes de participation principale à l'infraction – commission directe et indirecte, commission conjointe directe et indirecte – est largement mobilisé (voir Tableau joint en annexe à la fin de la recherche). Plus précisément, l'article 25§3(a) StCPI fonde plus de 85% des mandats d'arrêts émis (35 mandats d'arrêt sur 40), 89% des citations à comparaître émises (8 citations sur 9), 88,5% des Documents contenant les charges (23 Document sur 26), 77% des Décisions de confirmation des charges (20 décisions sur 26), 57,1% des Jugements prononcés (8 jugements sur 14).

certain nombre de choix terminologiques. Si l'analyse conceptuelle s'inscrit à cette fin dans une démarche compréhensive, elle ne prétend toutefois pas à l'exhaustivité. Cette démarche invite d'une part à caractériser la participation principale en la cernant parmi les mécanismes d'imputation de l'infraction (A), et d'autre part à traduire sa portée en discernant sa priorité dans les mécanismes d'imputation de l'infraction (B).

A. Cerner la participation principale parmi les mécanismes d'imputation

5. Les définitions de l'imputation. Cerner les contours de la participation principale implique de s'intéresser, en amont de toute analyse substantielle, à la notion d'imputation²⁵ qui fonde et assoit sa nature. Étymologiquement, le terme « imputation » dérive du verbe imputer – du latin *imputare* – qui signifie « porter en compte », « mettre en ligne de compte » ou encore « attribuer »²⁶ ; trouvant son essence dans le langage comptable, l'imputation se comprend donc comme l'action permettant d'« attribuer quelque chose à quelqu'un »²⁷. Dans une acception plus philosophique, Kant retient que « l'imputation au sens moral est le *jugement*, par lequel on considère quelqu'un comme auteur d'une action, qui s'appelle dès lors *fait* et est soumise aux lois ; si ce jugement implique en même temps des conséquences juridiques relevant de ce fait, l'imputation est alors juridique ; dans le cas contraire il ne s'agit que d'une imputation critique »²⁸. Il ajoute que « lorsque quelqu'un fait, conformément au devoir, *plus* que ce à quoi il est contraint par la loi, la chose est *méritoire* ; s'il ne fait que ce qui est conforme à la loi, il n'a fait que remplir une dette ; enfin s'il fait moins que ce que la loi exige, c'est là un *délit moral* »²⁹. Kant fait ainsi du sujet de l'imputation, une personne dotée de son libre arbitre³⁰. Hart³¹, quant à lui, préfère

²⁵ Pour une analyse plus complète de la notion, nous renvoyons ici à plusieurs travaux réalisés en langue française. Pour une étude de la notion en droit pénal, voir particulièrement F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009 ; E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 37, 2002. Pour une analyse de la notion en droit international, voir P. Jacob, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Thèse, dactyl., Rennes, 2010, 454 p. ; F. Finck, *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale*, Thèse, dactyl., Strasbourg, 2011, 452 p.. Pour une analyse en droit public, voir notamment J.-L. Oki, *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse, dactyl., Bordeaux, 2017, 876 p.. Enfin, pour une analyse en droit privé, voir P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse, dactyl., Paris, 1982, 739 p. ; B. Laperou, *Responsabilité civile et imputabilité*, Thèse, dactyl., Nancy, 1999, 451 p..

²⁶ A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2019.

²⁷ *Ibid.*.

²⁸ E. Kant, *Métaphysique des mœurs – Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Vrin, 5^e éd., 1993, p. 102.

²⁹ *Ibid.*.

³⁰ *Ibid.*, p. 98.

³¹ H. L. A. Hart, « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 171 et s..

à l'imputation, le terme d'« ascription » qu'il emprunte au théoricien du langage Strawson³² pour désigner l'opération prédicative d'un genre unique consistant à attribuer une action à quelqu'un : l'« ascription » s'intéresse alors davantage au rapport entre l'action et l'agent sans considération du rapport à l'obligation morale ou juridique³³. Enfin, dans son essai d'analyse sémantique du concept de responsabilité, Paul Ricœur retient lui qu'« imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable »³⁴ : il fait ainsi paraître en clair la dérivation qui conduit d'attribuer à rétribuer et insiste sur la référence à l'agent tout en suggérant que le jugement d'imputation implique l'idée d'une « étrange comptabilité morale des mérites et des défaillances »³⁵.

À la lumière de ces considérations, l'imputation, en matière juridique, peut être définie comme « l'attribution d'un fait ou d'une chose à une personne afin qu'elle en assume les conséquences juridiques, bonnes ou mauvaises »³⁶ ; elle procède, dès lors, du langage de la responsabilité – Ricœur désigne d'ailleurs l'imputation comme le concept fondateur de la responsabilité³⁷. Trouvant alors une résonance naturelle en droit pénal³⁸, l'imputation suscite toutefois, à l'appui de cette définition, des lectures variables. Notamment, en droit pénal français, l'imputation connaît une conception singulière dans la mesure où elle coexiste avec la notion d'*imputabilité*, qui renvoie à la capacité de

³² P.-F. Strawson, *Les individus - Essai de métaphysique descriptive*, Seuil, 1973. L'étude de Strawson constitue une théorie générale des notions de « personne » et d'« individu », au centre de laquelle se trouve l'identification de ces notions à ce qu'il appelle « les particuliers de base ». Pour Strawson, il s'agit de comprendre le sens véritable de l'ambiguïté de la notion de personne qui oscille entre la généralité d'un individu quelconque et la détermination de l'individu que nous sommes chacun. Strawson définit ainsi un sujet transcendantal, le « particulier de base », qui constitue ce passage de l'un à l'autre.

Ce recours à un schéma transcendantal n'est sans doute pas foncièrement original : la notion de personne ou celle de sujet de droit forgés par la pensée juridique relèvent d'une conception au moins parallèle. Mais alors que ces notions sont des abstractions idéales, figées et immuables dans leur généralité, le « particulier de base » se trouve défini à partir d'un ensemble de prédicats déterminés qui lui sont attribués ; et ces prédicats eux-mêmes, attribués à la personne, la définissent à partir des conditions de possibilité de l'action qui lui est attribuable. C'est cette attribution, et cette attribution en termes d'action et d'expériences, constitutive de la personne, que Strawson nomme « ascription ». (J. A. Mazères, « La responsabilité est-elle dominée par l'éthique ? Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité », in Sénat, *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001).

³³ Pour une analyse plus exhaustive, voir G. Truc, *Assumer l'humanité – Hannah Arendt : la responsabilité face à la pluralité*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 23.

³⁴ P. Ricœur, « Le concept de responsabilité. Essai d'une analyse sémantique », in P. Ricœur, *Le Juste I*, Éditions Esprit, 1995, p. 44. Il reprend ici la définition proposée par le Dictionnaire du Trévoux de 1771.

³⁵ *Ibid.* p. 45.

³⁶ F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 2.

³⁷ P. Ricœur, *op. cit.*, p. 43.

³⁸ Évoquant les difficultés d'une transposition du terme en droit international, Luigi Condorelli souligne que le mot imputation « trouve son contexte habituel dans le domaine du droit pénal » (L. Condorelli, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, Volume 189, 1984, p.41 et s.).

comprendre et de vouloir de l'agent ou, autrement dit, à son libre arbitre, qui est nécessaire à l'engagement de sa responsabilité pénale. François Rousseau relève à ce propos que, « dans le droit de la responsabilité pénale, la notion d'imputabilité, plus que celle d'imputation, a les faveurs de la doctrine »³⁹, qui a pris l'habitude de regrouper sous cette notion les conditions qui intéressent l'aptitude de l'agent à se voir reprocher une infraction, apparaissant ainsi comme une opération essentiellement subjective. En revanche souligne-t-il, la doctrine pénale se divise sur la notion juridique d'imputation. Dans une acception étroite⁴⁰, elle est réduite à une opération purement matérielle de rattachement de l'infraction à un agent consistant à désigner ou identifier l'auteur ou l'éventuel participant d'une infraction ; l'imputation correspond alors à une opération purement objective d'attribution de l'infraction, qui dépend du degré de l'implication de chacun des protagonistes. Mais, dans une acception large⁴¹, l'imputation peut regrouper l'ensemble des conditions, objectives et subjectives, permettant d'*attribuer* et de *reprocher* une infraction à un individu ; dans cette conception, l'imputabilité est, en quelque sorte, absorbée par les conditions subjectives de l'imputation⁴².

De ces éléments de définition, il ressort que les contours de la notion d'imputation n'apparaissent pas avec clarté : comprise largement, elle semble se confondre avec la notion même de responsabilité. Pourtant, si la responsabilité pénale implique l'attribution et le reproche de l'infraction – soit son imputation – elle ne se réduit à cette seule opération : « en amont, elle présuppose l'existence d'une infraction et, en aval, elle concerne également l'application de la sanction »⁴³. De sorte que la responsabilité pénale paraît englober la théorie de l'infraction, celle de l'imputation et celle de la sanction. Là encore, l'intégration de l'infraction à l'équation conceptuelle complexifie la distinction des notions : si certains considèrent que responsabilité et infraction ne font qu'un⁴⁴ et qu'en

³⁹ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 9 et s.

⁴⁰ P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 2004, n°350 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, Paris, Editions Cujas, 7^e éd., 1997, n°523 et 616.

⁴¹ Y. Mayaud, *Doit pénal général*, Paris, PUF, 7^e éd., 2021, n°343 ; X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 13^e éd., 2021, n°287 et s. ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n°502.

⁴² François Rousseau poursuit par ailleurs son analyse en discutant la possibilité d'une assimilation des notions d'imputation et d'imputabilité (*op. cit.*, p. 9-12). Pour élargir le cadre de ces réflexions, voir R. Ottenhof, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politiques criminelles*, n°22, 2000, p. 71 et s. ; C. Lazerges, « Le concept d'imputabilité dans les doctrines de Défense sociale », *RSC*, 1983, p. 315 et s. ; P. Poncela, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit*, Tome 22, « La responsabilité », Sirey, 1977, particulièrement p. 139 et s.

⁴³ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ Plus précisément, cette conception renvoie à l'idée que les éléments constitutifs de l'infraction correspondent à l'ensemble des conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité pénale (R. Merle, A. Vitu, *op. cit.*, n°383).

conséquence l'imputation appartient au concept d'infraction, d'autres au contraire les distinguent en retenant l'infraction comme le « fait générateur » de la responsabilité pénale⁴⁵ et l'imputation comme permettant la détermination de la personne responsable⁴⁶. Révélant l'incertitude de l'appartenance de l'imputation au concept d'infraction ou à celui de responsabilité, cet « éclatement doctrinal »⁴⁷, qui peut être constaté dans plusieurs pays⁴⁸, obscurcit l'appréhension juridique de l'imputation.

Cette impression de désordre invite cependant à questionner encore la notion et à « la regarder du dehors »⁴⁹. En ce sens, François Rousseau propose de repartir de l'idée que l'imputation est « un *lien* entre une *personne* et un *objet* »⁵⁰ – l'infraction – et que « ce lien comporte à la fois une dimension *attributive* et également une dimension de *reproche* »⁵¹. En rapprochant ces deux aspects des observations de Fauconnet⁵², selon lesquelles certaines règles permettent d'aller du crime vers son auteur et sont créatrices de responsabilité, alors que d'autres remontent à contre-courant de l'agent au crime et entraînent une régression de la responsabilité, François Rousseau opère une distinction entre l'*imputation de l'infraction* et l'*imputation à l'agent*⁵³. La première fait écho à la dimension attributive de l'imputation, et opère selon des techniques ou des modalités qui tiennent au rôle de chacun des protagonistes de l'infraction dans sa réalisation. La seconde renvoie à la dimension de reproche de l'imputation, et concerne cette exigence de libre arbitre nécessaire à l'engagement de la responsabilité pénale, et fait ainsi plus spécifiquement référence aux causes de non-imputation. De ces deux aspects, le premier semble offrir le cadre adéquat à la compréhension de notre objet : adossée à cette logique attributive, l'imputation de l'infraction entend couvrir la participation criminelle dans toutes ses dimensions, selon les différents degrés d'intervention dans la réalisation de l'infraction.

L'imputation ainsi comprise, la question se pose désormais de trouver sa mesure et son expression dans le Statut de Rome, afin de cerner la notion de participation principale.

⁴⁵ F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.*, n°430.

⁴⁶ Y. Mayaud, *op. cit.*, n°241, 343 et 462 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, n°290 et 450 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 27^e éd., 2021, n°317 et s..

⁴⁷ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 17. Jean Pradel évoque même un « fouillis » (J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2016, n°196).

⁴⁸ Voir *infra* §10 et s..

⁴⁹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, p. 102.

⁵⁰ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 21.

⁵¹ *Ibid.*.

⁵² P. Fauconnet, *La responsabilité, étude de sociologie*, 2^e éd., F. Alcan, 1920.

⁵³ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 21 et s..

6. Les contours de la participation principale dans le Statut de Rome. Malgré l'absence du terme imputation des prescriptions statutaires⁵⁴, la question de la participation criminelle n'est aucunement éludée par le Statut de Rome⁵⁵. Au contraire, le texte vise spécifiquement, et de manière détaillée⁵⁶, les diverses situations d'attribution de l'infraction à un individu : l'article 25 StCPI intitulé « Responsabilité pénale individuelle », et inséré au Chapitre III consacré au « Principes généraux du droit pénal », prévoit en effet de manière exhaustive « toutes les hypothèses raisonnablement envisageables de participation à l'infraction internationale »⁵⁷.

Ces premières constatations questionnent d'emblée les choix terminologiques qui ne sont pas sans rappeler les incertitudes précédemment relevées tenant à la distinction de la notion d'imputation avec celle de responsabilité⁵⁸, mais qui attestent plus certainement de la volonté d'inscrire l'individu au cœur du processus d'attribution, en l'associant formellement au principe fondamental reconnu par les principaux systèmes juridiques qu'est celui de la responsabilité pénale individuelle⁵⁹. Les deux premiers alinéas de l'article 25 StCPI expriment et confortent d'ailleurs cette volonté puisqu'ils précisent que « la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques » et que « quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut ». De manière complémentaire, ces choix terminologiques pourraient également trouver dans les négociations entourant l'élaboration du texte une

⁵⁴ Le verbe « imputer » est toutefois utilisé à plusieurs reprises mais il ne connaît aucune définition et ne revêt aucune portée particulière.

⁵⁵ Pour analyse plus globale de la notion de participation en droit international pénal, voir M. Duffourc, *La participation à l'infraction internationale*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013, p.36 et s..

⁵⁶ G. Mabanga, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2^e édition, 2019, p. 1013.

⁵⁷ V. Malabat, « Les modes de participation à l'infraction internationale », *op. cit.*, p. 182.

⁵⁸ Voir *supra* §5.

⁵⁹ Parmi l'abondante littérature relative au principe d'une responsabilité pénale individuelle en droit international, citons : P.-M. Dupuy, « International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statue of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome II, 2002, p. 1085 ; A. Nollkaemper, « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, n°3, 2003, p. 615 et s. ; R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004 ; V. Militello, « The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute », *JICJ*, 2007, Vol. 5, n°4, 2007, p. 941 et s. ; B. Bonafè, *The relationship between State and individual criminal responsibility for international crime*, Brill Nijhoff, 2009 ; A.-L. Vauris Chaumette, *Les sujets du droit international pénal, Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, Paris, Pedone, 2009 ; E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, New York, OUP, 2012, p. 17 et s. ; F. Mégret, « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, p. 83 ; A.-L. Chaumette, « Les personnes pénalement responsables », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 477 et s..

explication aussi éclairante. Il ne faut pas oublier, en effet, que le Statut de Rome est le résultat d'un compromis diplomatique et que les concepts et leur contenu ont été discutés à la lumière de cultures juridiques très différentes⁶⁰ et des jalons déjà posés par les développements antérieurs du droit international pénal et les décisions rendues par les juridictions préexistantes à la Cour⁶¹. Dès lors, si le choix de termes plus englobants peut se justifier par la recherche du compromis, il semble aussi traduire la volonté de se détacher de concepts nationaux dont la vocation n'était pas de saisir les crimes relevant de la compétence de la Cour, et asseoir le souhait d'accorder une place centrale à l'interprétation prétorienne, confiant ainsi au juge le rôle d'exprimer pleinement le sens et la portée de la prescription statutaire⁶².

Cette volonté et ce souhait transparaissent également à l'alinéa 3 de l'article 25 StCPI qui, s'emparant de toute la dimension de la participation criminelle, énumère les modalités d'attribution de l'infraction et propose ainsi un cadre particulièrement abouti⁶³ constituant certainement un modèle du genre⁶⁴. Le texte précise en effet qu' :

« Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

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

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 ;

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

⁶⁰ P. Saland, « International criminal law principles », in R. Lee (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, 1999, p. 198 et s..

⁶¹ Pour un historique de ces développements, voir M. Duffourc, *op. cit.*, p. 51 et s..

⁶² La Cour a pu le rappeler à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Lubanga* : « La Majorité fait observer que tant le droit romano-germanique que la *common law* ont élaboré des principes concernant les modes de responsabilité. Toutefois, à l'origine, ni l'un ni l'autre de ces systèmes n'avait vocation à connaître des crimes relevant de la compétence de la Cour, à savoir les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Le Statut énonce les modes de responsabilité, lesquels devraient être interprétés de façon à ce que la responsabilité encourue pour ces crimes puisse être dûment exprimée et appliquée » (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de Première instance I, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, §976.

⁶³ J. Fernandez, *Droit international pénal*, 2020, LGDJ, p. 214.

⁶⁴ W. Schabas, *The international criminal court – A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2^e éd., 2016, p. 567.

- i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou
- ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;
- e) S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre ;
- f) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel ».

Semblant *a priori* viser indifféremment diverses formes de participation à l'infraction, le texte présente une structure qui appelle cependant deux observations.

La première observation tient à la nature propre des mécanismes ainsi présentés et interroge en conséquence l'exhaustivité du texte. En effet, si les alinéas (a) à (d) relèvent assurément de techniques d'imputation de l'infraction⁶⁵, les alinéas (e) et (f), visant respectivement l'hypothèse de l'incitation à commettre un génocide et le cas de la tentative d'infraction laissent plus perplexe. Comme le souligne Gerhard Werle, « cela pourrait être considéré comme trompeur d'un point de vue structurel, car ni l'incitation au génocide ni la tentative ne peuvent être classées comme des modes de participation, mais devraient plutôt être classées comme des *inchoate crimes* »⁶⁶. Leur essence étant intrinsèquement différente de celle de mécanisme d'imputation de l'infraction, ces deux éléments ne seront pas analysés dans le cadre de cette recherche. Toutefois leur présence au sein du texte statutaire soulève la question de l'exhaustivité de la prescription : si, sous couvert du principe de légalité, la volonté de poser les différents modes de participation à l'infraction pour rendre plus prévisible les solutions jurisprudentielles paraît manifeste, ce cadre est-il pour autant

⁶⁵ Conformément aux développements précédents sur la notion d'imputation, ces hypothèses exposent des comportements manifestant différents degrés d'intervention dans la réalisation d'une infraction.

⁶⁶ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 953. Nous laissons volontairement le terme original d'« inchoate crime » dans la mesure où celui-ci ne connaît pas d'équivalence en droit français ; un rapprochement avec la notion d'« infraction obstacle » pourrait toutefois exprimer son contenu et sa portée quand bien même ceux-ci seraient incomplets.

Antonio Cassese définit ces crimes ainsi : « Many legal systems punish not only consummated criminal offenses but also “inchoate”, that is preliminary or “just begun” criminal wrongdoings. These are acts that : (i) are preparatory to prohibited offenses ; (ii) have not been completed, therefore have not yet caused any harm ; (iii) are punished on their own ; that is, in spite of the fact that they have not led to a completed offence. [...] In many national legal system (particularly in common law countries) three categories of such crimes are envisaged : attempt, conspiracy and incitement » (A. Cassese, *International criminal law, op. cit.*, p. 219).

aussi abouti ? S'il semble difficile d'affirmer que l'article 25 StCPI prétend résoudre toutes les hypothèses d'imputation, il est cependant possible de relever qu'il n'en présente pas une vision complète⁶⁷ : il faut en effet y ajouter l'article 28 StCPI qui pose le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique et prévoit les conditions dans lesquelles ce supérieur peut être pénalement responsable devant la Cour des crimes commis par ses subordonnés. Dès lors, si l'étude ici menée prend pour point de référence le cadre de l'article 25 StCPI, elle s'attachera également à développer une réflexion à la lumière des prescriptions de l'article 28 StCPI⁶⁸.

La seconde observation concerne l'articulation même de la structure de l'article 25§3 StCPI. D'une part, à défaut de précision relative à toute classification, il paraît possible de dégager une distinction parmi les hypothèses d'imputation identifiées, entre les individus qui *commettent* l'infraction (individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne (a)) et les individus qui ne font qu'y *contribuer* (par instigation à la commission (b) ou par collaboration à la commission (c et d)). Cette distinction renverrait ainsi à l'existence d'une forme de participation principale à laquelle s'adosseraient des formes de participation accessoire à la commission de l'infraction. Elle traduirait alors, non seulement une volonté de placer l'ensemble des intervenants à la réalisation de l'infraction sur un pied d'égalité en termes de responsabilité – tous sont des participants⁶⁹ – mais également le souhait de préciser leur rôle dans l'entreprise criminelle – principal commettant ou contributeur accessoire. D'autre part, la structure de l'article 25§3 StCPI soulève la question d'un ordonnancement de ces formes de participation : seraient-elles classées par ordre d'importance ? Autrement dit, la distinction entre la participation principale et la participation accessoire cacherait-elle une autre distinction entre une participation primaire et une participation secondaire ? Une telle distinction trouverait son sens non dans la précision du rôle des intervenants mais dans l'importance de leur rôle dans la réalisation de l'infraction ; en somme, elle permettrait de désigner les plus hauts responsables comme les participants ayant joué un rôle déterminant, un rôle premier, dans la survenance du crime.

⁶⁷ V. Malabat, « Les modes de participation à l'infraction internationale », *op. cit.*, p. 183.

⁶⁸ Voir *infra* §161 et s.

⁶⁹ Bien avant la création de la Cour pénale et l'entrée en vigueur du Statut de Rome, la Commission de droit international relevait déjà qu'« entre les notions d'auteur, de coauteur, d'auteur direct, d'auteur indirect et de complice, on se perd en conjectures » (*Annuaire de la Commission du Droit international*, 1990, vol. II, 1^è partie, p. 30, §19) et proposait « d'abandonner la dichotomie classique auteur/complice et d'opter pour la notion plus vaste de "participant", qui englobe aussi bien les auteurs principaux que les complices » (*Annuaire de la Commission du Droit international*, 1990, vol. II, 2^è partie, p. 14, §51).

Si les contours de la participation principale se dessinent dans sa distinction d'avec la participation accessoire, l'indétermination de son articulation avec l'ensemble des autres mécanismes soulève des incertitudes quant à son sens et sa portée. La démarche de compréhension jusqu'ici entreprise semble dès lors devoir s'appuyer sur une logique de cohérence : cerner la participation principale invite finalement à la discerner des autres mécanismes d'imputation à la lumière d'une dynamique de coordination d'ensemble, qui serait celle de son utilisation prioritaire par les juges et le Procureur de la CPI.

B. Discerner la priorité de la participation principale dans les mécanismes d'imputation

7. Le rejet prétorien d'une hiérarchisation des mécanismes d'imputation⁷⁰.

Malgré l'apparente exhaustivité de l'article 25 StCPI, son utilisation par la Cour en révèle une application très circonscrite puisque les mécanismes de la participation principale visés à l'article 25§3(a) StCPI sont majoritairement mobilisés par les juges et le Procureur⁷¹. De plus, l'absence de certitude quant à l'existence d'un ordonnancement de l'ensemble des modes de participation questionne la dynamique du texte et, ainsi, cette importance préférentielle de la participation principale.

L'existence d'une hiérarchisation des formes d'imputation prévues par l'article 25§3 StCPI pourrait justifier à elle seule cette place accordée à l'imputation en tant que participant principal. Si elle permet, en effet, d'organiser les diverses hypothèses de participation à l'infraction internationale, la hiérarchie permet également d'établir un ordre désignant les participants du plus responsable au moins responsable : ce recours quasi systématique à l'imputation en tant que participant principal se trouverait dès lors expliqué, logiquement, par la place liminaire que celle-ci occupe au sommet de cette énumération des formes de participation, et symboliquement, par la désignation des participants ayant eu un rôle déterminant. Une telle hiérarchisation autoriserait alors la distinction entre des modes principaux de participation et des modes secondaires et permettrait « de pointer ces derniers pour vérifier que, quoique secondaire, ils n'en respectent pas moins le principe de responsabilité du fait personnel »⁷². Néanmoins, si ce principe se comprend au regard de la finalité et des enjeux du procès pénal, le Statut de Rome ne paraît pas véritablement le

⁷⁰ Pour une analyse exhaustive, voir *infra* §148 et s.

⁷¹ Voir *supra* §3.

⁷² V. Malabat, « Les modes de participation à l'infraction internationale », *op. cit.*, p. 184.

retenir dans la mesure où il consacre le principe de responsabilité individuelle : or, si ce dernier affirme que quiconque commet un crime est individuellement responsable, il ne signifie pas que ceux qui sont responsables devant la Cour doivent l'être pour un fait personnel⁷³. Ces doutes entourant la hiérarchisation des formes de participation ont toutefois été balayés par les juges à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Katanga*, lorsqu'ils affirment que « l'article 25 du Statut ne fait qu'identifier différents comportements illégaux et, en ce sens, la distinction proposée entre la responsabilité de l'auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une "hiérarchie de culpabilité" (*hierarchy of blameworthiness*) pas plus qu'elle n'édicte, même implicitement, une "échelle des peines" »⁷⁴. L'affirmation paraît sans équivoque⁷⁵ : ce recours quasi-méthodique⁷⁶ à la participation principale ne peut trouver une quelconque justification dans l'existence d'une hiérarchie des modes d'imputation de l'article 25 StCPI.

L'absence d'une telle hiérarchie ne doit pourtant pas empêcher de rechercher une explication technique, voire une légitimité fonctionnelle, à cette place accordée à la participation principale dans le paysage des formes d'imputation devant la CPI.

8. L'hypothèse d'une priorité de la participation principale. Empruntée au langage courant, la notion de priorité n'est pas identifiée comme un concept juridique, comme peuvent l'être la primauté ou la subsidiarité. Pourtant, son existence dans le langage juridique ne fait aucun doute⁷⁷. À partir d'une approche diachronique analysant l'évolution du sens du terme priorité, et d'une approche synchronique s'intéressant à sa polysémie, Sébastien Fucini en cerne la nature en la définissant comme « une technique de coordination visant à mettre en œuvre un élément, désigné comme prioritaire, avant les

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 7 mars 2014, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1386.

⁷⁵ Voir *infra* §154.

⁷⁶ Pour rappel, environ 75% des individus sont poursuivis devant la CPI sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI (Women's initiatives for gender justice, *Modes of liability – A review of the International Criminal Court's current jurisprudence and practise*, novembre 2013, p. 30).

⁷⁷ Dans son *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu identifie notamment cinq sens différents de la priorité :

- 1) Un sens général de primauté en ordre de temps ou de rang ;
- 2) Faveur, privilège, avantage particulier, traitement préférentiel parfois accordé à certaines personnes prioritaires – pour des raisons inhérentes à leurs bénéficiaires ; droit d'être admis ou servi avant d'autres ;
- 3) Force prééminente reconnue à un droit sur un autre droit, pour des raisons impersonnelles ;
- 4) Droit pour un organe d'examiner en premier un projet qui doit également être soumis à un autre ;
- 5) Rang préférentiel donné, dans l'ordre du jour, à une question, ainsi assurée d'être examinée avant les autres.

autres éléments »⁷⁸. Ainsi désignée, la notion de priorité doit alors permettre de comprendre la cohérence du fonctionnement des techniques particulières auxquelles elle s'applique et d'expliquer aussi, par la distinction avec des notions voisines, les effets produits par cette coordination entre plusieurs éléments⁷⁹. À l'issue d'une réflexion portant sur l'identification du mécanisme de la priorité et de l'encadrement de la règle de priorité, Sébastien Fucini parvient à dégager un sens juridique de la notion en concluant que la priorité doit se comprendre « comme un mécanisme de *coordination* intervenant dans une *situation de concours*, qui vise à mettre en œuvre une prétention, dite prioritaire, avant la mise en œuvre des autres prétentions *sans exclure leur confrontation mais en bloquant temporairement la mise en œuvre* »⁸⁰. Dès lors, la priorité se distingue de la préférence qui vise davantage à exprimer un traitement différencié, souvent en faveur de celui qui en bénéficie⁸¹, mais également « de l'exclusivité par l'absence d'exclusion du concours, de la primauté par l'absence d'exclusion des autres éléments, de la substitution par le moment où l'élément prioritaire bénéficie de l'avantage recherché, du préalable par l'existence du concours et enfin, de la subsidiarité par la subordination des éléments non prioritaires à la mise en œuvre de l'élément prioritaire »⁸².

Tout l'intérêt de la notion de priorité réside donc dans la coordination qui permet d'avantager une prétention sans pour autant désavantager considérablement les prétentions concurrentes, tout en admettant leur concours. Dès lors, en l'absence de précisions dans le Statut de la CPI et en raison du rejet prétorien d'une hiérarchisation, la mobilisation quasi-systématique de la participation principale pourrait trouver une rationalité dans la notion de priorité.

La participation principale ainsi cernée et le mécanisme de la priorité discerné, la priorité de la participation principale s'inscrit tant dans une dimension substantielle que dans une dimension structurelle. L'exercice d'identification a en effet révélé l'importance de saisir la participation principale en prenant la pleine mesure de son essence distincte de la participation accessoire, mais également en envisageant sa coordination avec les autres formes de participation.

⁷⁸ S. Fucini, *La priorité en droit privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2019, p. 13.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁰ Nous soulignons. *Ibid.*, p. 498.

⁸¹ *Ibid.*, p. 14 et s.

⁸² *Ibid.*, p. 497. Pour une analyse détaillée de la distinction de la priorité avec : la primauté, p. 47 et s. ; l'exclusivité, p. 30 et s. ; la substitution, p. 55 et s. ; le préalable, p. 83 et s. ; la subsidiarité, p. 92 et s..

II. Démontrer la priorité de la participation principale

9. Si l'identification de la priorité de la participation principale assoit concrètement les constatations initiales, sa démonstration semble devoir passer par une nécessaire abstraction pour saisir la construction intellectuelle expliquant son essence – l'attractivité substantielle de la participation principale – et ses effets – la coordination fonctionnelle liée à la priorité. À cette fin, la méthode consiste à mobiliser les modèles de participation à l'infraction forgés à partir de l'observation des droits nationaux (A), pour appréhender la priorité de la participation principale devant la CPI par le décroisement de ces modèles (B).

A. Mobiliser les modèles de participation

10. Les modèles de participation. Démontrer la priorité de la participation principale invite en effet à s'appuyer sur une grille de lecture permettant d'en saisir la substance et les enjeux. À cette fin, l'observation des solutions envisagées par les droits nationaux pour faire face aux défis de l'imputation de l'infraction commise collectivement offre, par le jeu de la comparaison, le cadre et les repères nécessaires à la démonstration.

L'exhaustivité de ces solutions, tant prévues par la loi qu'élaborées par la jurisprudence, conduit à envisager une présentation sous forme de « modèles de participation »⁸³, l'abstraction permettant incontestablement une appréhension plus aisée de la déconstruction de l'action. Ces modèles se veulent avant tout une approximation de ce qui est observé⁸⁴ dans les systèmes légaux nationaux et, si une approche de la participation paraît dominer, aucun droit national ne se conforme intégralement à un modèle particulier, de sorte qu'il est possible d'envisager de multiples approches.

⁸³ E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, New York, OUP, 2012, p. 65. L'auteur précise que son analyse repose sur les douze modèles élaborés par Joachim Vogel ; J. Vogel, « How to determine individual criminal responsibility in systemic context : twelve models », *Cahiers de Défense sociale*, 2002, p. 151-169.

⁸⁴ Mireille Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992, p. 75.

11. Modèle moniste et modèle dualiste⁸⁵. Distinction opérée classiquement⁸⁶, elle se rencontre aussi sous la forme de modèle unitaire et modèle différencié⁸⁷, ou encore de « conception de la pluralité d'infraction » et « conception de l'unité d'infraction »⁸⁸.

Le premier modèle de chacun de ces couples repose sur l'idée qu'une pluralité d'individus concourant à l'infraction implique une pluralité d'infractions, ou autrement dit que le fait commis collectivement sera fractionné en autant d'infractions qu'il y a d'individus⁸⁹ ; chacun est alors considéré comme un auteur au sens strict et sera responsable à hauteur de sa contribution personnelle à l'infraction⁹⁰. Le second modèle, quant à lui, renvoie à l'hypothèse de la participation à l'infraction, qui implique une pluralité d'individus ayant joué chacun un rôle dans la réalisation d'une infraction déterminée ; une distinction s'opère alors entre le participant principal qui commet effectivement l'infraction et sera puni pour l'infraction elle-même, et le participant accessoire qui assiste ou incite à sa réalisation et emprunte sa criminalité à celle de l'acte commis par le participant principal⁹¹. Ce modèle dualiste⁹² connaît cependant plusieurs déclinaisons en fonction de

⁸⁵ Pour des considérations d'ordre général sur cette question, voir D. Alland, « Monisme et dualisme : retour sur les origines d'un débat », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 45 et s..

⁸⁶ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 137 et s..

⁸⁷ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁸ J. Pradel, *op. cit.*, p. 137. Voir également, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, Editions Cujas, 7^e éd., 1997, p. 679-683.

⁸⁹ Pour une analyse approfondie de l'approche unitaire, voir J. G. Stewart, « The strangely familiar history of the unitary theory of perpetration », in B. Ackerman, K. Ambos, H. Sikirić (eds.), *Visions of Justice – Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška*, Duncker & Humbolt, 2016, p. 325-350.

⁹⁰ Les opinions varient sur les systèmes légaux relevant de ce modèle. Ainsi, les auteurs s'accordent à considérer que seuls les systèmes légaux danois (article 23(1) du Code pénal) et italien (article 10 du Code pénal) ont opté pour ce modèle moniste. Des divergences apparaissent s'agissant des systèmes légaux autrichien (§12 du Code pénal) et polonais (Article 18 du Code pénal) : pour Elies van Sliedregt (*op. cit.*, p. 66.), ces systèmes sont calqués sur le modèle moniste, alors que pour Joachim Vogel (*op. cit.*, p. 153) et Hector Olásolo, ils correspondent davantage à un modèle intermédiaire, « un modèle unitaire fonctionnel », puisqu'ils distinguent formellement la commission et la participation, mais n'admettent pas la nature dérivée de la participation (voir H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, *op. cit.*, p. 18). Partageant cette dernière approche, Jean Pradel rattache toutefois ces systèmes au modèle dualiste mais en précisant l'absence de distinction entre les participants (*op. cit.*, p. 123).

⁹¹ Pour Robert Roth, ce modèle de participation s'articule autour d'un « principe d'accessorité » qui se caractérise par « le fait que la punissabilité du participant accessoire peut être différente de celle de l'auteur à titre accessoire ». R. Roth, « Responsabilité pénale individuelle pour délits collectifs : droit continental », in O. de Frouville, *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthemis, 2012, p. 68. Georges P. Fletcher évoque à ce sujet « une responsabilité dérivée » : la responsabilité du participant accessoire dérive de celle du participant principal, autrement dit elle dépend de la réalisation d'une infraction par le participant principal. G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Oxford University Press, 2^e éd., 2000, p. 636.

⁹² Il est largement admis que les systèmes légaux français (article 121-4 du Code pénal), allemand (§25 du StGB), espagnol (article 28 et s. du Code pénal) ou anglais (article 8 de l'*Accessories and abettors Act* de 1861) reposent sur ce modèle dualiste. Lorenzo Picotti désigne cependant le système français comme un modèle moniste car, selon lui, « il n'existe pas de différence de responsabilité pour l'auteur et le participant ». L. Picotti, « L'élargissement des formes de préparation et de participation », *RIDP*, 2007, p. 368. Nous désapprouvons ce dernier point de vue : le droit français opère bien une distinction entre le participant

l'importance accordée au degré de distinction dans la participation⁹³ : soit cette distinction repose sur un schéma à deux variables, le participant principal et le participant accessoire – ce dernier correspondant à une conception large du complice – soit elle renvoie à un schéma à plusieurs variables désignant de manière plus précise le rôle de chacun des participants – auteur matériel, auteur moral, instigateur ou encore provocateur.

Si le modèle moniste présente incontestablement l'avantage, dans le cadre d'une coopération dans le crime, d'éviter l'identification d'un auteur principal et donc la détermination de la responsabilité dérivée⁹⁴ de ceux qui interviennent dans la réalisation du crime, il apparaît toutefois provoquer des conséquences légales injustes pour celui dont l'intervention était assez limitée puisqu'il est désigné et sanctionné comme auteur. De plus, chaque relation causale à l'infraction est autonome⁹⁵ et considérée isolément, alors que seule, elle ne peut caractériser un comportement criminel. C'est en partie ce qui explique que la majorité des systèmes légaux distingue les divers participants à l'infraction⁹⁶.

Cette opposition classique entre modèle moniste et modèle dualiste a cependant été dénoncée, notamment car elle repose sur une conception de la participation à l'infraction très limitée qui ne permettrait pas d'appréhender au mieux la criminalité de système⁹⁷. Selon Joachim Vogel, la base d'une théorie de la participation à l'infraction commise dans un contexte systémique doit davantage reposer sur une approche fonctionnelle de la participation, cette dernière devant se comprendre largement comme toute contribution à l'activité criminelle. En se fondant sur cette approche plus globale, il est dès lors possible d'envisager d'autres modèles de participation⁹⁸ venant se combiner avec les modèles classiques.

12. Modèle causal et modèle normatif. La notion de « participation », qu'elle soit principale ou accessoire, se comprend traditionnellement comme une contribution causale à l'infraction ou encore comme un comportement concourant à la commission d'une

principal et le participant accessoire ; seule la peine les confond puisque, d'après l'article 121-6 du Code pénal, « le complice est puni comme l'auteur ». S'agissant de la pratique anglo-saxonne, voir spécialement R. Cryer, A. Hunt, « Principle of criminal liability for collective crimes in common law countries », in O. de Frouville, *Punir les crimes de masse...*, *op. cit.*, p. 72 et s..

⁹³ Robert Roth parle à ce sujet de « degré d'accessorité » ; s'appuyant sur l'exemple de l'Allemagne, il distingue l'accessorité minimale, limitée, extrême et l'hyperaccessorité. R. Roth, *op.cit.*, p. 69.

⁹⁴ G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 636.

⁹⁵ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 68.

⁹⁷ J. Vogel, *op. cit.*, p. 153-154.

⁹⁸ Là aussi les points de vue varient : Joachim Vogel distingue douze modèles, Elies van Sliedregt en compte huit. Nous relèverons les plus pertinents pour notre analyse.

infraction. Le modèle causal, aussi qualifié de naturaliste⁹⁹, accorde une place essentielle à la chaîne causale et permet de désigner comme participant principal celui qui cause de manière la plus immédiate le crime, et comme participant accessoire celui qui ne fait qu'y contribuer. Appliqué à un contexte systémique, le schéma d'imputation sera nécessairement ascendant, partant du simple commettant, participant principal à l'infraction, pour remonter jusqu'au supérieur hiérarchique, participant accessoire à l'infraction. Si ce modèle permet de rendre compte, *via* cette chaîne causale, de l'ampleur de la coopération, il renferme toutefois l'inconvénient de rendre difficile l'établissement de la responsabilité individuelle en sommet de chaîne, sachant que plus la chaîne est longue, plus la difficulté de rattacher l'acte à l'individu est grande.

A contrario, le modèle normatif se construit autour du concept de responsabilité¹⁰⁰ puisqu'il permet d'imputer l'infraction à l'individu « le plus responsable »¹⁰¹ à savoir l'individu qui dispose d'une autorité telle, qu'il peut influencer la réalisation de l'infraction sans pour autant l'avoir matériellement commise. En l'absence d'affirmation d'une pleine causalité, le schéma d'imputation se trouve alors inversé car il est descendant : sont ainsi visés en priorité, comme principaux responsables, les dirigeants ou autres *leaders* politiques, puis les intermédiaires, jusqu'à atteindre les simples exécutants. Ce modèle présente l'avantage indéniable de pouvoir directement atteindre les hauts dirigeants sans passer par la responsabilité des individus ayant matériellement réalisés l'infraction et surtout, de les considérer comme des auteurs à part entière, ce qui n'est pas sans rappeler les caractéristiques du modèle moniste. Cependant, à la différence de ce dernier, le modèle normatif opère une distinction entre les individus responsables selon un critère d'influence, de contrôle, sur la réalisation de l'infraction, ce qui permet de stigmatiser l'importance véritable du rôle joué par le dirigeant ou le « cerveau ». Élément clé, ce critère de contrôle s'avère indispensable au modèle, notamment car il compense l'approche essentiellement subjective de la responsabilité sur laquelle il repose.

Ces deux modèles de participation proposent incontestablement un schéma d'imputation rendant plus aisée la compréhension de l'infraction commise dans un contexte systémique : qu'elle soit « causale » ou « de responsabilité », la chaîne décrite permet d'appréhender au mieux les différentes interventions à la commission de l'infraction. Toutefois, cette chaîne anacyclique révèle le véritable enjeu de cette opposition de modèle :

⁹⁹ J. Vogel, *op. cit.*, p. 154 ; E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁰ J. Vogel, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰¹ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 72.

atteindre les hauts dirigeants. Alors que le modèle causal rend difficile l'imputation de l'infraction à ces individus en créant une dépendance dans la responsabilité, le modèle normatif permet de mettre en évidence toute l'importance de leur rôle en isolant et valorisant leur contribution à l'infraction : il se distingue ainsi du modèle dualiste évoqué précédemment, qui les considère comme des participants accessoires empruntant la criminalité du participant principal.

13. Modèle centré sur la peine et modèle centré sur la responsabilité¹⁰². Cette dernière opposition trouve son origine dans un questionnement sur les enjeux pratiques d'opérer une distinction dans la participation à l'infraction. Si cette distinction permet de restituer et d'éclairer une réalité plutôt complexe, elle doit surtout permettre l'attribution d'une peine adéquate. Cependant, elle n'apparaît pas toujours indispensable.

En effet, le modèle centré sur la peine repose sur l'idée que c'est à la peine, et non la participation elle-même, que revient la fonction de rendre compte de l'importance du rôle joué par chaque participant à l'infraction. Ces derniers sont donc tous responsables d'avoir effectivement commis le crime et la gradation dans la peine permet de distinguer parmi eux les plus responsables. À l'opposé, le modèle centré sur la responsabilité accorde une place essentielle à la distinction entre participant principal et participant accessoire dans la détermination de la peine : le participant principal est ainsi plus sévèrement puni pour avoir commis le crime, que le participant accessoire pour y avoir simplement contribué.

Il apparaît ainsi que le modèle moniste se superpose au modèle centré sur la peine, et le modèle dualiste au modèle centré sur la responsabilité. Ce dernier modèle serait alors, par voie d'assimilation, largement embrassé par les systèmes légaux nationaux. Toutefois, cette superposition des modèles ne peut être aussi nette tant la distinction entre modèle centré sur la peine et modèle centré sur la responsabilité semble s'estomper. En effet, un mouvement de rapprochement¹⁰³ du modèle centré sur la responsabilité vers le modèle centré sur la peine se dessine assez clairement, en raison notamment de l'absence de distinction, dans plusieurs systèmes légaux, entre les peines encourues par les participants

¹⁰² Nous reprenons ici la terminologie employée par Joachim Vogel (*op. cit.*, p. 159). Elies van Sliedregt oppose quant à elle, un modèle de contribution (« contribution model ») à un modèle orienté sur le crime (« crime-oriented model ») (*op. cit.* p. 70).

¹⁰³ Elies van Sliedregt y voit une exception aux modèles (*op. cit.* p. 70) alors que Joachim Vogel y voit un rapprochement (*op. cit.*, p. 159). L'idée de rapprochement semble plus appropriée notamment car les modèles proposés sont mouvants et ne s'apparentent pas à des principes généraux stricts.

principaux et celles encourues pour les participants accessoires¹⁰⁴. Loin d'une assimilation, ce rapprochement doit surtout se comprendre comme l'expression d'une volonté accrue d'individualisation des sanctions¹⁰⁵ et de valorisation de l'acte de participation accessoire comme en témoigne, l'appréciation laissée au juge pour mitiger la peine prononcée à l'encontre du participant accessoire¹⁰⁶.

Ainsi décrits, ces modèles de participation posent à la fois le cadre et l'outil de la démonstration. Comment dès lors lire et comprendre le schéma d'imputation construit devant la CPI ? Comment appréhender la priorité de la participation principale ?

B. Appréhender la priorité de la participation principale par le décloisonnement des modèles d'imputation

14. Le décloisonnement des modèles. S'ils présentent l'avantage indéniable d'offrir des approches nouvelles dans la compréhension de l'imputation de l'infraction, ces modèles de participation forgés à partir des solutions nationales, soulèvent quelques doutes concernant l'intérêt pratique d'opérer ces distinctions. En effet, les rapprochements, les emprunts ou encore les superpositions d'éléments caractéristiques brouillent les frontières et poussent au décloisonnement de ces modèles. Les différences semblent ainsi s'estomper face au développement de nouveaux concepts de participation, et surtout face à l'expansion

¹⁰⁴ À titre d'exemple, l'article 121-6 du Code pénal français prévoit, depuis la réforme de 1994, que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction ». Ainsi, le participant accessoire est exposé aux mêmes peines que celles encourues par le participant principal, puisqu'il est lui-même réputé participant principal ; la peine applicable au participant accessoire est dès lors identique dans sa nature et dans sa durée à celle prévue par la loi pour le fait principal. Pour de plus amples questionnements, voir C. Lazerges, « La participation criminelle », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pedone, 1995, p. 11. et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 6^e éd., 2021, n°1172 et s.. Ce rapprochement est aussi constaté en Allemagne puisque le Code pénal allemand prévoit que les participants accessoires seront punis comme s'ils étaient des participants principaux (§25(2) StGB : « Begehen mehrere die Straftat, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter) ») ; voir notamment M. Bohlander, *Principles of German criminal law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, p. 161 et s.. Enfin, la Section 8 de l'*Accessories and Abettors Act* de 1861, tel qu'amendé par le *Criminal Law Act* de 1977, applicable en Angleterre et au Pays de Galles, précise que le participant accessoire encourt la même peine maximale que le participant principal (« Whosoever shall aid, abet, counsel or procure the commission of any indictable offence... shall be liable to be tried, indicted and punished as a principal offender ») ; voir notamment A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, Oxford, OUP, 7^e éd., 2013, p. 420 et s. ; N. Padfield, *Criminal law*, OUP, 10^e éd., 2016, p. 155 ; M. Allen, *Textbook on Criminal Law*, OUP, 13^e éd., 2015, p. 225.

¹⁰⁵ E. Dreyer, *op. cit.*, n°1173 et s.. Voir, *contra*, R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 684.

¹⁰⁶ En France, si, légalement, le complice est exposé à la même peine que l'auteur, il peut en réalité être condamné à une peine différente que celle infligée à celui-ci, tantôt plus grave en tenant compte de certaines circonstances qui lui sont personnelles, tantôt plus légère lorsque la loi l'a prévue ou après atténuation par le juge. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°371 et s..

de certains modèles moins contraignants et plus souples, tel le modèle normatif qui permet d'étirer la chaîne de responsabilité tout en restituant la part réelle d'implication de l'individu dans la commission de l'infraction.

Dès lors, et paradoxalement, ce décloisonnement obscurcit et enrichit le schéma d'imputation ; cela apparaît de manière particulièrement visible lorsque ces modèles sont appliqués à un contexte systémique, dont la nature même engendre un éclatement des conceptions classiques de la participation. Dès lors, en proposant une lecture résolument nouvelle de l'imputation, ce décloisonnement des modèles de participation permettrait d'appréhender la priorité accordée à l'imputation en tant que participant principal. En effet, la lecture normative de la chaîne de participation s'avère particulièrement adaptée aux contextes systémiques puisqu'elle rend possible la diffusion de l'imputation. Ce mouvement de diffusion de l'imputation fait ainsi écho à deux prédicats particulièrement significatifs de la logique du droit international pénal : d'une part, il permet d'atteindre les individus les plus éloignés de la commission matérielle du crime et d'autre part surtout, il assure leur stigmatisation en les désignant comme participants principaux¹⁰⁷. L'emprise de cette lecture normative sur la relation existant entre les coopérateurs¹⁰⁸ à l'infraction s'est cependant manifestée progressivement, apparaissant, au fur et à mesure, comme la solution aux imperfections et aux carences des autres modèles.

15. Un modèle moniste devant les Tribunaux militaires. Qualifiées de fragmentaires voire archaïques¹⁰⁹, les règles relatives aux formes de participation punissable prévues par le Statut du Tribunal militaire international (TMI)¹¹⁰ et celui du Tribunal militaire pour l'Extrême-Orient (TMEO)¹¹¹ renferment la particularité de ne pas faire l'objet d'une disposition spécifique puisqu'elles sont soit comprises comme un

¹⁰⁷ William Schabas rappelle cette nécessité, pour les mécanismes d'imputation, de refléter cette réalité : « Complicity is often described as secondary participation, but when applied to genocide, there is nothing "secondary" about it. The "accomplice" is often the real villain, and the "principal offender" a small cog in the machine. Hitler did not, apparently, physically murder or brutalize anybody ; technically, he was "only" an accomplice to the crime of genocide », W. Schabas, *Genocide in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^e éd., 2009, p. 340.

¹⁰⁸ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e éd., 2016, p. 143.

¹⁰⁹ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 954.

¹¹⁰ *Accord entre le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques concernant la poursuite et le châtimement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, signé à Londres le 8 août 1945, *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 82, No. 251.

¹¹¹ *Proclamation spéciale du Commandant suprême des Forces alliées en Extrême-Orient*, 19 janvier 1946. Reproduit en français dans S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 225.

élément de définition d'un crime¹¹², soit incluses à la suite de la définition d'un crime¹¹³. C'est en partie la raison pour laquelle, aucune distinction n'est opérée entre le participant principal et le participant accessoire devant ces juridictions¹¹⁴ : les décisions rendues par ces tribunaux considèrent, en effet, que toute assistance légale ou matérielle est une forme de participation emportant responsabilité pénale¹¹⁵. C'est donc une conception exclusivement moniste¹¹⁶ qui est retenue aux prémices de l'élaboration d'une véritable théorie de la participation à l'infraction internationale.

Une première évolution doit être relevée dans la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié¹¹⁷ qui retient une approche plus structurée introduisant une provision spécifique relative aux formes de participation punissables, tout en opérant une distinction entre participant principal et participant accessoire¹¹⁸. Cependant, la portée de cette provision se révélera limitée principalement car elle ne réside pas dans les distinctions établies entre les participants à l'infraction mais dans la détermination des limites de la participation punissable¹¹⁹. De plus, l'innovation s'est révélée essentiellement théorique, les tribunaux militaires américains et allemands ayant persisté à retenir, dans la pratique, une conception

¹¹² Les articles 6(a) de la Charte du TMI et 5(a) de la Charte du TMIEO définissent ainsi le crime contre la paix comme « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ».

¹¹³ A la suite de la définition du crime contre l'humanité, les articles 6(c) de la Charte du TMI et 5(c) de la Charte du TMIEO prévoient que « les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan ».

¹¹⁴ H. Vest, « Problems of participation – Unitarian, differentiated approach, or something else? », *JICJ*, 2014, p. 306.

¹¹⁵ H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political...*, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁶ En ce sens voir K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, München, 2^e éd., 2008, p. 745.

¹¹⁷ Le 20 décembre 1945, le Conseil de contrôle Allié adopte la Loi n° 10, qui permet de tenir des procès dans chaque zone de contrôle Allié sur les bases du Statut de Londres et de créer en Allemagne une base juridique uniforme pour les poursuites judiciaires contre les criminels de guerre autres que ceux jugés par le TMI.

¹¹⁸ L'article II(2) de la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945 prévoit en effet que : « Toute personne, quelle que soit sa nationalité ou la qualité en laquelle elle a agi, est considérée comme ayant commis un des crimes énumérés au paragraphe 1 du présent article, si elle : (a) a été auteur, (b) a été complice dans l'exécution d'un de ces crimes, l'a ordonné ou favorisé, (c) y a consenti, (d) a participé à des plans ou à des entreprises concernant l'exécution de ce crime, (e) a été membre de toute organisation ou de tout groupe impliqué dans l'accomplissement de tels crimes, (f) a occupé, en qui concerne les crimes visés au paragraphe 1 (a), une haute situation politique, civile ou militaire (y compris dans le Grand Etat-major) en Allemagne ou dans le pays de l'un de ses alliés cobelligérants ou satellites, ou un poste important dans la vie financière, industrielle ou économique de l'un de ces pays ».

¹¹⁹ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *op. cit.*, p. 955. Voir également en ce sens, H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 372 et s..

moniste¹²⁰. La transition vers une approche dualiste ne se réalisera véritablement qu'avec les tribunaux *ad hoc*.

16. Un modèle dualiste devant les TPI. La question du modèle de participation est pour la première fois apparue devant le TPIY, à l'occasion de l'affaire *Tadić*, lors des débats relatifs à la nature de l'entreprise criminelle commune¹²¹. Malgré l'incertitude attachée à cette dernière, la Chambre d'appel a affirmé que « la personne qui aide ou encourage est toujours le complice d'un crime commis par une autre personne, qualifiée d'auteur principal »¹²² et a ainsi clairement consacré l'approche dualiste de la participation que masquait la rédaction équivoque de l'article 7§1 du Statut du TPIY¹²³. Par la suite, cette distinction entre participant principal et participant accessoire a été régulièrement confirmée par les décisions postérieures¹²⁴, et les rares prises de positions en faveur d'une approche moniste n'ont jamais réellement abouti¹²⁵. Certains auteurs ont pu dénoncer un

¹²⁰ Henri Meyrowitz (*Ibid.*, p. 371) soulève à ce propos l'existence d'un « principe d'assimilation de tous les participants au crime » et conclut à ce sujet que « la jurisprudence tant des tribunaux allemands que des tribunaux militaires américains appliquant la Loi n°10 a étendu la notion de complicité, ainsi que l'exigeait la nature des crimes nazis. Mais elle l'a fait en s'inspirant moins du texte de l'article II(2) de la Loi n°10 que des principes généraux du droit » (p. 384). Voir également en ce sens, G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, New York, 4^e éd., OUP, 2020, n° 611.

¹²¹ Sur cette question de la nature de l'entreprise criminelle commune : C. Damgaard, *Individual criminal responsibility for core international crimes*, Springer, 2008, p. 193 et s..

¹²² TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt, §229.

¹²³ L'article 7§1 du Statut du TPIY prévoit que « quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime ». Un auteur évoque à ce sujet « un glissement vers un modèle différencié » (R. Parizot, « Les modes de participation à l'infraction en droit pénal français et dans le Statut de Rome », in P. Plas, D. Roets (dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 63.

¹²⁴ Voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance I, 26 février 2001, Jugement, §373 : « Les diverses formes de participation énumérées à l'article 7§1 permettent de distinguer deux catégories : les auteurs principaux des crimes et les complices » ; TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Chambre de première instance I, 2 août 2001, Jugement, §643 : « Il semble clair que la notion de " responsabilité du complice " recouvre une forme secondaire de participation, différente de celle des auteurs directs ou principaux du crime ».

¹²⁵ A titre d'exemple : TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, Chambre de première instance II, 15 mars 2002, Jugement, §75 : « La Chambre de première instance ne reconnaît pas la nécessité en droit international de faire une telle distinction [entre participant principal et participant accessoire] pour fixer la peine, et déclare, en particulier, que le Tribunal ne saurait la faire. La Chambre a clairement indiqué qu'une personne reconnue coupable devait être condamnée eu égard à la gravité de ses actes, quelle que soit la qualification qui leur est donnée ».

Voir également l'Opinion séparée du Juge David Hunt jointe à la Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune, TPIY, *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, IT-99-37-AR72, Chambre d'appel, 21 mai 2003 §31 : « No such distinction exists in relation to sentencing in this Tribunal, and I believe that it is unwise for this Tribunal to attempt to categorise different types of offenders in this way when it is unnecessary to do so for sentencing purposes. The Appeals Chamber has made it clear elsewhere that a convicted person must be punished for the seriousness of the acts which he has done, whatever their categorisation ».

manque de cohérence¹²⁶ dans la jurisprudence du TPIY sur ce point mais il semble, bien au contraire, que l'approche dualiste soit définitivement acquise pour les juges¹²⁷.

Influencés par cette position, les juges du TPIR ont également affirmé que l'article 6§1 du Statut du TPIR, dont la rédaction est identique à celle de l'article 7§1 du Statut du TPIY, retient une conception dualiste de la participation à l'infraction. Cette affirmation, moins controversée, s'est avérée, de manière générale, plus vague que devant le TPIY tant elle s'entremêle au débat relatif à la nature de l'entreprise criminelle commune, à l'occasion duquel elle s'est manifestée. Ainsi, citant l'arrêt *Tadić*, les juges ont pu retenir que « la participation à une entreprise criminelle commune est une forme de commission »¹²⁸, laissant sous-entendre que ladite participation donne naissance à une responsabilité principale se différenciant d'une responsabilité accessoire¹²⁹ ; en réalité, rares sont les affaires où la notion de participant principal est précisément visée¹³⁰ et se distingue de celle de participant accessoire.

Les controverses devant le TPIY et l'indécision des juges du TPIR font resurgir la question de l'intérêt pratique d'opérer une distinction dans la participation pour deux raisons notamment. D'une part, la confusion entourant la nature de l'entreprise criminelle¹³¹ y trouve sans aucun doute son origine, essentiellement car la singularité de ce mécanisme d'imputation rend difficile son rattachement à des catégories d'essence nationale. D'autre part, et malgré l'intérêt d'une stigmatisation, l'impact de cette distinction s'avère dérisoire lors du prononcé de la peine¹³², le juge disposant d'un pouvoir de mitigation prépondérant.

¹²⁶ E. van Sliedregt, « Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide », *JICJ*, 2007, p. 190.

¹²⁷ H. Olásolo, « Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first case law of the International Criminal Court », in C. Stahn, G. Sluiter (ed.), *The emerging practise of the International Criminal Court*, Martins Nijhoff Publishers, 2009, p. 346.

¹²⁸ TPIR, *Le Procureur c. Gérard Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, 13 décembre 2004, Arrêt, §462.

¹²⁹ H. Olásolo, « Developments... », *op. cit.*, p. 346. L'auteur en conclut toutefois que l'affirmation d'une approche dualiste est aussi ferme que devant le TPIR.

¹³⁰ Voir notamment : TPIR, *Le Procureur c. Aloys Simba*, ICTR-2001-76-T, Chambre de Première instance, 13 décembre 2005, Jugement, §389 : « If the Prosecution intends to rely on the theory of joint criminal enterprise to hold an accused criminally responsible as a principal perpetrator of the underlying crimes rather than as an accomplice, the indictment should plead this in an unambiguous manner and specify on which form of joint criminal enterprise the Prosecution will rely ».

¹³¹ Sur cette question, voir particulièrement C. Damgaard, *op. cit.*, p. 193-211.

¹³² Voir en ce sens TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, préc., Jugement, §75 ; TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-T, Chambre de Première instance I, 2 novembre 2001, Jugement, §701 : « Dans ses jugements, le Tribunal a souvent rappelé que le facteur principal de détermination de la peine était la gravité de l'infraction, y compris au regard de ses conséquences. La peine doit largement refléter cette gravité et ce, indépendamment de la forme de participation criminelle de l'auteur » ; cités par C.

17. Un modèle hybride devant la CPI : fondement dualiste et lecture normative¹³³. Riches de l'expérience des TPI, les rédacteurs du Statut de Rome n'ont pu véritablement se départir de cette approche dualiste et la consacrent pour la première fois dans un texte : l'article 25§3 StCPI ordonne en effet les règles relatives aux formes punissables de participation¹³⁴ en épousant la distinction entre participant principal et participant accessoire. Moins controversée que devant les TPI, elle est, très tôt, confortée par les juges dans l'affaire *Lubanga* sans jamais être remise en cause par la suite¹³⁵. Dans cette affaire, la Chambre Préliminaire I, reprenant le mandat d'arrêt émis le 10 février 2006, affirme qu'une distinction est établie entre « i) la commission *stricto sensu* d'un crime (...) au sens de l'article 25§3(a) du Statut, et ii) (...) toutes autres formes de responsabilité du complice (par opposition à celle de l'auteur principal) prévues aux alinéas (b) à (d) de l'article 25§3 du Statut »¹³⁶ : le participant principal se distingue ainsi du participant accessoire parce qu'il « commet » l'infraction.

Toutefois, tirant les conséquences des difficultés nées de cette distinction devant les TPI, les juges de la CPI s'accommodent de cette approche dualiste inapte à se saisir d'un contexte systémique, en la doublant d'une lecture normative. Dans l'optique d'atteindre l'individu le plus responsable et lui faire endosser le rôle stigmatisant de participant principal, la Chambre Préliminaire I, toujours dans l'affaire *Lubanga*, a ainsi affirmé qu'un critère doit permettre « d'établir une distinction entre les auteurs principaux d'un crime et les complices lorsqu'une infraction est perpétrée par plusieurs

Damgaard, *ibid.*, p. 194 et s.. Partageant la même opinion, voir également E. Van Sliedregt, *Individual criminal responsibility*, *op. cit.*, p. 78.

¹³³ Cassandra Steer évoque une « différenciation normative » ou encore « un système normatif de différenciation » devant la CPI (C. Steer, *Translating guilt – Identifying leadership liability for mass atrocity crimes*, TMC Asser Press, 2017, p. 315 et s.). Bien que ressemblantes, ces expressions ont cependant l'inconvénient d'accorder, en apparence, un poids plus important à l'aspect normatif de l'approche retenue devant la CPI.

¹³⁴ G. Werle, B. Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal », *RSC*, 2012, p. 49.

¹³⁵ Voir par exemple : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 7 mars 2014, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §§1383-1384 : « Les termes utilisés par l'article 25 du Statut sur la responsabilité pénale individuelle opèrent, selon la Chambre, une distinction entre les auteurs d'un crime et les complices [...] La liste des modes de responsabilité énoncée à l'article 25§3 du Statut distingue les personnes dont le comportement est *constitutif* de la commission du crime elle-même de celles dont le comportement est seulement en *lien* avec la commission d'un crime par autrui. Pour la Chambre, ce dernier type de comportements correspond précisément aux divers cas de complicité. Aussi, considère-t-elle que la distinction opérée entre "auteur" et "complice" est inhérente à l'article 25§3 du Statut ».

¹³⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, 29 janvier 2007, Décision relative à la confirmation des charges, §320.

personnes »¹³⁷ et qu'en l'occurrence, le critère retenu est celui du « contrôle exercé sur le crime »¹³⁸.

Le modèle de participation à l'infraction devant la CPI naît par conséquent d'une hybridation : ne pouvant se détacher d'un support différencié structurant, le juge l'adapte pour appréhender au mieux cette criminalité de système et atteindre l'individu le plus responsable au moyen du critère distinctif de « contrôle exercé sur le crime ». Ce changement de paradigme dans la lecture de la chaîne d'imputation produit alors un renversement significatif dans la conception de la notion de participant principal : ce dernier n'est plus uniquement celui qui a strictement commis l'infraction, mais celui qui en a contrôlé la réalisation. Ainsi, non seulement la notion s'affranchit de la matérialité qui est originellement attachée à la notion de commission, mais en plus, elle évite de concéder aux individus les plus responsables un rôle de simple accessoire.

Les choix opérés et l'importance accordée à l'imputation en tant que participant principal par la Cour pénale internationale trouvent peut-être, à travers l'idée d'un décloisonnement des modèles, une première explication. Ne pouvant se départir d'un certain classicisme, l'article 25§3 StCPI repose incontestablement sur une approche dualiste, puisqu'il opère une distinction entre celui qui « commet »¹³⁹ – le participant principal – et celui qui « ordonne, sollicite ou encourage »¹⁴⁰ ou « apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance »¹⁴¹ – le participant accessoire. Toutefois, cette approche s'estompe, sans pour autant disparaître, car elle supporte l'influence d'une lecture normative de la participation qui révèle le participant principal non comme celui qui a matériellement commis le crime mais comme celui qui avait le contrôle de sa réalisation. La souplesse du modèle normatif associée à la structure du modèle dualiste s'avère une source d'enrichissement certaine dans l'appréhension du phénomène collectif :

¹³⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §327.

¹³⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §340. Voir également : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, §484 : « En optant pour l'approche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime, la Chambre adopte un principe directeur qui lui permet d'établir la distinction entre les auteurs d'un crime et les complices » ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, §210 : « The Chamber highlights that, in the Lubanga and the Katanga and Ngudjolo cases, the Chamber has held that article 25(3)(a) of the Statute embraces the notion of control of the crime as the determining criterion to distinguish between principal and accessory liability ».

¹³⁹ Article 25§3(a) StCPI.

¹⁴⁰ Article 25§3(b) StCPI.

¹⁴¹ Article 25§3(c) StCPI.

l'imputation ne semble pas se diluer¹⁴² au fil de la chaîne d'action mais elle se diffuse¹⁴³ à travers elle en s'élargissant, *via* la notion de participant principal, au-delà de la simple réalisation matérielle. Pour autant, cette superposition des modèles est aussi source de confusion : l'influence du modèle normatif paraît brouiller la distinction entre participant accessoire et participant principal, notamment car elle s'articule autour d'un critère de contrôle encore imprécis permettant de couvrir d'autres situations.

18. Plan. La priorité accordée à l'imputation en tant que participant principal naîtrait d'un jeu d'influence et d'équilibre entre plusieurs modèles de participation, qui lui donnerait dès lors toute sa mesure tant dans son essence – son attractivité substantielle – que dans ses effets – la coordination fonctionnelle avec les autres formes de participation à l'infraction.

L'analyse de la priorité de la participation principale parmi les mécanismes d'imputation de l'infraction suppose en somme de s'intéresser dans un premier temps aux manifestations de cette priorité afin de la saisir par la substance même de la participation principale (Partie 1), pour envisager ensuite l'articulation de cette priorité afin de questionner son potentiel de coordination et de cohérence parmi les mécanismes d'imputation (Partie 2).

Partie 1 : Les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale

Partie 2 : L'articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale

¹⁴² En ce sens, voir not. E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴³ En ce sens, voir S. Manacorda, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2008, p. 233 et s.. Pour des développements similaires en français, S. Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », *op. cit.*, p. 107 et s..

Partie 1. Les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale

19. Pour comprendre la priorité, il convient d'identifier tout ce qui fait la spécificité de son objet : il importe de saisir sa substance. En ce sens, les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale paraissent s'exprimer en écho de l'enjeu conceptuel et de l'ambition politique attachés à la notion même d'imputation : l'attractivité de la participation principale comme mécanisme d'imputation se justifierait ainsi par son aptitude substantielle à soutenir la mise en œuvre d'une responsabilité pénale individuelle pour un crime commis collectivement tout en atteignant les plus hauts responsables.

À partir d'une analyse textuelle et jurisprudentielle, et à la lumière des modèles de participation précédemment exposés, l'objectif est alors de mesurer l'influence et le jeu combinés des modèles dualiste et normatif dans l'expression de cette aptitude. La priorité substantielle de la participation principale se manifesterait ainsi par une étendue textuelle diffuse (Titre 1) et par le recours prétorien au critère de contrôle (Titre 2).

Titre 1. La priorité par une étendue textuelle diffuse de la participation principale

20. Bousculant les conceptions classiques de la participation, l'hybridation du modèle de participation retenue devant la CPI transforme incontestablement la figure du participant principal, mais elle en révèle également sa complexité : née d'une approche dualiste, elle ne peut véritablement se comprendre qu'en se distinguant de celle du participant accessoire mais, envisagée dans le même temps sous un angle normatif, elle doit aussi se concevoir dans toute sa dimension et en toute indépendance¹⁴⁴. Dès lors, en désignant le participant principal comme celui qui « commet » l'infraction, l'article 25§3(a) StCPI apporte un élément de compréhension essentiel même si seul, il reste insuffisant à rendre compte de l'étendue véritable de la participation principale.

Ces difficultés à saisir le sens et la portée de la participation principale se sont déjà manifestées devant le TPIY à l'occasion de l'affaire *Tadić*, lorsque la Chambre d'appel relève que « le fait de tenir pénalement responsable en tant qu'auteur d'un crime uniquement la personne qui a matériellement exécuté l'acte criminel revient à négliger le rôle de coauteur joué par tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont permis à l'auteur principal d'exécuter physiquement cet acte criminel. De même, selon les circonstances, les tenir responsables uniquement en tant que complices peut minimiser leur degré de responsabilité pénale »¹⁴⁵. Ces constatations ont alors conduit les juges à recourir au concept d'entreprise criminelle commune, compris comme une « forme de responsabilité au titre de coauteur »¹⁴⁶ leur permettant de « faire le départ entre le fait de “commettre” et la responsabilité découlant de l'adhésion à un but commun »¹⁴⁷. Dès lors, devant les TPI, la notion de commission renvoie « d'abord et avant tout à la perpétration physique d'un crime par l'auteur lui-même »¹⁴⁸ : celui qui « commet » est désigné généralement comme

¹⁴⁴ G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 637 : « A perpetrator is someone whose liability can be established independently of all other parties. The perpetrator's liability is direct and not derivative of someone else's committing the offense ».

¹⁴⁵ TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, préc., Arrêt, §192.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §220 et §223.

¹⁴⁷ TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, préc., Jugement, §642. Voir également : TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin et Momir Talić*, IT-99-36-PT, Chambre de Première instance II, 28 mars 2001, Décision relative à la requête de Momir Talić aux fins de mise en liberté provisoire, §§40-45.

¹⁴⁸ TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, préc., Arrêt, §188 ; TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, préc., Jugement, §73.

l'auteur principal en son sens strict¹⁴⁹ et non comme un participant, terme réservé au complice ou participant accessoire ; la particularité revient alors à l'entreprise criminelle commune que les juges qualifient de « forme directe et principale de participation qui ne va pas toutefois aussi loin que celle de l'auteur principal »¹⁵⁰. Les mécanismes d'imputation devant le TPIY reposeraient ainsi sur le triptyque auteur principal, participant à une entreprise criminelle commune (coauteur), participant accessoire, dont les éléments se distinguent selon un critère subjectif, le coauteur partageant l'intention criminelle de l'auteur principal alors que le participant accessoire n'en a qu'une simple connaissance¹⁵¹.

Malgré une approche dualiste assimilée¹⁵², la conception de la participation principale diffère devant la CPI. En effet, la notion de « commission » *stricto sensu*¹⁵³ paraît se comprendre plus largement, puisqu'elle ne renvoie pas uniquement à l'individu qui réalise matériellement l'infraction mais également au coauteur et à l'auteur médiate : l'article 25§3(a) StCPI vise en effet respectivement, celui qui commet « individuellement », celui qui commet « conjointement » et celui qui commet « par l'intermédiaire d'une autre personne » l'infraction. En l'absence de terme spécifique contenu dans le Statut pour désigner l'ensemble de ces individus, les juges utilisent la notion d'« auteur principal »¹⁵⁴ dont l'étendue est, par conséquent, bien différente de celle

¹⁴⁹ TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, 7 juillet 2006, Arrêt, §60 : « The term committed has been held to refer *generally* to the direct and physical perpetration of the crime by the offender himself » (nous soulignons). L'exception résiderait dans le cas particulier du génocide, la Chambre d'appel relevant que, dans cette hypothèse « direct and physical perpetration need not mean physical killings ; other act can constitute direct perpetration in the actus reus of the crime ».

¹⁵⁰ TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, préc., Jugement, §76.

¹⁵¹ *Ibid.* ; TPIY, *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-T, Chambre de Première instance I, 2 novembre 2001, Jugement, §249 et §284. Voir également *supra* §16.

¹⁵² Voir *supra* §17.

¹⁵³ Il faut ici relever que le terme de « commission » est également employé par diverses dispositions du Statut dans un sens générique beaucoup plus large et renvoyant à toutes les formes de participation à l'infraction. Ainsi, l'article 25§2 StCPI précise que « Quiconque *commet* un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut » ; quant à l'article 58§1(a) StCPI, il prévoit que la Chambre Préliminaire peut délivrer un mandat d'arrêt lorsqu'elle est convaincue « qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a *commis* un crime relevant de la compétence de la Cour ». Les juges ont clairement affirmé que cette utilisation du terme de « commission » ne peut être interprétée comme se rapportant uniquement à ce qui, aux termes de l'article 25§3(a) StCPI, constitue la commission *stricto sensu* d'un crime par une personne. Concernant l'article 25§2, voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A 5, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014, §461. Concernant l'article 58§1(a), voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, 20 février 2006, §91.

¹⁵⁴ De manière limpide, les juges affirment que : « Pour distinguer les trois formes de responsabilité attribuables à un auteur principal prévues à l'article 25§3(a) du Statut, (...) un auteur principal est celui qui : a) exécute physiquement tous les éléments de l'infraction (il commet le crime individuellement) ; b) exerce, conjointement avec d'autres, un contrôle sur l'infraction en raison des tâches essentielles qui lui sont assignées (il commet le crime conjointement avec d'autres) ; ou c) exerce un contrôle sur la volonté des

retenue par le TPIY. Ce choix pourrait donc être source de confusion et c'est notamment une des raisons pour lesquelles la notion de « participant principal » lui sera préférée¹⁵⁵.

Les enchevêtrements terminologiques entourant la définition de la participation principale poussent dès lors à s'interroger davantage sur cette notion à la croisée des modèles de participation. En l'absence de précisions statutaires, son appréhension et sa compréhension se feront par le prisme d'une approche binaire, classique en droit pénal, visant son étendue objective (Chapitre 1) puis son étendue subjective (Chapitre 2).

personnes qui exécutent les éléments objectifs de l'infraction (il commet le crime par l'intermédiaire d'une autre personne) », CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §488. Voir également CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, Mandat d'arrêt, 4 mars 2009, §210.

¹⁵⁵ Pour la justification de ce choix, voir *supra* §6.

Chapitre 1. La relative circonscription de l'étendue objective

21. Si la définition de la commission retenue par l'article 25§3(a) StCPI s'inscrit dans une acception large, elle révèle également que la participation principale se comprend avant tout de manière objective. Protéiforme, le mécanisme est en effet uniquement envisagé, dans le texte, au regard de la situation de l'individu au moment de la réalisation de l'infraction : l'étendue de la participation principale se trouve ainsi circonscrite aux hypothèses de commission visées par le Statut, à savoir les situations dans lesquelles l'individu a agi seul, avec un autre ou par l'intermédiaire d'un autre¹⁵⁶.

Cependant, et malgré cette approche objective classique, les termes employés par l'article 25§3(a) StCPI pour dessiner l'étendue de la participation principale renvoient à des concepts ouverts¹⁵⁷ et pour lesquels aucun élément de compréhension n'est apporté par les textes. Alors que l'étendue de la participation principale paraît circonscrite, ses contours se révèlent bien imprécis. Les droits nationaux pourraient dès lors s'avérer éclairants sur ce point, en raison des similitudes terminologiques qui existent pour décrire ces formes de participation – la commission conjointe ferait ainsi écho au concept de coaction en France, à celui de *coperpetration* en Grande-Bretagne ou encore à celui de *Mittäterschaft* en Allemagne. Toutefois, le sens et la portée attachés à ces termes varient d'un système à l'autre et il est, par conséquent, « extrêmement difficile de déterminer le “sens ordinaire” des termes utilisés par l'article 25§3(a) en se référant aux systèmes légaux nationaux »¹⁵⁸.

Au-delà des textes, il appartient donc au juge de préciser cette étendue objective de la participation principale. Tenu par le carcan du texte, ce dernier réussit néanmoins à restituer au mécanisme toute son envergure, notamment en dépassant le triptyque originel. Dans cette perspective et dans un souci de compréhension, il paraît opportun de retenir une

¹⁵⁶ Pour rappel, l'article 25§3(a) prévoit qu'« aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : (a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ».

¹⁵⁷ La Juge Christine van den Wyngaert les qualifie de « open-textured concepts » dans une opinion concordante jointe au jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui* (CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012, §12).

¹⁵⁸ *Ibid.*, traduction libre de « It is therefore exceedingly difficult to determine the “ordinary meaning” of the terms used in Article 25§3(a) by reference to national legal system ».

lecture dynamique du texte, en distinguant la participation principale individuelle (Section 1) de la participation principale conjointe (Section 2).

Section 1. Dans la participation principale individuelle

22. L'hypothèse de la participation principale individuelle renvoie à deux réalités couvertes par l'article 25§3(a) StCPI : celle de la commission individuelle *stricto sensu* d'une part, et celle de la commission par l'intermédiaire d'une autre personne d'autre part. Si la première représente une conception de la participation principale dans sa forme la plus autonome, la seconde met en scène des protagonistes dans une relation de dépendance matérielle. Malgré cette différence dans l'exécution, les deux situations reposent sur une logique similaire qui présente l'agent responsable comme le seul détenteur de la maîtrise de la commission de l'infraction : cette maîtrise sera alors directe en cas de commission individuelle (I) et indirecte en cas de commission par l'intermédiaire d'une autre personne (II).

I. La commission directe

23. Étendue. En prévoyant l'hypothèse de la commission individuelle ou personnelle¹⁵⁹, l'article 25§3(a) StCPI entend viser le mode le plus élémentaire de commission de l'infraction, celui de la réalisation physique et directe du crime. La disposition fait ainsi référence à l'auteur compris en son sens le plus strict, à savoir l'individu qui réunit sur sa personne les éléments requis pour retenir la qualification d'un crime relevant de la compétence de la Cour. La terminologie employée pour désigner cette hypothèse – « commission individuelle » – paraît dès lors insatisfaisante ; plusieurs auteurs évoquent à ce propos une formulation malheureuse : les uns regrettant la tautologie, voire le truisme, née d'une lecture conjointe avec l'article 25§2¹⁶⁰, les autres dénonçant une

¹⁵⁹ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 51. Voir également, G. Mabanga, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2^e édition, 2019, p. 1027.

¹⁶⁰ Une lecture conjointe avec l'article 25§2 StCPI, qui dispose que « quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable », conduit en effet à affirmer qu'une personne est individuellement responsable lorsqu'elle commet un crime individuellement. F. D. Diarra, P. d'Huart, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 815. Voir également K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 747.

traduction inadaptée¹⁶¹. L'imprécision de la terminologie employée permet dès lors d'envisager la commission directe selon deux approches¹⁶² : une approche simple d'une part, qui couvre les hypothèses où un individu commet seul, sans assistance ni influence d'aucune sorte, l'ensemble des éléments constitutifs du crime¹⁶³ et une approche plus large d'autre part, qui vise également les hypothèses dans lesquelles un individu commet le crime à titre principal, alors que d'autres ont contribué au crime à titre accessoire. Finalement, seul l'accomplissement de l'ensemble des éléments constitutifs du crime par un individu permet de faire de ce dernier un auteur direct.

24. Un champ d'application limité. Souvent mentionnée dans les premières décisions¹⁶⁴, l'hypothèse de la commission individuelle directe semblait s'annoncer comme marginale. En effet, la première application de ce mécanisme d'imputation se rencontre dans le cadre d'atteintes portées à l'administration de la justice¹⁶⁵ tel que le prévoit l'article 70 StCPI, soit relativement à des infractions ne reflétant pas dans leur définition un contexte systémique. Il faut reconnaître que la commission individuelle directe ne paraît pas particulièrement adaptée à ce type de contexte, d'autant que bien souvent la responsabilité

¹⁶¹ Alors que la version française initiale était plus précise (« à titre individuel »), la nouvelle version (« individuellement ») est identique à la version anglaise (« individually ») et ne fait que répéter le principe de responsabilité individuelle ; la version espagnole (« por si solo ») est la seule qui fait clairement référence au concept de commission directe. A. Eser, « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statue of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome I, 2002, p. 789 ; K. Ambos, *ibid.* ; F. D. Diarra, P. d'Huart, *ibid.*

¹⁶² R. Prouvèze, « Les modes individuels de participation à l'infraction (action, co-action, complicité) », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 490 ; Eser, *ibid.* ; F. D. Diarra, P. d'Huart, *ibid.*

¹⁶³ Albin Eser évoque à ce sujet l'hypothèse d'une « commission solitaire » (« the perpetration can be truly called solitary »), *ibid.*

¹⁶⁴ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §318 : « l'alinéa 25§3(a) du Statut [...] englobe les notions de perpétration directe (commission d'un crime individuellement) (...) » ; *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §497 : « (...) l'auteur direct parce qu'il a exécuté les éléments subjectifs et objectifs du crime (...) ».

¹⁶⁵ Voir les mandats d'arrêt émis à l'encontre de Walter Osapiri Barasa pour subornation de témoin (CPI, *Le Procureur c. Walter Osapiri Barasa*, ICC-01/09-01/13, Chambre Préliminaire II, Mandat d'arrêt à l'encontre de Walter Osapiri Barasa, 2 août 2013, §21), de Aimé Kilolo Musamba et de Fidèle Babala Wandu pour subornation de témoin et production d'éléments de preuve faux ou falsifiés en connaissance de cause (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido, 20 novembre 2013, §16 et §18). Toutefois, le 11 novembre 2014, cette même Chambre abandonne ce mode de participation pour les accusés précités et requalifie le mode de participation de Narcisse Arido, confirmant ainsi les charges à son encontre sur le fondement de la commission individuelle et non plus de la complicité (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 11 novembre 2014).

recherchée est celle d'individus éloignés des scènes de crime. À l'occasion de l'affaire *Lubanga* toutefois, le Représentant légal des victimes a affirmé dans ses conclusions finales, que l'accusé devait être tenu responsable, comme auteur direct, de la commission, en tant que crime de guerre, du crime d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de quinze ans et de leur utilisation active à des hostilités, « particulièrement parce qu'il a invité la population *hema* à envoyer des enfants âgés de moins de 15 ans à suivre une formation militaire et parce qu'il avait des recrues de cet âge parmi ses propres gardes du corps »¹⁶⁶. L'argument, pourtant, n'est pas relevé par la Chambre de Première instance qui préfère focaliser son raisonnement autour de la commission conjointe, plus adaptée à l'espèce.

Par la suite, la commission individuelle directe a toutefois été invoquée à l'occasion d'affaires concernant les crimes les plus graves prévus par le Statut. Les Chambres Préliminaires I et II ont en effet confirmé les charges à l'encontre, respectivement, de Ahmad Al Mahdi Al Faqi¹⁶⁷, de Bosco Ntaganda¹⁶⁸, Dominic Ongwen¹⁶⁹, Al Hassan¹⁷⁰ et Ali Abd-Al-Rahman¹⁷¹, sur le fondement de ce mode de

¹⁶⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-2744-Red, Chambre de Première instance, Conclusions finales du Représentant légal des victimes a/0047/06, a/0048/06, a/0050/06 et a/0052/06, 31 mai 2011, §56. Repris par CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §59.

¹⁶⁷ Il est notamment reproché à l'accusé d'avoir commis individuellement, en tant que crime de guerre, le crime de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion et des monuments historiques qui n'étaient pas des objectifs militaires (CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Mahdi Al Faqi, 24 mars 2016, §24). L'accusé sera finalement condamné sur le fondement de la coaction et non en tant qu'auteur direct (CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, ICC-01/12-01/15, Chambre de première instance VIII, Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016).

¹⁶⁸ Il est notamment reproché à Bosco Ntaganda d'avoir commis individuellement les crimes de meurtre et tentative de meurtre comme crime contre l'humanité et crime de guerre, de pillage comme crime de guerre ou encore de conscription et enrôlement d'enfants de moins de quinze ans comme crime de guerre (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, 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 Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, §136 et s.).

¹⁶⁹ Il est notamment reproché à Dominic Ongwen d'avoir commis individuellement les crimes de viol, torture, esclavage sexuel, grossesse forcée en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre, mariage forcé et esclavage comme crime contre l'humanité, et outrage à la dignité humaine comme crime de guerre (CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-01/02-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §102 et s.).

¹⁷⁰ Il est notamment reproché à Al Hassan d'avoir commis, en tant qu'auteur direct, les crimes de torture comme crime de guerre et crime contre l'humanité, de traitements cruels et atteintes à la dignité de la personne comme crime de guerre et d'autres actes inhumains comme crime contre l'humanité (CPI, *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, Chambre Préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 13 novembre 2019, §788 et s.).

¹⁷¹ Il est notamment reproché à Ali Abd-Al-Rahman d'avoir commis, en tant qu'auteur direct, les crimes de meurtre et tentative de meurtre comme crime contre l'humanité et crime de guerre, de torture comme crime de guerre et crime contre l'humanité, d'autres actes inhumains comme crime contre l'humanité, de persécutions comme crime contre l'humanité de traitements cruels, atteintes à la dignité de la personne

participation relativement à des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Il convient toutefois de relativiser l'application du mécanisme dans ces décisions, notamment car les accusés sont également poursuivis, pour les mêmes faits, sur le fondement d'autres modes de participation – notamment la commission conjointe – et car elle est finalement peu développée et discutée¹⁷², les juges se contentant simplement de relever que l'auteur direct fait référence à l'individu qui « participe physiquement »¹⁷³ à l'infraction.

Sensiblement moins adaptée à saisir une criminalité de masse, la conception stricte de la commission directe rend ainsi rares les hypothèses auxquelles elle peut effectivement s'appliquer : en effet, les juges mobilisent finalement peu ce mécanisme d'imputation seul puisqu'en définitive, l'auteur direct renvoie à la figure de l'exécutant ou de l'intermédiaire utilisé par l'auteur indirect¹⁷⁴. Ainsi, les juges affirment à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Al Mahdi*, qu'il leur faut « choisir le mode de responsabilité qui rend le mieux compte de tous les aspects de la responsabilité pénale individuelle de l'accusé »¹⁷⁵ et retiennent, alors que la participation de l'accusé en tant qu'auteur direct ne fait aucun doute¹⁷⁶, que « la coaction rend compte non seulement de sa participation physique mais aussi de sa position d'autorité relativement aux crimes commis »¹⁷⁷. Ils ajoutent qu'« en décider autrement ne servirait guère la juste caractérisation de la responsabilité de l'accusé tout en punissant celui-ci deux fois pour le même crime »¹⁷⁸ et condamnent finalement l'accusé uniquement en tant que coauteur du crime. Il faut relever ici une différence

comme crime de guerre (CPI, *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, ICC-02/05-01/20-433, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), 9 juillet 2021, §133 et s.).

¹⁷² Ainsi par exemple, à l'occasion de l'affaire *Al Mahdi Al Faqi*, les juges confirment les charges sur ce point en affirmant que l'accusé est pénalement responsable « as a direct perpetrator for his physical participation in the attack intentionally directed against the Alpha Moya Mausoleum, the Sheikh Sidi Ahmed Ben Amar Arragadi Mausoleum, the door of the Sidi Yahia Mosque, and the Ahamed Fulane Mausoleum and the Bahaber Babadié Mausoleum » (§24) ; toutefois, aucune discussion n'est véritablement menée sur ce mode d'imputation, les juges n'en faisant d'ailleurs aucune mention au paragraphe consacré aux « Remarques sur les modes de responsabilités » (§ 21 et s.). CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Mahdi Al Faqi, 24 mars 2016.

¹⁷³ CPI, *Le Procureur c. Ahmed Al Mahdi Al Faqi*, préc., Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Mahdi Al Faqi, §3 et §24.

¹⁷⁴ Sans véritablement l'affirmer expressément, La Chambre préliminaire II a tout de même mentionné que « l'auteur principal (auteur intellectuel) utilise l'exécutant (l'auteur direct) comme un simple outil ou instrument pour commettre le crime » (nous soulignons), CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §495.

¹⁷⁵ CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016, §60.

¹⁷⁶ *Ibid.*, §59.

¹⁷⁷ *Ibid.*, §60.

¹⁷⁸ *Ibid.*.

manifeste avec les TPI qui, malgré une définition étroite de la notion de « commission »¹⁷⁹, ne la limitent pas, dans son application, à la seule action positive directe et physique. En effet, les juges n'ont pas hésité à retenir la responsabilité d'individus en tant qu'auteurs directs alors que ceux-ci n'avaient pas pris part physiquement à la réalisation du crime. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Seromba*, les juges du TPIR ont considéré qu'en donnant l'autorisation au conducteur d'un bulldozer de détruire l'église de Nyange dans laquelle s'étaient réfugiés quelques mille cinq cents Tutsis et, en lui indiquant le point sensible du mur de l'édifice qu'il fallait attaquer pour provoquer un effondrement, l'accusé avait directement participé au meurtre des réfugiés ; alors que la Chambre de première instance conclut à sa responsabilité pour complicité de meurtre en tant qu'acte de génocide¹⁸⁰, la Chambre d'appel retient la commission de meurtre comme acte de génocide¹⁸¹ en réaffirmant que « dans le contexte du génocide, la commission directe et physique ne signifie pas nécessairement un meurtre physique » et que « d'autres actes peuvent constituer une participation directe »¹⁸². Dénoncée pour son opportunisme¹⁸³ et son imprécision, cette conception étirée de la commission directe devant les TPI¹⁸⁴ n'est toutefois pas envisageable devant la CPI, notamment car l'article 25§3(a) StCPI envisage spécifiquement les hypothèses de commission conjointe et de commission indirecte.

Malgré le champ d'application restreint de la commission individuelle directe, les juges sont pourtant entrés en voie de condamnation en s'appuyant sur son fondement. Ainsi, Bosco Ntaganda a été reconnu responsable en tant qu'auteur direct de meurtre comme crime contre l'humanité et crime de guerre¹⁸⁵, et persécution comme crime contre

¹⁷⁹ Voir *supra* §20.

¹⁸⁰ TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-I, Chambre de Première instance, Jugement, 13 décembre 2006, §332 et s..

¹⁸¹ TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-A, Chambre d'appel, Arrêt, 12 mars 2008, §161 et s.. Il convient ici de relever qu'en tant que vicaire de la paroisse, Athanase Seromba n'a fait que « confirmer l'ordre donné par le bourgmestre de détruire le bâtiment » et permettre ainsi de lever les scrupules religieux du conducteur de l'engin. Son statut de vicaire a été considéré comme une circonstance aggravante en raison de l'« abus de confiance » dont il s'était rendu coupable à l'égard de ses paroissiens et atteste d'une proximité certaine avec le crime effectivement commis. Voir sur ce point S. Audoin-Rouzeau, *Une initiation – Rwanda (1994-2016)*, Seuil, 2017, p. 117.

¹⁸² Traduction libre de « In the context of genocide, direct and physical perpetration need not mean physical killing ; other acts can constitute direct participation », TPIY, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, Arrêt, 7 juillet 2006, §60.

¹⁸³ Voir l'opinion dissidente du Juge Liu jointe à l'arrêt *Seromba* (préc.) et celle du Juge Güney attachée à l'arrêt *Gacumbitsi* (préc.).

¹⁸⁴ I. Bantakas, *International criminal law*, Hart Publishing, 4^e éd., 2010, p. 51.

¹⁸⁵ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Jugement, 8 juillet 2019, §742. Le verdict et la peine ont été confirmés en appel (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Appeals Court, Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 mars

l'humanité¹⁸⁶. Rappelant la conception stricte du mécanisme¹⁸⁷, la Chambre d'instance VI en révèle dans le même temps toute la limite, en refusant de l'appliquer pour six des huit chefs d'accusation pour lequel il est invoqué : comme dans l'affaire *Al Mahdi* précitée, les juges avancent que « la perpétration directe n'est pas le mode de responsabilité qu'il convient de retenir pour examiner le rôle exact de Bosco Ntaganda »¹⁸⁸ et que « pour bien qualifier la commission de ces crimes conformément au plan commun de Bosco Ntaganda et des coauteurs, la responsabilité pénale individuelle de ce dernier doit être examinée dans la perspective de la coaction indirecte »¹⁸⁹. Aussi, les juges retiendront la responsabilité pénale de l'accusé sur le fondement de la coaction indirecte pour les seize autres chefs d'accusation. À l'appui de ce jugement, et sans y apporter davantage de développements¹⁹⁰, la Chambre de Première instance IX retiendra la responsabilité pénale de Dominic Ongwen sur le fondement de la commission individuelle directe pour plusieurs crimes à caractère sexuel et sexiste en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité, tels le viol¹⁹¹, l'esclavage sexuel¹⁹², le mariage forcé¹⁹³ ou les grossesses forcées¹⁹⁴.

Ainsi, malgré un champ d'application limité, la commission individuelle a su trouver progressivement sa place. Loin d'être marginale, elle demeure cependant – selon la position des juges – un mécanisme d'imputation peu enclin à révéler l'ampleur et la dimension de la participation des accusés jugés par la Cour.

2021). Voir également G. Poissonnier, « Condamnation de Bosco Ntaganda pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en RDC », *AJ Pénal*, 2019, p. 501.

¹⁸⁶ *Ibid.* §752.

¹⁸⁷ « Est considérée comme ayant commis un crime “individuellement” quiconque a personnellement exécuté les éléments objectifs de l'infraction, avec l'intention et la connaissance définies à l'article 30 du Statut ainsi que tout élément de dol spécial requis » (*Ibid.*, §735)

¹⁸⁸ À propos notamment de l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de quinze ans en tant que crime de guerre. *Ibid.* §759.

¹⁸⁹ *Ibid.*.

¹⁹⁰ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre de Première instance IX, Trial Judgement, 4 février 2021, §2782: « Direct perpetrators must personally carry out the material elements of the crime with the requisite intent and knowledge pursuant to Article 30 of the Statute as well as any further specific provision ». Pour une analyse de la décision voir G. Mabanga, « Affaire *Ongwen* : le verdict qui “sauve” la situation ougandaise, *La revue des droits de l'homme*, 2021 ; G. Poissonnier, « Situation en Ouganda : la CPI condamne pour la première fois un cadre de la sinistre Armée de résistance du Seigneur », *AJ Pénal*, 2021, p. 199.

¹⁹¹ *Ibid.* §3043.

¹⁹² *Ibid.* §3049.

¹⁹³ *Ibid.* §3026.

¹⁹⁴ *Ibid.* §3062.

25. L'hypothèse de la commission par omission¹⁹⁵. En l'absence de disposition générale relative à l'omission dans le Statut de Rome, la question s'est posée de savoir si l'article 25§3 StCPI visait cette hypothèse¹⁹⁶. Alors qu'une telle disposition existait initialement dans le Projet de Statut¹⁹⁷, aucun consensus ne fut atteint par le Comité Préparatoire en raison de la résistance de certains États à l'intégration de ce concept problématique¹⁹⁸ ; la difficulté résidait, pour l'essentiel, dans la détermination des circonstances dans lesquelles l'omission pouvait être punie et notamment si la question de l'obligation légale d'agir, qui en est l'essence même, devait être réglée explicitement par le Statut¹⁹⁹.

L'interprétation de ce renoncement des rédacteurs du Statut de Rome divise la doctrine. En effet, si certains auteurs, comme Albin Eser²⁰⁰, Kai Ambos²⁰¹ ou William Schabas²⁰², parviennent à la conclusion qu'une telle provision générale n'est pas envisageable, d'autres, tels Robert Cryer²⁰³, Gerhard Werle²⁰⁴ ou Donald Piragoff²⁰⁵, laissent à la Cour le soin de trancher la question en invoquant le droit international

¹⁹⁵ Voir également *infra* §176 et s. ; voir également, G. Mabanga, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », *op. cit.*, p. 1027.

¹⁹⁶ L'hypothèse de la commission par omission vise les situations où « une attitude passive, qui normalement ne constitue qu'une simple abstention, peut, dans des circonstances particulières ou dans un contexte porteur, voire de la part de certaines personnes, revêtir les caractères d'une matérialité positive ». Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°229..

¹⁹⁷ L'article 28 du Projet de Statut prévoyait en effet que « the conduct can constitute either an act or an omission, or a combination of thereof », UN Doc.A/51/22 (Supplement no. 22A), Article G, 1996, p. 90 et s..

¹⁹⁸ P. Saland, « International criminal law principles », in R. Lee (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, 1999, p. 212. L'auteur relève que si le Canada et le Japon insistaient pour l'insertion du concept d'omission dans le Statut de Rome, la France résistait, avançant de très grandes difficultés avec ce concept.

¹⁹⁹ M. Duttwiler, « Liability for omission in international criminal law », *ICLR*, 2006, p. 57 ; voir également A. Eser, *op. cit.*, p. 819.

²⁰⁰ A. Eser, *ibid.* : « (...) the abstinence from explicit regulation cannot be interpreted in any other way than the rejection of individual criminal responsibility for commission by omission, unless it has been specifically provided for (...) ».

²⁰¹ K. Ambos, *op. cit.*, p. 770 : « (...) if the Court takes the *nullum crimen* principle seriously, it may have difficulties in basing liability for omission on provisions which do not clearly and explicitly provide for such liability ».

²⁰² W. Schabas, « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, Numéro 4, p. 104.

²⁰³ R. Cryer, « General principles of liability in international criminal law », in D. McGolderick, P. Rowe, E. Donnelly (dir.), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Hart Publishing, 2002, p. 236.

²⁰⁴ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 966 : « Article 25 should be interpreted in such a way that it covers omissions, not only where they are explicitly criminalized in the Statute, but also where the omission equates to the active causation of the criminal result ».

²⁰⁵ D. Piragoff, D. Robinson, « Article 30 – Mental element », in O. Triffterer (dir.), *op. cit.*, p. 858 : « At the Rome conference, agreement could not be reached on this proposed article, and it was decided to delete it from the Statute with the understanding that the question of when, and if, omissions might constitute or be equivalent to conduct would have to be resolved in future by the Court ».

coutumier, sous-entendant par là-même l'éventualité de son existence. En l'absence d'application concrète, la Cour ne s'est pas encore prononcée expressément sur ce point mais plusieurs arguments attestent en faveur de cette dernière possibilité. L'omission, tout d'abord, n'est pas une notion absente du Statut puisqu'elle réside au cœur de la responsabilité du supérieur hiérarchique prévue à l'article 28 StCPI²⁰⁶. Ensuite, la Cour énonce, par un *obiter dictum* récurrent, que l'acte reproché à l'accusé peut être « une action ou une omission »²⁰⁷ ; par exemple, la Chambre préliminaire I admet qu'« au sens de l'article 8§2(a)(i), l'homicide intentionnel en tant que crime de guerre est constitué lorsqu'il est commis par un individu qui, par action ou omission, cause la mort d'une ou plusieurs personnes (...) »²⁰⁸. Enfin, à l'occasion de l'affaire *Muthaura, Kenyatta et Ali*, la Chambre préliminaire II s'est pour la première fois expressément opposée à la doctrine réfractaire : en rejetant l'argument de la Défense qui soutenait une approche conservatrice de la notion d'omission²⁰⁹, les juges affirment que « rien dans le Statut ne peut être interprété comme excluant les actes par omission du point de vue de la Cour »²¹⁰. Toutefois, l'hypothèse ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce puisque la Chambre constate que l'accusé est principalement poursuivi pour avoir pris des mesures positives, en l'espèce avoir donné des ordres, afin d'assurer l'inaction de la police kenyane lors des violences postélectorales dans la vallée du grand rift en janvier 2008. L'ensemble de ces éléments permettent par

²⁰⁶ Voir *infra* §176 et s..

²⁰⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §351-355 ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, préc., 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, §132, §274 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §767, §786, §1627 ; CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §280.

²⁰⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §287. Voir également, dans cette décision, §310, §357 et §368.

²⁰⁹ La Défense reprend notamment à son compte les arguments avancés par Kai Ambos pour rejeter l'existence d'une disposition générale relative à l'omission dans le Statut de Rome : « Jurists have observed the difficulty in applying liability to omission, noting that, "contrary to the visible and material effect of a positive act, the effect of an omission cannot be empirically determined with certainty". In addition, the idea that failing to act can trigger liability – much less rise to the level of sufficient gravity – directly contradicts the intentions of the drafters of the Rome Statute, whose "abstinence from explicit regulation" with respect to omission "cannot be interpreted in any other way than the rejection of individual criminal responsibility for commission by omission". Put simply, there is substantial evidence to show that this Court's treatment of omission with respect to both liability and "sufficient gravity" is a conservative one ». CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Defence challenge to jurisdiction, admissibility and prosecution's failure to meet the requirements of Article 54, 19 septembre 2011, §63 (voir aussi §47).

²¹⁰ CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §46. Traduction libre de : « There is nothing in the Statute that can be interpreted to exclude acts by omission from the point of view of the Court ».

conséquent d'envisager valablement l'hypothèse de la commission par omission sous le prisme de la commission individuelle visée par l'article 25§3(a) StCPI.

Ainsi, malgré une portée limitée en raison d'une conception stricte de la notion d'auteur et de sa faible application, l'hypothèse de la commission individuelle semble trouver sa pleine utilité à travers son appréhension de la commission par omission.

II. La commission indirecte

26. Étendue. Si la notion de participant principal se conçoit de manière large dans le Statut de Rome, c'est essentiellement car l'article 25§3(a) StCPI consacre, pour la première fois en droit international²¹¹, la « commission par l'intermédiaire d'une autre personne ». Cette participation indirecte ou médiate²¹², qui renvoie à l'hypothèse dans laquelle un individu utilise autrui comme un instrument pour réaliser physiquement l'infraction, n'est pourtant pas nouvelle puisqu'elle est connue de certains systèmes nationaux²¹³ et car les TPI la reconnaissent de manière implicite²¹⁴. De nombreux individus ont ainsi été sanctionnés, tantôt au moyen d'une conception étirée de la commission en raison d'un contrôle sur l'organisation en mesure de faire commettre des crimes, tantôt

²¹¹ A. Eser, *op. cit.*, p. 793 ; W. Schabas, *op. cit.*, p. 429 ; G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 56 ; Werle, *op. cit.*, p. 964. Ces auteurs s'accordent pour relever que ce mécanisme est largement reconnu dans les grands systèmes juridiques du monde.

²¹² Il faut avertir le juriste français que la notion d'auteur indirect ne fait pas ici référence, comme l'article 121-3§4 du Code pénal français le prévoit, à l'individu qui « crée ou contribue à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter » et qui est attachée exclusivement à l'hypothèse de l'infraction non-intentionnelle. Sur cette distinction terminologique entre l'auteur indirect et l'auteur médiate : F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 359. La majorité de la doctrine française paraît cependant préférer, pour désigner l'auteur médiate, la notion d'auteur intellectuel ou d'auteur moral ; voir B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°322 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1050 ; Y. Mayaud, *Doit pénal général*, *op. cit.*, n°405 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 362.

²¹³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §495. W. Schabas, *op. cit.*, p. 429 ; K. Ambos, *op. cit.*, p. 753 ; G. Werle, *op. cit.*, p. 963. Voir *contra* I. Bantekas, *International criminal law*, Hart Publishing, 4^e éd., 2010, p. 60, qui relève que la notion n'est pas largement utilisée par systèmes nationaux et qu'elle trouve essentiellement ses origines dans la doctrine allemande.

²¹⁴ Il faut toutefois relever que les juges ont pu se manifester plus explicitement à de rares occasions comme dans l'affaire *Radoslav Brđnin* où ils affirment qu'« il semble que l' "instrumentalisation" des auteurs matériels des crimes par leurs supérieurs soit, en fait, l'explication la plus plausible des événements qui se sont produits dans la R[égion] A[utonome de] K[rajina] pendant la période couverte par l'Acte d'accusation », TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brđnin*, IT-99-36-A, Chambre d'appel, Arrêt, 3 avril 2007, §448.

compte tenu de leur participation sous la forme de planification, d'ordre, d'incitation ou encore d'entreprise criminelle commune²¹⁵.

Manifestation significative du modèle normatif, ce mécanisme d'imputation repose sur l'idée que l'individu exerçant une emprise sur la volonté d'un autre individu – l'intermédiaire – afin de lui faire commettre une infraction doit être tenu responsable de la commission de cette infraction. Expressément prévu par le Statut, les juges de la CPI ont rapidement vu dans ce mécanisme d'imputation, l'outil indispensable pour atteindre cet « auteur derrière l'auteur »²¹⁶ ; toutefois, il est rarement visé seul et paraît davantage être utilisé comme un mécanisme d'imputation alternatif à la commission conjointe. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, alors que le Procureur avait initialement désigné l'accusé comme auteur conjoint dans sa requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, la Chambre préliminaire I relève *proprio motu* qu'« il y a des motifs raisonnables de croire que, compte tenu des relations hiérarchiques présumées entre Mr Thomas Lubanga Dyilo et les autres membres de l'U[nion des] P[atriotes] C[ongolais] et des F[orces] P[atriotiques pour la] L[ibération du] C[ongo], la notion de perpétration indirecte (...) pourrait également s'appliquer au rôle que [l'accusé] aurait joué dans la perpétration des crimes visés par la Requête de l'Accusation »²¹⁷ ; l'hypothèse de la commission indirecte sera cependant abandonnée lors de la Décision de confirmation des charges, les juges estimant la commission conjointe plus adaptée aux crimes de guerre reprochés à l'accusé, à savoir la conscription et l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans afin de les faire participer activement à des hostilités. De la même manière, cette même Chambre Préliminaire conclut, à l'occasion de l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, qu'il existe des « motifs raisonnables de croire que l'accusé est pénalement responsable en tant qu'auteur indirect ou coauteur indirect, au sens de l'article 25§3(a) StCPI »²¹⁸. Enfin,

²¹⁵ Voir particulièrement : TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de Première instance, Jugement, 26 février 2001 ; TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Chambre de Première instance, Jugement, 2 août 2001 ; TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Chambre de Première instance, Jugement, 27 septembre 2006. Pour une analyse de ces décisions sur ce point, voir H. Olásolo, *The criminal responsibility...*, op. cit., p. 214 et s.. Voir également A. Khalifa, *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012, p. 102 et s..

²¹⁶ La Cour (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §496) fait ici référence à la théorie dite de « l'auteur derrière l'auteur » (*Täter hinter dem Täter*) élaborée par Claus Roxin. C. Roxin, « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate », *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193-207. Voir particulièrement *infra* §106.

²¹⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, 20 février 2006, §96.

²¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (« Omar Al Bashir »)*, ICC-02/05-01/09-3, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à

il faut relever, malgré le décès de l'accusé, que la Chambre Préliminaire I a préféré émettre un mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Gaddafi pour des crimes commis en tant que coauteur indirect²¹⁹ alors que la Requête de l'Accusation visait également sa responsabilité en tant qu'auteur indirect²²⁰ ; les juges justifient notamment ce choix par l'existence de « motifs raisonnables de croire que, vu l'ampleur des actions concertées entreprises par [l'accusé] et son fils Saif Al-Islam Qadhafi, [il avait], en coordination avec son entourage immédiat, et notamment Saif Al-Islam Qadhafi, conçu et orchestré un plan visant à décourager et à réprimer par tous les moyens les manifestations de la population civile contre le régime »²²¹.

Rarement sollicitée seule, la commission par l'intermédiaire d'un autre agent paraît cependant prisée des juges qui semblent en faire un véritable palliatif à l'éventuel défaut d'application de la commission conjointe. Particulièrement adaptés à l'appréhension, en tant qu'auteurs, de ces individus éloignés de la commission matérielle de l'infraction, ces deux mécanismes d'imputation reposent en effet sur des logiques proches²²², mais se distinguent dans leurs modalités d'exécution. Notamment, l'existence, au cœur de la commission par l'intermédiaire d'un autre agent, d'une relation d'instrumentalisation entre l'auteur médiat et l'agent intermédiaire singularise ce mécanisme en le faisant reposer sur une dualité fonctionnelle associant une « dépendance objective » et une « indépendance subjective »²²³.

27. Une « dépendance objective ». De manière caractéristique, cette instrumentalisation suppose une emprise suffisamment étroite de la part de l'auteur médiat sur l'agent intermédiaire afin que ce dernier réalise l'infraction : ainsi, l'auteur médiat, parce qu'il utilise autrui comme un instrument humain, se retrouve dans une situation de « dépendance objective » par rapport à l'agent. Cette situation n'est pas sans rappeler le

l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009, §223 ; repris dans les deux décisions d'émission d'un mandat d'arrêt : ICC-02/05-01/09-1, 4 mars 2009, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, et ICC-02/05-01/09-95, 12 juillet 2010, Second Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir.

²¹⁹ CPI, *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne*, ICC-01/11-01/11-2, Chambre Préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, 27 juin 2011, p. 6.

²²⁰ CPI, *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne*, ICC-01/11-01/11-1-tFRA, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, 27 juin 2011, §66.

²²¹ *Ibid.*, §76.

²²² Voir *infra* §105. Brièvement, les deux mécanismes reposent sur l'existence d'un contrôle sur la commission du crime ; néanmoins, dans l'hypothèse de la commission indirecte, ce contrôle sur la commission du crime passe par le contrôle de la volonté d'un intermédiaire qui exécute ce crime.

²²³ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 380.

lien qui existe entre un supérieur hiérarchique et son subordonné²²⁴ mais les spécificités attachées à l'auteur médiateur et à l'agent intermédiaire paraissent singulariser cette relation de dépendance objective.

Notamment, la responsabilité de l'auteur médiateur ne pourra véritablement être engagée que si l'agent intermédiaire commet effectivement l'infraction : privé d'une réalisation physique directe, l'auteur médiateur se voit ainsi attribuer, *via* son emprise, la commission matérielle de l'acte réalisée par l'agent intermédiaire. Indissociable de l'exécution de l'infraction, cette dépendance objective suppose alors d'une part que toutes les qualités personnelles imposées par la définition légale du crime ainsi que l'absence de toute justification, soient évaluées à l'égard de la personne même de l'auteur médiateur²²⁵, et surtout d'autre part, que cette emprise s'apparente davantage à un véritable contrôle plutôt qu'à une simple influence sur le comportement de l'agent intermédiaire²²⁶.

28. Une « indépendance subjective ». À cette dépendance objective s'associe une indépendance subjective. L'article 25§3(a) StCPI prévoit en effet que l'auteur médiateur peut voir sa responsabilité pénale engagée indépendamment de la responsabilité de l'agent intermédiaire : le recours à l'expression « que cette autre personne soit ou non pénalement responsable » permet de conclure que cette disposition prévoit la commission d'un crime par l'intermédiaire non seulement d'un agent innocent, c'est-à-dire une autre personne qui n'est pas pénalement responsable, mais également d'une autre personne pleinement responsable sur le plan pénal²²⁷. Deux scénarios alternatifs doivent alors être envisagés selon que cette responsabilité de l'intermédiaire est ou non retenue.

Dans l'hypothèse classique de la commission indirecte²²⁸, l'exécutant n'a généralement pas la pleine exécution de ses actes : l'auteur médiateur ayant une emprise sur sa volonté, il est alors considéré comme un agent innocent²²⁹. Son innocence va dépendre

²²⁴ Voir *infra* §170.

²²⁵ H. Olásolo, *The criminal responsibility...*, *op. cit.*, p. 110.

²²⁶ A. Eser, *op. cit.*, p. 794.

²²⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §339.

²²⁸ Florian Jessberger et Julia Geneuss relèvent ainsi que l'article 25§3(a) StCPI reconnaît clairement la conception classique de la commission par un intermédiaire qui est similaire à la doctrine anglo-américaine de l'agent innocent. F. Jessberger, J. Geneuss, « On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir – German Doctrine at The Hague? », *JICJ*, 2008, p. 853.

²²⁹ K. Ambos, *op. cit.*, p.752. Voir également, S. Manacorda, C. Meloni, « Indirect perpetration versus joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of international criminal law? », *JICJ*, 2011, p. 169.

néanmoins de l'existence de justifications et/ou d'excuses « acceptables »²³⁰ ; la Chambre Préliminaire I précise à ce propos que « les raisons acceptables justifiant ou excusant son comportement sont notamment les suivantes : i) il était animé de convictions erronées ; ii) il a agi sous la contrainte ; et/ou iii) il ne peut être tenu pour responsable »²³¹. Bien que très indéfini, ce dernier cas semble couvrir les hypothèses où l'agent intermédiaire ne peut être tenu responsable en raison de son âge²³² ou d'une déficience mentale²³³. Par conséquent, si ces raisons annihilent intégralement la volonté de l'intermédiaire innocent²³⁴ et révèlent l'ampleur de l'emprise de l'auteur médiat, elles traduisent également l'idée même de l'instrumentalisation en dissociant l'implication mentale des deux agents.

Moins commune, l'hypothèse de l'intermédiaire responsable renvoie aux cas de figure où l'intermédiaire et l'auteur médiat sont désignés comme pénalement responsables en tant qu'auteurs principaux : le premier, « parce qu'il a exécuté les éléments subjectifs et objectifs du crime »²³⁵, sera considéré comme auteur direct, le second, « parce qu'il exerce un contrôle sur le crime en contrôlant la volonté de l'auteur direct »²³⁶, sera considéré comme un véritable « auteur derrière l'auteur »²³⁷. L'hypothèse paraît de prime abord incohérente tant il semble difficile d'affirmer qu'un individu peut être pleinement responsable alors qu'un autre individu contrôle sa volonté au point de commettre une infraction par son intermédiaire ; et inversement, si l'intermédiaire est considéré comme un auteur responsable, celui qui l'utilise comme un instrument devrait davantage être considéré comme un instigateur, un complice. Cependant, à l'occasion de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*²³⁸, les juges révèlent, en s'appuyant à la fois sur des travaux doctrinaux²³⁹

²³⁰ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §495.

²³¹ *Ibid.*

²³² K. Ambos, *op. cit.*, p. 752.

²³³ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 94.

²³⁴ Sur le contrôle de la volonté de l'agent innocent, voir *supra* §28.

²³⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §497.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ C. Roxin, *op. cit.*, p. 196-207.

²³⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §498.

²³⁹ Les juges font exclusivement référence à la théorie dite du « contrôle sur une organisation » (« *Organisationsherrschaft* »), variante de la théorie de « l'auteur derrière l'auteur », élaborée par Claus Roxin. Voir particulièrement : C. Roxin, « Crimes as part of organized power structures », Traduction, par Belinda Cooper, du texte originellement publié aux *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1963), *JICJ*, 2011, p. 197 et s. ; T. Weigend, « Perpetration through an organization – The unexpected career of a German legal concept », *JICJ*, 2011, p. 97 et s.. Pour une approche plus détaillée, voir *infra* §107.

et la jurisprudence²⁴⁰, le cadre spécifique dans lequel l'hypothèse trouve à se réaliser : la responsabilité de l'intermédiaire ne pourra essentiellement s'envisager aux côtés de celle de l'auteur médiat que dans un contexte de criminalité organisée encouragé ou toléré par l'État, puisque dans ce cas, l'emprise de l'auteur médiat ne s'exerce pas directement sur l'intermédiaire mais sur l'organisation elle-même²⁴¹. La relation d'instrumentalisation entre les deux agents devient alors plus anonyme : parce qu'il contrôle cette organisation structurée hiérarchiquement, l'auteur médiat n'a qu'un ordre à émettre pour voir le crime exécuté automatiquement, sans qu'il n'ait besoin de savoir par qui et comment. Dès lors, l'agent intermédiaire n'est plus réellement un instrument entre les mains d'un individu mais un véritable rouage au sein d'une « structure organisée de pouvoir »²⁴² ; la clé résiderait ainsi dans l'existence d'une pluralité d'exécutants potentiels qui, interchangeables, agiraient en pleine connaissance et conscience de l'illégalité de leurs actes, soit comme de véritables auteurs directs.

29. La conception extensive de la commission par l'intermédiaire d'un autre individu retenue par le Statut permet finalement d'apprécier ce mécanisme d'imputation dans toute sa dimension. D'une part, la relation d'instrumentalisation au cœur du dispositif rend possible, grâce à sa structure singulière – dépendance objective et indépendance subjective – l'appréhension en tant que participant principal, de ces individus cachés derrière les auteurs matériels des infractions. D'autre part, l'admission de l'hypothèse de

²⁴⁰ Sont cités l'affaire Eichmann (voir T. Weigend, *ibid.*), le jugement des commandants de la junte militaire en Argentine (Cámara de Apelaciones de la Capital Federal, *The Juntas Trial*, Cas No 13/84, arrêt du 9 décembre 1985, chapitre 7/3) (Sur ce jugement, voir particulièrement F. Muñoz-Conde, H. Olásolo, « The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in latin America and Spain », *JICJ*, 2011, p. 113 et s.) ou encore les jugements des membres du Conseil National de Défense et des généraux de l'Armée Nationale populaire pour les meurtres commis à la frontière allemande de l'est (Cour fédérale de justice, arrêt du 26 juillet 1994, BGHSt 40, p. 237 et s. ; Cour fédérale de justice, arrêt du 4 mars 1996, BGHSt 42, p. 65 ; Cour fédérale de justice, arrêt du 8 novembre 2002, BGHSt 45, p. 296). K. Ambos, *op.cit.*, p. 753 ; G Werle, B Burghardt, *op. cit.*, p. 57-58.

²⁴¹ Claus Roxin justifie cette hypothèse en affirmant que l'organisation est en réalité à la disposition des « acteurs dans les coulisses » (*actors behind the scenes*) qui représentent le « centre névralgique de cette structure organisationnelle ». Il ajoute qu'une telle organisation se développe indépendamment de ses membres et que son fonctionnement ne dépend pas de la personnalité individuelle des exécutants puisque tout se réalise « automatiquement » ; dès lors, si un « acteur dans les coulisses » « appuie sur un bouton » et délivre un ordre de tuer, il peut s'attendre à être obéi, sans avoir besoin de connaître ceux qui le réalisent et sans avoir à faire preuve de coercition ou de tromperie : il sait que si l'un des nombreux organes participant à la commission de l'infraction se dérobe à sa tâche, un autre prendra immédiatement le relais sans affecter la réalisation du plan dans son intégralité. C'est cette « fongibilité » attachée à la personne de l'exécutant qui conduit Claus Roxin à conclure que ce dernier doit être tenu responsable puisqu'il reste libre d'agir. C. Roxin, « Crimes as part of organized power structures », *op. cit.*, p. 198 et s. ; C Roxin, « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 200. Voir *infra* §77.

²⁴² C. Roxin, « Crimes as part... », *ibid.*, p. 197 et s..

l'intermédiaire responsable, bien qu'atténuant la relation d'instrumentalisation, ouvre son champ d'application à des hypothèses particulièrement caractéristiques de la criminalité de système. D'apparence très fonctionnelle, ce mécanisme d'imputation s'avère pourtant peu appliqué en tant que tel : souvent palliatif à la commission conjointe, il trouve cependant sa pleine utilité lorsqu'il fusionne avec cette dernière²⁴³.

Section 2. Dans la participation principale conjointe

30. Alors que la participation principale individuelle repose sur une logique d'autonomie, la participation principale conjointe trouve son essence dans la solidarité. En effet, le mécanisme renvoie à une « forme de participation solidaire où l'action de chacun des participants est indispensable à la réalisation de l'infraction »²⁴⁴ et s'avère, *a priori*, particulièrement adapté à l'action collective. L'idée sous-jacente d'une « pleine coopération »²⁴⁵ dans la réalisation de l'infraction collective relève toutefois d'une logique propre au droit international²⁴⁶ puisqu'elle suppose à la fois une singularité et une dépendance entre les participants. François Rousseau évoque à ce sujet « une imputation participative principale »²⁴⁷ qu'il explique en deux temps. D'une part, puisque « l'infraction principale est collective, cela implique que chaque auteur en a réalisé au moins une partie [;] en ce sens le coauteur est partiellement auteur de l'infraction collective et à ce premier titre, la coaction est une imputation principale »²⁴⁸. Cependant, et d'autre part, en « ne réalisant pas l'intégralité de l'infraction collective, le coauteur emprunte la part restante [;] en ce sens il est partiellement participant à l'infraction collective et à ce second titre, la coaction est une imputation participative »²⁴⁹.

Ainsi appliquée au phénomène collectif, l'hypothèse de la participation principale conjointe se singularise, et offre au juge un outil propre à rendre compte d'une coopération solidaire dans la commission de l'infraction (I). Plus encore, entre ses mains, l'outil sert

²⁴³ Voir *infra* les développements consacrés à la commission conjointe indirecte, §36.

²⁴⁴ D. Allix, *Essai sur la coaction – Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, 1976, n°123.

²⁴⁵ E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 95.

²⁴⁶ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide – Étude comparée de droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Fondation Varenne, Collection des thèses, 2012, p. 481.

²⁴⁷ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 276.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 281.

²⁴⁹ *Ibid.*.

une conception large de la coopération lui permettant d'envisager l'intégralité de la chaîne d'action (II).

I. La commission conjointe

31. Étendue textuelle. L'article 25§3(a) StCPI envisage le cas de la commission conjointe ou coaction²⁵⁰ de manière claire mais sommaire puisqu'il vise « la personne (...) qui commet conjointement avec une autre personne » ; une lecture littérale de la disposition permet ainsi de conclure que seules deux exigences sont nécessaires pour la caractériser : d'une part, l'action doit être concertée (« commet conjointement ») et d'autre part, elle doit être réalisée par au moins²⁵¹ deux individus (« avec une autre personne »). Une telle lecture, toutefois, pourrait tout autant renvoyer à la figure du participant accessoire, d'où la nécessité de pondérer le sens accordé aux termes dans cette définition : soit en interprétant le terme « conjointement » de manière qualitative en lui accordant une portée plus forte que la simple incitation ou l'assistance à la commission du crime, soit en attachant à la notion de « commission » une définition particulièrement précise permettant cette pondération²⁵². En définitive, la rédaction minimaliste de l'article 25§3(a) StCPI concernant l'hypothèse de la commission conjointe soulève la question de savoir si chacun des co-auteurs doit satisfaire aux exigences de définition du crime de la même manière qu'un auteur direct ou si, à l'inverse, la notion de commission doit être comprise plus souplesment afin de combiner et d'attribuer mutuellement les contributions des différents co-auteurs à la réalisation du crime. Si la première alternative doit être écartée en raison de son inaptitude à rendre compte d'une véritable concertation en vue de la réalisation

²⁵⁰ Un auteur la désigne également par l'expression « coaction par perpétration directe » (G. Mabanga, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », *op. cit.*, p. 1029).

²⁵¹ Soulignant la rédaction au singulier de la disposition dans toutes ses versions, Philippe Currat déduit que « si plus de deux personnes agissent ensemble, elles forment « un groupe de personnes agissant de concert » en vue de commettre un crime, tel que le prévoit l'article 25§3(d) StCPI » (P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant – LGDJ – Schultess, 2006, p. 606). Ce point de vue est à réfuter car d'une part, cette forme de complicité prévue à l'article 25§3(d) et la commission conjointe ne sauraient se distinguer en fonction d'un critère lié au nombre d'intervenants à la commission du crime (pour une analyse plus détaillée voir *infra* §130 et, d'autre part, la Cour a clairement affirmé que « co-perpetration within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute requires two or more persons to agree to contribute to the commission of the offence and to act accordingly » (not. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 11 novembre 2014, §33).

²⁵² A. Eser, *op. cit.*, p. 789.

collective²⁵³, la seconde renvoie à une approche fonctionnelle davantage appropriée et privilégiée par la Cour puisqu'elle affirme clairement que « la 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 un auteur principal du crime dans son ensemble »²⁵⁴.

Cependant, le concours d'une pluralité de personnes à un plan criminel commun ne peut avoir comme conséquence « une imputation mutuelle automatique des contributions criminelles matérielles de tout un chacun »²⁵⁵ ; une telle conception de la commission conjointe n'est donc envisageable que si cette contribution revêt un poids significatif dans la réalisation de l'infraction. Il revient dès lors au juge, d'apprécier l'importance de cette contribution afin de révéler la véritable étendue de la notion de commission conjointe.

32. Les Tribunaux *ad hoc* et l'entreprise criminelle commune. Une incursion dans la pratique des TPI s'avère ici nécessaire afin de comprendre les choix opérés par les juges de la Cour dans l'appréhension des éléments caractéristiques de cette commission conjointe. Les Statuts des TPI ne faisant mention d'aucune forme d'action conjointe ou de criminalité conjointe²⁵⁶, les juges ont redéfini la notion de « commission » au moyen de celle d'« entreprise criminelle commune »²⁵⁷, de sorte qu'« un individu participant sciemment à un projet collectif de nature criminelle, est responsable en tant qu'auteur des infractions résultant de ce projet, y compris celle dépassant son cadre initial dès lors qu'elles en constituent des conséquences naturelles et prévisibles »²⁵⁸. Cette approche de la commission conjointe par les TPI marque en réalité « le refus de la part des juges internationaux de faire entre coauteurs et complices une distinction fondée sur la matérialité de l'acte, ceux-ci préférant s'en remettre à l'intention des personnes qui, d'une manière ou d'une autre, sont engagées dans l'infraction pour procéder à une différenciation des deux

²⁵³ La spécificité du contexte systémique empêche cette conception généralement retenue par les droits nationaux, voir sur ce point A. Eser, *ibid.*, p. 790.

²⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §326.

²⁵⁵ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁶ O. de Frouville, « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthemis, 2012, p. 126.

²⁵⁷ Voir *supra* §16 et *infra* §131.

²⁵⁸ P. Beauvais et A. F. Khalifa, « Les modes collectifs de participation à l'infraction », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 504 : les auteurs relèvent la seule reconnaissance, par les Statuts des TPI, de modes individuels de participation.

types de participation »²⁵⁹. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Tadić*, les juges affirment que « cette responsabilité pour des violations graves du droit international humanitaire ne se limite pas à ceux qui ont effectivement commis l'élément matériel des crimes énoncés, mais semble aussi s'étendre à d'autres auteurs »²⁶⁰ ; qu'en effet, le Statut du TPIY « n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visé ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable »²⁶¹.

Déterminée essentiellement par la volonté de l'individu de participer au but commun et par son intention d'atteindre le résultat incriminé, l'entreprise criminelle commune reflète, en définitive, une conception subjective de la commission conjointe bien différente de celle, plus fonctionnelle, retenue par les juges de la CPI.

33. Les errements aux prémisses de l'affaire *Lubanga*. Cette différence, toutefois, ne doit pas s'envisager comme une rupture nette dans la conception de la commission conjointe mais davantage comme le résultat d'une appropriation progressive du concept. L'affaire *Lubanga* marque, à ce sujet, une véritable transition dans l'appréhension de la commission conjointe. En 2006, lorsque le Procureur fonde sa requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Thomas Lubanga sur l'article 25§3(a) StCPI, il justifie le recours au mécanisme de la commission conjointe par « l'*intention partagée* par Thomas Lubanga et tous les autres co-auteurs de recruter des enfants de moins de quinze ans et de les utiliser au combat »²⁶² ainsi que par la « coordination de leurs efforts afin de *poursuivre leur but commun*, jouissant alors d'un *contrôle conjoint sur l'exécution du plan commun* »²⁶³. Cette première approche de la commission conjointe se veut donc

²⁵⁹ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 483. Voir également *infra* §131.

²⁶⁰ TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, préc., Arrêt, §189.

²⁶¹ *Ibid.*, §190.

²⁶² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58, 10 février 2006, §107 : « Based on the *intent shared* by Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda and all other joint perpetrators to recruit children under the age of fifteen and to use them in combat, they, in *pursuing their common goal*, coordinated their efforts, enjoying *joint control over the execution of their common plan* » (nous soulignons). Nous relevons que nous ne pouvons mentionner la version française de cette décision car elle ne reprend pas *in extenso* l'argument avancé par le Procureur (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, 20 février 2006, §93).

²⁶³ *Ibid.*.

prudente, puisqu'elle reprend clairement les éléments d'un raisonnement propre à l'entreprise criminelle commune en plaçant l'intention du participant au cœur du mécanisme d'imputation ; si cette prudence s'explique par la nouveauté de l'exercice, elle prête cependant à confusion non seulement parce que l'entreprise criminelle commune est depuis toujours un mécanisme controversé, mais surtout parce que ce raisonnement centré sur l'intention des participants sert ici la démonstration de leur emprise conjointe sur l'exécution du crime. En définitive, ce que le Procureur désigne formellement comme relevant d'une commission conjointe fondée sur une emprise sur le crime s'avère en substance être une « articulation de la théorie du but commun »²⁶⁴, soit de l'entreprise criminelle commune ; il semble possible dès lors d'y voir, au-delà d'une confusion, une véritable assimilation de théories distinctes.

Un premier éclaircissement est apporté par la Chambre Préliminaire I lorsqu'elle se saisit de cette requête. Sans rejeter expressément les arguments tirés de l'intention des participants, les juges affichent clairement leur volonté de fonder leur raisonnement sur une approche singulière de la commission conjointe, reposant davantage sur cet élément d'emprise sur l'exécution du crime. À cette fin, ils insistent sur la position hiérarchique qu'occupait l'accusé au moment des faits en relevant notamment qu'il exerçait « une autorité *de facto* correspondant à ses fonctions de premier et unique Président de l'U[nion] [des] P[atriotes] C[ongolais] et de commandant en chef des F[orces] P[atriotiques] [de] L[ibération] [du] C[ongo] »²⁶⁵. L'emprise sur le crime ainsi déduite de cette position d'autorité, les juges concluent à la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé dont la responsabilité pénale doit être envisagée sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI au titre de la commission conjointe.

Malgré l'effort de clarté de la Chambre Préliminaire I dans son approche de la commission conjointe, le Procureur persiste, dans son Document de notification des charges, à y associer un raisonnement reposant sur l'intention des participants à l'infraction ; il mentionne en effet qu'« en se fondant sur *les intentions partagées* par [l'accusé] et les autres coauteurs de procéder à l'enrôlement et à la conscription d'enfants de moins de 15 ans et de les utiliser dans des hostilités, il a, en poursuivant ce but commun,

²⁶⁴ L. Yanev, T. Kooijmans, « Divided minds in the Lubanga trial judgment : a case against the joint control theory », *ICLR*, 2013, p. 793.

²⁶⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, §95. La Cour relève également à cette fin que l'accusé « avait le dernier mot concernant l'adoption et la mise en œuvre des politiques/pratiques de l'UPC/FPLC – groupe armé organisé hiérarchiquement » et ajoute qu'il « avait conscience de son rôle unique au sein de l'UPC/FPLC et en usait activement ».

coordonné leurs efforts et contrôlé l'exécution du plan commun »²⁶⁶. Cependant, le Procureur reprend à son compte l'argument de la Chambre Préliminaire I tiré de la position d'autorité occupée par l'accusé puisqu'il relève qu'« en tant qu'acteur principal, en raison de ses fonctions de Président de l'U[nion] [des] P[atrites] C[ongolais] et de commandant en chef des F[orces] P[atriotiques] [de] L[ibération] [du] C[ongo] , [il] a assumé un rôle général de coordination en fournissant le cadre organisationnel, infrastructurel et logistique »²⁶⁷ ; plus encore, il ajoute que Thomas Lubanga « a mis son autorité au service du but commun de diverses manières », notamment en inspectant « à de nombreuses reprises différents camps d'entraînement des F[orces] P[atriotiques] [de] L[ibération] [du] C[ongo] afin d'encourager les enfants et de les préparer au combat »²⁶⁸. Ainsi, bien que plus discrète, l'empreinte de l'entreprise criminelle commune dans l'appréhension de la commission conjointe reste palpable ; ce n'est véritablement qu'à l'occasion des débats lors de l'audience portant sur les charges que l'Accusation affirme clairement que « la coaction visée à l'article 25§3(a) StCPI du Statut diffère de celle de coaction fondée sur l'existence d'une entreprise criminelle commune ou d'un but commun, retenue notamment dans la jurisprudence du TPIY »²⁶⁹ et se fonde sur une approche nouvelle, reposant essentiellement sur cet élément d'autorité et d'emprise sur la réalisation du crime²⁷⁰.

Approuvée tant par les juges de la Chambre préliminaire I²⁷¹ que la Chambre de première instance I²⁷² et la Chambre d'appel²⁷³, cette dernière conception, plus fonctionnelle, paraît aujourd'hui s'imposer durablement comme l'unique lecture admise de la commission conjointe aux termes de l'article 25§3(a) StCPI.

34. Une nouvelle conception de la commission conjointe. C'est donc progressivement, à force d'hésitations et de tâtonnements, qu'une conception nouvelle de la commission conjointe s'est imposée, rompant définitivement avec celle de l'entreprise

²⁶⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-356-Anx4, Chambre Préliminaire I, Document de notification des charges, Article 61§3(a), 28 août 2006, §21.

²⁶⁷ *Ibid.* §22.

²⁶⁸ *Ibid.*.

²⁶⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-755-Conf-Anx, Document de l'Accusation relatif aux questions débattues à l'audience de confirmation des charges, 4 décembre 2006, §§31-32.

²⁷⁰ *Ibid.* §38-41.

²⁷¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §326 et s..

²⁷² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §917 et s..

²⁷³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §466 et s..

criminelle commune. S'agissant de cette dernière, il convient de souligner la minutie avec laquelle les juges ont pris soin de l'exclure de toute interprétation des dispositions du Statut susceptibles de permettre sa déduction au sein de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, le concept est non seulement évincé du champ de l'article 25§3(a) StCPI, mais il l'est également de celui de l'article 25§3(d) StCPI dont les contours indéfinis renvoient à « une forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance au sens des alinéas b) ou c) de l'article 25§3 du Statut, en raison de l'état d'esprit dans lequel elles ont été apportées »²⁷⁴. Dès lors, l'étendue de la commission conjointe ne doit se comprendre qu'au seul prisme de l'article 25§3(a) StCPI.

Reposant sur « le principe de la division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée », cette nouvelle conception de la commission conjointe suppose que puisqu'« aucune de ces personnes ne détien[t] le contrôle d'ensemble de l'infraction parce qu'elles dépendent toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle car chacune d'elles pourrait compromettre la commission du crime si elle n'exécutait pas sa tâche »²⁷⁵. Ainsi, l'élément central de la commission conjointe reste l'existence d'un accord liant plusieurs individus, notamment car il « justifie les attributions réciproques des contributions de chaque participant dont la somme coordonnée formera l'élément objectif du crime »²⁷⁶. La nouveauté est apportée par cet élément de « contrôle » avancé par les juges puisqu'il détermine désormais le degré d'importance nécessaire de la contribution au crime pour considérer un participant comme un auteur conjoint. Cet élément de contrôle signifie ainsi que, « dans le cadre de l'accord, la contribution individuelle est telle que sans elle le crime ne serait pas engagé ou serait commis d'une manière significativement différente »²⁷⁷.

35. Cette approche résolument nouvelle de la commission conjointe rappelle que, dans l'hypothèse d'une pluralité de participants à la commission d'un crime, la question de

²⁷⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §337. M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 483.

²⁷⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §342 ; dans la même affaire, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, préc., §922.

²⁷⁶ CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges, 11 décembre 2014, §134.

²⁷⁷ *Ibid.*, §135.

savoir si un individu a « commis » ce crime ne peut trouver réponse dans la seule référence à sa proximité avec la réalisation matérielle dudit crime. Au contraire, une évaluation normative du rôle du participant s'avère essentielle dans de telles circonstances²⁷⁸ ; c'est précisément cette voie que les juges ont choisi de suivre en faisant de cet élément de contrôle, la caractéristique déterminante de la commission conjointe.

II. La commission conjointe indirecte

36. Une création prétorienne. Alors que l'article 25§3(a) StCPI ne semblait envisager que trois formes de participation principale, les juges ont retenu « une interprétation dynamique et effective de la disposition »²⁷⁹ pour faire émerger une quatrième forme de participation principale, la commission conjointe indirecte²⁸⁰. À l'occasion de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*²⁸¹, la Chambre préliminaire I relève en effet que l'article 25§3(a) StCPI présente une alternative en utilisant la conjonction disjonctive « ou » lorsqu'il énumère les modes de participation principale²⁸². Selon les juges, « cette conjonction peut prendre deux sens – l'un dit faible présentant une alternative inclusive, et l'autre dit fort présentant une alternative exclusive »²⁸³. En optant pour le premier sens, il est dès lors possible « d'un point de vue strictement textuel [...] de mettre en cause la responsabilité pénale d'une personne pour avoir conjointement commis un crime perpétré par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes »²⁸⁴. S'aventurant clairement en « terrain inconnu »²⁸⁵, la Cour révèle de la sorte une forme inédite de

²⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §473.

²⁷⁹ CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §289.

²⁸⁰ Un auteur désigne ce mécanisme par l'expression « coaction par perpétration indirecte » (G. Mabanga, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », *op. cit.*, p. 1037).

²⁸¹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, §491.

²⁸² Pour mémoire, la disposition prévoit qu'« une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable » (nous soulignons).

²⁸³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §491. Les juges précisent à ce propos que « l'alternative inclusive permet la réalisation soit d'un élément de l'alternative, soit de l'autre, voire des deux, tandis que l'alternative exclusive permet la réalisation soit d'un élément de l'alternative, soit de l'autre, mais pas des deux ».

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 59. Il est d'ailleurs étonnant de constater sur ce point, qu'aucun commentaire doctrinal du Statut de Rome n'a envisagé une telle lecture de l'article 25§3(a) StCPI avant la décision de confirmation des charges dans l'affaire Katanga et Ngudjolo Chui (notamment : A. Cassese, P.

commission combinant les éléments de la commission indirecte et ceux de la commission conjointe directe, évoquant à ce sujet « une fusion des deux modes de participation en conformité avec les règles relatives à l'interprétation des traités »²⁸⁶. Lui préférant le terme d'« hybridation », Gerhard Werle et Boris Burghardt identifient sur cette base deux caractéristiques propres aux mécanismes originels fondant ce croisement singulier ; ainsi, « l'élément de la coaction consisterait dans le fait que deux ou plusieurs personnes conviennent ensemble de commettre un crime » – soit l'existence d'un plan commun – et, l'élément de la commission indirecte se manifesterait au stade de l'exécution matérielle « dans la mesure où l'un des coauteurs fait exécuter sa contribution à la réalisation du plan par un ou plusieurs exécutants directs »²⁸⁷. Dès lors, de cette « conjugaison de la responsabilité individuelle, liée à la commission de crimes par l'intermédiaire d'autres personnes, avec l'attribution mutuelle de crimes entre les coauteurs de haut rang, se dégage une forme de responsabilité qui fournit à la Cour un instrument bien adapté pour évaluer la responsabilité des “hauts dirigeants” »²⁸⁸.

Fortement dénoncée pour son opportunisme et ses incohérences pratiques²⁸⁹, cette interprétation de l'article 25§3(a) StCPI peut également soulever des interrogations quant à sa pertinence. En effet, la lecture et l'analyse des faits des premières décisions se fondant sur le mécanisme de la coaction indirecte permettent de s'interroger sur le bien-fondé de cette forme de participation principale. Plaidant en faveur de sa pleine utilité, Gerhard Werle et Boris Burghardt suggèrent à cette fin d'envisager l'appréhension de la coaction

Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome I, 2002, p. 767 et s. ; K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, München, Beck – Hart – Nomos, 2è éd., 2008, p. 743 et s. ; W. Schabas, *The international criminal court – A commentary on the Rome Statute*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 421 et s.).

²⁸⁶ CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, préc., Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61(1)(a) and (b) of the Rome Statute, §289.

²⁸⁷ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §492.

²⁸⁹ Voir *infra* §113. Ces critiques émergent tant des juges (voir principalement l'opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui* ; CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012) que de la doctrine (voir notamment, K. Ambos, *op. cit.*, p. 755 : « It is not clear from the English original wording if “that other person” refers to both coperpetration and perpetration by means or only to the latter. The travaux préparatoires do not offer an explanation, since the problem was simply not addressed in Rome. The French (“celle-ci”) and Spanish (“este”) versions indicate, however, that the reference applies only to the intermediary. [...] in the case of coperpetration, all persons involved fulfill a certain function and are, therefore, criminally responsible. Thus, the reference cannot apply to coperpetration ». Voir également : S. Manacorda, C. Meloni, « Indirect perpetration versus joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of international criminal law? », *JICJ*, 2011, p. 171 et s. ; J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control-theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 734 et s.).

indirecte dans le prolongement des mécanismes existants : d'une part, en la concevant comme une « commission conjointe indirecte », variante de la commission conjointe et d'autre part, en l'envisageant comme une « commission indirecte conjointe », variante de la commission indirecte²⁹⁰.

37. La commission conjointe indirecte, variante de la commission conjointe. Les premiers développements dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* proposent une illustration caractéristique de cette approche du mécanisme. Au cours de l'audience de confirmation des charges²⁹¹, les juges relèvent que les deux accusés étaient à la tête de deux milices indépendantes – la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri (FRPI) pour Germain Katanga et le Front des Nationalistes Intégrationnistes (FNI) pour Mathieu Ngudjolo Chui – ayant commis de nombreux crimes de guerre et crimes contre l'humanité lors de l'attaque du village de Bogoro en février 2003. Plus précisément, les juges affirment que cette position leur permettait d'assurer, au moment de l'attaque, un commandement effectif²⁹² sur leurs subordonnés conformément à la structure de commandement des milices²⁹³ et, qu'en raison de l'existence d'un plan commun²⁹⁴ entre eux, les deux accusés exerçaient un contrôle commun²⁹⁵ sur le déroulement des crimes.

Dans cette affaire, l'existence de deux structures hiérarchiques, chacune dominée par l'un des accusés et indépendante l'une de l'autre, rend possible la démonstration de deux commissions indirectes parallèles et indépendantes – chacun des accusés étant responsable des crimes commis par leurs propres subordonnés, sans que puissent leur être imputés les crimes des exécutants sur lesquels ils n'avaient aucune emprise. Pour que cette

²⁹⁰ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.* p. 61-63. Voir également, G. Werle, F. Jessberger, *Principles of international criminal law*, 3^e éd., OUP, 2014, p. 211-213.

²⁹¹ Nous soulignons ici que, par la suite, les juges renonceront à appliquer le mécanisme de la coaction indirecte et disjoindront les deux affaires (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21 novembre 2012). Mathieu Ngudjolo Chui sera définitivement acquitté des charges portées à son encontre (CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Chambre d'appel, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", 27 février 2015) et Germain Katanga sera condamné en tant que complice sur le fondement de l'article 25§3(d) StCPI (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014). Il convient de relever ici que la condamnation de Germain Katanga est définitive depuis le 25 juin 2014, date à laquelle la Défense et l'Accusation se sont désistées de leurs appels.

²⁹² CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §540.

²⁹³ *Ibid.*, §543.

²⁹⁴ *Ibid.*, §548.

²⁹⁵ *Ibid.*, §561.

attribution mutuelle soit possible, il faut en effet que les éléments de la commission conjointe soient réunis, à savoir l'existence d'un plan criminel commun, l'exercice d'un contrôle commun sur la réalisation de ce plan ainsi qu'une contribution respective significative. En l'espèce, l'attaque coordonnée du village constituait ce plan commun et les éléments probatoires relevés par les juges permettaient, à ce stade de la procédure, de retenir tant l'exercice de ce contrôle que l'importance équivalente des contributions des deux accusés à la réalisation de ce plan. Ainsi, comme le soulignent Gerhard Werle et Boris Burghardt, « le fait que les contributions de Katanga et Chui soient indirectes en ce qu'ils ont agi par l'intermédiaire des membres de leur milice ne fait pas de différence »²⁹⁶ ; c'est davantage la coopération dans l'action qui est au cœur de cette configuration factuelle : chacune des contributions s'avère essentielle voire indispensable à la réalisation du plan, l'intervention d'un intermédiaire exécutant n'étant qu'un moyen d'y parvenir. Ainsi, puisque sans cette attribution mutuelle l'imputation aurait été impossible, le mécanisme mis en place par les juges serait une « évolution logique et pratique de la théorie de la coaction »²⁹⁷.

38. La commission indirecte conjointe, variante de la commission indirecte.

S'aventurant également dans la démonstration de l'existence d'une coaction indirecte, l'affaire *Al Bashir*²⁹⁸ en expose cependant un versant différent. En effet, si les faits à l'origine de cette démonstration présentent des caractéristiques similaires avec l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, ils révèlent cependant le poids déterminant joué par l'exécution indirecte des crimes. En l'espèce, il est reproché à l'accusé d'avoir décidé, en tant que Président du Soudan et avec d'autres membres du Gouvernement soudanais, d'un plan commun²⁹⁹ de répression et de démantèlement des groupes rebelles comprenant notamment la destruction systématique des zones d'habitat des tribus insurgées et leur expulsion de ces territoires. À cet effet, les juges relèvent qu'il existe des motifs raisonnables de croire, d'une part, « qu'Omar Al Bashir et d'autres dirigeants politiques et militaires soudanais de haut rang ont dirigé de manière coordonnée les branches de "l'appareil d'État" du Soudan

²⁹⁶ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 61.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 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, 4 mars 2009 ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009.

²⁹⁹ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., 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, §214.

qu'ils supervisaient, afin que celles-ci mettent conjointement en œuvre le plan commun »³⁰⁰ et, d'autre part, « qu'Omar Al Bashir a joué un rôle essentiel dans la coordination de la conception et de la mise en œuvre du plan commun »³⁰¹.

La configuration factuelle apparaît, avec une certaine évidence, bien différente de celle illustrée précédemment. En effet, il est reproché à l'ancien Président soudanais Omar Al Bashir d'avoir joué un rôle prépondérant au sein d'un organe collectif de pouvoir dans l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan commun dont l'objectif était de faire commettre des crimes par des intermédiaires exécutants. Alors que l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui* illustre l'hypothèse de deux commissions indirectes commises conjointement, l'affaire *Al Bashir* dépeint davantage celle d'une commission conjointe qui trouve sa réalisation au moyen d'intermédiaires exécutants. L'enjeu d'une telle configuration factuelle semble en effet ne pas être celui de la recherche d'une attribution mutuelle comme dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, mais plutôt celui de la recherche de l'auteur derrière l'auteur³⁰². La raison réside essentiellement dans le fait que si l'exercice du contrôle de l'exécution du crime trouve naturellement son origine dans la coopération d'Al Bashir avec les membres du Gouvernement, il ne peut véritablement se réaliser qu'à travers l'instrumentalisation de l'appareil d'État soudanais. La preuve des éléments de coopération, inhérente au fonctionnement même de l'organe collégial de gouvernement, paraît alors moins déterminante pour l'opération d'imputation que celle de l'élément d'instrumentalisation ; partant, la coaction indirecte s'apparenterait davantage à une variante de la commission indirecte.

Toutefois, la preuve de ces éléments de coopération s'avère indispensable, notamment car cette configuration n'est pas sans rappeler celle précédemment exposée de la commission indirecte envisageant la responsabilité de l'agent intermédiaire³⁰³. La distinction entre les deux mécanismes apparaît d'ailleurs complexe puisqu'elle réside, comme le soulève justement la Juge Anita Ušacka, dans la délicate preuve du siège du contrôle³⁰⁴. En effet, puisque dans les deux hypothèses l'exercice du contrôle sur l'exécution du crime passe par le contrôle de l'appareil de pouvoir, seul un contrôle partagé

³⁰⁰ *Ibid.*, §216.

³⁰¹ *Ibid.*, §221.

³⁰² Voir précédemment §28.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Opinion individuelle et partiellement dissidente de la Juge Anita Ušaka jointe à CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., 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, §104.

entre tous les auteurs conjoints devrait permettre de caractériser cette variante de la coaction indirecte³⁰⁵.

39. Un mécanisme trop ambitieux ? Qu'elle prenne la forme d'une variante de la commission conjointe ou d'une variante de la commission indirecte, la coaction indirecte trouve théoriquement sa pleine utilité³⁰⁶ en permettant de mettre en évidence la spécificité du concours de plusieurs individus à faire commettre des crimes par autrui. Ainsi, il n'est pas surprenant de constater, dans la pratique, sa large utilisation dès les premiers stades de la procédure : à ce jour, sur les neuf citations à comparaître et la quarantaine de mandats d'arrêts émis par la Cour, vingt-six ont visé³⁰⁷ ou visent encore³⁰⁸, plus ou moins explicitement, la participation de l'individu en tant que coauteur indirect. Cette forte sollicitation au stade préliminaire a pu trouver un écho relatif par la suite : si plusieurs décisions de confirmation des charges³⁰⁹ ont retenu cette forme de participation, seules

³⁰⁵ En l'absence d'élément probatoire en ce sens, la Juge Anita Ušacka « refuserai[t] de conclure qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'Omar Al Bashir est responsable par coaction et délivrera[t] uniquement un mandat d'arrêt fondé sur la forme de responsabilité alléguée par l'Accusation, à savoir la perpétration indirecte », *ibid.*. Voir également, S. Manacorda, C. Meloni, « Indirect perpetration versus joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of international criminal law? », *JICJ*, 2011, p. 174-175. Cette question du siège du contrôle sera davantage analysée *infra* §112.

³⁰⁶ S. Manacorda, C. Meloni, *op. cit.*.

³⁰⁷ Notamment : concernant la situation en République Démocratique du Congo, à l'encontre de Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Sylvestre Mudacumura ; concernant la situation au Darfour, Soudan, à l'encontre de Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda Abakaer Nourain, Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman et Abdel Raheem Muhammad Hussein ; concernant la situation en Libye, à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi et Abdullah Al-Senussi ; concernant la situation au Kenya, à l'encontre de William Samoe Ruto, Uhuru Muigai Kenyatta et Francis Kirimi Muthaura ; concernant la situation en Côte d'Ivoire, à l'encontre de Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé ; concernant la situation au Mali, à l'encontre de Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud ; concernant la situation en République Centrafricaine, à l'encontre de Patrice-Edouard Ngaïssona, et à l'encontre de Mahamat Saïd Abdel Kani.

³⁰⁸ Trois mandats d'arrêts visant la coaction indirecte sont actuellement en attente d'exécution : concernant la situation au Darfour, Soudan, à l'encontre de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, et à l'encontre de Abdel Raheem Muhammad Hussein ; concernant la situation en Lybie, à l'encontre de Saïf Al-Islam Gaddafi. Signalons également, concernant la situation en Côte d'Ivoire, le mandat d'arrêt émis à l'encontre de Simone Gbagbo mais finalement annulé par la Chambre Préliminaire II le 19 juillet 2021.

³⁰⁹ Ce fut initialement le cas dans l'affaire *Katanga et Chui* précitée et dans l'affaire *Ruto*. S'agissant de cette dernière, la Chambre Préliminaire était parvenue à la conclusion qu'il existait des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que l'accusé avait, conjointement avec d'autres membres de l'organisation et par l'intermédiaire d'autres personnes, au sens de l'article 25§3(a) du Statut, commis des meurtres constitutifs de crime contre l'humanité (CPI, *Le Procureur c. William Samoe Ruto*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §282 et s.). Les charges ont cependant été annulées par la suite pour manque de preuve ; l'accusé n'a pas pour autant été acquitté comme le demandait la Défense et cette décision n'empêche pas de futures poursuites (CPI, *Le Procureur c. William Samoe Ruto*, ICC-01/09-01/11, Chambre d'Instance V(A), Décision on Defence applications for judgements of acquittal, 6 avril 2016). Seules deux affaires ont vu leurs charges confirmées sur ce fondement. D'une part, l'affaire visant Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé dont les affaires ont été jointes le 11 mars 2015 : CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, §241 ; CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-

deux condamnations ont été prononcées³¹⁰ sur son fondement, notamment en raison du décès de certains accusés³¹¹, du retrait³¹² ou la non-confirmation³¹³ des charges ou de l'acquittement³¹⁴ décidé dans certaines affaires.

Cette création prétorienne serait-elle trop ambitieuse ? L'attrait théorique cache des obstacles dans sa réalisation pratique, justifié essentiellement par des difficultés sur le plan probatoire. Les suites de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*³¹⁵ sont d'ailleurs très révélatrices des difficultés à rassembler les éléments de preuve de la coaction indirecte. Ainsi, face à l'impossibilité d'établir le degré nécessaire de contrôle pour les deux accusés, la Chambre préliminaire II décide la disjonction des charges et suggère la requalification du mode de poursuite à l'encontre de Germain Katanga sur le fondement de l'article 25§3(d)(ii) StCPI, à savoir la complicité de commission d'un crime par un groupe agissant

02/11, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §158. D'autre part, l'affaire visant Dominic Ongwen pour la majorité des chefs d'accusation dont le viol en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité (§118 et s.), le mariage forcé en tant que crime contre l'humanité (§118 et s.) ou encore la conscription et l'utilisation d'enfants soldats en tant que crime de guerre (§125 et s.) : CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §157 et s..

³¹⁰ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Jugement, 8 juillet 2019 ; confirmé en appel, CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Appeals Court, Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 mars 2021.

Également, CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre de Première instance IX, Trial Judgement, 4 février 2021.

³¹¹ La procédure a été avortée pour cette raison dans les affaires *Le Procureur c. Saleh Muhammed Jerbo Janus* et *Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*.

³¹² La Chambre de Première instance V a ainsi mis fin à la procédure dans l'affaire Kenyatta, suite au retrait des charges et de la citation à comparaître par l'Accusation. CPI, *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, Chambre de Première instance V, Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta, 13 mars 2015. Également, dans la même affaire, CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Mathura*, ICC-01/09-02/11, Prosecution notification of withdrawal of the charges against Francis Kirimi Muthaura, Chambre de Première instance V, 11 mars 2013.

³¹³ A l'encontre de Henri Kiprono Kosgey, CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012.

³¹⁴ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, Motifs de la décision rendue oralement le 15 janvier 2019 relativement à la « Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquittement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée », et à la requête en insuffisance des moyens à charge présentée par la Défense de Charles Blé Goudé, 16 juillet 2019. Acquittement confirmé en appel, CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15 A, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la Chambre de première instance I concernant les requêtes en insuffisance des moyens à charge, 31 mars 2021.

Également, CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012. Voir les développements ci-après.

³¹⁵ Pour des développements plus approfondis sur la question de la coaction indirecte dans l'affaire *Katanga et Chui*, voir *infra* §111 et s..

de concert³¹⁶ ; la Chambre de première instance II emprunte d'ailleurs cette dernière voie pour entrer en voie de condamnation à l'encontre de l'accusé³¹⁷. De la même manière, l'imputation comme coauteur indirect sera abandonnée à l'encontre de Mathieu Ngudjolo Chui qui sera définitivement acquitté des charges retenues contre lui³¹⁸.

Aussi pertinent et attractif qu'il peut paraître, le mécanisme échoue à satisfaire l'ambition initiale des juges par sa difficile caractérisation. Loin de faire l'unanimité³¹⁹, il fait l'objet de virulentes critiques au sein même des Chambres ; la Juge Christine van den Wyngaert a ainsi dénoncé une interprétation expansive de l'article 25§3(a) StCPI, affirmant

³¹⁶ La Cour prononce la disjonction des charges dans l'unique objectif de modifier la qualification de l'un des modes de responsabilité retenu à l'encontre de Germain Katanga. Les juges décident, au vu des éléments de preuve avancés par la Défense, notamment le fait que l'accusé avait mis l'accent sur sa contribution en tant que coordinateur à la préparation de l'attaque du village de Bogoro, que la responsabilité de ce dernier doit être envisagée sur le fondement de l'article 25§3(d)(ii) StCPI. CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, §5-7. Cette requalification est toutefois fortement dénoncée dans l'opinion dissidente jointe de la Juge Christine van den Wyngaert qui relève une absence de faits probants la justifiant : « As the Majority does not explain on the basis of which facts it proposes to apply Article 25(3)(d)(ii), it is not possible for me to make very specific comments on this point. However, I am in no doubt that the Majority's proposed migration to Article 25(3)(d)(ii) inevitably forces it to engage in extensive factual acrobatics in order to find sufficient factual support in the Confirmation Decision to meet the elements of this new form of criminal responsibility » (§21). Pour une critique plus générale de la requalification et ses conséquences sur les garanties procédurales, voir : M. Klinkner, « Is all fair in love and war crimes trials ? Regulation 55 and the Katanga case », *ICLR*, 2015, p. 396 et s. ; A. Aumaître, *Le dossier de la procédure devant la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 311 et s..

³¹⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut. S'intéressant à l'aspect indirect de sa participation, les juges parviennent à démontrer que Katanga occupait bien la position la plus élevée au sein de la milice *ngiti* mais, en l'absence d'une chaîne de commandement centralisée et effective, ils échouent à démontrer, au delà de tout doute raisonnable, que l'accusé « exerçait, à ce moment, un contrôle sur cette milice, de telle sorte qu'il puisse exercer un contrôle sur le crime au sens de l'article 25§3(a) du Statut » (§1420). Toutefois, les éléments factuels probatoires leur permettent de caractériser les éléments constitutifs de la forme de complicité prévue à l'article 25§3(d) StCPI (§1652 et s. ; voir *infra* §133) Voir également R. Nollez-Goldbach, « Second verdict of culpability of the Cour pénale internationale dans l'affaire *Katanga* », *JCP G*, 2014, p. 624.

³¹⁸ Les juges estiment en effet, lors de son jugement, qu'il n'existe pas « de preuve qu'il était chef des combattants *lendu* ayant participé à l'attaque de Bogoro » et que « le rôle qu'il jouait (...) ne permet en aucun cas de retenir ni même d'envisager la forme de commission indirecte (...) quelque soit l'interprétation que l'on donne à l'article 25§3(a) du Statut » ; ils estiment, par conséquent, qu'il n'est pas « nécessaire d'analyser les éléments de la coaction retenus par la Chambre préliminaire » (CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §111). Voir également, G. Bitti, « Chronique de droit pénal international », *RSC*, 2013, p. 962.

Le mécanisme d'imputation n'étant pas directement visé par les motifs de l'appel formulé par l'Accusation, la décision rendue par la Chambre d'appel confirmera l'acquittement sans s'interroger spécifiquement sur le rôle de l'accusé (CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Judgement on the Prosecutor's appeal...). Sur la question de la norme d'administration de la preuve à l'origine de l'appel, voir particulièrement M. Ramsden, C. Chung, « "Reasonable grounds to believe" – An unreasonably unclear evidentiary threshold in the ICC Statute », *JICJ*, 2015, p. 555 et s. ; O. Schaub, « Arrêt d'appel dans l'affaire *Ngudjolo Chui* : l'attachement de la CPI à l'établissement de la vérité judiciaire », *Droit pénal*, 2015, p. 33.

³¹⁹ Kai Ambos affirme d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'un quatrième mécanisme d'attribution mais de résultat d'un « coincidence factuelle de deux formes admises de participation ». K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer, K. Ambos, *Rome Statute of the International criminal court – A commentary*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 997.

que ce concept n'a pas sa place dans le Statut et qu'il est incompatible avec le principe de légalité³²⁰. Au-delà des obstacles sur le plan probatoire, c'est donc à un véritable exercice de légitimité auquel doivent se soumettre désormais les Chambres de Première instance³²¹.

40. Conclusion du Chapitre 1 : le potentiel inexploité de l'étendue objective de la participation principale. Qu'elles soient explicitement prévues par le Statut ou le fruit d'une construction prétorienne, les diverses formes de la commission permettent d'envisager la participation principale dans toute sa dimension, par le prisme d'une perspective à la fois horizontale et verticale. Malgré un contenu textuel peu descriptif, l'étendue objective de la participation principale s'avère finalement circonscrite : guidée tant par une logique d'autonomie qu'une logique de solidarité, elle parvient en effet à appréhender et à refléter, à travers toutes ces formes, la réalité de la criminalité de système. Son manque de réalisation pratique reste cependant regrettable tant son potentiel théorique offre de possibilités. Si l'approche normative retenue pour déterminer la commission conjointe sert incontestablement l'efficacité du mécanisme, l'évaluation et la pondération des éléments factuels de participation s'avèrent en revanche délicates lorsqu'elles concernent les autres modes d'imputation. Ainsi, malgré une exhaustivité théorique sensiblement aboutie, les difficultés sur le plan probatoire rendent difficiles la pleine exploitation de l'étendue objective de la participation principale.

³²⁰ Selon elle, l'interprétation de la Cour autorise une combinaison incohérente des formes de responsabilité pénales puisqu'elle offre la possibilité de confirmer les charges sur le fondement de la coaction indirecte alors qu'il est impossible de les confirmer sur le fondement ni de la commission conjointe, ni de la commission indirecte. Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., §60-64, particulièrement §63. Elle renouvellera d'ailleurs sa vive opposition dans une opinion partiellement dissidente à l'occasion de l'affaire *Blé Goudé* ; CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §5. De la même manière et sans surprise, le mécanisme est également dénoncé par les avocats de la Défense, comme à l'occasion de l'affaire *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, lorsqu'ils affirment que les trois variantes de la commission s'excluent mutuellement et que « si les auteurs du Statut avaient voulu y inclure un quatrième mode de responsabilité pénale, ils l'auraient fait de manière explicite », CPI, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Chambre Préliminaire I, Confirmation of charges hearing, 28 octobre 2009, p. 50.

³²¹ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Jugement, 8 juillet 2019, §764 et s. ; CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre de Première instance IX, Trial Judgement, 4 février 2021, §2786 et s., §2850 et s., §2909 et s., §3088 et s., §3105 et s..

Chapitre 2. La large instabilité de l'étendue subjective

41. L'analyse d'une étendue subjective de la participation principale pourrait, de prime abord, surprendre. En effet, d'une part, la participation principale, en tant que mécanisme d'imputation de l'infraction, se conçoit avant tout de manière objective³²², l'attribution de l'acte s'entendant *a priori* comme une opération matérielle de rattachement de l'infraction à l'individu. D'autre part, l'article 25 StCPI, qui organise formellement l'ensemble des mécanismes d'imputation de l'infraction, ne prévoit à l'évidence aucun élément de nature subjective.

Pourtant, les juges ont affirmé très tôt que « pour qu'il y ait commission, les suspects doivent satisfaire aux éléments subjectifs des crimes qui leur sont reprochés »³²³. L'absence d'une définition claire de la notion de commission pourrait conduire à penser que le terme ici visé par les juges est employé de manière générique, en écho à la notion de responsabilité, et qu'il ne s'agit pas de la commission *stricto sensu* définie par l'article 25§3(a) StCPI. Or, cette affirmation trouve sa place au cœur de développements consacrés aux formes de participation à l'infraction. En outre, une lecture attentive des tables des matières de diverses décisions permet de constater que l'analyse des éléments subjectifs des crimes intervient systématiquement au cours de l'analyse des « formes de responsabilité »³²⁴, voire au cours de l'analyse des éléments caractéristiques de l'article 25§3(a) StCPI³²⁵, alors que l'analyse des éléments objectifs des crimes est effectuée dans un paragraphe indépendant. Il semblerait dès lors que les juges font de cette composante de l'infraction, une composante de l'imputation.

³²² Carl-Friedrich Stuckenberg précise à juste titre que « there is no subjective imputation because all imputation, by its very nature, is objective. Subjective or mental elements are relevant only as indicators of the objective degree of a person's law-abidingness or lack thereof ». C.-F. Stuckenberg, « Problems of "subjective imputation" in domestic and international criminal law », *JICJ*, 2014, p. 311.

³²³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §527.

³²⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges.

³²⁵ CPI, *le Procureur c. Charles Blé Goudé*, préc., Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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.

Sans pour autant envisager l'idée d'une « imputation subjective »³²⁶, il paraît donc pertinent de s'intéresser à cet aspect de la participation principale empruntant à l'infraction (Section 1) et de tenter d'en dégager, malgré les controverses, les contours (Section 2)³²⁷.

Section 1. Par l'emprunt à l'infraction

42. L'absence d'inscription à l'article 25§3(a) StCPI d'une composante subjective de la participation principale n'a pourtant pas empêché les juges de révéler son existence. En affirmant que « pour pouvoir être reconnu pénalement responsable en tant qu'auteur direct, l'accusé doit, notamment, réunir les éléments psychologiques de l'article 30 du Statut de la Cour pénale internationale »³²⁸, les juges établissent clairement un lien entre le mécanisme d'imputation et les éléments subjectifs de l'infraction. Plus encore, en admettant que « le concept de coaction ou de commission conjointe (...) comporte des éléments objectifs aussi bien que subjectifs »³²⁹, les juges opèrent un véritable emprunt à l'infraction pour affirmer l'existence d'une composante subjective à la participation principale. Malgré la confusion qui s'en dégage, il ne semble pas si surprenant que le mécanisme d'imputation emprunte à son objet ; loin d'être immuables, les frontières se meuvent pour servir la logique du raisonnement juridique. L'analyse de l'article 30 StCPI s'avère ainsi indispensable à l'appréhension de ce lien entre la participation principale et l'infraction. Au-delà de proposer un contenu à cette composante subjective (I), le texte repose sur une mécanique singulière justifiant l'existence même de cet emprunt (II).

I. Le contenu de l'article 30 StCPI

43. Pour la première fois en droit international pénal, une prescription statutaire prévoit une définition générale de l'élément psychologique requis, ou *mens rea*, pour

³²⁶ Voir *supra* §5. Voir également : C.-F. Stuckenberg, *op. cit.*, p. 311 et s..

³²⁷ L'idée n'est pas ici d'envisager une analyse approfondie de l'élément moral des infractions visées par le Statut de Rome mais de relever et définir les éléments pertinents à l'appréhension de ce lien entre l'imputation et l'infraction, ainsi que de fournir une grille de lecture compréhensive pour la suite de nos développements. Pour une étude complète voir notamment M. E. Badar, *The concept of mens rea in the international criminal law – The case for a unified approach*, Hart Publishing, 2015, 495 pages.

³²⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement, §1413.

³²⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §349.

retenir la responsabilité pénale d'un individu³³⁰. L'article 30§1 StCPI établit en effet un standard, un élément psychologique commun, applicable à tous les crimes prévus par la Statut. Le texte précise ainsi que « sauf disposition contraire, 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 ». Cette rédaction explicite paraît dès lors, *a priori*, mettre fin à un long débat entourant la notion de *mens rea*³³¹ ; pourtant, les éléments contenus dans le texte (A) connaissent une interprétation compréhensive de la part du juge (B).

A. Le texte : l'intention et la connaissance

44. Structure. Malgré l'effort de codification et de standardisation³³² entrepris par ses rédacteurs, l'armature de l'article 30 StCPI s'avère déconcertante. En effet, l'approche se veut avant tout didactique : le paragraphe premier exige clairement l'existence, aux côtés de l'élément matériel, d'un élément psychologique constitué par « l'intention et la connaissance », et les deux paragraphes suivants définissent, avec une certaine précision, ces deux derniers termes. Ainsi, « il y a intention (...) lorsque : a) relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ; b) relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements » ; « il y a connaissance (...) lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ». Toutefois, en déconstruisant ainsi l'élément matériel et en attachant chaque composante psychologique à un élément de matérialité, la clarté du texte se ternit.

³³⁰ La Charte du TMI et les Statuts des TPI ne contiennent en effet que des exigences fragmentaires intégrées dans la définition des infractions ; par conséquent, les juges se sont employés à définir et développer cet élément psychologique séparément pour chacun des crimes prévus. Gerhard Werle et Florian Jessberger évoquent à ce sujet une « fondation uniforme et cohérente » ; G. Werle, F. Jessberger, « Unless otherwise provided – Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under international criminal law », *JICJ*, 2005, p. 37. Plus généralement sur cette question, voir R. S. Clark, « The mental element in international criminal law : the Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences », *Criminal Law Forum*, 2001, p. 295 ; A. Eser, « Mental elements : mistake of fact and mistake of law », in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome I, 2002, p. 893 ; W. Schabas, « General principles of criminal law in the International Criminal Court Statute », *European journal of crime, criminal justice and criminal law*, 1998, p. 419 ; E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 48.

³³¹ Mohamed Elewa Badar évoque même une véritable « énigme » entourant le concept de *mens rea*. M.E. Badar, *The concept of mens rea in international criminal law – The case for a unified approach*, Hart Publishing, 2015, p. 382.

³³² G. Werle, F. Jessberger, « Unless otherwise provided... », *op. cit.*, p. 37.

45. L'intention « et » la connaissance. Une première confusion naît d'un souci terminologique et intéresse essentiellement le juriste français. En effet, comme le relève justement Pejman Pourzand, « dans la terminologie juridique française, l'intention désigne (...) une “volonté doublée de connaissance” »³³³. Dès lors, « la formulation prête à confusion en ce que l'intention est [ici] mise sur un même pied d'égalité avec l'une de ses composantes, la connaissance »³³⁴. Selon l'auteur, il faut donc comprendre le terme d'intention visé à l'article 30 StCPI, comme traduisant celui de « volonté »³³⁵. Ce correctif sert effectivement la compréhension, d'autant que plusieurs auteurs considèrent que le texte vise à la fois « une composante relative à la cognition », la connaissance, et « une composante relative à la volition », l'intention ou la volonté³³⁶.

Une seconde confusion pourrait venir du sens et de la portée accordés à la conjonction « et » qui associe les deux composantes de l'élément psychologique³³⁷. En effet, le premier paragraphe impose que « l'élément matériel du crime [doit être] commis avec intention *et* connaissance » et semble, dès lors, signifier que les deux éléments sont cumulatifs. Or, les deuxième et troisième paragraphes définissent l'intention et la connaissance en référence à des aspects très différents de la matérialité : l'intention est ainsi attachée au comportement et aux conséquences, et la connaissance est attachée aux circonstances et aux conséquences. La confusion naît alors d'une lecture étriquée du texte selon laquelle seules les conséquences du crime supposeraient la réunion de l'intention et la connaissance. Or, une lecture plus globale permet de comprendre que l'élément matériel visé au premier paragraphe se décompose, aux paragraphes suivants, en comportement, conséquences et circonstances³³⁸ ; ainsi, même si les composantes de l'élément psychologique ne sont attachées qu'à certains aspects de la matérialité, une lecture

³³³ P. Pourzand, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC*, 2014, p. 5.

³³⁴ *Ibid.*.

³³⁵ Il relève d'ailleurs, à juste titre, qu'il paraît inconcevable d'envisager la commission intentionnelle d'une infraction sans connaissance de cause, *ibid.*.

³³⁶ Voir notamment : W. Schabas, « Article 30. Mental element/Elément psychologique », in W. Schabas, *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 475 ; A. Eser, « Mental elements ... », *op. cit.*, p. 905 ; G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 178.

³³⁷ Sur les travaux préparatoires et les débats ayant entouré la conjonction « et », voir D. Pigaroff, D. Robinson, « Article 30 – Mental element », in O. Triffterer (dir.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 854.

³³⁸ Cette décomposition de la matérialité s'inspire en réalité de l'approche retenue par le *US Model Penal Code* qui distingue « conduct », « results of conduct » et « attendant circumstances » (US Model Penal Code Section 1.13(9) et Section 2.02).

d'ensemble permet d'affirmer que l'intention et la connaissance sont bien cumulatives à tout élément matériel d'un crime.

46. Les liens entre composantes psychologiques et composantes matérielles. Ces liens entre composantes psychologiques et composantes matérielles reposent sur une répartition logique suivant « les spécificités intrinsèques de chacune de ces composantes »³³⁹. Il paraît en effet cohérent que l'intention soit attachée au comportement et aux conséquences tant l'existence des circonstances est indépendante de toute volonté. De la même manière, il semble raisonnable que seule la connaissance soit reliée aux conjonctures dans lesquelles l'infraction a été commise.

L'intention, tout d'abord et selon l'article 30§2(a) StCPI, se caractérise lorsque, « relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ». Confinant au truisme, cette formulation revêt pourtant deux aspects. D'une part, elle inscrit clairement la relation entre l'intention et le comportement dans une assise reposant sur la volonté ; ainsi, « le comportement doit être le résultat d'une action volontaire de la part de l'auteur »³⁴⁰, ce qui exclut toute possibilité de comportement non-intentionnel. D'autre part, elle soulève la question de savoir si le comportement fait uniquement référence à un acte positif ou également à une omission ; longuement débattue lors de travaux préparatoires, la question paraît aujourd'hui tranchée par la Cour qui admet que le comportement visé par l'article 30 StCPI fait référence à la fois à l'action et l'omission³⁴¹.

La connaissance, ensuite, est visée par l'article 30§3 StCPI comme « la conscience qu'une circonstance existe ». Ainsi définie, la connaissance renvoie à la « perception sensorielle »³⁴² par l'individu, des éléments contextuels présents au moment de la commission de l'infraction. Se pose alors, de manière sous-jacente, la question du degré nécessaire pour que celle-ci soit caractérisée. La majorité des auteurs s'accordent pour affirmer que cette connaissance est avant tout de nature factuelle et non juridique³⁴³. Ce consensus s'explique, d'une part, par la nature descriptive de l'objet de la connaissance, puisqu'en effet, les « circonstances » se comprennent comme « tous faits, toutes qualités,

³³⁹ P. Pourzan, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁰ G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 180 ; M. E. Badar, *op. cit.*, p. 388 ; D. Pigaroff, D. Robinson, « Article 30 – Mental element », *op. cit.*, p. 859 ; A. Eser, « Mental elements ... », *op. cit.*, p. 913.

³⁴¹ Voir *supra* §25 et *infra* §176 et s..

³⁴² G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 183.

³⁴³ Notamment, F. Gantheret, « Article 30 – Élément psychologique », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 905 ; A. Eser, « Mental elements ... », *op. cit.*, p. 921.

ou tous motifs, objectifs ou subjectifs, attachés au sujet du crime, à l'objet du crime ou à toutes autres modalités du crime »³⁴⁴. Il se justifie, d'autre part, par le constat de l'« existence » de ces circonstances, ce qui implique une connaissance réelle³⁴⁵ et actuelle³⁴⁶ desdites circonstances. Toutefois, certains auteurs relèvent la nécessité d'associer à cette connaissance factuelle, une connaissance normative : puisque la conscience renvoie à une perception sensorielle, elle suppose, dans le même temps, un jugement de valeur, une évaluation normative³⁴⁷. Ainsi, sans aller jusqu'à imposer une connaissance juridique, la formulation retenue par l'article 30§3 StCPI suggère la compréhension du « sens de la conduite incriminée »³⁴⁸.

L'intention et la connaissance, enfin, revêtent une signification différente lorsque le comportement de l'individu cause une conséquence spécifique, un résultat particulier. En effet, l'article 30§2(b) StCPI prévoit qu'« il y a intention (...) lorsque (...) relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». Ainsi, d'une part, la relation entre intention et conséquence repose, là aussi, sur la volonté : l'individu entend produire directement le résultat prohibé et ce résultat prohibé doit résulter causalement du comportement de l'individu³⁴⁹. L'intention, dans ce cas, renvoie donc à la volonté de survenance de cette conséquence et implique l'existence d'un lien causal entre l'individu et cette conséquence. D'autre part, la relation entre intention et conséquence paraît pouvoir

³⁴⁴ A. Eser, *ibid.*, p. 919. Traduction libre de « circumstances can be any objective or subjective facts, qualities, or motives with regard to the subject of the crime, the object of the crime or any other modalities of the crime ». Nous pouvons ainsi valablement penser que l'âge, dans l'hypothèse de la conscription et enrôlement d'enfants de moins de quinze ans, est une circonstance.

³⁴⁵ Une connaissance réelle s'oppose à une « connaissance constructive », trop imprégnée de probabilité (Voir sur cette question, M. E. Badar, *op. cit.*, p. 399). Une connaissance réelle suppose que l'auteur doit être conscient à la fois de la présence des circonstances constitutives (« constituting circumstances ») du crime et de l'absence de circonstances excluant du crime (« excluding circumstances ») (Voir sur ce point A. Eser, *ibid.*, p. 920).

³⁴⁶ Une connaissance actuelle signifie que la connaissance antérieure et la connaissance postérieure au crime sont insuffisantes. Albin Eser évoque à ce sujet l'insuffisance d'un *dolus antecedens* qui renvoie à une connaissance passée et absente au moment de la commission du crime, et d'un *dolus subsequens* qui renvoie à une connaissance acquise après l'acte. A. Eser, *ibid.*, p. 930.

³⁴⁷ Albin Eser explique cette « expérience psychologique, par le fait que la perception d'un fait par les sens humains doit être transformée en une représentation conceptuelle dans le but d'être perçue comme un élément déterminant de l'infraction ». *Ibid.*, p. 921.

³⁴⁸ G. Werle, F. Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 183. Les auteurs illustrent leurs propos en évoquant le critère de « personnes protégées » au sens de l'article 8§2(a) StCPI et affirment qu'il n'est pas nécessaire pour l'auteur du crime de constater le statut protégé de la personne (ex. : « le civil ») ; il lui suffit d'avoir été conscient des circonstances factuelles sur lesquelles le statut protégé est fondé (ex. : l'absence de participation aux combats).

³⁴⁹ En ce sens, Alicia Gil Gil affirme que « “consequence” means the naturalistic result which is a product of the criminal conduct, which is in turn constitutive of an international crime of result ». A. Gil Gil, « *Mens rea* in co-perpetration and indirect perpetration according to article 30 of the Rome Statute. Arguments against punishment for excesses committed by the agent or the co-perpetrator », *ICLR*, 2014, p. 105.

s'envisager également selon un rapport plus cognitif puisque, toujours selon l'article 30§2(b) StCPI, l'intention peut également signifier « la conscience que [cette conséquence] adviendra dans le cours normal des événements ». Or, l'article 30§3 StCPI propose une définition de la connaissance relativement à une conséquence dans des termes exactement identiques. Bien que troublante, cette identité de définition s'explique par leur objet commun : l'individu doit percevoir au moment de la commission de l'acte que son comportement pourrait causer cette conséquence. Toutefois, une mince différence fondée sur le degré de perception permettrait de les distinguer : l'intention relative à une conséquence renverrait à la conscience d'un résultat inévitable³⁵⁰ alors que la connaissance relative à une conséquence renverrait à la conscience d'un résultat fortement réalisable³⁵¹. L'analyse textuelle rencontre sur ce point une véritable limite tant l'identité des formulations prête à confusion³⁵² ; la seule interprétation convaincante s'avère finalement, pour ces deux hypothèses, que la simple conscience d'une vraisemblance ou d'une probabilité ne peut suffire à les caractériser³⁵³.

47. Initialement enclin à une vocation pédagogique, l'article 30 StCPI se révèle pourtant nébuleux, le souci du détail apportant, en définitive, autant d'éléments de compréhension que de confusion. Si le découpage et le rattachement des composantes psychologiques et matérielles permettent d'appréhender les contours de l'étendue de cet

³⁵⁰ Autrement dit, le résultat a pu être anticipé car il était tellement inévitable que l'individu en avait forcément conscience. Albin Eser illustre cette hypothèse en prenant pour exemple le bombardement d'un immeuble habité par les membres d'un groupe ethnique persécuté ; l'individu qui a lancé ces bombes, bien que n'ayant pas eu l'intention initiale de tuer, pourra toutefois se voir reprocher un meurtre puisque le bombardement de cet immeuble avait pour conséquence inévitable et certaine la mort des membres de ce groupe. A. Eser, *ibid.* p. 915. Egalement cité par M. E. Badar, *op. cit.*, p. 393.

³⁵¹ Ainsi, le résultat ne pouvait être méconnu car, même s'il ne pouvait être anticipé avec certitude, l'individu disposait d'éléments généraux lui permettant de prévoir qu'il pouvait se réaliser. Albin Eser illustre cette hypothèse en prenant l'exemple de l'extermination par privation d'accès à la nourriture et aux médicaments telle que prévue par l'article 7§1(b) et §2(b) StCPI ; quand bien même l'exterminateur ne peut exclure une intervention étrangère de soutien aérien entravant ses intentions, il demeure toujours conscient que son comportement peut, dans le cours normal des événements, entraîner la mort des victimes. A. Eser, *ibid.*, p. 917.

³⁵² Distinguer théoriquement les deux composantes s'avère en effet un exercice peu aisé. Ainsi, Mohamed Elewa Badar reste évasif lorsqu'il relève que « the essence of the narrow distinction between acting intentionally and knowingly with regard to the consequence element is the presence or absence of a positive desire or purpose to cause that consequence » (*ibid.*, p. 392). Albin Eser opère quant à lui une distinction plus nette mais difficilement saisissable quand il affirme que « whereas in paragraph (2) (b) the emphasis is on the attribution of a consequence whose occurrence the perpetrator is anticipating in the ordinary course of events as being intended, with paragraph (3) which is considered here the focus is directed more to the cognitive question of what the perpetrator must be aware of in order to have knowledge of a consequence » (*ibid.*, p. 197).

³⁵³ G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, p. 180. Voir également *infra* §58 et s..

élément moral, ils n'en permettent toutefois qu'une lecture imprécise, laissant aux juges le soin de révéler toute la portée du texte.

B. L'interprétation par le juge : le dol

48. Les limites de l'article 30 StCPI. Malgré le soin apporté par les rédacteurs du Statut à la formulation et la définition de cet élément moral, les juges ont rapidement dû faire face aux limites du texte lors de son application. Dès l'affaire *Lubanga*, les distinctions opérées à l'article 30 StCPI sont en effet apparues engoncées dans une description finalement trop théorique – voire même peut-être artificielle – pour permettre de fixer clairement les contours pratiques de l'intention : inévitablement, les imprécisions théoriques révélées précédemment resurgissent en obstacles lorsqu'il s'agit de rendre la notion effective. Ainsi confrontés à la délimitation des frontières de l'intention, et notamment à la question de l'intention minimale requise pour retenir la responsabilité du participant principal, les juges se trouvent dans l'obligation d'interpréter le texte de manière compréhensive. À cette fin, l'expérience passée des TPI ainsi que les droits nationaux se révèlent être un support particulièrement inspirant.

49. Le recours au concept de « dol ». Alors que l'article 30 StCPI définit l'intention en référence à différents éléments de matérialité, les juges vont, dès les premières applications du texte, s'éloigner de cette conception méthodique inspirée de la *common law* pour retenir une approche empruntée à la tradition romano-germanique, en recourant au concept de dol. À l'occasion de l'affaire *Lubanga*, les juges interprètent l'exigence d'intention et de connaissance prévue par le texte à la lumière du concept de dol, privilégiant dès lors un rapport à l'élément objectif du crime dans sa globalité.

Les juges affirment ainsi que l'élément intentionnel « couvre d'abord et avant tout les situations dans lesquelles le suspect i) sait que ces 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 (on parle également de *dol direct de premier degré*) »³⁵⁴. Puis, ils relèvent que cet élément intentionnel couvre également d'autres manifestations de la notion de dol ; il s'agit : « i) des situations dans

³⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §351. Nous soulignons.

lesquelles le suspect, sans avoir l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime, a conscience que de tels éléments résulteront nécessairement de ses actions ou omissions (on parle également de *dol direct de deuxième degré*) et ii) des situations dans lesquelles le suspect a) est conscient du risque que les éléments objectifs du crime résultent de ses actions ou omissions et b) accepte ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant (on parle de *dol éventuel*) »³⁵⁵. Enfin, les juges précisent que « lorsque l'état d'esprit du suspect ne va pas jusqu'à admettre que les éléments objectifs du crime puissent résulter de ses actes ou omissions, un tel état d'esprit ne saurait être considéré comme une commission véritablement intentionnelle de ces éléments objectifs, et ne remplirait donc pas la condition d' "intention et connaissance" énoncée à l'article 30 du Statut »³⁵⁶. La Chambre Préliminaire reconnaît de la sorte, à travers une interprétation extensive du texte, trois formes d'élément psychologique – le dol direct de premier degré, le dol direct de second degré et le dol éventuel – et exclut formellement toute forme de non intention³⁵⁷. L'exigence statutaire d'intention et de connaissance apparaît donc sous de nouveaux traits, et trouve ici son sens et sa portée non plus à travers un rattachement à des éléments de matérialité, mais en fonction de l'importance accordée à l'élément de volition par rapport à l'élément de cognition.

La logique entourant cette référence au dol et ses distinctions repose essentiellement sur un rapport de degré³⁵⁸. Ainsi, le dol direct de premier degré exige que l'accusé sache que ses actes ou omissions entraîneront les éléments matériels du crime et qu'il accomplisse ces actes ou omissions avec la volonté délibérée de faire survenir ces éléments matériels. Dès lors, l'élément de volonté prévaut dans la mesure où le suspect veut ou souhaite délibérément parvenir au résultat prohibé³⁵⁹. De la même manière, le dol direct de second degré n'exige pas que le suspect ait effectivement l'intention ou la volonté de faire survenir les éléments matériels du crime, mais exige qu'il sache que ces éléments seront le résultat presque inévitable de ses actes ou omissions. Dans ce contexte, l'élément de volonté diminue sensiblement et est supplanté par l'élément cognitif, à savoir la conscience pour l'accusé que ses actes ou omissions entraîneront la conséquence proscrite

³⁵⁵ *Ibid.*, §352. Nous soulignons.

³⁵⁶ *Ibid.*, §355.

³⁵⁷ *Ibid.*, §355 associé à la note de bas de page 438.

³⁵⁸ La question controversée du dol éventuel sera abordée et discutée plus loin dans notre analyse (voir *infra* §58 et s.).

³⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 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, 15 juin 2009, §358.

non souhaitée³⁶⁰. Ainsi, lorsque la volonté prime, le dol direct de premier degré peut être retenu et lorsque la conscience prévaut, le dol direct de second degré peut être caractérisé.

Cette logique ne semble finalement pas si éloignée de celle de l'article 30 StCPI dans la mesure où ces différences de degré d'intention se manifestent implicitement à travers le rattachement à divers éléments de matérialité³⁶¹. Toutefois, l'absence de ces éléments de matérialité rend difficile une parfaite corrélation entre les formes de dol retenues par les juges et les formes d'intention prescrites par le texte. Albin Eser s'essaie cependant au jeu des correspondances³⁶² : assez logiquement, il associe le dol direct de premier degré avec l'intention en relation avec un comportement³⁶³ et le dol direct de second degré avec la connaissance en relation avec une conséquence³⁶⁴. S'intéressant à l'intention en relation avec une conséquence, il opère une distinction : lorsque l'individu entend causer cette conséquence³⁶⁵, le dol est direct du premier degré et lorsqu'il est conscient que cette conséquence adviendra dans le cours normal des événements³⁶⁶, le dol est direct du second degré. Ces correspondances³⁶⁷, bien qu'imparfaites, s'avèrent en définitive peu surprenantes mais posent avec évidence la question de la pertinence de ces distinctions dans la définition de l'élément subjectif.

50. La pertinence du recours au concept de dol. Malgré une totale absence au sein du Statut, le concept de dol trouve une pleine consécration à travers cette interprétation de l'article 30 StCPI. Ce recours à une notion extérieure au Statut ne peut véritablement être dénoncé sur un plan technique notamment car il trouve sa légitimité dans l'expérience passée des Tribunaux pénaux internationaux³⁶⁸, dont les décisions sont considérées comme une source du droit applicable devant la Cour³⁶⁹. Toutefois, le résultat semble paradoxal :

³⁶⁰ *Ibid.* §359.

³⁶¹ Voir *supra* §22 et s..

³⁶² Il convient de relever à ce stade que l'auteur considère que le Statut de Rome n'envisage pas l'hypothèse du dol éventuel.

³⁶³ Article 30§2(a) StCPI. Voir, A. Eser, *op. cit.*, p. 912.

³⁶⁴ Article 30§3 StCPI. Voir A. Eser, *op. cit.*, p. 917.

³⁶⁵ Article 30§2(b) StCPI première phrase. Voir A. Eser, *op. cit.*, p. 914.

³⁶⁶ Article 30§2(b) StCPI deuxième phrase. Nous rappelons ici que ces termes de définition sont exactement les mêmes que ceux visant la connaissance en relation avec une conséquence ; une identité dans la forme du dol semble donc logique. Voir A. Eser, *op. cit.*, p. 914.

³⁶⁷ Albin Eser ne mentionne pas de correspondance concernant la connaissance en relation avec une circonstance ; renvoyant à l'hypothèse où l'individu est conscient qu'une circonstance existe, il semblerait que le dol direct de deuxième degré puisse y être associé.

³⁶⁸ Les juges visent ainsi explicitement deux décisions rendues par le TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt, §219-220 ; *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Chambre de Première instance II, 31 juillet 2003, Jugement, §587.

³⁶⁹ Le propos doit toutefois être nuancé puisque les juges ont affirmé, dans un premier temps, que « les règles et pratiques des autres juridictions, qu'elles soient nationales ou internationales, ne représentent pas en soi un

puisqu'il se rattache à un élément matériel global, le dol offre une version probablement simplifiée de l'élément psychologique de l'infraction, mais parce qu'il fait appel à une terminologie directement issue des droits nationaux, il pourrait être source de confusion en raison de l'inadaptation de ses variantes. La pertinence d'un tel recours paraît alors discutable.

Dans les hypothèses les plus simples, le recours au dol se révèle finalement artificiel. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Bosco Ntaganda*, la Chambre caractérise un dol direct de premier degré, sans aucune référence aux dispositions statutaires, en relevant que l'usage d'une arme à feu par l'accusé contre une personne désarmée atteste de son intention de causer la mort³⁷⁰ ; la même conclusion aurait pu être atteinte en application de l'article 30§2(a) StCPI qui définit l'intention « relativement à un comportement » lorsqu'« une personne entend adopter ce comportement ».

Dans des hypothèses plus complexes où le juge est confronté aux confins de l'intention, le recours au dol pourrait être davantage éclairant mais semble au contraire source de confusion – les controverses entourant le dol éventuel en étant l'exemple le plus évocateur³⁷¹. En effet, dans cette recherche de caractérisation de la plus petite forme d'intention, le concept de dol permet d'ouvrir le champ des possibles, notamment car il intègre pleinement l'idée de risque quasi indécélable dans la définition textuelle de l'intention³⁷². Or, ce recours au concept de dol pose problème. Thomas Weigend dénonce le premier que le concept de dol connaît depuis des siècles des significations différentes selon différents auteurs et que, de ce fait, « il ne peut présenter une base solide pour

“droit applicable” devant la Cour en dehors du champ d'application de l'article 21 du Statut. Plus spécifiquement, le droit et la pratique des tribunaux *ad hoc* que le Procureur invoque, ne peuvent en soi former une base suffisante pour introduire dans le cadre procédural de la Cour des recours autres que ceux prévus par le Statut » (CPI, *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05, Chambre préliminaire II, Décision relative à la position du Procureur sur la décision de la Chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, Demande de réexamen et demande d'éclaircissements, 28 Octobre 2005, §19). Toutefois, dans un second temps, les juges ont estimé que « les règles de procédure des tribunaux *ad hoc* et leur jurisprudence en la matière ne sont pas automatiquement applicables à la CPI sans avoir été analysées en détail » (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de première instance I, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, 30 novembre 2007, §44).

³⁷⁰ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, §138. Traduction libre de : « The Chamber finds that Mr. Ntaganda acted with *dolus directus* in the first degree, considering that the use of a firearm against an unarmed person establishes that he meant to cause his death ».

³⁷¹ Voir *infra* §58 et s..

³⁷² Voir *supra* §45.

l'interprétation d'un Statut qui ne mentionne même pas ce mot »³⁷³. Carl-Friedrich Stuckenberg affirme, quant à lui, que ce débat emprunte une mauvaise voie en se structurant autour de termes d'origine nationale dépeignant différents concepts³⁷⁴ ; il ajoute, en ce sens, qu'un des mérites du Statut de Rome est justement d'avoir consciencieusement évité l'utilisation de terminologie nationale en employant des termes descriptifs plus neutres³⁷⁵.

Techniquement possible, le recours au concept de dol paraît en définitive un choix d'opportunité. Confronté à une dialectique nouvelle, les juges se sont appuyés sur un triptyque plus connu, mais intrinsèquement porteur de beaucoup d'incertitudes. Il semblerait dès lors préférable de se détacher de cette approche pour revenir à une lecture plus fonctionnelle de cet élément psychologique, davantage en relation avec les crimes visés plutôt que déduite d'un concept général et abstrait³⁷⁶.

II. Le lien entre l'article 25 et l'article 30 du Statut

51. Une règle appliquée par défaut. La singularité de l'élément subjectif prescrit par l'article 30 StCPI ne réside pas uniquement dans l'originalité de sa définition ; alors que le texte se veut codificateur et permanent, les rédacteurs du Statut de Rome l'associent à un mécanisme d'application particulier. En effet, le paragraphe 1 précise dès ses premiers mots, que le texte s'appliquera « sauf disposition contraire », faisant ainsi du standard d'« intention et de connaissance » précédemment étudié, une règle par défaut. Un tel mécanisme signifie que là où le Statut ne prévoit pas d'élément subjectif, l'article 30 StCPI trouve à s'appliquer³⁷⁷ et suppose également, que le Statut peut envisager un élément subjectif différent de « l'intention et la connaissance » qui prévaudra sur le standard imposé par le texte³⁷⁸.

³⁷³ T. Weigend, « Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision on confirmation of charges », *JICJ*, 2014, p. 482.

³⁷⁴ C.-F. Stuckenberg, « Problems of subjective imputation in domestic and international criminal law », *JICJ*, 2014, p. 317. L'auteur livre à ce sujet une version de la genèse de l'intégration du concept en droit allemand, évoquant une raison mystérieuse de sa propagation.

³⁷⁵ *Ibid.*.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 322.

³⁷⁷ Cette règle trouve par ailleurs écho au paragraphe 2 de l'introduction des Éléments des crimes : « Comme le prévoit l'article 30, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie 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. Lorsqu'il n'est pas fait mention, dans les éléments des crimes, d'un élément psychologique pour un comportement, une conséquence ou une circonstance particulière, il est entendu que l'élément psychologique pertinent, c'est à dire l'intention ou la connaissance ou l'une et l'autre, visé à l'article 30 s'applique ».

³⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §356 : « Comme le prévoit l'article 30§1 du Statut, l'élément subjectif général qu'il envisage s'applique à tout crime

Le lien entre l'élément subjectif de l'infraction et la participation principale relève alors d'une combinaison technique. Puisque « pour qu'il y ait commission, les suspects doivent satisfaire aux éléments subjectifs des crimes qui leur sont reprochés »³⁷⁹, il conviendra de s'intéresser, pour chaque crime prévu par le Statut, à la présence dans la définition dudit crime d'un élément subjectif précis ; à défaut, l'article 30 StCPI trouvera à s'appliquer. Par conséquent, les diverses formes matérielles de la participation principale ne seront pas forcément associées aux mêmes formes d'élément subjectif. Ce mécanisme instauré par défaut pourrait dès lors permettre de dépasser les frontières de l'intention fixées par le texte.

52. Les enjeux de cette application par défaut. L'existence de ce mécanisme par défaut concernant l'élément psychologique de l'infraction laisse à penser que les rédacteurs du Statut ont avant tout voulu éviter les écueils des expériences passées³⁸⁰. Donald K. Pigaroff relève à ce sujet que la présence de ces termes est clairement le résultat du processus de négociation au cours duquel certaines délégations souhaitaient rendre claire et générale la nature intentionnelle des crimes, avant de décider son inscription dans la définition des crimes³⁸¹. Cependant, cette apparente prudence révèle de nouveaux enjeux.

En termes de sources d'une part, puisque l'article 30 StCPI ne précise pas quelles sont ces dispositions contraires pouvant empêcher la règle standard. Autrement dit, les dispositions statutaires sont-elles les seules à pouvoir viser un élément psychologique différent ou d'autres sources le peuvent-elles ? La question ne fut pas résolue lors des travaux préparatoires et divise encore aujourd'hui la doctrine³⁸². Une réponse semble toutefois apportée par le paragraphe 2 des Éléments des crimes qui prévoit que « les exceptions à la règle de l'article 30 fondées sur le Statut, y compris le droit applicable en

relevant de la compétence de la Cour "[s]auf disposition contraire", c'est-à-dire tant que la définition du crime concerné ne contient pas expressément un élément subjectif différent ». Voir dans le même sens, CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §136 et §353 et s..

³⁷⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §527.

³⁸⁰ Voir *supra*, §50.

³⁸¹ D. K. Pigaroff, « Article 30 – Mental Element », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's notes, Article by article*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 531.

³⁸² Pour une analyse très précise de ces divergences, voir S. Finnin, « Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court : a comparative analysis », *International and comparative law quarterly*, 2012, p. 351 et s.. Sur la question de ces sources de manière générale et l'application de la *lex specialia*, voir P. Pourzand, *op. cit.*, p. 9 et s..

vertu de ses dispositions pertinentes, sont énoncées ci-après ». La formule reconnaît par conséquent l'exception statutaire, mais elle admet également que cette exception peut venir des autres sources du droit international telles qu'envisagées par l'article 21 StCPI, à savoir les Éléments des crimes, les principes généraux ou encore la coutume internationale. Ainsi identifiées, il convient cependant de relativiser l'impact de ces « dispositions contraires » : si la majorité de ces exceptions provienne du Statut lui-même³⁸³ et confirme finalement le standard requis par l'article 30 StCPI³⁸⁴, d'autres, plus rares, interrogent davantage les contours de l'élément psychologique par leur effet.

En termes d'effet d'autre part, parce que ces « dispositions contraires » peuvent viser un élément intentionnel différent de celui défini par le texte et, dès lors, bousculer les frontières prescrites³⁸⁵. Certaines dispositions ajoutent³⁸⁶ effectivement au standard de l'article 30 StCPI lorsqu'elles précisent que l'acte doit être commis dans un « but inavoué ou spécifique »³⁸⁷. Ainsi, les articles 7§1(g) et 7§2(f) StCPI précisent que les grossesses forcées en tant que crime contre l'humanité se comprennent comme la « détention illégale d'une femme mise enceinte de force, *dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population* ou de commettre d'autres violations graves du droit international »³⁸⁸.

³⁸³ La Chambre Préliminaire I ne s'est appuyée qu'une seule fois sur une provision extérieure au Statut à l'occasion de l'affaire *Lubanga* concernant la définition de l'élément subjectif attaché à la conscription et l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans : « À ce propos, la Chambre fait observer que les définitions que l'article 8 du Statut donne aux crimes de guerre consistant à procéder à l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans, et à les faire participer activement à des hostilités ne contiennent aucun élément subjectif. Elle signale toutefois que le troisième élément énuméré dans les *Éléments des crimes* pour ces crimes spécifiques exige ce qui suit s'agissant de l'âge des victimes : « [l']auteur *savait ou aurait dû savoir* que ladite ou lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans » (nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §357.

³⁸⁴ Plusieurs dispositions statutaires emploient notamment les termes d'« intention », « intentionnel », « intentionnellement » ; par exemple, l'article 7§1(k) StCPI précise que le traitement inhumain comme crime contre l'humanité doit avoir causé *intentionnellement* de grandes souffrances ou encore l'article 7§2(i) StCPI prévoit que les disparitions forcées comme crime contre l'humanité doivent être commises dans l'*intention* de soustraire les individus à la protection de la loi pendant une période prolongée (nous soulignons). De la même manière, certaines dispositions utilisent les termes « délibéré » ou « délibérément » pour traduire une forme d'intention, tel l'article 8§2(b)(xxv) StCPI qui condamne le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre en tant que crime de guerre ; il est intéressant de souligner concernant l'emploi de ces termes que l'équivalent anglais « wilful » ou « wilfully » est plus largement employé dans la version anglaise du Statut, la version française lui préférant les termes d'« intention » ou « intentionnellement » (voir par exemple, l'article 8§2(i) StCPI qui vise l'homicide *intentionnel* comme crime de guerre en français mais *wilful killing* en anglais (nous soulignons)).

³⁸⁵ Sur les effets de ces « dispositions contraires », voir particulièrement G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, p. 187-188 ; D. K. Pigaroff, D. Robinson, *op. cit.*, p. 856-857 ; S. Finnin, *op. cit.*, p. 354-357.

³⁸⁶ Nous insistons ici sur le terme « ajouter ». Il paraît en effet difficile d'envisager un élément psychologique plus strict que celui prévu par l'article 30 StCPI puisque celui-ci vise déjà l'élément psychologique le plus élevé retenu par les droits nationaux, à savoir le dol direct de premier degré. Les exceptions à la règle ne pourront donc pas retenir un élément psychologique plus grave mais simplement ajouter à l'élément standard.

³⁸⁷ D. K. Pigaroff, D. Robinson, *op. cit.*, p. 857.

³⁸⁸ Nous soulignons.

L'article 7§1(g) StCPI indique, quant à lui, que la persécution comme crime contre l'humanité suppose un motif spécifique discriminatoire « d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ». D'autres dispositions, au contraire, réduisent le degré d'intention standard en apportant une nuance, laissant ainsi planer l'ombre de la négligence ou l'imprudence. Par exemple, l'article 28(a)(i) StCPI envisage la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire lorsque celui-ci « *savait*, ou, en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes »³⁸⁹. Sur ce point, la Chambre Préliminaire II admet clairement que « cette norme exige un élément de faute moindre que celui inscrit à l'article 30 du Statut »³⁹⁰ et reconnaît même, sans plus d'interrogation, que « l'expression “aurait dû savoir”, renvoie en fait à une forme de négligence »³⁹¹. Le jeu de la règle par défaut trouve ici une limite très discutable³⁹².

53. Malgré l'ambition initiale, la structure singulière de l'article 30 StCPI, tant sur la forme que sur le fond, révèle finalement toute la complexité entourant la question de l'élément moral. Si la minutie employée à définir les termes de l'intention et le souhait d'ouvrir le texte pour anticiper toutes les situations ne peuvent qu'être saluées, elles suscitent toutefois de véritables débats dans l'identification des frontières réelles de l'intention.

³⁸⁹ Nous soulignons.

³⁹⁰ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §354.

³⁹¹ *Ibid.*, §432. Voir notre analyse *infra* §58 et s..

³⁹² De la même manière à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, alors que l'article 8§2(e)(vii) StCPI incrimine la conscription et l'enrôlement d'enfant de moins de quinze ans comme crime de guerre en ne l'assortissant d'aucun élément subjectif, la Chambre Préliminaire I relève que les Éléments des crimes précisent, relativement à cette infraction, que « [l]'auteur *savait* ou *aurait dû savoir* que ladite ou lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans » (§354). Admettant expressément que cette condition constitue une exception à la condition d'« intention et de connaissance » énoncée à l'article 30 du Statut, les juges reconnaissent toutefois que « la condition inscrite dans les Éléments des crimes au moyen de la formule “aurait dû savoir” — à distinguer de la formule “devait nécessairement savoir” ou de la condition de connaissance inférée — relève de la notion de négligence » (§358) (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges). Cependant, la Chambre de Première instance I déclare « inopportun de statuer dans l'abstrait sur le sens et la portée » à accorder à l'expression « aurait dû savoir », l'Accusation considérant que l'accusé ne devrait être déclaré coupable uniquement s'il « savait » que ces enfants étaient âgés de moins de quinze ans (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement, §1015).

Section 2. Par le flou des contours

54. L'analyse précédente soulève manifestement la question de l'incertitude des contours de l'intention : la précision et la rigidité³⁹³ de la définition retenue par l'article 30 StCPI ainsi que l'application par défaut de ce même article ont finalement conduit les juges à envisager cet élément au-delà de son carcan textuel. Cette interprétation, qui pourrait être qualifiée d'extensive de prime abord, réveille dans son sillage les controverses latentes entourant les limites de l'intention, particulièrement celles visant la détermination d'une intention spécifique (I) et celles interrogeant la reconnaissance du dol éventuel (II).

I. L'intention spécifique

55. **L'intention générale et l'intention spécifique.** Le débat entourant la question de l'intention spécifique naît des apparentes similitudes entre l'un des effets de la règle par défaut et les prescriptions de l'article 30 StCPI. En effet, comme souligné précédemment³⁹⁴, l'existence d'une disposition contraire peut permettre d'ajouter à l'élément psychologique standard lorsqu'elle précise que le comportement doit être commis dans un but particulier. Or, de manière très proche, l'article 30§2(b) StCPI prévoit la définition de l'intention relativement à une conséquence³⁹⁵. Comment dès lors distinguer l'intention générale attachée à une conséquence, de l'intention spécifique née d'une prescription spéciale ?

Malgré leur vocation commune de lier l'élément psychologique au résultat recherché d'un comportement criminel, ces deux formes d'intention sont bien différentes. Tout d'abord, comme l'a affirmé la Cour à plusieurs reprises, les dispositions textuelles organisent leur coexistence. À l'occasion du jugement dans l'affaire *Katanga*, les juges rappellent notamment que si l'article 30 StCPI définit l'intention générale relativement à un comportement, une conséquence et une circonstance propre à chaque infraction, l'introduction des Éléments des crimes précise également que, « si nécessaire, un élément

³⁹³ Carl-Friedrich Stuckenberg évoque un article 30 déformé dont l'un des défauts est de renfermer une définition de l'élément moral bien trop étroite et rigide. C.-F. Stuckenberg, *op. cit.*, p. 136.

³⁹⁴ Voir *supra* §52.

³⁹⁵ Pour rappel, « il y a intention au sens du présent article lorsque : [...] b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». Voir *supra* §46.

psychologique particulier est mentionné après le *comportement*, les *conséquences* ou les *circonstances* auxquelles il se rapporte » ; qu'« ainsi la réalisation de certains crimes exige [...] l'existence d'une intention spécifique et, dans ce cas, l'auteur devra satisfaire non seulement aux éléments subjectifs des crimes afférents, le cas échéant, à tel ou tel de leurs éléments matériels mais également à un élément psychologique supplémentaire (*dolus specialis*) »³⁹⁶. L'intention spécifique doit, par conséquent, être caractérisée en plus de l'intention générale imposée par l'article 30 StCPI.

Ensuite, bien qu'il soit parfois difficile de l'identifier, l'intention spécifique trouve tout de même sa singularité dans cette complémentarité avec l'intention générale. En effet, une lecture attentive des dispositions statutaires contenant explicitement les termes « intentionnellement » ou « dans l'intention de » soulève quelques doutes s'agissant de l'intention à laquelle elles font référence : s'agit-il d'une simple répétition de l'intention générale ou d'un véritable ajout d'une intention spécifique ? Selon Albin Eser, il convient de s'intéresser au contexte dans lequel l'intention est requise : si le terme est employé dans un sens large, il renvoie aux prescriptions générales de l'article 30 StCPI ; mais si, au contraire, il exprime un but particulier de l'auteur, une intention spécifique est en jeu³⁹⁷. Pertinente, la distinction reste toutefois peu évidente ; l'auteur reconnaît lui même qu'il n'existe pas de formulation abstraite adéquate pour distinguer ces intentions mais il relève une certitude : si l'intention spécifique ne se définit qu'à travers un élément de volonté, l'intention générale, quant à elle, revêt en plus un aspect cognitif caractéristique.

Enfin, parce qu'il se détache justement de l'intention générale, cet élément mental additionnel³⁹⁸ n'est relié à aucun élément matériel du crime : l'intention spécifique ne se déduit en effet du comportement, des conséquences et des circonstances mais sert, au contraire, à éclairer ces faits en introduisant une exigence supplémentaire. L'intention spécifique s'attache donc à un objectif ultérieur qui va bien au delà du résultat du comportement criminel³⁹⁹, à un point tel que la réalisation de cet objectif, qui n'est pas en soi un élément matériel de l'infraction⁴⁰⁰, n'a finalement pas à être prouvée.

Ainsi, malgré des similitudes palpables, l'intention générale et l'intention spécifique trouvent chacune leur définition et leur champ d'application ; l'identification

³⁹⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §771-772.

³⁹⁷ A. Eser, « Mental elements ... », *op. cit.*, p. 901.

³⁹⁸ G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, p. 189.

³⁹⁹ A. Cassese, *International criminal law*, OUP, 2008, p. 65.

⁴⁰⁰ M. E. Badar, *op. cit.*, p. 391.

pratique demeure néanmoins délicate et, il appartient donc au juge d'en décider au cas par cas.

56. Une identification casuistique. À plusieurs reprises en effet, les juges ont eu l'occasion de préciser si le crime recherché supportait un élément additionnel d'intention spécifique, confirmant de la sorte l'assise essentiellement prétorienne de la notion.

Ainsi, concernant les pillages en tant que crime de guerre⁴⁰¹, la Chambre Préliminaire II souligne, à l'occasion de l'affaire *Bemba*, « qu'en plus de l'intention au sens de l'article 30 du Statut, l'auteur du crime doit avoir eu l'intention spécifique de spolier le propriétaire de son bien et de se l'approprier à des fins privées ou personnelles »⁴⁰². À l'intention générale de piller – à savoir la volonté et la conscience de s'emparer des biens d'un lieu particulier – s'ajoute celle plus spécifique de spolier le propriétaire de son bien – soit l'intention de déposséder l'individu en vue de s'approprier son bien. En l'espèce, les juges caractérisent l'intention spécifique en relevant que « les éléments de preuve établissent que des soldats du M[ouvement de] L[ibération du] C[ongo] ont envahi les habitations de civils en R[épublique] C[entr]A[fricaine], se sont appropriés leurs biens en usant de la coercition, et ont emporté les objets volés jusqu'à leurs bases, avant de les transporter en R[épublique] D[émocratique du] C[ongo]. Les propriétaires légitimes n'étaient plus en mesure de jouir à bon droit de leurs biens »⁴⁰³. L'existence d'une intention spéciale attachée au pillage en tant que crime de guerre sera, par la suite, réaffirmée par la

⁴⁰¹ L'article 8§2(e)(v) StCPI prévoit que « le pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut » peut constituer un crime de guerre dans le cadre d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international.

⁴⁰² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §320. La Chambre reprend ici les termes des éléments constitutifs du crime apportés par les Éléments des crimes concernant les pillages en tant que crime de guerre, à savoir que : 1) l'auteur s'est approprié certains biens ; 2) l'auteur entendait spolier le propriétaire et s'approprier les biens en question à des fins privées ou personnelles ; 3) l'appropriation s'est faite sans le consentement du propriétaire ; 4) le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international ; 5) l'auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé. L'existence de cet élément intentionnel spécifique sera confirmée par la Chambre de Première instance III dans sa décision de jugement rendue dans la même affaire ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre de Première instance III, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, §118 et s.

⁴⁰³ *Ibid.* §331. La Chambre de Première instance III confirme d'ailleurs la décision de la Chambre Préliminaire sur ce point et condamne l'accusé pour le crime de pillage comme crime de guerre. Voir CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §643-647, §752.

Chambre de Première instance II lors du jugement rendu à l'encontre de Germain Katanga⁴⁰⁴.

Toutefois, la reconnaissance de cette intention spécifique ne relève pas toujours de l'évidence. Pour certains crimes, en effet, les juges apportent une réponse plus indécise où l'intention spéciale paraît se confondre avec l'intention générale. Lors du jugement précité, rendu à l'encontre de Germain Katanga, la question se posait de savoir si l'interdiction de prendre directement pour cible des civils en tant que crime de guerre⁴⁰⁵ devait supporter un élément d'intention spécifique. La Chambre relève, dans un premier temps, que les Éléments des crimes prévoient pour cette infraction, un élément subjectif spécifique libellé en ces termes : « l'auteur entendait prendre pour cible de son attaque ladite population civile ou ces personnes civiles ne prenant pas directement part aux hostilités ». Or, elle affirme, dans un second temps que « cet élément spécifique est en réalité une répétition de l'article 30§2(a) » et qu'il « doit être analysé comme un comportement »⁴⁰⁶. L'élément spécifique visé par le Statut et par les Éléments des crimes serait en définitive pour les juges, un élément à part entière de l'infraction. La Chambre conclut en l'espèce à l'absence d'intention spécifique attachée à cette infraction mais reconnaît l'existence d'un « élément psychologique spécifique », justifié selon elle, « d'une part par la présence du terme "intentionnellement" dans le texte de l'article et d'autre part par la nécessité de bien distinguer ce crime sanctionnant les violations du principe de distinction, d'autres actes méconnaissant les principes de proportionnalité et/ou de

⁴⁰⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §911 et s.. La Chambre conclut, au-delà de tout doute raisonnable, que des combattants *ngiti* ont, lors de l'attaque lancée contre Bogoro le 24 février 2003, pillé des maisons, du bétail ainsi que des biens domestiques commettant ainsi des pillages, constitutifs du crime de guerre visé à l'article 8-2-e-v du Statut. La Chambre précise, s'agissant de l'intention spécifique attachée au crime, que « ces biens ont été dérobés essentiellement à des fins personnelles par des combattants [...]. Il ressort des éléments de preuve que chacun « poursuivait ses intérêts » et « agissait à sa guise » en s'emparant du butin et en faisant ce qu'il voulait » (§951). Elle ajoute qu'« au vu des éléments de preuve dont elle dispose, que les combattants *ngiti* s'étant livrés à ces actes d'appropriation de biens les ont commis intentionnellement et qu'ils agissaient à des fins privées ou personnelles. Pour la Chambre, les actes de pillage, quand bien même n'auraient-ils concernés que des vivres, n'étaient dès lors pas réalisés pour des nécessités militaires comme le prétend la Défense mais bien à des fins personnelles » (§952). Elle relève, enfin, qu'« au vu des circonstances – les appropriations ayant été réalisées dans le contexte de l'attaque – et des différents éléments de preuve produits, il apparaît également que ces appropriations ont été effectuées sans le consentement des propriétaires des biens, les civils cherchant alors à fuir ou à se cacher. Les preuves montrent, par exemple, que des maisons ont été pillées en l'absence des propriétaires des biens (...) » (§954). Pour l'ensemble, nous soulignons.

⁴⁰⁵ L'article 8§2(e)(i) StCPI précise que « le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités » peut constituer un crime de guerre. Nous soulignons.

⁴⁰⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §806.

précaution »⁴⁰⁷. Malgré un manque de clarté, le raisonnement de la Cour laisse à penser que ce supplément d'intention inscrit dans le texte ne doit pas être considéré comme un ajout mais un renforcement de l'élément psychologique par une répétition du standard, l'objectif spécifique relevé par les Éléments du crime n'étant finalement qu'un élément du crime lui-même.

Pour d'autres crimes, enfin, une distinction fondée sur l'intention spécifique est apportée en fonction au cadre infractionnel général auquel ils se rattachent. Ainsi, comme le rappelle la Chambre Préliminaire II dans l'affaire *Bemba*, « la définition que donne le Statut⁴⁰⁸ de la torture en tant que crime contre l'humanité, contrairement à celle de la torture en tant que crime de guerre, n'exige pas d'élément supplémentaire sous forme d'une intention spécifique »⁴⁰⁹. Cette différence naît de deux prescriptions inscrites dans les Éléments des crimes : la première, qu'« il est entendu qu'aucune intention spécifique n'a besoin d'être établie pour ce crime [la torture en tant que crime contre l'humanité] »⁴¹⁰ ; la seconde, que la torture en tant que crime de guerre suppose que « l'auteur a infligé cette douleur ou ces souffrances afin, notamment, d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre (...) »⁴¹¹. Par conséquent, alors que les crimes sous-jacents⁴¹² de torture sont similaires, l'intention spécifique résultant des objectifs prohibés susmentionnés ne sera recherchée que pour le seul crime de guerre. Il paraît peu évident de trouver une justification certaine à une telle distinction⁴¹³, sauf peut être celle de faciliter la répression de la torture en tant que crime contre l'humanité⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, note de bas de page 1851.

⁴⁰⁸ Il s'agit là d'une particularité propre à la Cour pénale internationale, la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 et les TPI n'opérant aucune distinction sur ce point. Voir sur cette question, C. Burchard, « Torture in the jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals – A critical assessment », *JICJ*, 2008, p. 159 et s..

⁴⁰⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §195. Les charges ne seront d'ailleurs pas confirmées pour ce chef d'accusation, la Chambre préliminaire II reprochant justement au Procureur de s'être « contenté de rappeler une série de circonstances de fait relative à des viols pour étayer le chef de torture en tant que crime de guerre (...) [sans évoquer], au sujet des soldats supposés appartenir au M[ouvement de] L[ibération du] C[ongo], d'intention spécifique permettant de qualifier de crimes de guerre les actes de torture allégués » (§299).

⁴¹⁰ Éléments des crimes sous l'article 7§1(f), note de bas de page n°14.

⁴¹¹ Éléments des crimes sous l'article 8§2(a)(i) StCPI.

⁴¹² Les « crimes sous-jacents » font référence à la liste de crimes énumérés sous le « chapeau » ; ces infractions ne peuvent pas, en elles-mêmes, recevoir la qualification de génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre. Voir O. de Frouville, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, Pedone, 2012, p. 72.

⁴¹³ Gerhard Werle et Florian Jessberger précisent d'ailleurs en ce sens qu'il ne faut pas surestimer les effets pratiques de ces divergences et que l'objectif requis par les jugements est déjà si largement envisagé qu'il existe peu d'hypothèse où il n'est pas présent. G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, p. 366.

⁴¹⁴ Christoph Burchard avance toutefois l'idée que le Statut introduirait, pour la torture en tant que crime contre l'humanité, un élément objectif de substitution à cet élément subjectif spécifique. L'article 7§2(e) StCPI précise en effet que la torture en tant que crime contre l'humanité se comprend comme « le fait

Souvent affaire du juge, l'identification et la caractérisation de l'intention spécifique soulève de nombreuses interrogations, tant elles s'entremêlent à celles de l'intention standard attachée à l'article 30 StCPI. D'apparence source de confusion, cette difficulté à clairement les distinguer peut toutefois servir leur complémentarité, comme cela semble être le cas pour l'intention génocidaire.

57. Le cas particulier de l'intention génocidaire⁴¹⁵. À la différence des exemples précités, l'intention génocidaire revêt la particularité de concerner, non un crime sous-jacent, mais le chapeau d'une infraction internationale. En effet, l'article 6 StCPI prévoit que le crime de génocide se comprend comme « l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ». Son élément psychologique s'organise par conséquent autour d'une double structure distinguant une composante variable⁴¹⁶, dépendant de la conduite adoptée par l'agent – l'élément d'« intention et de connaissance » prévu par l'article 30 StCPI – et une composante invariable, commune à tous les agents indépendamment de leur conduite – l'élément d'intention spécifique de détruire en tout ou partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux⁴¹⁷. Comme le souligne justement Mathieu Jacquelin, cette structure traduit « l'idée selon laquelle l'acteur d'un génocide est à la fois engagé dans une opération criminelle particulière (le meurtre, le viol, la torture, etc.) et dans la réalisation d'un dessein

d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle » ; or, ces derniers éléments ne sont pas repris concernant la torture comme crime de guerre. Ainsi, le fait que la victime soit placée sous la garde ou sous le contrôle de l'auteur se substituerait, et donc jouerait le même rôle que l'intention spécifique résultant des objectifs prohibés mentionnés à l'article 7§2(e) StCPI associée à la torture en tant que crime de guerre. Voir, C. Burchard, *op. cit.*, p. 168.

⁴¹⁵ Pour une analyse éclairée de l'intention génocidaire, voir M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide – Étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Fondation Varennes, Collection des thèses, 2012, p. 407-456. Nos propos se borneront à utiliser l'exemple du génocide pour comprendre la complémentarité entre intention générale et intention spécifique.

⁴¹⁶ M. Jacquelin, *ibid.*, p. 408.

⁴¹⁷ La Chambre Préliminaire I le confirme d'ailleurs très explicitement dans sa décision de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Bashir, en affirmant que « cette disposition introduit un élément subjectif qui vient s'ajouter à l'exigence générale d'intention et de connaissance prévue à l'article 30 du Statut » (§138). Elle en conclut d'ailleurs que « le crime de génocide comporte deux éléments subjectifs » : « un élément subjectif général qui doit accompagner tout acte génocidaire prévu aux paragraphes a) à e) de l'article 6 du Statut, et qui consiste en l'exigence d'intention et de connaissance fixée à l'article 30 et un élément subjectif supplémentaire, habituellement désigné sous le terme de dol spécial ou intention spécifique, à savoir que tout acte génocidaire doit être commis dans l'« intention de détruire, en tout ou en partie » le groupe visé » (§139). CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 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, 4 mars 2009.

plus vaste à la concrétisation duquel cette opération criminelle est précisément censée contribuer (la destruction d'un groupe) »⁴¹⁸.

Si la singularité de cette structure semble permettre une identification distincte de l'intention générale et de l'intention spécifique, le contenu de l'intention génocidaire demeure toutefois vague et ne peut se résumer à la réalisation d'un simple objectif⁴¹⁹. En effet, l'intention de détruire ne peut se mesurer en fonction de l'ampleur de constatations matérielles puisqu'elle n'est pas liée à l'anéantissement effectif du groupe ciblé par l'entreprise de destruction : la destruction doit être le résultat vers lequel l'intention de l'agent doit tendre et s'envisage donc davantage comme une probabilité⁴²⁰. En l'absence de ce lien, les Éléments des crimes apportent un élément de compréhension : pour chaque crime sous-jacent, il est en effet mentionné que « l'auteur avait l'intention de détruire, en tout ou partie, ce groupe national, ethnique ou religieux particulier », ce qui implique que doit être prouvée, chez chaque agent, l'existence d'une volonté individuelle de destruction. Or, si l'intention génocidaire suppose en théorie la preuve de cette volonté individuelle de destruction propre à chaque agent, elle se heurte dans la pratique à un contexte génocidaire plus large avec lequel l'accusé entretient des liens fragiles. Ce paradoxe⁴²¹ s'illustre d'ailleurs à l'occasion de l'affaire *Al Bashir* lorsque les juges, comme l'Accusation⁴²², admettent les difficultés probatoires à établir clairement l'intention génocidaire de l'accusé, notamment car les allégations de génocide reposent *ab initio* uniquement sur des déductions tirées des faits de l'espèce⁴²³ et pourraient tout autant prouver la commission de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. En effet, les éléments avancés pour attester de l'existence d'une intention génocidaire du Gouvernement soudanais reposent essentiellement sur ce qui peut se déduire d'une série manifeste d'atrocités qui auraient été commises à grande échelle entre 2003 et 2008 par les forces de ce même Gouvernement à l'encontre de la population civile *four*, *massalit* et *zaghawa* de l'ensemble du Darfour. Il est ainsi par exemple reproché au Gouvernement soudanais d'avoir fait obstacle à l'assistance médicale et aux autres formes d'aide humanitaire dans les camps de déplacés

⁴¹⁸ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 407.

⁴¹⁹ C.-F. Stuckenberg, *op. cit.*, p. 319.

⁴²⁰ Cette absence de projection matérielle de l'intention génocidaire fait écho à l'analyse précédente de l'intention spécifique, lorsque nous affirmons que celle-ci se comprend comme un objectif ultérieur qui va bien au-delà du résultat du comportement criminel, à un point tel que la réalisation de cet objectif, qui n'est pas en soi un élément matériel de l'infraction, n'a finalement pas à être prouvée. Voir *supra* §55.

⁴²¹ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 418.

⁴²² CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., 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, §111.

⁴²³ *Ibid.*, §163 et s..

au Darfour. Or, selon la majorité des juges, « diverses raisons autres que l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe visé peuvent conduire à faire obstacle à l'aide humanitaire et à couper l'approvisionnement en denrées alimentaires et autres denrées essentielles »⁴²⁴. La volonté individuelle de destruction se retrouve par conséquent noyée dans un contexte génocidaire général, voire simplement un contexte criminel de masse, dont il est difficile de la dissocier ; la difficulté est telle que l'Accusation est allée jusqu'à se fonder sur la nature et l'ampleur des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qui auraient été commis par les forces du Gouvernement soudanais pour prouver l'existence d'une intention génocidaire de ce gouvernement⁴²⁵. Finalement, « la majorité ne peut manquer de conclure que l'existence de motifs raisonnables de croire que le Gouvernement soudanais a agi avec le dol spécial/l'intention spécifique de détruire en tout ou en partie les groupes *four*, *massalit* et *zaghawa* n'est pas la seule conclusion raisonnable qui puisse en être tirée »⁴²⁶ et décide de ne pas délivrer de mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Bashir pour des allégations de génocide.

Malgré l'affirmation de son existence et de sa singularité, l'intention spécifique demeure difficilement saisissable dans sa dimension pratique. Les obstacles rencontrés sur le plan probatoire en font un élément controversé et obligent aujourd'hui à véritablement repenser le concept dans une approche plus contextuelle⁴²⁷.

⁴²⁴ *Ibid.*, §181.

⁴²⁵ *Ibid.*, §190 et s.. La majorité des juges estime toutefois « que l'existence de motifs raisonnables de croire que les forces gouvernementales soudanaises ont commis d'aussi graves crimes de guerre et crimes contre l'humanité de manière généralisée et systématique n'amène pas nécessairement à conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que le Gouvernement soudanais avait l'intention de détruire, en tout ou en partie, les groupes *four*, *massalit* et *zaghawa* » (§193).

⁴²⁶ *Ibid.*, §205. Sur les difficultés rencontrées dans la preuve de l'intention génocidaire dans l'affaire *Al Bashir*, voir également l'Opinion individuelle et partiellement dissidente de la juge Anita Ušacka jointe à la Décision de délivrance d'un mandat d'arrêt.

⁴²⁷ H. Vest, « A structured-based concept of genocidal intent », *JICJ*, 2007, p. 781, principalement p. 789 et s.. À ce propos, la Chambre Préliminaire I mentionne que, ces dernières années, plusieurs auteurs ont présenté une conception innovante des éléments subjectifs du crime de génocide fondée sur la connaissance ; pour plus de précisions voir CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., 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, §139, note 154. Relevant l'inadaptation de l'exigence d'une volonté individuelle de destruction du groupe ciblé à la réalité criminologique du génocide, Mathieu Jacquelin suggère « d'adopter un autre schéma, conduisant à exiger de la part de l'accusé quel qu'il soit la conscience de participer à un projet tendant à la destruction d'un groupe » ; il s'agirait alors « d'indexer le crime de génocide sur la participation en connaissance de cause de l'individu à un projet global de destruction plutôt que de le faire dépendre de la poursuite personnelle d'un but de destruction par cet individu ». M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 418-425.

II. La négligence coupable

58. Une reconnaissance controversée. Si l'article 30 StCPI et les juges écartent clairement l'hypothèse d'une commission non intentionnelle de l'infraction⁴²⁸, la question de la frontière entre intention et négligence demeure cependant très confuse. En effet, la détermination de la plus petite forme d'intention a soulevé et soulève encore de vives controverses tant il est délicat d'appréhender l'idée de risque ou les conséquences non désirées d'un acte commis intentionnellement.

En 1998, lors de la Conférence de Rome, l'article 30, alors encore article 29, comprenait un quatrième paragraphe visant expressément l'hypothèse de la « négligence coupable »⁴²⁹ ou *recklessness*⁴³⁰. L'opportunité d'introduire une telle disposition fut longuement discutée – à un point tel que le projet de Statut lui-même mentionnait la nécessité d'une discussion plus approfondie⁴³¹ – mais l'absence de consensus lors des débats provoqua son éviction du texte final. Diverses raisons furent avancées pour justifier ce retrait, notamment la volonté affichée des rédacteurs de ne pas considérer cette forme d'élément moral comme un standard aux côtés de l'intention et la connaissance⁴³² ou encore le refus catégorique de la considérer simplement comme une forme d'élément

⁴²⁸ Ainsi, l'article 30§1 StCPI précise que « nul n'est pénalement responsable [...] que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». De la même manière, les juges affirment que « la négligence ne satisfait pas non plus à la condition d'« intention et connaissance » énoncée à l'article 30 du Statut » (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §355, note 438).

⁴²⁹ Ce quatrième paragraphe était ainsi libellé : « [Aux fins du présent Statut et sauf disposition contraire, lorsque le présent Statut dispose qu'un crime peut être commis par négligence coupable, commet une négligence coupable toute personne qui vis-à-vis d'une circonstance ou d'une conséquence : a) Est consciente qu'il y a un risque que la circonstance existe ou que la conséquence se produise ; b) Est consciente qu'il est fort déraisonnable de prendre ce risque ; [et] (c) Est indifférente à la possibilité que la circonstance existe ou que la conséquence se produise.]] ». Tels que retranscrits, les crochets invitaient à un réexamen de la disposition. Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 57.

⁴³⁰ Dans sa version anglaise, ce quatrième paragraphe précisait : [For the purposes of this Statute and unless otherwise provided, where this Statute provides that a crime may be committed recklessly, a person is reckless with respect to a circumstance or a consequence if : (a) the person is aware of a risk that the circumstance exists or that the consequence will occur ; (b) the person is aware that the risk is highly unreasonable to take ; [and] [(c) the person is indifferent to the possibility that the circumstance exists or that the consequence will occur.]]. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1, 14th April 1998, p. 56.

⁴³¹ Une note de bas de page insérée au début de la disposition indique en effet que « Ce paragraphe devra être examiné plus avant ».

⁴³² Donald K. Pigaroff mentionne à ce propos que « their inclusion in article 30 might send the wrong signal that these forms of culpability were sufficient for criminal liability as a general rule ». D. K. Pigaroff, *op. cit.*, p. 850.

moral⁴³³. Une position plus nuancée peut toutefois être retenue puisque les rédacteurs ont pris soin de mentionner, en *nota bene* de ce quatrième paragraphe, que « l'opportunité d'introduire la notion de négligence coupable devrait être réexaminée en fonction de la définition des crimes », laissant ainsi envisageable une possible incorporation de cette forme d'élément moral dans des dispositions plus spécifiques consacrées aux crimes ou aux modes d'imputation. Le jeu de l'application par défaut du standard prescrit par l'article 30 StCPI prend alors ici tout son sens.

S'engouffrant dans la brèche laissée à Rome, les juges ont ranimé les débats entourant la négligence coupable à l'occasion de l'affaire *Lubanga*. Bien que l'existence d'une disposition contraire au sein des Éléments des crimes est constatée s'agissant du crime d'enrôlement et de conscription d'enfant de moins de quinze ans⁴³⁴, ce n'est toutefois pas par ce biais que renaît la controverse. En effet, s'appuyant sur le précédent jurisprudentiel des tribunaux *ad hoc*⁴³⁵, la Chambre Préliminaire I affirme que l'élément intentionnel visé par l'article 30 StCPI « couvre également d'autres manifestations de la notion de dol », notamment « les situations dans lesquelles le suspect a) est conscient du risque que les éléments objectifs du crime résultent de ses actions ou omissions et b) accepte ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant (on parle également de "dol éventuel") »⁴³⁶. Intégrant ainsi pleinement la notion de risque au standard statutaire par le jeu d'une interprétation évasive, les juges distinguent deux cas de figure dans cette situation en fonction du degré de risque : « premièrement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est élevé (c'est-à-dire, lorsqu'il est probable que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements »), le fait que le suspect admet l'idée de provoquer les éléments objectifs du crime peut se déduire de ce que : i. le suspect a conscience de la probabilité importante que ses actions ou omissions se traduiraient par la réalisation des

⁴³³ William Schabas évoque à ce sujet « un bannissement par consensus ». W. Schabas, *op. cit.*, p. 476.

⁴³⁴ Voir *supra* §52. Voir également sur ce point, M. Jacquelin, « Le dilemme des droits : l'"enfant-soldat", victime et/ou coupable ? », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La minorité à contresens – Enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, 2014, p. 121 et s., particulièrement p. 137 où l'auteur affirme que « l'existence d'une disposition contraire au sein des éléments des crimes relatifs aux "enfant-soldat" conduit d'abord les juges à abandonner théoriquement cette référence pour substituer au dol la simple faute, avant que le recours à la notion de coaction ne vienne paralyser le jeu de toutes les dispositions précédemment décrites pour situer l'exigence au niveau du risque ». Du même auteur voir également « La criminalisation du recours aux "enfants soldats" dans les conflits armés », in P. Gréciano (dir.), *Justice pénale internationale – Les nouveaux enjeux de Nuremberg à la Haye*, Mare et Martin, 2016, p. 133, particulièrement p. 147 et s.. Pour une analyse sociologique très riche de la question dans le procès *Lubanga*, voir M. Jakšić, « Trouver l'enfant soldat », *Terrain*, mis en ligne le 06 juin 2019, <http://journals.openedition.org/terrain/18517>.

⁴³⁵ Deux affaires sont visées en particulier : TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, Arrêt, 15 juillet 1999, §219-220 ; TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Chambre de Première instance II, Jugement, 31 juillet 2003, §587.

⁴³⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §352.

éléments objectifs du crime ; et ii. malgré cette conscience, le suspect décide de commettre ses actions ou omissions »⁴³⁷ ; et « deuxièmement, si le risque de causer les éléments objectifs du crime est faible, le suspect doit avoir manifestement ou expressément accepté l'idée que ces éléments objectifs puissent résulter de ses actes ou omissions »⁴³⁸. Ainsi, le dol éventuel trouverait son existence textuelle dans le degré de probabilité qu'une conséquence « adviendra dans le cours normal des événements », et tirerait sa légitimité de la possibilité qu'il offre d'atteindre les effets collatéraux d'un comportement criminel. Cette interprétation particulièrement extensive de l'intention connaît cependant une limite puisque les juges affirment que la commission ne saurait être considérée comme véritablement intentionnelle « lorsque l'état d'esprit du suspect ne va pas jusqu'à admettre que les éléments objectifs du crime puissent résulter de ses actes ou omissions »⁴³⁹, excluant de la sorte la simple négligence du standard textuel.

À cette limite s'ajoute une précision plus déconcertante : les juges prennent soin, en effet, de souligner que la *recklessness* est également évincée du champ de l'article 30 StCPI⁴⁴⁰, alors que le projet de Statut la visait nommément, dans sa version anglaise, comme équivalente au dol éventuel. S'il est communément admis que le dol éventuel est le pendant civiliste de la *recklessness*⁴⁴¹, les deux notions s'avèrent en définitive sensiblement différentes : les juges relèvent ainsi justement que la notion de *recklessness* n'est pas couverte par la notion d'intention car elle exige uniquement que l'auteur soit conscient de l'existence du risque que les éléments objectifs du crime puissent se produire consécutivement à son comportement mais n'exige pas l'acceptation de ce résultat⁴⁴². Au-delà du seul choix prétorien, l'approximation des traductions issue des différences culturelles révèle ici les faiblesses d'une technique d'interprétation reposant essentiellement sur des concepts nationaux. Il demeure, en définitive, que la négligence

⁴³⁷ *Ibid.*, §353.

⁴³⁸ *Ibid.*, §354.

⁴³⁹ *Ibid.*, §355.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, §355, note 438.

⁴⁴¹ Voir not. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e éd., 2016, p. 111 ; W. Schabas, *op. cit.*, p. 476.

⁴⁴² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §355, note 438. Sur ce point, les juges étayent leur raisonnement en s'appuyant sur les réflexions de G. P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, Oxford University Press, 2000, p. 443. Pour une analyse des distinctions entre dol éventuel et *recklessness*, voir particulièrement J. D. Ohlin, « Targeting the concept of intent », *Michigan journal of international law*, 2013, p. 89 et s. ; J. Blomsma, D. Roef, « Forms and aspects of *mens rea* », in J. Keiler, D. Roef (eds.), *Comparative concepts of criminal law*, Intersentia, 3^e éd., 2019, p. 140 et s. ; G. Werle, F. Jessberger, « Unless otherwise provided – Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under international criminal law », *JICJ*, 2005, p. 51 et s. ; S. Finnin, « Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court : a comparative analysis », *International and comparative law quarterly*, 2012, p. 333 et s..

coupable prendrait uniquement les traits du dol éventuel pour appréhender les confins de l'intention.

59. L'exclusion jurisprudentielle du dol éventuel ? De manière peu surprenante, l'interprétation extensive de l'article 30 StCPI retenue dans la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Thomas Lubanga est rapidement dénoncée⁴⁴³ par une nouvelle formation de juges. En effet, à l'occasion de l'affaire *Bemba*, la Chambre Préliminaire II affirme expressément que le dol éventuel ou toute forme de culpabilité moindre n'ont pas été incorporés dans l'article 30 StCPI, notamment car « l'expression “advientra dans le cours normal des évènements” [...] ne permet pas l'adoption d'une norme moins stricte que celle exigée par le dol direct de second degré »⁴⁴⁴. Privilégiant une interprétation littérale du Statut, les juges précisent que les termes « une conséquence advientra » renvoient à « l'expression d'un évènement qui est “inévitablement” attendu »⁴⁴⁵, autrement dit à un évènement dont la survenue est proche de la certitude ; à cet égard, ils ajoutent que cette norme se définit « comme une “certitude virtuelle” ou une “certitude pratique”, c'est-à-dire que la conséquence suivra, à moins qu'une intervention imprévue ou inattendue ne l'empêche »⁴⁴⁶. Dès lors, la norme prévue par le texte apparaît incontestablement plus stricte que celle communément acceptée pour le dol éventuel qui repose sur une simple probabilité ou possibilité ; les juges en concluent, avec clairvoyance, que « si les auteurs du Statut avaient eu l'intention d'inclure le dol éventuel dans le texte de l'article 30, ils auraient pu utiliser la formulation “peut advenir” ou “pourrait advenir dans le cours normal des évènements” pour exprimer une simple éventualité ou possibilité plutôt qu'une quasi-inéluctabilité ou une certitude virtuelle »⁴⁴⁷. Enfin, s'intéressant minutieusement aux travaux préparatoires, la Chambre affirme, qu'en plus de l'abandon à un stade précoce des négociations de l'idée d'inclure le dol éventuel, l'existence dans le

⁴⁴³ Il convient de relever néanmoins qu'à l'occasion de la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, la majorité de la Chambre approuve la reconnaissance du dol éventuel dans l'affaire *Lubanga* ; elle conclut toutefois qu'« aux fins des présentes charges, il n'y a pas lieu de déterminer si ce crime pourrait aussi couvrir des cas de dol éventuel, puisqu'il existe des motifs substantiels de croire que les crimes ont été commis avec dol direct ». Par conséquent, la question de savoir si l'article 30 StCPI couvre également le cas du dol éventuel n'est pas examiné dans la décision. CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §251, note 329.

⁴⁴⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §360.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, §362.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, §362.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, §363.

projet de Statut d'un paragraphe visant « l'intention d'une personne relativement à une conséquence » et, à sa suite, d'un paragraphe visant la négligence coupable, montre que « les auteurs n'entendaient pas consacrer la même notion ni fixer la même norme de culpabilité à travers les termes négligence coupable et dol éventuel, d'un côté, et l'expression “advientra dans le cours normal des événements”, de l'autre »⁴⁴⁸. À l'extrême opposé de l'interprétation retenue par les juges dans la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Thomas Lubanga, l'exclusion du dol éventuel traduit ici une lecture très étroite du standard posé par l'article 30 StCPI, à tel point que certains auteurs ont dénoncé une vision qui pourrait conduire à de nombreux acquittements⁴⁴⁹ et ainsi apparaître en contradiction avec « le sens commun de la justice et du droit humanitaire »⁴⁵⁰.

Optant pour une position plus modérée à l'occasion du Jugement de Thomas Lubanga, la Chambre de Première instance I revient à une application textuelle de l'article 30 StCPI en reprenant le standard d'intention et de connaissance en lien avec les éléments de matérialité de comportement, circonstance et conséquence. En effet, s'agissant du dol éventuel, les juges souscrivent à l'opinion exprimée par la Chambre Préliminaire II dans l'affaire *Bemba* en affirmant que « le libellé clair du Statut, et plus particulièrement l'utilisation à l'article 30§2(b) du terme “advientra”, par opposition à “pourrait advenir”, exclut la notion de dol éventuel »⁴⁵¹. En revanche, ils précisent que « si les participants sont “conscients qu'une conséquence advientra dans le cours normal des événements”, cela signifie qu'ils s'attendent, sur la base de ce qu'ils savent du déroulement normal des événements, à ce qu'une conséquence advienne effectivement à l'avenir »⁴⁵², rejetant de la sorte le critère trop rigide de « certitude pratique » avancé par la Chambre Préliminaire II.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, §368.

⁴⁴⁹ En l'espèce, la Chambre Préliminaire II affirme d'ailleurs qu'elle « ne peut déduire que [l'accusé] était conscient que le maintien de ses troupes en R[épublique] C[entre] A[fricaine] aurait pour conséquence virtuellement certaine que ces crimes [meurtres, viols et pillages en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité] seraient commis dans le cours normal des événements » ; elle ajoute que « les éléments de preuves communiqués indiquent qu'il est tout au plus possible d'en déduire que Jean-Pierre Bemba peut avoir prévu, comme une simple possibilité, le risque que ces crimes soient commis et l'avoir accepté pour les besoins de son objectif final, aider Ange-Félix Patassé à se maintenir au pouvoir », mais « de l'avis de la Chambre, il n'est pas satisfait à la norme inscrite à l'article 30 du Statut, à savoir le dol direct de second degré » (§400). « Par conséquent, la Chambre estime qu'il n'existe pas de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Jean-Pierre Bemba était conscient que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis par les soldats du MLC adviendraient dans le cours normal des événements du fait de l'envoi des troupes du MLC le 26 octobre 2002 ou vers cette date en RCA et de leur maintien sur place jusqu'à leur retrait le 15 mars 2003 » (§401). L'acquittement ne pouvant être prononcé à ce stade de la procédure, les juges ne confirmeront aucune charge à l'encontre de l'accusé sur ce fondement.

⁴⁵⁰ S. Wirth, « Co-perpetration in the Lubanga trial judgment », *JICJ*, 2012, p. 991.

⁴⁵¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement, §1011.

⁴⁵² *Ibid.*, §1012.

La solution finalement retenue paraît par conséquent tempérée, excluant fermement le dol éventuel et retenant la conscience de la survenance effective d'une conséquence. Or, contre toute attente, la même Chambre conclut au paragraphe suivant que la prévision de l'article 30§2(b) StCPI « suppose de prendre en considération les notions de “possibilité” et de “probabilité”, indissociables de celles de “risque” et de “danger” » et, que « s'agissant du degré de risque, les termes de l'article 30 exigent que le coauteur soit à tout le moins conscient que la conséquence “advient dans le cours normal des événements” ». Alors que l'exclusion du dol éventuel semblait actée, les juges sèment de nouveau la confusion concernant l'étendue de l'intention prescrite statutairement et cela sans finalité apparente, puisque les conclusions finales sur la culpabilité de l'accusé ne semblent pas aller jusqu'à retenir le risque, les éléments probatoires attestant en définitive d'une certaine inévitabilité de cette conséquence⁴⁵³.

Confrontée à cette même question lors du Jugement de Germain Katanga, la Chambre de Première instance II adhère à une position moins équivoque. S'attachant elle aussi à une lecture textuelle de l'article 30 StCPI, elle constate l'absence de définition statutaire de l'expression « une conséquence advient dans le cours normal des événements » et s'investit d'un devoir d'interprétation. Les juges réaffirment ainsi que le dol éventuel, « c'est-à-dire la conscience de l'existence d'une simple probabilité ou possibilité »⁴⁵⁴, n'a pas été inclue dans le Statut par les rédacteurs et précisent que, « [p]our autant, il ne s'agit pas non plus d'exiger que soit établie la volonté délibérée de causer la conséquence en question puisque l'article 30§2(b) entend proposer une alternative au dol direct de premier degré, pas plus que l'absolue certitude, par définition impossible à démontrer, que cette conséquence se produira dans le futur »⁴⁵⁵. La norme statutaire exigée serait dès lors « proche d'une certitude sans pour autant l'atteindre totalement » et renverrait, comme le relevait la Chambre Préliminaire II dans l'affaire *Bemba*, à une

⁴⁵³ La Chambre de Première instance I retient en effet que « Thomas Lubanga était pleinement conscient que l'UPC/FPLC avait procédé — et continuait de procéder — à l'enrôlement et à la conscription d'enfants âgés de moins de 15 ans et à leur utilisation pour les faire participer activement à des hostilités » et ajoute que « [c]es actes sont advenus dans le cours normal des événements en conséquence de la mise en œuvre du plan commun, visant à garantir que l'UPC/FPLC dispose d'une armée assez forte pour atteindre ses objectifs politiques et militaires » (§1347) ; elle conclut ainsi « au-delà de tout doute raisonnable que [...] Thomas Lubanga a agi avec l'intention et la connaissance requises — l'élément psychologique prévu à l'article 30 [...] », notamment car « [i]l avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence du conflit armé » et « connaissance du lien qui existait entre ces circonstances et son propre comportement, qui a abouti à la conscription, à l'enrôlement et à l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement à des hostilités » (§1357).

⁴⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §775.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, §775.

« certitude virtuelle »⁴⁵⁶. Par conséquent, toute idée de « risque » que la conséquence advienne dans le cours normal des événements s'avère exclue car « la forme que revêt cette intention criminelle suppose que la personne sache que la réalisation de ses actes entraînera nécessairement la conséquence en question, à moins qu'une intervention inattendue ou un événement imprévu n'y fassent obstacle »⁴⁵⁷. En l'espèce, la norme s'avère respectée, les éléments probatoires démontrant une forte certitude dans la survenance des conséquences reprochées à l'accusé⁴⁵⁸.

Enfin, saisis de la question en appel dans l'affaire *Lubanga*, les juges remédient à la confusion qui émergeait du raisonnement de la Chambre de Première instance I en confortant l'interprétation retenue dans le Jugement de Germain Katanga. En effet, ils rappellent que l'expression « une conséquence adviendra » fait référence à des événements futurs et renvoie à une « certitude de l'événement futur »⁴⁵⁹ ; toutefois, ils ajoutent qu'« une certitude absolue de l'événement futur ne peut jamais exister » et qu'il faut considérer que « le standard de prévision de l'événement futur est la certitude virtuelle »⁴⁶⁰. Reconnaisant que la référence au risque dans la décision de jugement aurait dû être évitée, la Chambre d'appel explique que la Chambre de Première instance I avait visé le risque uniquement car « le plan commun avait été mis en œuvre sur une longue période de temps » et, qu'« au moment de sa conception, les co-auteurs avaient anticipé les événements futurs »⁴⁶¹. Concluant ainsi à l'absence de dénaturation des prescriptions de l'article 30 StCPI, les juges confirment qu'« il était virtuellement certain »⁴⁶² que, dans les circonstances prévalant en Ituri à cette période, la mise en œuvre du plan commun visant à constituer une armée efficace afin d'assurer le contrôle politique et militaire de l'Union des Patriotes Congolais et des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo en Ituri, conduirait au recrutement et à l'utilisation aux fins de leur participation active lors des hostilités, d'enfants de moins de quinze ans.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, §776.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, §777.

⁴⁵⁸ La Chambre de Première instance II conclut à la réalisation du crime de meurtre comme crime contre l'humanité et comme crime de guerre, notamment car « en tirant sur des personnes prenant la fuite sans opérer de distinction, les *Lendu* et les *Ngiti* ne faisaient que peu de cas du sort des civils mêlés aux soldats de l'UPC et savaient que leur mort interviendrait dans le cours normal des événements. La Chambre conclut qu'ils avaient donc l'intention de causer leur mort » (§865).

⁴⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014, §447.

⁴⁶⁰ *Ibid.*.

⁴⁶¹ *Ibid.*, §450.

⁴⁶² *Ibid.*, §451.

Malgré une apparente éviction prétorienne du dol éventuel du champ statutaire, l'absence de constance et de précision dans la limite à accorder à l'élément moral prévu par l'article 30 StCPI laisse à penser que les controverses et les hésitations l'entourant peuvent perdurer. Il semble dès lors opportun de s'interroger sur la pertinence du recours à cette forme d'élément moral.

60. La pertinence du recours au dol éventuel. Les hésitations et les revirements observés dans les décisions de la Cour trouvent logiquement un écho dans les oppositions doctrinales et les dissensions prétoriennes entourant la question du dol éventuel.

Ainsi, alors que le Jugement *Lubanga* offre une position très confuse quant à l'existence du dol éventuel au sein des prescriptions statutaires, le Juge Adrian Fulford, dans une opinion séparée jointe à cette même décision, reconnaît clairement l'inutilité d'un tel recours en affirmant que « la Chambre ne tranchera pas plus facilement la question de savoir si l'accusé était conscient qu'une conséquence adviendrait dans le cours normal des événements en se demandant qu'il était conscient de la possibilité, de la probabilité, du risque ou du danger qu'elle advienne ». Il ajoute en outre que « les mots sont simples et aisément compréhensibles ; reformuler ce critère ou l'interpréter en faisant appel à d'autres mots peut être source de confusion »⁴⁶³. De la même manière, la Juge Christine van den Wyngaert, dans une opinion concordante au Jugement *Ngudjolo Chui*, reconnaît que « le recours à la notion de "risque" comme un élément de l'article 30 du Statut équivaut à l'acceptation du dol éventuel déguisé en dol direct du second degré » et soutient que « l'article 30 du Statut envisage la responsabilité pénale uniquement lorsque l'auteur s'attend à ce que les éléments matériels d'un crime "aient lieu dans le cours normal des événements" ; en conséquence, aucune référence à la prise de risque par l'accusé n'a sa place dans ce contexte »⁴⁶⁴. Les dissensions au sein de la communauté des juges doivent dès lors être relativisées puisqu'en définitive tous s'accordent, depuis la décision de la Chambre Préliminaire II dans l'affaire Bemba, sur l'exclusion du dol éventuel du champ de l'article 30 StCPI. L'incertitude demeure toutefois quant à l'amplitude réelle à accorder à l'expression « une conséquence adviendra dans le cours normal des événements » visée

⁴⁶³ Opinion séparée du Juge Adrien Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., 14 mars 2012, §15.

⁴⁶⁴ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., 18 décembre 2012, §36.

par l'article 30§2(b) StCPI, même s'il faut admettre que la majorité des juges y voit une certitude virtuelle excluant toute idée de risque.

Les oppositions s'expriment plus fortement en doctrine où les partisans et les détracteurs de la reconnaissance du dol éventuel interprètent la prescription statutaire très différemment. En effet, si pour les partisans⁴⁶⁵ l'article 30§2(b) StCPI couvre jusqu'à la probabilité de survenance d'une conséquence, pour les détracteurs⁴⁶⁶ au contraire, il renvoie uniquement à la survenance certaine d'une conséquence. Ces derniers retiennent à cette fin une lecture littérale du texte, avançant pour principal argument au rejet du dol éventuel l'emploi du futur et non du conditionnel comme temps de conjugaison de la disposition ; selon eux, le dol éventuel aurait pu être couvert si le texte avait fait mention qu'une conséquence « adviendrait » dans le cours normal des événements⁴⁶⁷. Toutefois, Donald Pigaroff et Darryl Robinson retiennent une approche plus nuancée en introduisant une distinction fondée sur le degré de risque, jouant dès lors sur l'absence d'uniformité dans la définition même du dol éventuel⁴⁶⁸ : ainsi, si le dol éventuel est défini en termes de degré de probabilité substantiel ou élevé que la conséquence adviendra alors il est couvert par les prévisions de l'article 30§2(b) StCPI, si en revanche il n'est défini qu'en termes de simple risque qu'une conséquence adviendra alors il en sera exclu⁴⁶⁹.

Cette nuance apportée par une distinction fondée sur le degré de risque pourrait mettre un terme aux débats entourant le dol éventuel. Cependant, elle repose sur le prédicat pertinent mais instable, d'absence de définition uniforme de la notion et semble, par conséquent, ne pouvoir apporter qu'une satisfaction partielle tant il paraît aujourd'hui

⁴⁶⁵ Parmi eux : A. Cassese, *International criminal law*, OUP, 2008, p. 73 et s. ; H.-H. Jescheck, « The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute », *JICJ*, 2004, p. 45 ; G.-J. Kooops, *Defenses in contemporary international criminal law*, Ardsley Transnational Publishers, 2001, p. 11 et s. ; F. Mantovani, « The general principles of international criminal law : the viewpoint of a national criminal lawyer », *JICJ*, 2013, p. 32.

⁴⁶⁶ G. Werle, F. Jessberger, « Unless otherwise provided... », *op. cit.*, p. 41 ; A. Eser, « Mental elements – Mistake of fact... », *op. cit.*, p. 932 et s. ; K. Ambos, « Some preliminary reflections on the *mens rea* requirements of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes », in L. C. Vohrah (dir.), *Man's inhumanity to man: Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, p. 20 et s. ; K. J. Heller, « The Rome Statute of the International criminal court », in K. J. Heller, M. D. Dubber (dir.), *The Handbook of comparative criminal law*, Stanford Law Press, 2011, p. 604 ; E. van Sliedregt, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, TMC Asser Press, 2003, p. 512.

⁴⁶⁷ G. Werle, F. Jessberger, « Unless otherwise provided... », *op. cit.*, p. 41. Les auteurs remarquent d'ailleurs à cette occasion, que les partisans de la reconnaissance du dol éventuel avancent peu d'éléments pour argumenter leur position.

⁴⁶⁸ D. K. Piragoff, D. Robinson, « Article 30 – Mental element », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court : Observer's notes*, Article by article, *op. cit.*, p. 860, note 67.

⁴⁶⁹ S. Finnin, *op. cit.*, p. 347.

difficile de cerner avec clarté son contenu. De manière générale, si le dol éventuel renvoie à une forme de responsabilité fondée sur le risque que des événements futurs pourraient survenir, il ne peut trouver sa consécration dans les prescriptions de l'article 30§2(b) StCPI. Toutefois, parce qu'il trouve sa consécration en droit international coutumier, le dol éventuel peut trouver une place légitime dans la définition de l'élément moral de l'infraction mais uniquement si le Statut le prévoit en dehors de l'article 30 StCPI comme une exception au standard. Autrement dit, la seule voie appropriée de sa reconnaissance repose sur le jeu de la règle par défaut⁴⁷⁰.

61. Conclusion du Chapitre 2 : le flou assumé des contours de l'étendue subjective de la participation principale. Si l'effort de codification entrepris par les rédacteurs du Statut ne peut qu'être salué, il semble toutefois contraindre la vocation pédagogique de l'article 30 StCPI à un carcan qui finalement l'entrave. En effet, tant la décomposition analytique retenue pour définir le standard subjectif que la singularité de son application par défaut se sont érigées comme obstacles dans la pratique, obligeant les juges à dépasser l'approche retenue initialement, la première les conduisant à recourir au concept de dol certes plus familier mais porteur d'incertitudes, la seconde à questionner les limites d'une intention aux contours mouvants. Malgré le paradoxe de ses effets, cette démarche s'inscrit dans une dynamique essentiellement pragmatique : si elle paraît *a priori* accentuer l'imprécision de la définition de l'intention, elle garantit en définitive au juge une marge de manœuvre indispensable pour éprouver cet élément subjectif. Par conséquent, l'instabilité des contours de l'étendue subjective de la participation principale apparaît relativement contenue mais aussi, pleinement assumée.

⁴⁷⁰ J. D. Ohlin, « Searching for the hinterman... », *op. cit.*, p. 333. L'auteur relève d'ailleurs le danger de voir ainsi le standard prescrit par l'article 30 StCPI se vider de toute sa rigueur et altéré dans son rôle de « gardien d'un état mental robuste dans la pratique de la Cour ». Ce danger peut toutefois être relativisé car il ne faut pas oublier que ces dispositions contraires ont fait l'objet d'amples discussions et d'un consensus lors de la Conférence de Rome.

62. Conclusion du Titre 1. L'analyse de l'étendue, tant objective que subjective, de la participation principale, confère à la figure du participant principal une résonance singulière au sein des modes de participation prévus par le Statut de Rome. Malgré un potentiel objectif inexploité et l'instabilité de ses contours subjectifs, cette figure prend en effet forme en appréhendant méthodiquement la réalité de la criminalité de système et en resituant l'acteur dans l'importance de son rôle d'auteur. Affinée par les expériences passées, cette méthode produit finalement le résultat attendu, celui d'une véritable définition du participant principal ; mais éprouvée, elle souffre des effets collatéraux de son exhaustivité, menant parfois à la confusion et échouant à livrer une lecture d'ensemble épurée. La figure du participant principal s'en trouve alors déséquilibrée car dominée par une composante objective plus aboutie et affirmée que sa composante subjective, liée à un conceptualisme⁴⁷¹ équivoque. Toutefois, loin de paralyser la notion, ce déséquilibre se révèle moteur : s'il inscrit effectivement la définition du participant principal dans une dynamique matérielle rassurante, il invite néanmoins à dépasser cette dernière et à envisager le participant principal au-delà de la simple désignation de « celui qui commet ».

⁴⁷¹ Carl-Friedrich Stuckenberg relève d'ailleurs le danger que représente ce « piège du conceptualisme ». C.-F. Stuckenberg, *op. cit.*, p. 317.

Titre 2. La priorité par le recours prétorien au critère de contrôle sur le crime

63. Par le prisme de l'approche dualiste retenue par l'article 25§3 StCPI, la figure du participant principal se révèle protéiforme et l'effort entrepris pour en souligner les diverses facettes doit être souligné. Désigné comme celui qui « commet », le participant principal trouve en effet à travers cette lecture, la mesure de son rôle en se distinguant du participant accessoire. Si cette approche permet assurément d'appréhender la pluralité dans la criminalité en s'affranchissant parfois d'une certaine matérialité, elle apparaît toutefois peu adaptée à se saisir d'une criminalité de système qui appelle une approche plus globale et fonctionnelle.

Afin de conférer toute sa dimension à la participation principale, il est donc apparu indispensable aux juges de déterminer un principe directeur, une norme, permettant de « déterminer la base sur laquelle évaluer le rôle d'un individu pour le considérer comme un auteur ou un accessoire »⁴⁷². Dans la mesure où l'article 25§3 StCPI prévoit explicitement cette dernière distinction sans envisager de « critère opérationnel »⁴⁷³, cette démarche normative s'est imposée au juge afin notamment de « tout mettre en œuvre pour garantir la prévisibilité du droit »⁴⁷⁴ conformément au principe de légalité. Prenant comme point de départ de leur analyse l'interaction existant entre les diverses formes de participation prévues par le texte, les juges prétendent « écarter tout critère opérationnel qui pourrait priver d'effet utile l'un ou l'autre des alinéas de l'article 25§3 StCPI définissant tel ou tel mode de responsabilité ou encore qui contreviendrait à une autre disposition du Statut, en particulier à l'article 30 StCPI »⁴⁷⁵. Ainsi, loin d'annihiler la structure dualiste sur laquelle repose le texte, l'approche normative lui supplée : la norme ne s'affranchit pas de la dualité, elle s'en sert au contraire comme fondement pour mettre en évidence le participant principal dans la singularité de son rôle et l'importance de sa contribution⁴⁷⁶. Désormais, à travers cette lecture, le participant principal n'est plus uniquement celui qui « commet » le crime, il est également celui qui en contrôle la réalisation.

⁴⁷² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1er décembre 2014, §463.

⁴⁷³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, §1388.

⁴⁷⁴ *Ibid.*.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, §1389.

⁴⁷⁶ Voir *supra* §20.

Érigé comme critère de l'imputation en tant que participant principal, le contrôle sur la réalisation du crime amorce un changement de paradigme dans la lecture de la chaîne de participation. Sous cet éclairage, les diverses formes d'imputation analysées précédemment expriment en effet une dimension nouvelle de la participation principale : si l'approche dualiste restitue l'acteur dans l'importance de son rôle d'auteur, l'approche normative resitue l'auteur, *via* ce critère de contrôle, dans le contexte d'une criminalité de système. Dès lors, en le reconnaissant comme critère d'imputation (Chapitre 1), les juges consacrent « le contrôle sur la réalisation du crime » dans toutes ses manifestations comme l'élément essentiel de compréhension de la participation principale (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'œuvre des juges

64. La question d'un critère permettant d'appréhender la participation principale de manière plus fonctionnelle s'est rapidement imposée aux juges. Dès les prémisses de l'affaire *Lubanga*⁴⁷⁷, la recherche d'une nouvelle dynamique dans la lecture de la chaîne de participation s'est en effet révélée nécessaire face aux insuffisances nées de l'approche dualiste. Sans toutefois réellement se départir de cette dernière approche, les juges inscrivent leur raisonnement dans une démarche constructive, s'inspirant à la fois des expériences nationales comme de la jurisprudence des TPI. En écartant méthodiquement les conceptions classiques de la commission (Section 1), ils entreprennent alors un véritable travail dogmatique pour retenir une approche résolument nouvelle de la participation principale (Section 2).

Section 1. Le rejet des conceptions classiques

65. Lorsque plusieurs individus interviennent dans la réalisation d'un crime, l'identification de chacun d'entre eux comme participant principal ou participant accessoire dépend du critère choisi pour définir « les comportements [relevant] de ce qui est constitutif de la commission du crime elle-même (...) de ceux seulement en lien avec la commission d'un crime par autrui »⁴⁷⁸. Si les diverses formes que peut revêtir cette commission concourent indéniablement à sa compréhension, ce critère permet toutefois d'en saisir la substance. À cette fin et selon une démarche peu surprenante, les juges de la CPI affichent clairement leur choix de rompre avec les approches classiquement retenues de la notion de commission, qu'elles soient objectives (I) ou subjectives (II).

⁴⁷⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §328 et s..

⁴⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1384.

I. Le rejet d'une conception objective

66. Définition. Également nommée « approche formelle objective » par la doctrine⁴⁷⁹, la conception objective de la notion de commission « place l'accent sur la réalisation d'un ou plusieurs éléments objectifs du crime »⁴⁸⁰ ou, dit autrement, « sur la réalisation d'un ou de plusieurs des éléments matériels du crime »⁴⁸¹. Ainsi, pour les juges de la CPI et selon cette approche, « seuls ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l'infraction peuvent être considérés comme les auteurs principaux du crime »⁴⁸².

Dans une perspective critique, Georges Fletcher propose une définition plus détaillée de cette conception de la participation principale. S'inspirant de la doctrine allemande⁴⁸³, il distingue, dans un premier temps, une « version formelle » de la conception objective selon laquelle « tous les acteurs dont le comportement ne satisfait pas la définition de l'infraction doivent être considérés comme des accessoires »⁴⁸⁴ et dénonce que, de ce point de vue, la catégorie des accessoires se trouve considérablement étendue puisqu'elle permet notamment d'englober certaines hypothèses de coaction. Il prend l'exemple, à ce propos, de deux individus commettant un viol, le premier maîtrisant la victime et le second réalisant l'acte sexuel : chacun des deux individus accomplit un aspect central du crime, mais aucun ne satisfait les deux éléments de l'infraction. Selon Georges Fletcher, une approche objective conduit à la « solution absurde » de considérer ces individus comme des accessoires. Dans un second temps, il expose une « théorie objective alternative »⁴⁸⁵ qui serait, quant à elle, centrée sur le degré de la contribution causale du participant à l'infraction ; de nouveau, il désapprouve⁴⁸⁶ cette approche puisqu'il s'avère manifestement

⁴⁷⁹ H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, p. 30.

⁴⁸⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §328.

⁴⁸¹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1391.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Il cite notamment H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker und Humblot, 2^e éd., 1972, p. 492 ; C. Roxin, *Tatertschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co, 3^e éd., 1975, p. 34-38.

⁴⁸⁴ G. P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, New York, Oxford University Press, 2^e éd., 2000, p. 655.

⁴⁸⁵ H. H. Jescheck, *op. cit.* ; C. Roxin, *op. cit.*. Citant René Garraud (*Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, Sirey, 3^e éd., 1929, n°950), François Rousseau vise également cette approche lorsqu'il affirme que « De manière plus objective, le coauteur pourrait être appréhendé comme celui qui accomplit un acte nécessaire, indispensable à l'exécution de l'infraction », F. Rousseau, *op.cit.*, p. 285.

⁴⁸⁶ Pour une critique, voir également F. Rousseau, *ibid.*.

impossible de mesurer ou de quantifier une contribution causale⁴⁸⁷. Cette analyse critique de la définition de l'approche objective de la participation principale incite à conclure que cette dernière paraît échouer à générer un critère exploitable⁴⁸⁸ pour opérer une distinction entre participant principal et participant accessoire.

67. Pratiques nationales. Malgré les limites relevées, certains systèmes légaux nationaux ont opté pour cette approche pour délimiter la frontière entre participant principal et participant accessoire. Ainsi, c'est sur un critère objectif que le droit français fonde la distinction entre l'auteur et le complice⁴⁸⁹. En effet, l'article 121-4 du Code pénal prévoit que l'auteur de l'infraction est « la personne qui commet les faits incriminés », soit l'individu qui en a accompli personnellement les actes matériels constitutifs. En revanche, celui qui ne réalise pas en sa personne les éléments de l'infraction – et qui a simplement coopéré à la commission de celle-ci par un acte matériel distinct de celui de l'infraction et avec intention – n'est qu'un complice⁴⁹⁰.

Toutefois, comme le complice est exposé à la même peine que le participant principal⁴⁹¹, la jurisprudence n'applique pas toujours avec rigueur ce critère objectif⁴⁹². La Cour de cassation refuse notamment de censurer les décisions ayant commis une confusion entre auteur et complice lorsque la peine est justifiée⁴⁹³. De la même manière, en vue d'assurer une répression meilleure et plus complète, elle considère parfois comme coauteur celui qui, objectivement, n'était qu'un complice. Elle dénature⁴⁹⁴ par là même la notion de

⁴⁸⁷ À cette fin, il part du postulat initial que, intuitivement, l'individu qui fournit l'arme d'un meurtre contribue moins à l'infraction que celui qui appuie sur la détente ; pour autant, ces deux contributions causales sont nécessaires à la commission de l'infraction. En ce sens, Paul Bockelmann affirme que « La causalité constitue une qualité inhérente à toutes conditions et elle est donnée ou non. Elle ne peut cependant être donnée dans une mesure plus ou moins importante. Vouloir nier cette évidence équivaudrait à violer les règles de la pensée logique », P. Bockelmann, « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction », in VII Congrès de droit pénal, RIDP, 1956, p. 173.

⁴⁸⁸ François Rousseau le qualifie même de « lâche et fuyant », F. Rousseau, *op. cit.*, p. 286.

⁴⁸⁹ B. Boulloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n°349. Sur la distinction entre l'auteur et le complice en droit français, voir : S. Fournier, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, janvier 2013, §20-32 ; P. Gulphe, « La distinction entre coauteur et complice », *RSC*, 1948, p. 665.

⁴⁹⁰ La jurisprudence conforte cette approche lorsqu'elle affirme que « dans les actes de complicité, on a toujours distingué ceux qui, extrinsèques à l'acte, tendent à en préparer, faciliter et réaliser la consommation, et ceux qui, par la simultanéité d'action et l'assistance réciproque, constituent la perpétration même ; que, lorsque ces derniers ont été commis, il existe bien moins des complices que des auteurs », Cass. crim., 17 décembre 1859, Bull. crim n°281.

⁴⁹¹ Voir *supra* §13.

⁴⁹² B. Boulloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n°350.

⁴⁹³ Cass. crim., 29 janvier 1965, n° 64-91.731, Bull. crim. n°30 ; *Recueil Dalloz*, 1965, p. 288, note Combaldieu. Cass. crim., 30 janvier 1979, n° 78-90.287, Bull. crim. n°44 ; *Recueil Dalloz*, 1979, IR 301.

⁴⁹⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1066. Certains auteurs évoquent un « amalgame » des notions, P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, 7^è éd., 2004, p. 233.

coaction, non définie par la loi, afin de traiter comme auteur de l'infraction, l'individu qui n'en a pas accompli les éléments constitutifs mais en a directement permis la commission par d'autres : la chambre criminelle a ainsi affirmé que celui qui maintient immobilisée la victime d'un viol est considéré comme coauteur de ce crime avec celui qui a imposé la relation sexuelle⁴⁹⁵. L'absurdité des conséquences produites par l'application de l'approche objective relevée précédemment par Georges Fletcher dans ce même exemple, a donc été dépassée par la Haute juridiction française mais cela, au prix d'un élargissement de l'élément matériel de l'infraction assurément contraire au principe de légalité criminelle⁴⁹⁶. Enfin, il est arrivé par le passé que la jurisprudence⁴⁹⁷ qualifie de coauteur un complice, pour appliquer la cause d'aggravation tenant à la commission en réunion, laquelle requerrait une pluralité d'agents ayant la qualité d'auteurs. Une telle dénaturation n'a plus lieu d'être aujourd'hui puisque cette circonstance d'aggravation s'applique quelle que soit la qualité retenue⁴⁹⁸.

L'exemple de l'application de l'approche objective par le droit français⁴⁹⁹ confirme le constat déjà opéré après l'analyse critique de sa définition : elle se révèle difficilement praticable, les nécessités, voire les opportunités, de la répression poussant le juge à malmener les concepts.

68. Incompatibilité avec l'article 25§3(a) StCPI. De manière peu surprenante, cette conception de la distinction entre participant principal et participant accessoire est rejetée par les juges de la CPI à l'occasion de l'affaire *Lubanga*. Sur un ton péremptoire, ils affirment en effet que : « l'article 25§3(a) du Statut ne tient pas compte du critère objectif permettant de distinguer les auteurs principaux du crime des complices parce que la notion de commission d'une infraction par l'intermédiaire d'une autre personne, en particulier lorsque cette dernière n'est pas pénalement responsable, n'est pas compatible avec la limitation du groupe d'auteurs principaux du crime à ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l'infraction »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ E. Dreyer, *ibid.*

⁴⁹⁶ En ce sens, voir F. Rousseau, *op. cit.*, p. 270 et s. : l'auteur met bien en valeur le fait que cette interprétation large ne relève plus de l'action mais de la participation (comprendre de la complicité).

⁴⁹⁷ Pour l'aide en cas de vol : Cass. crim., 4 août 1927, *Recueil Dalloz*, 1929, Sommaire, p. 33, note Roux ; Cass. Crim., 19 novembre 1943, Bull. Crim. n°129.

⁴⁹⁸ Ainsi, l'article 311-4 du Code pénal prévoit une aggravation pour le vol « commis » par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice formulation, au demeurant, pour le moins malheureuse, puisque seuls les auteurs « commettent », à proprement parler, l'infraction.

⁴⁹⁹ Pour l'analyse du droit portugais et du droit belge, voir J. Pradel, *op. cit.*, p. 140 et s..

⁵⁰⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §333.

Le raisonnement justifiant ce rejet repose effectivement sur une logique des plus évidentes : l'hypothèse de la commission indirecte renvoyant à celle de l'auteur médiate, soit à la volonté d'atteindre « l'auteur derrière l'auteur », les juges ne peuvent conclure qu'à l'incompatibilité puisque l'approche objective n'en fait qu'un accessoire. Au-delà même des incohérences relevées précédemment, l'interprétation littérale de la disposition impose de retenir une conception du participant principal « qui inclut à la fois les auteurs matériels des crimes et les personnes qui en déterminent la réalisation sans pourtant les exécuter elles-mêmes »⁵⁰¹. Incontesté, voire incontestable, ce rejet de l'approche objective de la participation principale paraît à l'heure actuelle clairement entériné par la Cour⁵⁰².

Inconciliable à la fois avec le texte même du Statut ainsi qu'avec la volonté affichée d'appréhender les individus éloignés de la réalisation matérielle de l'infraction à la juste mesure de leur rôle, l'approche objective échoue à combler les attentes du juge, qui doit alors trouver une alternative.

II. Le rejet d'une conception subjective

69. Définition. À l'inverse de la conception objective, « l'approche subjective écarte l'importance de la contribution à la commission de l'infraction (...) pour mettre l'accent sur l'état d'esprit dans lequel la contribution au crime a été apportée »⁵⁰³. Le critère permettant de distinguer le participant principal du participant accessoire est alors fondé sur la « direction de la volonté » de l'agent⁵⁰⁴ et « seuls ceux qui apportent leur contribution dans l'intention partagée de commettre l'infraction peuvent être considérés comme les auteurs principaux du crime »⁵⁰⁵. Autrement dit, l'approche subjective implique que toute personne agissant avec l'*animus auctoris* – littéralement l'esprit de l'auteur – sera traité comme participant principal, indépendamment de l'importance de sa contribution à l'infraction. *A contrario*, l'individu qui agit avec l'*animus socii* – littéralement l'esprit du

⁵⁰¹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1391.

⁵⁰² Ce rejet de la conception objective n'est en effet pas remis en cause par le Jugement dans l'affaire *Lubanga* (préc., §1003) ou par les décisions rendues dans l'affaire *Katanga* (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §485 et Jugement, préc., §1391).

⁵⁰³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §329 ; repris, dans la même affaire, par la décision de Jugement, §921 et par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1392.

⁵⁰⁴ P. Bockelmann, *op. cit.*, p. 173 ; cité par F. Rousseau, *op. cit.*, p. 285.

⁵⁰⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §329.

partenaire – sera considéré comme participant accessoire, quand bien même il satisfait chaque élément de la définition de l’infraction⁵⁰⁶.

Une telle approche de la participation principale permet assurément de surmonter les reproches formulés par les juges de la CPI à l’encontre de l’approche objective⁵⁰⁷ : la commission de l’infraction par l’intermédiaire d’une autre personne peut parfaitement être envisagée au titre de la participation principale, notamment car l’individu qui pousse un autre à agir peut disposer de l’*animus auctoris* nécessaire à le désigner comme participant principal. Le critère subjectif permet dès lors de retenir une conception très étirée de la notion de commission puisqu’il permet d’atteindre à la fois l’auteur direct et l’auteur indirect.

70. Limites pratiques. La souplesse attachée au critère subjectif a indéniablement contribué au succès de cette approche de la participation principale ; prise par les juges, cette dernière fut abondamment utilisée en Allemagne⁵⁰⁸ et l’est toujours largement devant les TPI puisque qu’elle se cache derrière la doctrine de l’entreprise criminelle. Pourtant, le postulat sur lequel elle se fonde s’avère bien fragile.

En effet, l’approche subjective se révèle difficilement applicable⁵⁰⁹ car elle repose sur la question de savoir si l’individu considère l’acte comme le sien ou comme celui d’un autre ; en d’autres termes, elle renferme un solipsisme latent⁵¹⁰ impliquant des investigations psychologiques quasi-impossibles à réaliser. Une telle approche confie non seulement au participant le pouvoir inopportun de délimiter les contours de sa propre criminalité, mais elle soulève également, le problème de la pertinence de la perception de son propre rôle dans la commission d’une infraction, particulièrement si celle-ci ne coïncide pas avec les faits objectifs. C’est à l’évidence faire reposer ce critère subjectif sur « une fiction par trop abstraite pour ne plus correspondre à la réalité criminologique »⁵¹¹ et par là même, accorder un large pouvoir discrétionnaire au juge dans son appréciation.

Ces limites dans l’appréhension pratique de la conception subjective de la participation principale vont être à l’origine de solutions parfois incohérentes dans les

⁵⁰⁶ G. Werle, B. Burghardt, *op. cit.*, p. 191 ; T. Weigend, « Perpetration through an organization : the unexpected career of a German legal concept », *JICJ*, 2011, p. 95. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n°350 ; A. Legal, « La complicité en matière d’imprudence », *RSC*, 1956, p. 532.

⁵⁰⁷ Voir *supra* §68.

⁵⁰⁸ Voir *infra* §76

⁵⁰⁹ G. Fletcher, *op. cit.*, p. 655.

⁵¹⁰ J. D. Ohlin, « Commentaire des décisions rendues par le TPIY dans l’affaire *Stakić* », in A. Klip, G. Sluiter, *Annotated leading cases of the international criminal tribunals – the ICTY 2003*, Intersentia, 2008, p. 744.

⁵¹¹ F. Rousseau, *op. cit.*, p. 285.

systèmes juridiques la retenant et sont encore aujourd'hui avancées par les détracteurs de l'entreprise criminelle commune. Toutefois, les juges de la CPI la rejettent davantage en raison d'incompatibilités techniques avec d'autres dispositions du Statut.

71. Incompatibilité avec l'article 25§3(d) StCPI. L'argument principal avancé par les juges pour écarter cette approche de la participation principale serait son incompatibilité⁵¹² avec la disposition relative à la responsabilité en tant que complice énoncée à l'article 25§3(d) StCPI⁵¹³. Ils considèrent en effet que l'hypothèse visée par la disposition, qui ressemble fortement à l'entreprise criminelle commune⁵¹⁴ retenue dans la jurisprudence du TPIY, « aurait constitué le fondement du concept de coaction au sens de l'article 25§3(a) du Statut si les auteurs du Statut avaient opté pour une approche subjective en vue de distinguer les auteurs principaux du crime des complices ». Selon cette approche, les individus qui connaissaient l'intention du groupe de commettre ce crime et qui facilitent ensuite cette activité criminelle en contribuant intentionnellement à sa commission – tel que le dispose l'article 25§3(d) – devraient être considérés comme des auteurs principaux du crime, et non comme des complices. Or, comme le souligne la Chambre préliminaire I dans l'affaire *Lubanga*, « le libellé de l'article 25§3(d) du Statut commence par les termes “contribue de toute autre manière à la commission”⁵¹⁵ et ne vise donc pas la participation principale, notion définie à l'article 25§3(a) StCPI ». Plus encore, l'article 25§3(d) démontre qu'agir « en vue de faciliter l'activité criminelle du groupe » ou « en pleine connaissance de l'intention du groupe » n'est pas suffisant pour être considéré comme un participant principal⁵¹⁶.

L'incompatibilité ainsi démontrée, les juges ne pouvaient conclure qu'à l'inadaptation d'une telle approche pour fonder la distinction entre le participant principal

⁵¹² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §334 et Jugement, préc., §921. CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §483.

⁵¹³ Pour rappel, l'article 25§3(d) prévoit qu'une personne est pénalement responsable si « elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ». Voir *infra* §129 et s..

⁵¹⁴ Pour une analyse comparée de l'article 25§3(d) et de l'entreprise criminelle commune, voir *infra* §131.

⁵¹⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §336.

⁵¹⁶ S. Manacorda, C. Meloni, « Indirect perpetration versus joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of International Criminal Law? », *JICJ*, 2011, p. 168.

et le participant accessoire⁵¹⁷. Au soutien de leur position, ils ajouteront d'ailleurs, à l'occasion de la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo et Chui*, qu'« en outre, les théories juridiques modernes rejettent le recours à cette approche pour distinguer l'auteur principal du complice »⁵¹⁸.

72. Incompatibilité avec l'article 30 StCPI. De manière plus surprenante et sans référence aucune à l'argumentation développée antérieurement, les juges vont retenir un tout autre argument lors du Jugement de l'affaire *Katanga*.

Dans un premier temps, la Chambre de première instance II justifie l'application de la conception subjective de la participation principale par les TPI par l'absence dans leur Statuts, et contrairement au Statut de la CPI, de définition de l'élément psychologique pour l'ensemble des crimes et des modes de responsabilité. Puis, rappelant dans un second temps, que « lorsqu'il n'est pas fait mention d'un élément psychologique pour un comportement, une conséquence ou une circonstance particulière, le juge a l'obligation d'appliquer l'article 30 StCPI », la même Chambre en déduit que « l'approche subjective ne s'avère pas conciliable avec le droit que la Cour doit appliquer puisque l'élément psychologique défini par l'article 30 du Statut s'applique alors aussi bien au cas des auteurs, au sens de l'article 25§3(a), qu'à certains cas de complicité, notamment ceux qui relèvent de l'article 25§3(b), dans la mesure où aucun élément intentionnel spécifique ne se trouve mentionné dans le libellé de cet article »⁵¹⁹.

Parce que l'article 25§3 StCPI ne définit aucun élément moral permettant d'opérer la distinction entre participant principal et participant accessoire, l'article 30 StCPI, renfermant une norme générale relative à l'élément psychologique, trouve à s'appliquer à toutes les hypothèses de participation à l'infraction⁵²⁰ : cela signifie par conséquent, qu'en principe, les exigences mentales d'« intention et de connaissance »⁵²¹ sont les mêmes pour le participant principal que pour le participant accessoire. Fonder leur distinction sur un

⁵¹⁷ Voir également l'analyse concordante de Gerhard Werle, « Individual criminal responsibility in Article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 958-961 et p. 974.

⁵¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §485. Pour plus de développement sur ces théories modernes, voir *infra* §74.

⁵¹⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1392.

⁵²⁰ Pour une analyse de l'application conjointe des articles 30 et 25§3 StCPI, voir *supra* §44.

⁵²¹ Pour rappel, l'article 30 StCPI prévoit que « sauf disposition contraire, 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 ».

critère subjectif s'avère alors incompatible avec le mécanisme mis en place par le Statut de Rome.

73. La méthode adoptée par les juges pour rejeter ces approches classiques, a consisté à analyser leur compatibilité avec le Statut et exclure « toutes les interprétations du texte qui donneraient naissance à un *corpus juris* asystématique constitué de règles sans cohérence interne »⁵²². Malgré la logique attachée à ce raisonnement, il semble que les arguments relevés à l'encontre de l'approche subjective pourraient souffrir d'une certaine fragilité tant l'interprétation et la portée des articles 25§3(d) et 30 StCPI soulèvent encore des incertitudes. Toutefois, l'incapacité de ces conceptions classiques à appréhender la participation principale en satisfaisant les exigences du Statut, tout en rendant compte du contexte systémique dans lequel elle s'inscrit, oblige le juge à s'intéresser à une nouvelle approche de la notion.

Section 2. La reconnaissance d'une « troisième approche »

74. En rejetant les conceptions classiques, les juges admettent 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 »⁵²³. Influencés par une lecture normative de la participation à l'infraction, ils adoptent un principe directeur qui fonde la distinction entre le participant principal et le participant accessoire sur un critère de « contrôle exercé sur le crime ».

⁵²² CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §481.

⁵²³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §330. Repris également par la Chambre de Première instance I dans le Jugement *Lubanga* (§920) et par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §485.

Permettant la synthèse des aspects objectifs et subjectifs⁵²⁴, cette nouvelle approche de la participation principale semble concilier les positions contraires⁵²⁵ : ses origines (I) et son fondement (II) paraissent aujourd'hui justifier son utilisation quasi-systématique par les juges de la Cour⁵²⁶.

⁵²⁴ C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, Munich, C.H. Beck, 2003, §§25-30 : cité par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §484.

⁵²⁵ Georges Fletcher la désigne d'ailleurs comme une « théorie intermédiaire », *op. cit.*, p. 655.

⁵²⁶ À l'occasion du Jugement dans l'affaire Katanga (*op. cit.*, §1382), la Chambre de Première instance II relève que « toutes les chambres préliminaires et les chambres de première instance semblent, jusqu'à présent, avoir adopté le critère du contrôle sur le crime afin de faire la distinction entre les auteurs d'un crime et les complices ». À ce propos, voir notamment : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, préc., §480-486 ; CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §326-341 et Jugement, préc., §994 ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 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, 15 juin 2009, §347 ; CPI, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 8 février 2010, §152-349 ; CPI, *Le Procureur c. Abdalah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, Chambre Préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, §126 ; CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §279 ; CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges, 23 janvier 2012, §291-292 ; CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §296 ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, Mandat d'arrêt, 4 mars 2009, §210 ; CPI, *Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-1, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, 27 juin 2011, §68. Également, CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 24 mars 2016, §24 : « In circumstances where a plurality of persons was involved in the commission of a crime within the jurisdiction of the Court, the most appropriate criterion to determine whether a person "committed" the crime jointly with others (rather than contributing to a crime committed by someone else) is "control over the crime" » (nous soulignons) et Jugement portant condamnation, ICC-01/12-01/15, Chambre de Première instance VIII, 27 septembre 2016 ; CPI, *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, ICC-02/05-01/20-433, Chambre Préliminaire I Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), 9 juillet 2021 ; CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, et Trial Judgement, Chambre de Première instance IX, 4 février 2021 ; CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, 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 Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, et Jugement, Chambre de Première instance VI, 8 juillet 2019 ; CPI, *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*, ICC-01/14-01/18, Chambre Préliminaire II, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona, 11 décembre 2019 (rect. 14 mai 2020).

À cette longue liste de décisions rendues par les Chambres Préliminaires et les Chambres de Première instance s'ajoute également la Chambre d'appel, qui a définitivement condamné Thomas Lubanga sur le fondement de la commission conjointe en utilisant ce critère de contrôle sur le crime. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014. Également, CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Appeals Court, Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 mars 2021.

I. Les origines de cette troisième approche

75. Résolument novatrice, cette approche fondée sur le critère de « contrôle sur le crime » retenue par la Cour n'est pourtant pas nouvelle. Inspirés et confortés par diverses sources⁵²⁷, les juges légitiment leur choix de manière explicite en faisant référence⁵²⁸ à la fois à la doctrine allemande (A) mais aussi aux expériences passées en droit international (B).

A. La doctrine allemande

76. Les conséquences incohérentes de l'approche subjective. Jusqu'à la moitié du XX^e siècle – soit avant l'élaboration de cette approche fonctionnelle – la doctrine allemande se divisait autour du critère permettant la distinction entre participant principal et participant accessoire : de manière très classique, les partisans de l'approche objective s'opposaient à ceux de l'approche subjective. Le juge allemand, quant à lui, adhérerait systématiquement à cette dernière, soutenant que la seule manière de distinguer entre ces deux contributions causales à l'infraction était par l'attitude mentale des individus la réalisant⁵²⁹, et s'octroyant ainsi un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination des rôles joués par chacun⁵³⁰. Toutefois, cette approche subjective a pu produire des conséquences incohérentes et les exemples ne manquent pas pour l'illustrer. L'affaire *Stashynskij*⁵³¹, décrite comme illustrant une application « particulièrement extrême de la théorie subjective »⁵³², ainsi que l'affaire dite de « la baignoire »⁵³³ s'avèrent très

⁵²⁷ Sur la question des sources en droit international pénal, voir particulièrement : M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, 488 p. ; A. Pellet, « Applicable law », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones, *The Rome statute of the international criminal court : a commentary*, New York, OUP, Tome II, 2002, p. 1051 et s. ; C. Callejon, « Article 21 – Droit applicable », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 763 et s. ; T. Margueritte, « Le recours au droit comparé par le juge répressif international : quelle légitimité ? », in T. di Manno, *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, 2014, p. 49. Stephen Bailey, « Article 21(3) of the Rome Statute: A Plea for Clarity », *ICLR*, 2014, p. 513 et s..

⁵²⁸ Voir notamment, dans la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, §342 et s., repris, dans la même affaire, par la Décision de Jugement, §918 et s..

⁵²⁹ Voir *supra* §69.

⁵³⁰ T. Weigend, « Perpetration through an organization – The unexpected career of a German legal concept », *JICJ*, 2011, p. 95 ; E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 82.

⁵³¹ *Stashynskij Fall*, 18 BGHSt 87 (1962).

⁵³² J. D. Ohlin, « Searching for the Hinterman – In praise of subjective theories of imputation », *JICJ*, 2014, p. 334 ; M. Bohlander, *Principles of German criminal law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, p. 162.

⁵³³ *Badewanne Fall*, 74 RGSt 84 (1940).

révélatrices sur ce point. Dans la première, un agent du KGB était accusé du meurtre, directement ordonné par le KGB, de deux dissidents du régime soviétique ; dans la seconde, une femme était poursuivie pour avoir, sur les ordres de sa sœur, noyé dans la baignoire l'enfant nouveau-né de cette dernière. Dans les deux affaires, les juges allemands parviennent à la conclusion que les auteurs physiques des meurtres sont de simples complices et ne peuvent être condamnés en tant qu'auteur principal puisqu'ils n'ont ni partagé l'*animus auctoris*, ni réalisé le crime dans leur propre intérêt, l'agent ayant agi pour le compte du KGB, et la tante du nouveau-né pour celui de sa sœur. Confinant au solipsisme – les accusés ne pouvant être désignés auteurs principaux puisque ne se considérant pas eux-mêmes comme tels – ces solutions retenues par les juges soulevèrent de nombreuses critiques⁵³⁴ et amenèrent à repenser le critère de distinction des participants à l'infraction.

77. La théorie du contrôle sur le crime de Claus Roxin. Les incohérences révélées par une application particulièrement stricte de l'approche subjective ne doivent pas pour autant faire oublier les raisons de son attrait : atteindre l'individu éloigné de la commission de l'infraction pour en faire un participant principal, ce à quoi les juges parviennent dans les deux affaires mentionnées. L'enjeu est donc de conserver ce même objectif tout en palliant ces incohérences⁵³⁵.

Inspiré tant par les affaires mentionnées que par l'affaire Eichmann qu'il prend comme « exemple paradigmatique »⁵³⁶, Claus Roxin propose, en 1963⁵³⁷, une nouvelle lecture de la distinction entre participation principale et participation accessoire⁵³⁸. Cette

⁵³⁴ Il est notamment reproché aux juges, outre l'absence d'utilisation d'un critère objectif d'identification, de confondre intention et mobile, J. D. Ohlin, *op. cit.*, p. 334. Pour plus de développements, voir particulièrement : G. P. Fletcher, *op. cit.*, p. 657 et s. ; M. Bohlander, *op. cit.*, p. 162.

⁵³⁵ Dans ce sens, Jens David Ohlin précise que « si par le passé, les applications de la théorie subjective ont pu être problématiques, il est imprudent de renoncer à l'approche subjective de la commission simplement parce que sa version extrême était extrême [...] il est préférable de ne pas mettre en doute la totalité d'une approche uniquement parce qu'une seule de ses applications a été discréditée », *op. cit.*, p. 334.

⁵³⁶ Pour plus de développement sur ce point : C. Roxin, « Crimes as part of organized power structures », *JICJ*, 2011, p. 194 et s., not. p. 199 (Traduction partielle par Belinda Cooper d'un article originellement publié en 1963 dans la revue *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p. 193-207) ; G. Werle, B. Burghardt, « Introductory note – Claus Roxin on crimes as part of organized power structures », *JICJ*, 2011, p. 192.

⁵³⁷ Il a été relevé que Claus Roxin se serait appuyé sur la « doctrine de l'action finaliste » élaborée par Hans Welzel selon laquelle le participant principal est celui qui, « conscient du cheminement causal vers la production d'un résultat criminel, détient le contrôle de la réalisation de l'infraction », H. Welzel, « Studien zum System des Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, p. 491-566 ; également du même auteur, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^e éd., de Gruyter, Berlin, 1969, p. 99. En outre, il faut mentionner qu'à la même période, Friedrich-Christian Schroeder publiait un ouvrage développant lui aussi cette théorie du contrôle sur le crime : F. C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter : ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1965.

⁵³⁸ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, (Hamburg, Cram, de Gruyter & Co, 1^{ère} éd., 1963), Berlin, de Gruyter, 8^e éd., 2006.

lecture, qui mêle à la fois éléments objectifs et subjectifs⁵³⁹, repose sur l'idée centrale que le critère permettant cette distinction est celui de la « domination de l'acte » (*Tatherrschaft*), ou dit autrement, du « contrôle sur le crime ». Selon cette approche, que Claus Roxin qualifie de « matérielle objective »⁵⁴⁰, le participant principal est l'individu qui domine la commission de l'infraction car il détient le pouvoir de déterminer si oui ou non les actes en question ont bien été effectués. Cette domination, ce contrôle, se rencontre ainsi dans trois hypothèses : lorsque l'individu réalise l'acte lui-même, lorsqu'il le réalise conjointement avec d'autre(s) individu(s) ou lorsqu'il instrumentalise un autre individu pour réaliser l'acte. Face aux critiques émises à l'encontre de cette dernière hypothèse⁵⁴¹, Roxin précise que cette théorie ne trouve valablement à s'appliquer que dans un contexte de criminalité organisée (*Organisationsherrschaft*)⁵⁴² : la domination exercée par l'intermédiaire d'un individu n'est possible qu'à travers une organisation structurée et hiérarchisée, composée de membres remplaçables – Roxin affirme l'existence d'un principe de fongibilité des membres de l'organisation – et opérant, au moins partiellement, en dehors d'un cadre juridique⁵⁴³. Traduisant une approche résolument normative de la participation à l'infraction, la théorie de Roxin permet ainsi de désigner comme participant principal, à la fois celui qui exécute directement l'infraction et celui qui, indirectement, pousse à sa réalisation – les deux individus exerçant, chacun à leur manière, un contrôle sur le crime.

78. Réception de la théorie du contrôle sur le crime en droit allemand. Accueillie favorablement par la doctrine, la théorie de Claus Roxin fut reprise à l'occasion de la réforme du Code pénal allemand en 1975. Bien que ne définissant aucun critère de distinction entre participant principal et participant accessoire⁵⁴⁴, la rédaction du paragraphe 25 StGB paraît en effet reprendre la terminologie employée par Claus Roxin et

⁵³⁹ J. Leblois-Happe, E. Mathias, X. Pin, J. Walther, « Chronique de droit pénal allemand », *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3, Vol. 73, p. 1241.

⁵⁴⁰ C. Roxin, *Täterschaft (...)*, *op. cit.*, p. 38 et s..

⁵⁴¹ Essentiellement celle justifiée par le *principe d'autonomie* qui rend impossible la commission de l'infraction par l'intermédiaire d'un individu si ce dernier réalise l'acte comme un acteur autonome pénalement responsable ; autrement dit, le fait que cet acteur peut être puni pour son acte criminel protège l'individu en arrière plan d'une responsabilité en tant que participant principal ; seule une responsabilité en tant que participant accessoire pourra être retenue à son encontre. Pour une critique plus globale de la théorie de Claus Roxin, voir T. Weigend, « Perpetration... », *op. cit.*, p. 99.

⁵⁴² C. Roxin, « Crimes as part of organized power structures », *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 198-199 et p. 202-204 ; T. Weigend, « Perpetration... », *op. cit.*, p. 97 ; E. Van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁴⁴ K. Hamdorf, « The concept of a joint criminal enterprise and domestic modes of liability for parties to a crime : a comparison of German and English law », *JICJ*, 2005, p. 210-211.

rendre impossible toute approche purement subjective de la participation⁵⁴⁵ – cette rédaction n'est d'ailleurs pas sans rappeler la formulation de l'article 25§3(a) StCPI. Toutefois, malgré la réforme, il faudra attendre la fin des années 1980 pour que les juges intègrent progressivement des éléments objectifs dans l'analyse de la participation. À ce sujet, la célèbre affaire dit du « Chat roi »⁵⁴⁶ est souvent citée comme illustrant un rapprochement avec la théorie du contrôle. En l'espèce, deux individus avaient convaincu un troisième, psychologiquement dépendant, que s'il ne tuait pas un quatrième individu, un démon, nommé le « Chat roi », massacrerait un million de personnes ; poursuivis pour tentative de meurtre, la question se posait de savoir si ces deux individus pouvaient valablement être considérés comme auteurs principaux de l'infraction. Se fondant sur un contrôle objectif de l'intention réelle des participants, les juges concluent à leur responsabilité en tant qu'auteurs principaux d'une tentative de meurtre : ils avaient en effet utilisé la relation de dépendance qui les unissait à l'auteur physique de la tentative d'infraction, pour le placer sous leur domination et ainsi contrôler l'exécution de l'acte à travers la force de leur influence et la connaissance supérieure des circonstances de sa réalisation⁵⁴⁷.

À travers cette affaire et celles qui ont pu suivre⁵⁴⁸, il apparaît assez nettement que les juges allemands fondent désormais leur décision en analysant l'*animus auctoris* du participant principal en fonction de l'influence et du contrôle objectifs qu'il a eu sur la réalisation de l'infraction. L'intention du participant principal se déduisant de preuves objectives, le raisonnement du juge paraît, en définitive, se rapprocher de l'analyse fonctionnelle proposée par Claus Roxin et majoritairement soutenue par la doctrine.

B. Une présence résiduelle en droit international

79. Si la doctrine allemande est sans conteste la source originelle de cette approche fonctionnelle objective retenue par les juges de la CPI, son influence n'est pas nouvelle en droit international, même si celle-ci s'avère assez faible.

⁵⁴⁵ En vertu du paragraphe 25 du Code pénal allemand, « Quiconque commet l'infraction lui-même, ou par l'intermédiaire d'une autre personne, est passible de sanction en tant qu'auteur de l'infraction ; si plusieurs individus commettent conjointement l'infraction, chacun d'entre eux sera puni comme auteur » (Traduction libre de « *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht ; Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft* »).

⁵⁴⁶ *Katzenkönigfall*, 35 BGHSt 347 (1988).

⁵⁴⁷ N. Jain, « The control theory of perpetration in international criminal law », *Chicago journal of international law*, vol. 12, n°1, 2011, p. 164.

⁵⁴⁸ M. Bohlander, *op. cit.*, p. 163.

80. Une absence significative dans les travaux préparatoires relatifs à l'article 25§3(a) StCPI. Il n'est pas rare que le juge, pour justifier ses interprétations, ait recours aux travaux préparatoires ayant conduit à l'élaboration des dispositions du Statut de Rome⁵⁴⁹. Riches d'enseignements, ces travaux permettent en effet au juge d'effectuer une lecture des textes en conformité avec l'intention originelle des rédacteurs du Statut mais aussi de guider leur interprétation au moyen des discussions et débats ayant pu entourer certaines notions. Confronté au flou entourant l'appréhension de la notion de participation principale, cette démarche s'offrait au juge comme une possibilité de réflexion. Pourtant, aucune référence ou allusion à ces travaux n'est faite lorsque le choix d'ériger le contrôle sur le crime comme critère prioritaire d'imputation de l'infraction s'est opéré⁵⁵⁰.

Cette absence est à regretter notamment car il ressort des travaux préparatoires ayant entourés l'élaboration de l'article 25§3(a) StCPI, que la question de la distinction entre participant principal et participant accessoire n'a jamais été discutée sur le fondement de la théorie du contrôle sur le crime. En effet, si la première proposition adoptée en 1996⁵⁵¹ contient des dispositions spécifiques et détaillées pour chacune des commissions directe, indirecte et conjointe, aucun critère de contrôle n'est prévu pour distinguer le participant principal du participant accessoire. Au contraire, c'est davantage un critère d'intention commune⁵⁵² qui semble déterminer la participation principale et consolider une approche subjective focalisant résolument sur la *mens rea* des participants. De plus, certains auteurs avancent que la version définitive adoptée par la Conférence de Rome en 1998 présente certes un texte moins détaillé, mais qu'aucun élément ne permet d'en conclure que le sens

⁵⁴⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §49 : la Cour affirme clairement que « le juge pourra donc faire appel à ces moyens complémentaires d'interprétation », « tels que les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu ». À titre d'exemple, la Chambre Préliminaire II a ainsi consulté, à l'occasion de l'affaire *Bemba*, les travaux préparatoires de l'article 30 StCPI, avant de conclure que le *dolus eventualis* est un niveau de *mens rea* exclu du Statut. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 15 juin 2009, Décision relative à la confirmation des charges, §364-369.

Sur l'utilisation des travaux préparatoires comme sources du droit international, voir P. Currat, « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue québécoise de droit international*, 2007, p. 143.

⁵⁵⁰ Cette absence ressort incontestablement de la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, préc..

⁵⁵¹ Preparatory Committee on the establishment of an International criminal Court, *Applicable law and general principles of criminal law* (A/AC.249/L.4), 6 août 1996, p. 7-8, 11.

⁵⁵² Le paragraphe 2, organisant l'hypothèse de la commission conjointe, propose en effet que « lorsque deux ou plusieurs individus commettent conjointement un crime prévu par le Statut avec l'intention commune de commettre un tel crime, chaque individu doit être tenu pénalement responsable et puni comme auteur principal » (Traduction libre de « *where two or more persons jointly commit a crime under this Statute with a common intent to commit such a crime, each person shall be criminally responsible and liable to be punished as a principal* »).

donné, dans une première intention, à la participation principale doit être modifié⁵⁵³. Une analyse moins catégorique pourrait toutefois voir dans cette simplification du texte, la marge de manœuvre laissée au juge pour interpréter la disposition en s'affranchissant d'un cadre normatif peu souple.

Loin de suggérer que le participant principal à un crime désigne l'individu qui en a le contrôle, l'histoire de la rédaction de l'article 25§3(a) StCPI n'empêche pourtant pas de l'envisager⁵⁵⁴ : si un critère d'intention commune avait été retenu initialement, la formulation définitive du texte n'en fait plus mention, laissant alors l'ouverture suffisante à l'application d'une nouvelle approche.

81. Les tentatives infructueuses devant les TPI. Usant de la possibilité qui leur est donnée d'invoquer dans leur raisonnement les jurisprudences antérieures⁵⁵⁵, les juges de la CPI justifient leur recours au critère de contrôle sur le crime au moyen des tentatives avortées d'introduire cette approche devant les TPI. Observation anecdotique et révélatrice, c'est exclusivement au Juge allemand Wolfgang Schomburg que ces tentatives sont imputables : la Chambre Préliminaire I⁵⁵⁶ mentionne en effet le jugement rendu par le TPIY dans l'affaire *Stakić*⁵⁵⁷ qu'il avait présidé, ainsi que son opinion dissidente jointe à la décision rendue en appel par le TPIR dans l'affaire *Gacumbitsi*⁵⁵⁸.

Principale personnalité de la municipalité de *Prijedor*⁵⁵⁹, Milomir Stakić a été reconnu coupable de crime contre l'humanité sur la base de sa responsabilité pénale

⁵⁵³ L. Yanev, T. Kooijmans, « Divided minds in the *Lubanga* trial judgment : a case against the joint control theory », *ICLR*, 2013, vol. 13, n°4, p. 806.

⁵⁵⁴ Voir *contra*, E. van Sliedregt, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁵⁵ Précisant la portée de l'article 21 StCPI, la Chambre de Première instance I a notamment affirmé que « les règles de procédure des tribunaux *ad hoc* et leur jurisprudence ne sont pas automatiquement applicables à la Cour sans avoir été analysées en détail », CPI, *Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de Première instance I, 30 novembre 2007, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, §44. Sur cette question voir également G. Hochmayr, « Applicable law in practice and theory – Interpreting article 21 of the ICC Statute », *JICJ*, 2014, p. 672 et s..

⁵⁵⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la confirmation des charges, *op. cit.*, §330, §342. Repris également par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §506, ou encore CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 15 juin 2009, Décision relative à la confirmation des charges, §350.

⁵⁵⁷ TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Chambre de Première instance II, 31 juillet 2003, Jugement, §431 et s., particulièrement §440. Pour une analyse détaillée de la décision, voir le commentaire de J. D. Ohlin in A. Klip, G. Sluiter, *Annotated leading cases of the international criminal tribunals – the ICT 2003*, Intersentia, 2008, p. 739.

⁵⁵⁸ TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, 7 juillet 2006, Opinion individuelle dissidente du juge Schomburg, §16 et s..

⁵⁵⁹ À la suite du coup d'état des 20-30 avril 1992, Milomir Stakić est devenu, entre autres, Président de l'Assemblée municipale et Président du conseil pour la défense du peuple de la municipalité de Prijedor puis,

individuelle, en tant que coauteur ayant agi avec ses associés au sein de la cellule de crise de la police et de l'armée, de façon conjointe et coordonnée pour renforcer le contrôle et la dominance serbe dans la municipalité de *Prijedor*. Afin d'entrer en voie de condamnation, la Chambre exprime clairement sa volonté de s'écarter du concept d'entreprise criminelle commune⁵⁶⁰ qu'elle juge trompeur, pour retenir une approche nouvelle de la coaction, « plus proche de ce que la plupart des systèmes juridiques admettent »⁵⁶¹, et qui repose sur l'existence d'« un contrôle exercé conjointement sur le comportement criminel »⁵⁶². Fondée uniquement sur des travaux doctrinaux, l'audace des juges est fermement sanctionnée par la Chambre d'appel qui, *proprio motu*, relève l'« erreur » commise par la Chambre de Première instance en retenant une forme de responsabilité qui « ne trouve pas son fondement dans le droit international coutumier ou la jurisprudence constante du Tribunal »⁵⁶³, contrairement à l'entreprise criminelle commune. Sans revenir sur la caractérisation d'un tel contrôle, elle parvient pour autant, de fait, au même résultat que la Chambre de Première instance, ce qui a pu être dénoncé comme une « querelle de mot, plutôt qu'une différence de substance »⁵⁶⁴.

Comme le relève la Chambre Préliminaire I de la CPI, le Juge Schomburg persiste à défendre cette théorie dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu par le TPIR dans l'affaire *Gacumbitsi*, dans laquelle il réaffirme que « la coaction requiert, de manière générale, un contrôle fonctionnel conjoint sur le crime »⁵⁶⁵, et justifie cette préférence en mentionnant, cette fois-ci, les précédents nationaux pertinents⁵⁶⁶. Mais, c'est surtout à

à partir de mai 1992, Président de la cellule de crise de la municipalité de Prijedor. Durant cette période, une campagne de persécution a été menée à l'encontre des non-Serbes se traduisant par des meurtres commis à grande échelle dans les camps d'Omarska, Keraterm et Trnopolje, dans les villes et villages de Bosnie répartis dans la municipalité, et au mont Vasić. La Chambre de Première instance a tenu Milomir Stakić pour responsable de plus de 150 meurtres, de viols et violences sexuelles commis dans les camps et de la fuite ou l'expulsion d'au moins 20 000 non serbes de Prijedor.

⁵⁶⁰ TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, préc., Jugement, §438 : « l'entreprise criminelle commune ne constitue qu'une interprétation possible parmi d'autres du terme "commettre" figurant à l'article 7(1) du Statut et il faut donc prendre également en considération les autres définitions de la coaction. En outre, il faut en premier lieu prendre le terme "commission" au sens classique avant d'envisager une "entreprise criminelle commune" ».

⁵⁶¹ *Ibid.*, §441.

⁵⁶² *Ibid.*, §440 : « Pour qu'il y ait coaction, il suffit qu'il y ait eu un accord explicite ou un consentement tacite pour atteindre un but commun par une action conjointe et coordonnée, ainsi que par un contrôle exercé conjointement sur le comportement criminel ».

⁵⁶³ TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-A, Chambre d'appel, 22 mars 2006, Arrêt, §62.

⁵⁶⁴ TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Chambre d'appel, Opinion individuelle séparée du Juge Shahabuddeen, §26.

⁵⁶⁵ TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, préc., §17-18.

⁵⁶⁶ Deux précédents sont ainsi cités : la jurisprudence de la Cour suprême fédérale allemande dans l'affaire dite du *Politbüro*, portant sur le jugement des responsables politiques de la RDA pour les assassinats de personnes tentant de passer à l'ouest (BGHSt 40, Jugement du 26 juillet 1994), p. 218-240) et l'affaire des

l'occasion de l'arrêt *Simić*⁵⁶⁷, dont la Cour ne fait étonnamment pas mention, que le Juge Schomburg développe davantage d'arguments au soutien de cette théorie – particulièrement des tableaux référençant les systèmes nationaux qui l'appliquent – et appelle le Tribunal à « faire preuve d'ouverture, de respect et de tolérance – conditions préalables indispensables à toute coopération supranationale ou internationale en matière pénale – en adhérant aux interprétations et aux théories juridiques internationalement reconnues »⁵⁶⁸. Toutes des juridictions internationales resteront toutefois sourdes à cet appel puisque la Chambre Préliminaire I de la CPI est la première à véritablement adopter une telle approche.

II. Une approche matérielle objective

82. Définition. Largement influencés par la théorie de Claus Roxin et les précédents jurisprudentiels devant les TPI, les juges retiennent, dès leurs premières décisions, cette approche matérielle objective, également nommée « approche fonctionnelle objective »⁵⁶⁹, et érigent « le contrôle sur le crime » comme critère déterminant dans la distinction entre participant principal et participant accessoire⁵⁷⁰.

Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, les juges affirment clairement que « selon cette approche, les auteurs principaux du crime se trouvent exclusivement parmi ceux qui détiennent le contrôle de la commission de l'infraction et qui ont conscience qu'ils détiennent un tel contrôle »⁵⁷¹. Reprenant à leur compte le cadre posé par Claus Roxin, ils ajoutent que ce critère est rempli dans les hypothèses où ces participants « (i) exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime à titre individuel ou perpétration directe) ; (ii) contrôlent la volonté de ceux qui exécutent les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime par l'intermédiaire d'une autre personne ou perpétration indirecte) ; ou (iii) détiennent, avec d'autres personnes, le contrôle de

généraux de la dictature argentine, *Videla et autres* (Cour d'appel, District fédéral de Buenos Aires, Docket n°13, 9 décembre 1995).

⁵⁶⁷ Opinion individuelle dissidente du Juge Schomburg jointe à TPIY, *Le Procureur c. Blagoje Simić*, IT-95-9-A, Chambre d'appel, 28 novembre 2006, Arrêt, §9 et s., particulièrement §14-15.

⁵⁶⁸ *Ibid.* §17.

⁵⁶⁹ J. D. Ohlin, « Searching for the Hintermann... », *op. cit.*, p. 331.

⁵⁷⁰ La Cour l'affirme clairement lorsqu'elle précise « Ayant écarté les approches objective et subjective de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, la Chambre est d'avis, au même titre que l'Accusation et à la différence de la jurisprudence des tribunaux ad hoc, que le Statut a consacré la troisième approche, qui est fondée sur la notion d'exercice d'un contrôle sur le crime », CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §338.

⁵⁷¹ *Ibid.*, §332.

l'infraction en raison des tâches essentielles qui leur ont été assignées (commission du crime conjointement avec d'autres ou coaction) »⁵⁷², visant ainsi chacune des situations envisagées par l'article 25§3(a) StCPI.

À ce sujet, la Chambre Préliminaire I justifie la pertinence du critère du contrôle sur le crime en relevant, dans un premier temps, que « la manifestation la plus typique de la notion du contrôle sur le crime est la commission d'un crime par l'intermédiaire d'une autre personne »⁵⁷³, forme de participation principale expressément prévue par la disposition susmentionnée. L'affirmation, relativement logique, sonne plus comme un écho à l'argument principal qui avait pu être avancé à l'encontre de l'approche objective. En effet, l'imputation du crime à l'auteur médiate ne peut véritablement s'envisager qu'en focalisant sur son influence dans la réalisation du crime, celle-ci devant être, à l'évidence, suffisamment importante – d'où la compatibilité avec le critère d'un contrôle sur le crime. De même, et dans un second temps, la Chambre « estime que la notion de coaction inscrite à l'article 25§3(a) recoupe celle du contrôle exercé conjointement sur le crime en raison du caractère essentiel des différentes contributions à la commission du crime »⁵⁷⁴. Elle justifie ainsi la compatibilité du critère de contrôle sur le crime avec l'hypothèse de la coaction visée par l'article 25§3(a) StCPI par l'importance de la contribution, mais surtout, elle surmonte l'éventuel étiolement du contrôle en raison de la pluralité d'auteurs en admettant que le contrôle puisse être conjoint. Ainsi, les juges affirment que « bien qu'aucune de ces personnes ne détienne le contrôle d'ensemble de l'infraction parce qu'elles dépendent toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle car chacune d'elles pourrait compromettre la commission du crime si elle n'exécutait pas sa tâche »⁵⁷⁵.

83. L'hypothèse de la commission individuelle. Avant d'analyser les premières critiques à l'encontre du critère du « contrôle exercé sur le crime », il convient d'opérer une remarque concernant ce même critère et l'hypothèse de la commission individuelle. La ligne argumentative retenue par les juges repose essentiellement sur la compatibilité dudit critère avec les hypothèses visées à l'article 25§3(a) StCPI puisque ce critère doit être une caractéristique commune à toutes les formes de commission du crime. Or, si la Cour constate la compatibilité du critère avec la commission conjointe et la commission par

⁵⁷² *Ibid.*, §332.

⁵⁷³ *Ibid.*, §339.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, §341.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, §342.

l'intermédiaire d'un autre individu, elle omet – volontairement ? – de relever la commission individuelle. Certes, ce dernier cas se présente peu⁵⁷⁶ mais, puisque le critère se veut déterminant dans la désignation du participant principal, la Cour aurait dû l'envisager. Cette omission doit néanmoins être relativisée tant il est difficilement envisageable qu'un auteur individuel qui commet directement l'infraction puisse ne pas contrôler la réalisation de son acte⁵⁷⁷, sauf à envisager une circonstance personnelle exonératoire de responsabilité.

84. Premières critiques. Si cette compatibilité apparente du critère du « contrôle exercé sur le crime » avec le Statut a pu lui assurer un accueil favorable⁵⁷⁸, elle apparaît toutefois insuffisante pour justifier du recours même à ce critère. Ainsi, avant toute application au fond, c'est l'absence de base légale du critère qui est dénoncée puisque ce dernier ne serait reconnu « ni par le droit international coutumier [ni] par les principes généraux du droit inspirés des différents systèmes juridiques du monde »⁵⁷⁹.

85. La légalité criminelle menacée⁵⁸⁰. Le droit international pénal est un droit hybride⁵⁸¹ et la question du droit applicable et de son interprétation est incontestablement au cœur de « tensions entre approche pénaliste et regards internationalistes »⁵⁸². En effet,

⁵⁷⁶ Voir *supra* §23 et s..

⁵⁷⁷ L. C. Berster, « 'Duty to act' and 'commission by omission' in international criminal law », *ICLR*, 2010, p. 633.

⁵⁷⁸ Notamment, G. Werle, B. Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal », *RSC*, 2012, p. 50 : « Il faut saluer l'approche adoptée par la Chambre Préliminaire sur cette question. L'exigence posée quant à l'exercice d'un contrôle sur la commission sur crime assure que seuls ceux qui ont joué un rôle important et majeur dans la commission du crime seront punis comme auteurs » ; G. Werle, B. Burghardt, « Indirect perpetration : a perfect fit for international prosecution of armchair killers ? », *JICJ*, 2011, p. 88 : « It is a theory that conceptualizes the reasons for our intuition that those who plan and set in motion the commission of crimes are most responsible for them even if they never soil their hands. It is a step forward because, at a theoretical level, the doctrine grasps the rationale truth of our intuition better than the concurring approaches of command responsibility or joint criminal enterprise » ; F. Jessberger, J. Geneuss, « On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir », *JICJ*, 2011, p. 869 : « within the statutory framework also perpetration-by-means of criminally responsible persons has its place, whether one likes it or not ». Pour une approche plus nuancée, E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, *op. cit.*, p. 88 : « This approach twarts the dualism in article 25§3(a) (...) which can be criticized for the lack of support in the ICC's drafting history and Statute. The control of the crime approach may also be welcomed. The language of article 25§3(a) provides for a liability theory that is attuned to the remote principal. (...) The concept of control, however, requires further clarification (...) ».

⁵⁷⁹ Argument relevé par la Défense dans CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Décision relative à la confirmation des charges, préc., §324.

⁵⁸⁰ H. Olásolo, « A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law », *Criminal Law Forum*, 2007, p. 301 et s. ; M. Eudes, « Le principe de légalité et les juridictions pénales internationales », in *Réciprocité et universalité – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, 2017, p. 221 et s..

⁵⁸¹ A. Cassese, G. Acquaviva, M. Fan, A. Whithing, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁸² E. Fronza, « Introduction », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, p. 17.

la mobilisation, par le juge, des sources du droit international pour interpréter les dispositions du Statut, bien qu'efficace, soulève de nombreuses critiques notamment celle de justifier des choix sous couvert de la coutume ou des principes généraux du droit au détriment du principe de légalité criminelle⁵⁸³.

Fondement de la légitimité de tout système pénal, le principe de légalité criminelle⁵⁸⁴, prévu à l'article 22 StCPI, suppose qu'une condamnation peut être prononcée uniquement sur la base de règles de droit suffisamment accessibles et raisonnablement claires de manière à assurer la prévisibilité de la norme pour l'individu concerné. Afin de contenir la créativité prétorienne et préserver ledit principe, l'article 21 StCPI impose une méthode d'interprétation⁵⁸⁵ au juge puisqu'il organise une hiérarchie dans l'utilisation des sources du droit international⁵⁸⁶ : la Cour doit ainsi appliquer en premier lieu le cadre normatif propre à la Cour⁵⁸⁷ – le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de preuve et de procédure – puis, en deuxième lieu les « traités applicables et les principes et règles du droit international » – c'est-à-dire la coutume – et enfin, en troisième lieu et à défaut, les principes généraux du droit et la jurisprudence antérieure.

En l'absence de tout fondement du critère du « contrôle exercé sur le crime » dans le Statut, les juges admettent clairement l'impossibilité de l'appliquer directement aux faits⁵⁸⁸. Toutefois, en mobilisant ces autres sources du droit international, ils parviennent à conclure à son existence en droit international et affirment que « l'approche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime a été appliquée dans un certain nombre de systèmes

⁵⁸³ V.-D. Degan, « On the Sources of International Criminal Law », *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 47-48, p. 75-76, p. 78.

⁵⁸⁴ Pour de plus amples développements sur le principe de légalité en droit international, voir : R. Haveman, O. Kavran, J. Nicholls, *Supranational criminal law : a system sui generis*, Intersentia, 2003, p. 39 et s..

⁵⁸⁵ L. N. Sadat, J. M. Jolly, « Seven canons of ICC treaty interpretation: making sense of article 25's Rorschach Blot », *Leiden Journal of International Law*, 2014, p. 759 et s..

⁵⁸⁶ Pour une analyse critique, voir particulièrement T. Ojong, « Un aperçu des lignes directrices de résolution des conflits de hiérarchies des normes et de juridictions dans le Statut de Rome », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, p. 351 et s..

⁵⁸⁷ Le Statut prévaut sur toutes les autres sources du droit international : la Chambre Préliminaire I l'a clairement affirmé dans l'affaire *Al Bashir* en confirmant sa primauté en cas de « contradiction irréconciliable » entre celui-ci, les Éléments des crimes et le Règlement de preuve et de procédure, CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, Chambre Préliminaire I, 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, 4 mars 2009, §128.

Plus récemment, à l'occasion du jugement *Katanga*, la Chambre de Première instance II a de nouveau affirmé l'existence de cette hiérarchie en désignant la coutume et les PGD comme « sources subsidiaires » susceptibles d'être appliquées qu'en cas de « vide juridique dans les dispositions du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement », CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement, §39.

⁵⁸⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A 5, Chambre d'appel, Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 1^{er} décembre 2014, §470.

juridiques et est largement reconnue en doctrine »⁵⁸⁹. Peu développée, l'argumentation des juges est rapidement dénoncée et la question de la légalité du critère soulevée : une large reconnaissance en doctrine et une application répandue dans certains systèmes juridiques sont-elles suffisantes pour véritablement dégager un principe général du droit ou une coutume internationale ?

86. Un principe général du droit incertain⁵⁹⁰. L'opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement *Lubanga*⁵⁹¹, offre une première réflexion sur la question. Relevant d'abord l'absence de tout fondement du critère de « contrôle exercé sur le crime » dans le Statut, le Juge Fulford reproche ensuite aux juges de s'être appuyés exclusivement « sur une opinion minoritaire émanant des tribunaux *ad hoc* » et sur une théorie « directement importée du système juridique allemand »⁵⁹². À l'inverse de la Défense de Thomas Lubanga qui conclut aussitôt à la violation des articles 21 et 22 StCPI⁵⁹³ dans son mémoire en défense, le Juge Fulford reconnaît que l'article 21§1(c) StCPI permet à la Cour de s'appuyer sur les « principes généraux du droit » dérivant des systèmes légaux nationaux pour interpréter les dispositions dudit Statut mais il regrette que la Chambre de Première instance n'ait pas « procédé à une évaluation minutieuse des considérations politiques qui entourent la doctrine juridique interne pour savoir si elle est applicable devant la Cour et compatible avec le cadre du Statut de Rome »⁵⁹⁴ ; il ajoute qu'il lui paraît « dangereux d'appliquer une interprétation d'une loi nationale en raison simplement d'une similitude de langage, le contexte général pouvant être sensiblement différent »⁵⁹⁵.

Reflétant clairement cette tension entre approche pénaliste et regards internationalistes, l'atteinte au principe de légalité criminelle ne serait finalement que

⁵⁸⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §330 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §485.

⁵⁹⁰ Pour une analyse approfondie de l'utilisation par le juge des principes généraux en droit international pénal, voir M. Falkowska, *Entre conformisme et émancipation : le juge pénal international face à la coutume et aux principes généraux*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2017, p. 259 et s..

⁵⁹¹ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., 14 mars 2012. Il faut relever ici que le Juge Fulford présidait la Chambre de Première instance I à l'occasion du Jugement *Lubanga*.

⁵⁹² *Ibid.*, §10.

⁵⁹³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre d'appel, Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, 3 décembre 2012, §333.

⁵⁹⁴ Opinion séparée du Juge Adrien Fulford, préc. : « The control of the crime theory has its origins in the post-war German legal system, where particular domestic considerations – which do not exist at the ICC – have made it appropriate to apply this principle ».

⁵⁹⁵ *Ibid.*.

potentielle sur ce point car elle dépend de la conception retenue de la notion de « principes généraux du droit »⁵⁹⁶. Si cette conception est stricte alors, comme le relève la Défense de Thomas Lubanga dans son mémoire, l'atteinte au principe de légalité criminelle peut être retenue puisqu'un principe général du droit ne peut être déterminé à partir d'une seule doctrine nationale. En revanche, si cette conception est plus large alors ledit principe semble respecté : parce qu'elle permet de comprendre et d'interpréter les lois nationales, la doctrine peut contribuer à la détermination d'un principe général de droit, toutefois, comme le mentionne le Juge Fulford, il serait préférable, dans cette hypothèse, de tenir compte du contexte politique dans lequel cette doctrine s'inscrit afin de ne pas dénaturer son essence. Il s'agit donc là, probablement, moins d'une violation du principe de légalité criminelle que d'une faiblesse dans la méthode d'interprétation des juges.

87. Une présence discutée en droit international coutumier. Le problème de l'atteinte à la légalité criminelle se pose également, dans des termes similaires, s'agissant de la coutume⁵⁹⁷. Visée comme une source subsidiaire de droit international, la coutume reflète « une pratique généralisée des États acceptée par ceux-ci comme étant le droit »⁵⁹⁸ et se définit couramment comme la réunion de deux éléments : l'un matériel, qui exige la présence d'une pratique généralisée, l'autre psychologique, qui correspond à la croyance que le comportement est conforme au droit – l'*opinio juris*. De nouveau, les juges paraissent échouer à présenter une argumentation convaincante relative à ces éléments caractérisant la coutume.

S'agissant de l'élément matériel, la Cour justifie le recours au critère du « contrôle exercé sur le crime » en affirmant qu'il est appliqué dans « un certain nombre de systèmes juridiques » et qu'il est « largement reconnu en doctrine ». Or, elle s'appuie là sur une

⁵⁹⁶ Il est admis que les principes généraux du droit, source non écrite du droit international, peuvent être déterminés soit de manière quasi-intuitive car tirés de l'idée même de droit (ex : le principe de bonne foi), soit par le biais d'une opération d'induction simple par laquelle le juge remonte des règles éparpillées au principe directeur (ex : le principe de la compétence de la compétence) ou soit par une opération d'induction à partir des principes affirmés par le droit positif de différents ordres juridiques internes. Sur ce point, voir particulièrement : O. de Frouville, « Les tribunaux pénaux internationaux et les principes généraux du droit – Quelques commentaires », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris., Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, p. 391.

⁵⁹⁷ Pour une analyse plus générale de la question, voir : M. Balboni, « La coutume entre nécessité et volonté », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, op. cit., p. 269 et s. ; M. Fałkowska, *Entre conformisme et émancipation : le juge pénal international face à la coutume et aux principes généraux*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2017, p. 25 et s..

⁵⁹⁸ O. de Frouville, *Droit international pénal*, op. cit., p. 64.

réalité erronée ; en effet, les références des juges⁵⁹⁹ sur ce point se limitent finalement au seul système allemand : d'une part, la doctrine et le droit espagnols cités sont en fait directement inspirés du droit allemand⁶⁰⁰ et d'autre part, les écrits de Georges Fletcher sur la théorie de Claus Roxin n'ont, pour ainsi dire, jamais véritablement influencé le droit américain⁶⁰¹. Dès lors, bien que cette théorie s'applique dans les systèmes juridiques influencés par le droit allemand, comme les États d'Amérique latine, il paraît « fortement exagéré de laisser entendre que les théories de Roxin sont largement représentatives des différentes cultures juridiques »⁶⁰² et ainsi d'en dégager une pratique généralisée suffisante pour engendrer une norme de droit international coutumier. De plus, s'agissant de l'élément psychologique, il n'est pas établi clairement que cette intégration du critère aux systèmes nationaux est accompagnée par un quelconque *opinio juris* ; il semble, au contraire, que cette intégration se justifie plus par la conviction que le critère de « contrôle exercé sur le crime » pouvait apporter des résultats concluants d'un point de vue normatif⁶⁰³.

Alors qu'il paraît difficile de conclure à l'existence de la théorie de Claus Roxin en droit international coutumier, la Chambre d'appel, toujours à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, paraît mettre un terme au débat. Confirmant la position de la Chambre de première instance I, elle affirme en effet clairement que cette « approche normative de la commission conjointe [fondée sur l'existence d'un contrôle sur l'exécution du crime] est bien connue du droit international pénal »⁶⁰⁴, notamment car la notion d'entreprise criminelle développée par les TPI utilise elle aussi un critère normatif pour distinguer le

⁵⁹⁹ *Ibid.* ; voir particulièrement les décisions de confirmation des charges dans les affaires *Katanga et Ngudjolo Chui* (note n°647) et *Lubanga* (note n°418).

⁶⁰⁰ S. Manacorda, C. Meloni, *op. cit.*, p. 170.

⁶⁰¹ J. D. Ohlin, « Co-Perpetration – German Dogmatik or German Invasion », in C. Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, OUP, 2015, p. 523. L'auteur souligne sur ce point que « In the case of his discussion of Roxin in *Rethinking*, Fletcher's support amounted to admiration of Roxin's approach, but neither Roxin nor Fletcher's analysis of it had any impact on Anglo-American common law for decades. Indeed, even after Fletcher's well-known discussion of Roxin in *Rethinking*, no scholar of criminal law in the United States discussed or even cited Roxin for decades until just before Roxin's reemergence in the jurisprudence of the ICC with the *Lubanga* Decision ».

⁶⁰² *Ibid.*, p. 524.

⁶⁰³ *Ibid.*. L'auteur y voit d'ailleurs la manifestation d'une confusion issue des sensibilités divergentes entre internationalistes et pénalistes. L'absence d'*opinio juris* ne serait pas surprenante car elle révèle un problème plus profond en droit international pénal : l'utilisation occasionnelle par les avocats de l'expression « droit international coutumier » pour décrire l'usage répandu d'une doctrine dans les systèmes nationaux. Or, les pratiques pénalistes au sein des systèmes nationaux ne s'accompagnent pas habituellement d'une *opinio juris*, et ne sont donc pas à proprement parler, des normes coutumières. Voir particulièrement sur ce point : M. Fan, « Visionary legal construction : custom, general principles and the great architect Cassese », *JICJ*, 2012, p. 1063 et s..

⁶⁰⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A 5, Chambre d'appel, Judgment on the appeals of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014, §471.

participant principal du participant accessoire, même si son approche est exclusivement subjective⁶⁰⁵. De plus, afin de justifier la légalité de leur démarche, les juges ajoutent qu'il ne s'agit pas en l'espèce « d'appliquer une doctrine ou une théorie légale particulière, mais plutôt d'interpréter et appliquer l'article 25§3(a) du Statut » et « ce faisant, la Chambre d'appel considère qu'il convient de s'appuyer sur des approches développées dans d'autres pays afin de parvenir à une interprétation cohérente et convaincante des textes juridiques de la Cour »⁶⁰⁶. Écartant tout reproche quant à la légalité de son raisonnement et de ses méthodes, cette même Chambre d'appel rappelle enfin qu'elle n'« administre pas la justice dans le vide » et que « s'appuyer sur des idées développées dans les systèmes légaux domestiques et appliquer une approche normative de la commission conjointe ne viole aucunement l'article 22 StCPI »⁶⁰⁷.

Cette promptitude de la Cour à s'arranger des contours de la légalité dessert assurément la légitimité de cette nouvelle lecture de l'imputation de l'infraction. Ce n'est pas la première fois que les juges se contentent notamment d'une pratique très faible pour dégager une coutume en droit international pénal⁶⁰⁸ et il ne serait pas étonnant, s'agissant du critère de « contrôle exercé sur le crime », de voir naître, comme le dénonçait René-Jean Dupuy, « une coutume sauvage dont l'excroissance soudaine puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude »⁶⁰⁹.

88. Vers une théorie du droit international pénal ? En révélant le potentiel de la théorie du « contrôle exercé sur le crime », les juges ont entrepris un véritable travail de dogmatique, « une tentative *sui generis* de s'engager vers une théorie du droit international pénal »⁶¹⁰. Si cette démarche doit être saluée, elle révèle cependant toute la difficulté

⁶⁰⁵ Voir également *supra* §81.

⁶⁰⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeals of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §470.

⁶⁰⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeals of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction §471.

⁶⁰⁸ Par exemple, les juges ont affirmé, sans vérification préalable, que « le principe de la légitime défense (...) se trouve dans la plupart des codes pénaux nationaux et peut être considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier », TPIY, *Le Procureur c/ Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, 26 février 2001, Jugement, §451.

⁶⁰⁹ R.-J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 75 et s. : « il existe des coutumes sages qui se sont lentement dégagées des faits immémoriaux, établis dans une tradition mentale, mais on voit aussi, spécialement de nos jours, des coutumes sauvages dont l'excroissance soudaine puise sa racine plus dans les volontés alertées que dans des esprits assoupis par une longue habitude. Rechercher la portée respective de chacun des éléments constitutifs revient à se poser un problème fondamental, celui de l'antériorité du fait sur la conscience ou, au contraire, la direction de celui-là par celle-ci ».

⁶¹⁰ J. D. Ohlin, « Co-Perpetration – German Dogmatik or German Invasion », *op. cit.*, p. 525.

d'échafauder une théorie de l'imputation adaptée au contexte systémique en raisonnant à partir de principes fondamentaux, et particulièrement la théorie des sources du droit international. Dénonçant ces méthodes dans son opinion concordante attachée au Jugement d'acquiescement rendu dans l'affaire *Ngudjolo Chui*⁶¹¹, le Juge Christine van den Wyngaert émet ainsi de fortes réserves quant à la désignation du critère du « contrôle sur l'exécution du crime » comme principe général de droit, notamment car elle considère que si ces techniques d'interprétation issues du droit international peuvent être adaptées à l'interprétation d'autres dispositions du Statut, elles ne doivent pas être utilisées pour élargir l'étendue de certaines formes de responsabilité pénale⁶¹². Elle ajoute que les principes de légalité et d'interprétation stricte doivent seuls primer lors de toute discussion relative à la responsabilité pénale des individus⁶¹³. La seule solution serait alors, selon Jens David Ohlin, de libérer le droit international pénal de son lien de filiation avec le droit international public et de reconnaître que le juge international est fondamentalement un juge pénal décidant de l'illicéité de l'acte et de la culpabilité des individus poursuivis⁶¹⁴. Loin d'encourager l'expérimentation judiciaire, cette solution permettrait d'admettre que les dispositions pénales inscrites dans le Statut ne s'appliquent pas littéralement et que le juge, en les interprétant, serait l'architecte d'un droit pénal *sui generis* évoluant en fonction des affaires qui lui sont soumises. De ce point de vue, la théorie de Claus Roxin pourrait par conséquent s'envisager comme un premier pas vers une théorie du droit international pénal substantiel.

89. Conclusion du Chapitre 1 : la promesse ambitieuse d'un critère d'imputation. Marquant avec évidence une indépendance assumée vis-à-vis des expériences passées, le choix prétorien d'un critère d'imputation prenant la forme d'un contrôle sur la réalisation du crime s'affirme de manière très singulière en droit international pénal. Contrastant particulièrement avec les précédents en matière de participation à l'infraction internationale⁶¹⁵, l'approche normative retenue inscrit en effet les prescriptions statutaires dans une dynamique fonctionnelle plus précise permettant de

⁶¹¹ Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, §16, attachée à CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12-3, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012.

⁶¹² *Ibid.*, §17.

⁶¹³ *Ibid.*, §18.

⁶¹⁴ J. D. Ohlin, « Co-perpetration – German Dogmatik or German Invasion », *op. cit.*, p. 525.

⁶¹⁵ L. Yanev, T. Kooijmans, « Divided minds in the *Lubanga* trial judgment : a case against the joint control theory », *op. cit.*, p. 812.

satisfaire ce besoin de considérer les plus hauts dirigeants comme des participants principaux⁶¹⁶. Malgré une légitimité discutée et une créativité prétorienne probablement ambitieuse, ce critère présente une amélioration notable⁶¹⁷ et offre la promesse théorique d'une norme pleinement adaptée. L'épreuve pratique s'annonce alors comme l'ultime étape de sa consécration.

⁶¹⁶ S. Manacorda, C. Meloni, *op. cit.*, p. 171.

⁶¹⁷ *Ibid.*.

Chapitre 2. La construction du critère

90. Malgré les controverses entourant sa légalité, ériger le contrôle sur le crime comme critère d'imputation de l'infraction internationale recèle un attrait théorique indéniable. En fournissant une norme de référence au cœur la chaîne de participation, il permet en effet une lecture compréhensive des comportements de chaque participant tout en pondérant le rôle joué par chacun. Toutefois, appréhender la réalité d'un contexte systémique au moyen d'un tel critère relève d'un raisonnement analytique minutieux engageant le juge dans une démarche constructive visant à en exploiter tout le potentiel et à en projeter toutes les dimensions.

Bien qu'essentiellement prétorienne, l'identification des diverses manifestations du contrôle sur le crime doit néanmoins s'inscrire dans le respect des prescriptions statutaires, et notamment celles de l'article 25§3(a) StCPI. Fixant dès lors un cadre et un support, le texte fournit au critère du contrôle sur le crime le moule de sa réalisation pratique permettant au juge d'affirmer que « l'article 25§3(a) du Statut prévoit aussi que la notion de contrôle exercé sur le crime peut prendre les quatre formes suivantes : 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 »⁶¹⁸. Ainsi, de manière relativement classique, le contrôle sur le crime prend la forme d'un contrôle direct : la perpétration directe renvoyant à l'auteur physique de l'infraction, le contrôle sur le crime se manifestera alors simplement par la réalisation des éléments objectifs et subjectifs du crime en question⁶¹⁹. De manière plus spécifique, il prend également les formes d'un critère adapté à une criminalité de système traduisant d'une part, un contrôle horizontal désigné comme conjoint (Section 1), et d'autre part, un contrôle vertical désigné comme indirect (Section 2).

⁶¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, §210.

⁶¹⁹ Voir *supra* §23 et s.. Voir également CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Mahdi Al Faqi, 24 mars 2016, §24 ; CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, §136 et s. ; CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-01/02-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §102 et s..

Section 1. Les éléments du contrôle conjoint

91. Première variante de la théorie du contrôle, le contrôle conjoint trouve principalement sa consécration et son application à l'occasion de l'affaire *Lubanga*. En effet, si les éléments de sa définition ont pu être réaffirmés par la suite au cours d'autres affaires, les juges ne les éprouvent véritablement qu'à l'encontre de Thomas Lubanga, le condamnant d'ailleurs définitivement sur la base de ce mode d'imputation. Confortant ainsi la voie empruntée par la Chambre Préliminaire I, la Chambre de Première instance I entérine « ce qu'elle considère être les éléments objectifs de la coaction, à savoir : i) “l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux ou plusieurs personnes” ; et ii) “l'apport, de la part de chaque coauteur, d'une contribution essentielle et coordonnée aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime” »⁶²⁰ ; elle poursuit, « s'agissant des éléments subjectifs de la coaction, [...] que “le suspect doit avant tout satisfaire aux éléments subjectifs du crime qu'on lui reproche”. Ces éléments subjectifs seraient les suivants : i) “[l]e suspect et les autres coauteurs doivent [...] tous, de manière partagée, avoir conscience que les éléments objectifs du crime risquent de résulter de la mise en œuvre de leur plan commun” ; et ii) le suspect doit connaître “les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer conjointement un contrôle sur le crime” »⁶²¹.

L'analyse des composantes de ce contrôle conjoint respectera par conséquent cette approche binaire en visant ses aspects objectifs (I), puis ses aspects subjectifs (II).

I. Aspects objectifs

92. Si l'approche retenue par la Cour fait sensiblement écho aux caractéristiques de la commission conjointe, ces deux éléments objectifs expriment cependant avec singularité la matérialisation du contrôle conjoint. Bien que très discutées et sujettes à controverses, les exigences d'un plan commun (A) et d'une contribution essentielle (B) paraissent en effet s'affirmer comme des composantes déterminantes de l'expression de l'attribution mutuelle.

⁶²⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §923.

⁶²¹ *Ibid.*.

A. Existence d'un accord ou d'un plan commun

93. Une existence primordiale. Première condition objective du contrôle exercé conjointement sur le crime, l'existence d'une action coordonnée est un élément crucial de la commission conjointe. Les juges ont d'ailleurs affirmé, dès la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Thomas Lubanga, que « la participation à la perpétration d'un crime sans coordination avec les coauteurs ne relève pas de la coaction au sens de l'article 25§3(a) StCPI »⁶²². L'accord ou le plan commun occupe en effet une place centrale⁶²³, voire fondamentale, dans la formation de la commission conjointe, notamment car « il établit un lien suffisant entre les personnes et permet de déclarer la responsabilité engagée sur une base conjointe »⁶²⁴. Ainsi, l'existence de cet accord justifie à elle seule l'attribution mutuelle des contributions de chaque participant.

De manière plus pragmatique, les juges précisent que « l'accord ne doit pas nécessairement être explicite et son existence peut être déduite de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs »⁶²⁵. De la sorte, « même si des preuves directes peuvent permettre de démontrer l'existence d'un plan, il ne s'agit pas là d'une condition exigée en droit ; l'existence de l'accord peut être déduite de preuves indirectes »⁶²⁶. Par exemple, les juges estiment, à l'occasion de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, « qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire qu'il existait un plan visant à "effacer" le village de Bogoro en dirigeant l'attaque contre la population civile, en tuant la population principalement *hema* et en détruisant ses biens »⁶²⁷.

La preuve de l'existence d'un accord ou plan commun s'avère finalement facilitée mais reste indispensable puisque « ce seul accord – exprès ou tacite, préalablement arrangé

⁶²² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §343. Repris par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §522.

⁶²³ Les juges ont ainsi affirmé que « the central aspect of joint commission is the presence of an agreement between a plurality of persons to crime which may take the form of a common plan ». CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, préc., Décision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, §134.

⁶²⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §980.

⁶²⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §345. Repris par CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §523.

⁶²⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §988.

⁶²⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §549.

ou extemporanément matérialisé – lie ensemble les co-auteurs et justifie l'imputation réciproque de leurs actes respectifs »⁶²⁸.

94. La nature de l'accord ou du plan commun. Si l'existence d'un accord ou d'un plan commun s'est imposée aisément, dès les premières décisions, comme une condition de la commission conjointe, la détermination de la nature de cet accord ou de ce plan commun a été plus discutée. Dans sa décision relative à la confirmation des charges énoncées à l'encontre de Thomas Lubanga, la Chambre Préliminaire I affirme que « le plan commun doit comporter un *élément de criminalité*, mais pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime »⁶²⁹ ; elle poursuit qu'« il suffit : (i) que les coauteurs aient convenu (a) de commencer à mettre en œuvre le plan commun pour atteindre un but non criminel et (b) de ne commettre le crime que si certaines conditions sont réunies ; ou (ii) que les coauteurs (a) soient conscients du risque que la mise en œuvre du plan commun (qui vise spécifiquement la réalisation d'un but non criminel) se traduise par la perpétration du crime et (b) acceptent un tel résultat »⁶³⁰. En l'espèce, les juges reconnaissent qu'un accord ou plan commun unissait Thomas Lubanga à divers commandants de haut rang des Forces Patriotiques de Libération du Congo (FPLC), « plan qui avait pour objectif de renforcer l'effort de guerre fourni par l'U[nion des] P[atriotes] C[ongolais] et les FPLC (i) en recrutant de leur plein gré ou de force des jeunes dans les rangs des FPLC ; (ii) en soumettant ces derniers à un entraînement militaire ; et (iii) en leur faisant prendre une part active à des opérations militaires et en les utilisant en tant que garde du corps »⁶³¹. La Chambre conclut que « bien que l'accord ou le plan commun ne ciblait pas expressément les enfants de moins de quinze ans – il visait en effet les jeunes recrues en général – sa mise en œuvre risquait objectivement, dans le cours normal des événements, d'affecter des enfants de moins de quinze ans »⁶³² ; ainsi, les juges se fondent sur une potentialité objective, soit le risque que la mise en œuvre du plan commun résulte dans la commission d'un crime puni par le Statut, pour déduire la présence d'un élément de criminalité au sein du plan commun.

⁶²⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §445.

⁶²⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §344. Nous soulignons.

⁶³⁰ *Ibid.*.

⁶³¹ *Ibid.*, §377.

⁶³² *Ibid.*.

Alors que cette interprétation paraissait suffisamment souple pour envisager largement la nature de l'accord ou du plan commun, la Chambre Préliminaire I, dans une nouvelle composition de juges, affirme, à l'occasion de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, que « le plan commun doit comporter la commission d'un crime »⁶³³. Contrastant singulièrement avec l'approche retenue initialement, l'affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, le plan commun convenu en l'espèce visait « à “effacer” le village de Bogoro en dirigeant l'attaque contre la population civile, en tuant la population principalement *hema* et en détruisant ses biens »⁶³⁴ ; dès lors, à la différence des éléments probatoires relevés dans l'affaire *Lubanga*, le plan comprenait formellement la commission d'une infraction. Ainsi, face à l'évidence de la nature du plan, il est possible de penser que les juges se sont affranchis d'un raisonnement et d'une argumentation plus détaillés sur ce point⁶³⁵ ; la Chambre Préliminaire II raisonnera et conclura, d'ailleurs, de la même manière par la suite à plusieurs reprises⁶³⁶.

Afin de préserver une certaine cohérence, la Chambre de Première instance I réaffirme lors du jugement de Thomas Lubanga que « l'Accusation n'est pas tenue de prouver que le plan visait spécifiquement la perpétration du crime en question (la conscription, l'enrôlement ou l'utilisation d'enfants) et, contrairement à ce qu'en dit la Défense, ce plan n'a pas à être intrinsèquement criminel »⁶³⁷ mais précise que « toutefois, il est nécessaire que l'Accusation établisse, au minimum, que le plan commun comprenait un *élément essentiel de criminalité*, à savoir que sa mise en œuvre emportait un *risque*

⁶³³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §523.

⁶³⁴ *Ibid.*, §549.

⁶³⁵ Il faut d'ailleurs relever que les juges visent précisément la décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Thomas Lubanga pour fonder leur raisonnement, ce qui paraît confirmer, malgré le contraste évident, qu'ils ne s'inscrivent pas en opposition mais focalisent sur l'essentiel.

⁶³⁶ Notamment, les affaires portées à l'encontre de *William Ruto* ou de *Francis Muthaura*, où les plans visaient formellement la commission d'un crime. Dans la première, les juges affirment que « l'accord ou le plan doit inclure un élément de criminalité, c'est-à-dire qu'il doit comprendre la commission d'un crime dont est accusé le suspect » (§301) ; en l'espèce, le plan avait pour « objectif d'expulser les membres des communautés Kikuyu, Kisii et Kamba parce qu'ils étaient perçus comme des partisans du P[arty of] N[atational] U[nity] » (§302) (CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61§7(a) and (b) of the Rome Statute, 23 janvier 2013). Dans la seconde, les juges rappellent que « d'après la jurisprudence de la Cour, le plan commun doit comporter un élément de criminalité, ce qui signifie qu'il doit impliquer la commission d'un crime au suspect » ; en l'espèce, le plan convenu entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Maina Njenga consistait « à commettre les crimes à Nakuru et Naivasha » (§400) (CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012).

⁶³⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §984.

suffisant que dans le cours normal des événements, un crime soit commis »⁶³⁸. Poursuivant leur démonstration, les juges indiquent que, pour déterminer la portée conférée à ce premier critère objectif, ils se fondent sur « la façon dont le plan se reflète dans l'élément psychologique »⁶³⁹ et déduisent d'« une lecture conjointe des articles 25§3(a) et 30 du Statut, [...] qu'il n'est pas nécessaire que la commission du crime en question soit le *but prédominant* des coauteurs »⁶⁴⁰. En effet, « la condition d'ordre psychologique exigeant que le plan commun comprenne la commission d'un crime est remplie si les coauteurs savaient que, dans le cours normal des événements, la mise en œuvre du plan conduirait à ce résultat »⁶⁴¹, cette connaissance signifiant « nécessairement qu'ils sont prospectivement conscients du risque que la conséquence adviendra »⁶⁴². Appliqué à l'espèce, la Chambre de Première instance I conforte la décision de la Chambre Préliminaire I concluant à l'existence d'« un plan commun visant à mettre sur pied une armée efficace afin d'assurer à l'UPC et aux FPLC le contrôle de l'Ituri, aussi bien politiquement que militairement »⁶⁴³ et réaffirme que « dans le cours normal des événements, ce plan a eu pour conséquence la conscription et l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans et leur utilisation pour les faire participer activement à des hostilités »⁶⁴⁴.

Se prononçant dans le même sens, la Chambre d'appel maintient qu'il suffit que le plan commun comprenne un élément essentiel de criminalité et valide l'analyse par le prisme de l'article 30 StCPI en relevant que « cette disposition peut servir de mesure pour déterminer si deux ou plusieurs personnes ont convenu de commettre un crime »⁶⁴⁵. Toutefois, la Chambre rectifie l'interprétation des prescriptions statutaires en relevant que les articles 30§2 et 30§3 StCPI ne font pas référence à la notion de risque sur laquelle s'appuie la Chambre de Première instance I, mais à l'occurrence d'une conséquence dans le cours normal des événements, soit à la « certitude virtuelle d'un l'événement futur »⁶⁴⁶. La Chambre d'appel conclut en l'espèce que, dans les circonstances prévalant en Ituri à cette période, « il était virtuellement certain »⁶⁴⁷ que, la mise en œuvre du plan

⁶³⁸ *Ibid.*, nous soulignons.

⁶³⁹ *Ibid.*, §985.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, nous soulignons.

⁶⁴¹ *Ibid.*, §986.

⁶⁴² *Ibid.*.

⁶⁴³ *Ibid.*, §1136.

⁶⁴⁴ *Ibid.*.

⁶⁴⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §446. Traduction libre de « that provision [...] may therefore also serve as a yardstick for determining whether two or more individuals agreed to commit a crime ».

⁶⁴⁶ *Ibid.*, §447. Pour davantage de développements sur la question de la « certitude virtuelle », voir *supra* §59.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, §451.

commun, « que celui-ci ait contenu des objectifs criminels ou non », conduirait au recrutement d'enfants de moins de quinze ans et à leur utilisation aux fins de participation active lors des hostilités.

95. Les controverses entourant l'accord ou le plan commun. Si une majorité des juges a clairement admis que l'existence d'un plan commun, criminel ou non, doit être rapportée, une minorité s'est toutefois exprimée en opposition, relevant essentiellement des obstacles pratiques à la caractérisation de l'existence d'un plan commun. En effet, comme le soulève justement le Juge Adrian Fulford dans une opinion séparée jointe au Jugement *Lubanga*, « dans la pratique, la coordination ne sera pas toujours explicite ou ne résultera pas toujours d'une planification à long terme, et il se peut que l'existence de l'entreprise conjointe doive être déduite du comportement des coauteurs »⁶⁴⁸ ; dans le même sens, la Juge Christine van den Wyngaert relève, dans une opinion concordante jointe au Jugement *Ngudjolo Chui*, que « l'exigence d'un plan commun comme élément objectif risque d'être excessivement rigide, car il n'y aura pas toujours la preuve d'un plan commun préexistant lorsque deux ou plusieurs individus commettront spontanément un crime ensemble sur une base *ad hoc* »⁶⁴⁹. Elle précise d'ailleurs que l'existence d'un plan commun relève davantage de l'élément subjectif que de l'élément objectif de la commission conjointe car il s'agit là d'une forme d'intention partagée⁶⁵⁰ ; à ce titre, elle suggère qu'il serait plus pertinent de s'intéresser à l'existence d'« une action volontaire coordonnée entre les coauteurs résultant d'une intention partagée de réaliser un acte particulier ou de produire un certain résultat ensemble »⁶⁵¹, notamment car « l'exigence d'une action volontaire coordonnée permet de différencier la commission conjointe des actions fortuites spontanées de personnes agissant individuellement »⁶⁵². Plus globalement, l'exigence de l'existence d'un plan commun comme élément objectif de la commission conjointe paraît en définitive impliquer un véritable changement de lecture de la commission conjointe puisqu'elle ne permet pas finalement de montrer comment le comportement de l'accusé est lié à la commission du crime, mais quel rôle l'accusé a joué dans l'exécution du plan commun. Dès lors, le risque

⁶⁴⁸ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., §15.

⁶⁴⁹ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., §33.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, §32. La Juge relève d'ailleurs que la combinaison de l'article 25§3(a) StCPI avec l'article 30 StCPI atteste en ce sens. Thomas Weigend le qualifiait également d'élément subjectif dès la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga* (T. Weigend, « Intent, mistake of law, and coperpetration in the *Lubanga* decision on confirmation of charges », *JICJ*, 2008, p. 480, nbp 37).

⁶⁵¹ *Ibid.*.

⁶⁵² *Ibid.*.

serait de traiter ce mode de responsabilité pénale comme le crime lui-même, et non comme un instrument permettant de connecter les actions ou omissions d'un individu aux auteurs physiques de l'infraction, ou pis encore, de perdre toute connexion avec le crime dans l'hypothèse où le plan ne viserait pas la commission d'un crime.

Ce glissement du crime vers le plan s'avère d'autant plus problématique lorsqu'il est associé à une lecture expansive de l'article 30 StCPI. Bien que le Statut n'exige pas que l'accord ou le plan commun ait un but criminel prédominant, il doit être satisfait à l'élément psychologique prévu par le texte et les coauteurs doivent à tout le moins être conscients que l'exécution de l'accord ou du plan aboutira « dans le cours normal des événements » à la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Or, interpréter cette conscience en termes de probabilité et de risque, comme l'a fait la Cour à plusieurs reprises, revient à faire reposer la caractérisation d'une condition objective déterminante de la commission conjointe sur un aléa équivoque pour déterminer le degré à partir duquel la commission du crime a été le résultat de l'exécution d'un plan commun. Pour la Juge Christine van den Wyngaert, la Cour est allée au-delà d'une interprétation stricte⁶⁵³ ; plus pragmatique, le Juge Adrian Fulford affirme, quant à lui, que « la Chambre ne tranchera pas plus facilement la question de savoir si l'accusé était conscient qu'une conséquence adviendrait dans le cours normal des événements en se demandant s'il était conscient de la possibilité, de la probabilité, du risque ou du danger qu'elle advienne »⁶⁵⁴. Cependant, une nuance doit être apportée à ces propos en raison du correctif introduit par les juges en appel dans l'affaire *Lubanga* : permettant un retour plus juste à lettre du Statut, l'exigence d'une « certitude virtuelle » que la commission d'un crime résultera de l'exécution du plan commun paraît en effet imposer un lien plus clair avec le crime que ne le faisait « un risque suffisant », et par là même tempérer ce glissement du crime vers le plan.

Si les principales critiques portées à l'encontre du plan commun concernent son existence ou sa dimension subjective, sa nature, et particulièrement la possibilité qu'il ne soit pas intrinsèquement criminel, paraît toutefois autant discutable. En effet, en s'intéressant aux conséquences pratiques de ce choix prétorien, l'absence de nature criminelle du plan se révèle finalement être la faille à l'origine des principales difficultés à appréhender cet élément qui est l'essence même de la commission conjointe. Peu de voix

⁶⁵³ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., §39.

⁶⁵⁴ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., 14 mars 2012, §15.

s'opposent à l'hypothèse d'un plan non criminel⁶⁵⁵ ; seul Kai Ambos affirme expressément qu'il n'est pas convaincu qu'un « simple élément essentiel de criminalité peut suffire pour un plan de coauteurs ». Rappelant que l'enjeu derrière ce plan à la base de la commission conjointe est l'attribution mutuelle des contributions respectives des coauteurs, il explique, avec justesse, qu'« un tel plan ne peut être majoritairement non criminel mais doit au moins contenir la commission plus ou moins concrète d'un crime, sinon rien ne pourra être attribué mutuellement »⁶⁵⁶. Bien que restreignant substantiellement les hypothèses⁶⁵⁷, envisager la seule validité d'un plan de nature criminelle n'apparaît pas dénuée de toute logique : non seulement, cela permet de replacer le crime au cœur de la commission conjointe mais également, de préserver une certaine cohérence d'ensemble des mécanismes d'imputation. En effet, à l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, les juges relevaient que « la notion de “plan commun” retenue dans la décision sur la confirmation des charges rendue dans l'affaire *Lubanga* est, du point de vue fonctionnel, identique à la condition énoncée à l'article 25§3(d) du Statut s'agissant de l'existence d'un “groupe de personnes agissant de concert” »⁶⁵⁸ ; or, l'article 25§3(d) StCPI prévoit que la contribution d'un individu à la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert, doit « viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour » ou

⁶⁵⁵ Par contraste, les réactions ont été très accablantes lorsque la Chambre d'appel du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone a retenu que le plan commun n'avait pas besoin d'être criminel, tant que « les actions envisagées comme moyens d'atteindre l'objectif du plan commun sont des crimes relevant du Statut » (TSSL, *Le Procureur c. Alex Tamba Brima*, SCSL-2004-16-A, Chambre d'appel, Judgment, 28 février 2008, §84). En effet, certains auteurs ont alors dénoncé « une confusion doctrinale profonde et trop entreprenante » (W. Jordash, P. van Tuyl, « Failure to carry the burden of proof : how joint criminal enterprise lost its way at the Special Court for Sierra Leone », *JICJ*, 2010, p. 609), ou une « jurisprudence bancal » (J. Easterday, « Obscuring joint criminal enterprise liability : the conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leone », *Berkeley Journal of international law publicist*, 2009, p. 42) et d'autres ont considéré que les condamnations prononcées sur ce fondement constituaient une punition collective (W. Jordash, S. Martin, « Due process and fair trial rights at the Special Court : how the desire for accountability outweighed the demands of justice at the Special Court for Sierra Leone », *Leiden journal of international law*, 2010, p. 608).

⁶⁵⁶ K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part*, OUP, Vol. 1, 2013, p. 140.

⁶⁵⁷ Il faut de nouveau nuancer ce constat puisque dans la pratique, les plans communs analysés par les juges visaient majoritairement la commission d'un crime. Voir supra §94.

⁶⁵⁸ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §271. La Juge Christine van den Wyngaert confirme d'ailleurs cette analyse dans une opinion dissidente jointe à la Décision de confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo lorsqu'elle affirme que « pour qu'il y ait un groupe de personne agissant de concert au sens de l'article 25§3(d), il est nécessaire de démontrer l'existence, entre tous les membres du groupe, du même type d'accord de volontés que celui qu'on exigerait dans le cas d'un groupe de coauteurs agissant dans la poursuite d'un plan commun au sens de l'article 25§3(a) ». (CPI., *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014). Voir analyse *infra* §134 et s..

« être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de *commettre ce crime* »⁶⁵⁹. Dès lors, par mimétisme, le plan commun exigé pour la commission conjointe devrait revêtir une nature criminelle ou au minimum impliquer la commission d'un crime comme le prévoit explicitement l'article 25§3(d) StCPI concernant le dessein du groupe agissant de concert⁶⁶⁰. Pourtant, alors que la Cour déclare les notions identiques d'un point de vue fonctionnel, la nature du plan commun de l'article 25§3(a) StCPI peut ne pas être criminelle. Ce résultat paraît finalement incohérent puisqu'il signifierait, dans l'absolu, qu'un coauteur – soit un participant principal – serait soumis à un standard de preuve beaucoup moins exigeant qu'un participant accessoire⁶⁶¹, la démonstration de la nature criminelle du plan étant incontestablement plus difficile à apporter que la simple existence du plan⁶⁶².

Enfin, plus récemment, ces controverses ont trouvé une traduction singulière à l'occasion de la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Yekatom et Ngaïssona*⁶⁶³. Alors que les juges rappellent la récurrence de la notion de plan commun comme moyen d'imputer la responsabilité individuelle des crimes dans le cadre des affaires portées devant la Cour, ils rejettent la nuance apportée par le Procureur dans le Document contenant les charges lorsqu'il allègue « l'existence d'un plan commun “stratégique” et d'un plan commun “opérationnel” comme deux aspects distincts et complémentaires d'un dessein criminel commun »⁶⁶⁴. La Chambre considère en effet « qu'il n'est ni nécessaire ni

⁶⁵⁹ Nous soulignons.

⁶⁶⁰ Le même raisonnement peut être retenu à partir des éléments relevés par la Chambre de Première instance II à l'occasion du Jugement *Katanga* (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014). La Chambre affirme en effet que « l'existence d'un plan commun, ainsi que cette notion a pu être définie par plusieurs chambres de la Cour et prise comme élément objectif de la commission conjointe au sens de l'article 25§3(a) du Statut, pourra permettre d'établir la poursuite d'un dessein commun [tel que prévu à l'article 25§3(d)] » (§1629) ; or, en ce qui concerne l'aspect criminel de ce dessein, cette même Chambre considère que « le dessein doit être celui de commettre le crime ou doit comporter l'exécution de celui-ci » (§1627). Puisque le dessein visé à l'article 25§3(d) StCPI revêt un aspect criminel et que l'existence d'un plan commun comme le prévoit l'article 25§3(a) StCPI peut être une manifestation de ce dessein, alors ce plan commun devra nécessairement être de nature criminelle.

⁶⁶¹ Pour rappel, la Cour considère que la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert renvoie à « une forme résiduelle de complicité », CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §337.

⁶⁶² Voir en ce sens, M. J. Ventura, « Two controversies in the Lubanga trial judgement of the ICC : the nature of co-perpetration's common plan and the classification of the armed conflict », in S. Casey-Maslen (ed.), *The War report 2012*, OUP, 2013, p. 479.

⁶⁶³ CPI, *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*, ICC-01/14-01/18, Chambre Préliminaire II, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona, 11 décembre 2019.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, §60. Également, §56 : « Dans le Document de notification des charges, ces plans communs — principal pour l'un et secondaire pour l'autre — sont respectivement appelés “plan commun stratégique” et “plan commun opérationnel”. L'objectif du plan commun stratégique aurait été “de prendre et/ou de reprendre le pouvoir politique” en RCA « par des moyens criminels, en instrumentalisant notamment les “groupes

approprié de déterminer ou d'examiner de toute autre manière que ce soit la mesure dans laquelle la notion de plan commun est compatible avec les textes fondamentaux »⁶⁶⁵ et avance que « le plan commun peut être l'une des formes prises par une entente criminelle, et que malgré l'apparente omniprésence de cette notion, sa compatibilité même avec les textes fondamentaux et son utilité dans le cadre de l'article 25 du Statut sont loin de couler de source »⁶⁶⁶. Dès lors, tout en admettant la reconnaissance prétorienne de l'exigence d'un plan commun, les juges semblent la discréditer en l'espèce comme élément constitutif. Il demeure néanmoins, de l'aveu de cette même Chambre, que la phase procédurale de confirmation des charges connaît une « finalité limitée et spécifique »⁶⁶⁷, et que le jugement à suivre apportera les éclaircissements nécessaires.

Malgré ces controverses et les difficultés rencontrées sur le plan pratique, l'existence d'un plan ou d'un accord commun semble indispensable car d'une part, elle symbolise le principe d'attribution mutuelle à l'origine de la commission conjointe, et d'autre part, elle sert d'assise à la contribution de l'auteur conjoint.

B. Une contribution coordonnée et essentielle

96. La matérialisation du contrôle conjoint. À occasion de l'affaire *Lubanga*, la Chambre Préliminaire I retient comme deuxième condition objective de la coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime, l'apport, « de la part de chaque coauteur, d'une *contribution essentielle et coordonnée* aboutissant à la réalisation des éléments

d'autodéfense" préexistants et d'autres groupes, connus collectivement ensuite comme les Anti-balaka". L'objectif du plan commun opérationnel aurait été "de s'en prendre violemment aux populations musulmanes [à Bangui et dans les régions du sud-ouest de la RCA] qui, en raison de leur appartenance religieuse, nationale ou ethnique, étaient considérées comme collectivement responsables ou complices des agissements de la Séléka et/ou partisans de ce mouvement". D'après le Procureur, "[b]ien que différents du point de vue du contexte et des objectifs visés, ces deux plans étaient identiques quant aux moyens criminels employés". En raison de ce "caractère identique" et des chevauchements qui existaient sur le plan opérationnel, tant les crimes qui auraient été commis par Alfred Yekatom que ceux commis par des membres d'autres sous-groupes anti-balaka dans le cadre du plan commun opérationnel seraient imputables aux membres du plan commun stratégique, et donc non seulement à Alfred Yekatom, mais aussi à Patrice-Édouard Ngaïssona ». CPI, *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*, Document Containing the Charges, 19 août 2019, ICC-01/14-01/18-282-Conf-AnxB1 (version publique expurgée déposée le 18 septembre 2019, ICC-01/14-01/18-282-AnxB1-Red), joint en annexe au document intitulé Prosecution's Notification of Filing of the Document Containing the Charges and List of Evidence.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, §60.

⁶⁶⁶ *Ibid.*.

⁶⁶⁷ *Ibid.*.

objectifs du crime »⁶⁶⁸. Cette condition traduit en toute logique l'importance que doit revêtir concrètement la participation de l'individu pour que celui-ci soit désigné comme auteur conjoint, et matérialise de la sorte le critère du contrôle conjoint sur le crime. Les juges précisent d'ailleurs à ce sujet que « lorsque 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 »⁶⁶⁹. La caractéristique déterminante du contrôle conjoint repose donc sur un pouvoir hypothétique – celui de l'accusé de faire obstacle à la perpétration du crime en n'accomplissant pas sa tâche⁶⁷⁰ – qui, parce qu'il est formulé en termes négatifs, laisse penser qu'il n'existe pas d'acte positif qu'un individu peut accomplir pour être désigné comme auteur conjoint⁶⁷¹. En l'espèce, les juges retiennent qu'« il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Thomas Lubanga et les autres participants au plan commun l'ont mis en œuvre de façon coordonnée, et que Thomas Lubanga exerçait conjointement un contrôle sur la mise en œuvre de ce plan dans la mesure où le rôle essentiel de coordination générale qu'il jouait lui donnait le pouvoir de faire obstacle à la mise en œuvre du plan s'il refusait d'apporter sa contribution »⁶⁷².

Souscrivant à l'analyse de la Chambre Préliminaire I, la Chambre de Première instance I rappelle dans la même affaire que la responsabilité des coauteurs pour les crimes résultant de l'exécution du plan commun naît de l'attribution mutuelle ; dès lors, aucun des participants n'exerce, individuellement, un contrôle sur le crime dans son ensemble, le

⁶⁶⁸ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §346.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, §347.

⁶⁷⁰ Cette caractéristique sera reprise par la suite par la Cour, notamment : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §525 ; CPI, *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, Chambre Préliminaire I, Rectificatif à la décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2001, §137 ; CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §135.

⁶⁷¹ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 727.

⁶⁷² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §398. Ce rôle essentiel de coordination générale se manifeste principalement par l'inspection régulière des camps d'entraînement militaire des FPLC, l'entretien régulier de contacts directs et continus avec les autres participants au plan commun et la fourniture de moyens financiers pour la mise en œuvre du plan commun (§383). Les juges relèvent également que l'accusé « jouait un rôle primordial car il était la seule personne susceptible de remédier aux difficultés logistiques et financières auxquelles les FPLC faisaient parfois face » (§401) et car « il prenait la plupart des décisions sans prendre l'avis des membres de l'exécutif du mouvement, conduisait le mouvement de façon dictatoriale et refusait tout dialogue au sein du mouvement » (§402).

contrôle étant détenu par un collectif en tant que tel⁶⁷³. Afin de caractériser le rôle joué par l'accusé dans ce collectif, les juges replacent le mécanisme de la commission conjointe dans le contexte des dispositions statutaires exposant des situations où un certain nombre de personnes sont impliqués dans la réalisation du crime ; ils distinguent ainsi les individus qui « commettent » des individus qui « contribuent » et concluent, logiquement, que « la contribution du coauteur qui commet un crime est nécessairement d'une plus grande importance que celle d'une personne qui contribue de toute autre manière à la commission d'un crime »⁶⁷⁴ : « la contribution du coauteur doit être essentielle », là où celle du complice n'a eu qu'« un effet important »⁶⁷⁵. À l'instar de la Chambre Préliminaire I, la Chambre de Première instance I précise que la contribution essentielle du coauteur doit s'analyser dans le cadre du plan commun dans la mesure où sa contribution se rapporte à l'exercice du rôle et des fonctions qui lui sont assignés⁶⁷⁶ ; toutefois, alors que la Chambre Préliminaire I caractérise la contribution essentielle par l'existence d'un pouvoir de frustration du crime, la Chambre d'instance privilégie une analyse casuistique et circonstanciée⁶⁷⁷ pour la déterminer. À cette fin, les juges relèvent plusieurs éléments de compréhension : ils expliquent, notamment, qu'« il n'est pas nécessaire que l'accusé ait exécuté physiquement l'un des éléments des crimes, ou qu'il ait été présent sur les lieux »⁶⁷⁸ ou encore que « l'Accusation n'est pas tenue d'établir l'existence d'un lien direct ou physique entre la contribution de l'accusé et la commission des crimes »⁶⁷⁹. En l'espèce, pour confirmer la contribution essentielle de l'accusé au plan commun, la Cour examine « sa position au sein de l'UPC/FPLC et l'ensemble de sa contribution apportée à la

⁶⁷³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §994.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, §996.

⁶⁷⁵ *Ibid.* §997. La Chambre Préliminaire I avait déjà affirmé, à l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, que la contribution du complice pouvait s'envisager comme une contribution substantielle mais elle relevait également des discordances sur cette qualification (*CPI, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §279). Voir également *infra* §136.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, §1000.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, §1001. « De plus, le rôle du coauteur doit s'apprécier au cas par cas. Pareil exercice exige d'adopter une approche souple dans le cadre de l'examen plus large des circonstances générales de l'espèce ».

⁶⁷⁸ *Ibid.*, §1003 et §1005. Les juges justifient ce point en affirmant que « la responsabilité pénale dans ce contexte n'est pas uniquement [celle de] ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également [de] 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 » (§1003).

⁶⁷⁹ *Ibid.*, §1004. Un tel lien direct n'a pas à être démontré car « parmi les personnes qui commettent un crime conjointement, on compte notamment les personnes qui aident à formuler la stratégie ou le plan en cause, celles qui contribuent à diriger ou contrôler d'autres participants, ou celles qui déterminent les rôles à assigner aux participants à l'infraction ».

conscription, l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de quinze ans pour les faire participer activement à des hostilités »⁶⁸⁰. Les éléments factuels relevés⁶⁸¹ à cette fin par les juges, ainsi que leur conclusion, appellent cependant deux remarques. D'une part, alors que l'analyse de l'existence d'un pouvoir de frustration du crime semblait écartée au profit d'une analyse *in concreto* de la nature essentielle de la contribution, la Cour décide que « le rôle de l'accusé au sein de l'UPC/FPLC et la relation hiérarchique qui le lie aux autres coauteurs, considérés en conjonction avec les activités qu'il a personnellement menées à l'appui du plan commun [...] poussent à conclure que *le plan commun n'aurait pas pu être mis en œuvre sans sa contribution* »⁶⁸² ; n'est-ce pas là constater indirectement l'existence d'un pouvoir de frustration du crime⁶⁸³ ? Si la formulation peut sembler imprudente, elle semble toutefois révélatrice de la difficulté à caractériser dans la pratique une contribution

⁶⁸⁰ *Ibid.*, §1140. Il convient de relever que si les juges ont pu préciser que la contribution essentielle de l'accusé doit s'analyser dans le cadre du plan commun, ces derniers l'analysent finalement, en pratique, au regard du crime lui-même. Pour rappel, le plan commun visait, en l'espèce, « à mettre sur pied une armée efficace afin d'assurer à l'UPC et aux FPLC le contrôle de l'Ituri, aussi bien politiquement que militairement » et non précisément la conscription, l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de quinze ans pour les faire participer activement à des hostilités qui est le crime reproché à l'accusé. Deux interprétations nous semblent possibles : soit cette mise en application conforte l'idée d'une définition très large de l'élément essentiel de criminalité attaché au plan commun, soit les contraintes de la pratique, notamment probatoires, obligent *in fine* le juge à restaurer ce lien entre la contribution et le crime (voir *supra*).

⁶⁸¹ *Ibid.*, §1270 : « La Chambre conclut au-delà de tout doute raisonnable que, de par les *fonctions de Président et de commandant en chef* qu'il a exercées à partir de septembre 2002, l'accusé était en mesure de *modeler les politiques de l'UPC/FPLC et de diriger les activités des coauteurs* présumés de ses crimes. Les structures établies en matière de transmission des rapports, les lignes de communication au sein de l'UPC/FPLC et les réunions et contacts étroits que l'accusé avait avec au moins certains des coauteurs présumés permettent de conclure qu'il *a été tenu pleinement informé des faits* tout au long de la période considérée, et qu'il *a donné des instructions concernant la mise en œuvre du plan commun*. Thomas Lubanga apportait un *concours personnel aux affaires militaires de l'UPC/FPLC*, et ce, de diverses manières. Il *participait à la planification des opérations militaires et tenait un rôle de premier plan en matière d'appui logistique*, en veillant à ce que les troupes disposent d'armes, de munitions, de nourriture, d'uniformes, de rations militaires et d'autres produits. Le fait que d'autres coauteurs présumés, tels que Floribert Kisembo et Bosco Ntaganda, aient au quotidien davantage participé au recrutement et à la formation des soldats, dont ceux de moins de 15 ans, ne remet pas en cause la conclusion selon laquelle le rôle de Thomas Lubanga était essentiel à la mise en œuvre du plan commun. En outre, l'accusé et d'autres chefs militaires étaient protégés par des gardes, dont certains avaient moins de 15 ans. Comme on l'a vu plus haut, l'emploi d'enfants comme gardes du corps au service des chefs militaires revient à les utiliser pour les faire participer activement à des hostilités » (Nous soulignons).

⁶⁸² *Ibid.*.

⁶⁸³ La Chambre d'appel confirmera d'ailleurs l'interprétation de la contribution essentielle en ce sens, mêlant à la fois l'analyse *in concreto* et l'élément de frustration : « [I]n circumstances where a plurality of persons was involved in the commission of crimes under the Statute, the question of whether an accused 'committed' a crime – and therefore not only contributed to the crime committed by someone else – cannot only be answered by reference to how close the accused was to the actual crime and whether he or she directly carried out the incriminated conduct. Rather, what is required is a *normative assessment of the role of the accused person in the specific circumstances of the case*. The Appeals Chamber considers that the most appropriate tool for conducting such an assessment is an evaluation of whether the accused had control over the crime, by virtue of *his or her essential contribution to it and the resulting power to frustrate its commission*, even if that essential contribution was not made at the execution stage of the crime. » (Nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgment on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §475.

essentielle⁶⁸⁴. D'autre part, alors que l'attribution mutuelle – essence même de la commission conjointe – s'affichait comme le point de départ de leur analyse, les juges semblent oublier l'élément de coordination dans leurs conclusions finales et paraissent davantage s'intéresser aux éléments attestant d'une contribution personnelle de l'accusé ; or, cette caractéristique d'une contribution coordonnée apparaît nécessaire, particulièrement car elle permet de distinguer l'auteur qui a simplement le même objectif que les autres, de celui qui collabore réellement dans un but commun⁶⁸⁵.

Malgré l'effort de justification entrepris par les juges, l'exigence d'une contribution essentielle comme seuil du contrôle conjoint paraît faillible notamment car elle soulève des interrogations quant à l'importance du degré que doit revêtir cette contribution, mais aussi quant à la nature du lien entre la contribution et le crime.

97. Les débats entourant à l'importance du degré de contribution. Alors que le Statut ne mentionne aucune précision relative à la nature de la contribution⁶⁸⁶, les juges retiennent que pour que le participant au plan commun soit considéré comme un auteur conjoint, sa contribution doit être essentielle ; leur raisonnement s'inscrit essentiellement dans l'idée « d'exprimer et de prendre en compte les différents degrés de responsabilité » tout en traduisant « la culpabilité des personnes qui portent la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves »⁶⁸⁷. Si la théorie du contrôle sur le crime a jusqu'ici servi les juges, il est intéressant de relever que, s'agissant de l'importance de la contribution de l'auteur conjoint, ces derniers s'éloignent des préceptes établis par Claus Roxin. En effet, comme le relève le Juge Adrian Fulford dans son opinion séparée, Claus Roxin reconnaît qu'en pratique, il est impossible de déterminer, une fois le crime commis, si la contribution d'un accusé était « essentielle » au sens où sans elle, le crime n'aurait pas été commis⁶⁸⁸ ; selon son approche, l'accusé peut être tenu responsable en tant que coauteur s'il avait un

⁶⁸⁴ Rejetant ouvertement ce critère, Steffen Wirth affirme même que « dans les scénarios de droit pénal international, il sera généralement impossible de prouver, en dehors de tout doute raisonnable, que le reste des auteurs n'aurait pas continué à commettre le crime d'une manière ou d'une autre, indépendamment de la contribution retirée ». S. Wirth, « Co-perpetration in the Lubanga trial judgment », *JICJ*, 2012, p. 988.

⁶⁸⁵ *Ibid.*. Traduction libre de « The concept of coordinated contribution helps to distinguish a perpetrator who simply has the same purpose as others from a perpetrator who actually collaborates with those others in pursuance of a common purpose ».

⁶⁸⁶ De la même manière, le projet de Statut ne contient aucun élément en ce sens. Voir, L. Yanev, T. Kooijmans, « Divided minds in the *Lubanga* trial judgment : a case against the joint control theory », *ICLR*, 2013, vol. 13, n°4, p. 804.

⁶⁸⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §999.

⁶⁸⁸ Cité par le Juge Adrian Fulford : C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6e éd., Berlin, New York, 1994, p. 283.

« contrôle fonctionnel » et si sa contribution revêtait une « importance substantielle » (*wesentlicher Bedeutung*) pour la commission du crime⁶⁸⁹. Faut-il alors en déduire une incohérence dans le raisonnement de la Cour ? Si la théorie du contrôle facilite incontestablement la distinction entre participant principal et participant accessoire, il ne faut cependant pas oublier que les juges doivent également composer avec la jurisprudence antérieure des TPI ; or, ces derniers ont clairement affirmé que la contribution du participant accessoire devait avoir « un effet important sur la perpétration du crime »⁶⁹⁰, ce qui a pu être interprété comme étant une contribution substantielle⁶⁹¹. L'analyse des juges s'inscrit donc dans une logique propre au droit international pénal : puisqu'il faut trouver un qualificatif exprimant un degré d'importance plus fort, celui d'« essentiel » paraît adapté à la contribution du participant principal⁶⁹².

Alors que la question du qualificatif attaché à la contribution de l'auteur conjoint semble trouver une réponse rationnelle, celle de son interprétation invite à davantage de discussions. Plusieurs auteurs et juges dénoncent en effet le raisonnement contrefactuel⁶⁹³ par lequel les juges confèrent un sens à cette condition de la commission conjointe. Ainsi, le Juge Adrian Fulford affirme que cette évaluation *ex post facto* sera bien souvent « irréaliste et artificielle » tant elle repose sur une question de conjecture⁶⁹⁴ ; dans le même sens, la Juge Christine van den Wyngaert allègue qu'une telle logique « oblige la Cour à s'engager dans des exercices artificiels et spéculatifs pour savoir si le crime aurait pu être commis si l'accusé n'avait pas réalisé exactement la même contribution »⁶⁹⁵. Confirmant ces points de vue, Jens David Ohlin relève qu'un raisonnement contrefactuel exige un questionnement sur le « monde des possibles » dont les réponses sont « notoirement

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 280 et p. 284. Roxin ajoute que l'expression « importance substantielle » n'a pas en soi de contenu concret mais laisse au juge toute latitude pour déterminer, au vu des faits de l'espèce, si la contribution de l'accusé a été de nature à créer une « dépendance fonctionnelle » entre les auteurs (p. 284).

⁶⁹⁰ Notamment : TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt, §229 ; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Chambre de Première instance, 10 décembre 1998, Jugement, §233.

⁶⁹¹ K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues », *ICLR*, 2012, p. 147. Voir également : TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, IT-0482-T, Chambre de Première instance, Jugement, 10 juillet 2008, §399 (le fait d'inciter un comportement « contribue de manière substantielle » à la commission du crime).

⁶⁹² Kai Ambos déclare d'ailleurs qu'il « ne peut penser à un meilleur qualificatif qu'« essentiel » », mais admet que « celui-ci devra être affiné par la jurisprudence ». *Ibid.*

⁶⁹³ Le raisonnement contrefactuel consiste à modifier de façon fictive l'issue d'un événement en changeant l'une de ses causes.

⁶⁹⁴ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., 14 mars 2012, §17.

⁶⁹⁵ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., §42.

indéterminées »⁶⁹⁶ ; toutefois, il admet que l'analyse d'un rapport de causalité implique inévitablement un tel raisonnement et qu'il serait injuste, dès lors, « d'imposer à la théorie du contrôle un degré de précision empirique au-delà de ce qui est nécessaire pour toute application judiciaire des principes relatifs à la causalité »⁶⁹⁷. Pour autant, il lui paraît trop facile de simplement dire que le crime n'aurait pas eu lieu sans au moins prévoir « une théorie permettant d'expliquer l'unité dudit crime à travers ces univers modaux »⁶⁹⁸ ; il suggère ainsi, par exemple, que si le monde des possibles est suffisamment proche du monde réel dans ses aspects pertinents, alors le critère d'essentialité sera respecté. Toutefois, relève-t-il, la solution envisagée pour résoudre les problèmes liés à cette exigence est plus radicale dans la mesure où elle consiste à la remplacer par la contribution substantielle initialement pensée par Claus Roxin. En effet, malgré le refus ferme de la Chambre de Première instance, le Bureau du Procureur n'a cessé d'invoquer ce critère permettant « davantage de flexibilité » car signifiant que « le crime aurait pu être commis en l'absence de la contribution de l'accusé mais qu'une telle commission aurait été significativement plus difficile »⁶⁹⁹. Jens David Ohlin suggère alors de repenser le critère en distinguant différents niveaux de contribution : parce que le collectif détient le contrôle sur le crime, l'« essentialité » de la contribution devrait être exigée à ce niveau, ce qui permettrait de ne rechercher qu'une contribution substantielle de l'accusé au niveau individuel⁷⁰⁰.

Cette proposition se veut avant tout conciliante mais ne peut véritablement se départir d'un raisonnement contrefactuel au niveau collectif ; face à la difficulté pratique de caractériser l'importance de la contribution à partir d'un tel raisonnement, il paraît pertinent de s'interroger plus largement sur le lien existant entre la contribution et le crime.

98. La question du lien entre la contribution et le crime. S'engageant dans une lecture plus pragmatique de l'article 25§3(a) StCPI, le Juge Adrian Fulford rappelle que l'emploi du verbe commettre suppose « un lien déterminant » entre la contribution de

⁶⁹⁶ J. D. Ohlin, « Searching for the Hinterman – In praise of subjective theories of imputation », *JICJ*, 2014, p. 329.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 330.

⁶⁹⁸ *Ibid.* Un univers modal fait ici référence à un monde où l'effet d'un acte est subordonné à un événement incertain.

⁶⁹⁹ CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre de Première instance V, Prosecution's submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25§3(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55§2 with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility, 3 juillet 2012, §12.

⁷⁰⁰ J. D. Ohlin, « Searching for the Hinterman... », *op. cit.*, p. 331.

l'individu et la commission du crime ; il ajoute, à ce sujet, que le texte de l'article 25§3 StCPI est clair : la preuve n'a pas à être rapportée que le crime n'aurait pas été commis sans la contribution de l'accusé mais plutôt qu'il a contribué au crime en le commettant avec une ou plusieurs personnes⁷⁰¹. À cette fin, il affirme que cette contribution au crime peut être « directe ou indirecte, à condition qu'il existe un *lien causal* entre la contribution de l'individu et le crime »⁷⁰². Si pour le Juge Adrian Fulford cette approche fournit une base d'analyse réaliste à la Cour, elle paraît pourtant très vague puisqu'il assimile, en définitive, ce « lien déterminant » à un lien causal dont l'analyse reposera nécessairement sur un raisonnement contrefactuel⁷⁰³. Bien que soutenant le Juge Fulford dans son opposition à l'exigence d'une contribution essentielle, la juge Christine van den Wyngaert relève l'insuffisance de ce lien causal, essentiellement car « la causalité est une notion élastique dont les contours sont notoirement difficiles à définir »⁷⁰⁴ ; ainsi, « selon la conception de la causalité qui est retenue, il est possible de caractériser des contributions en réalité très éloignées du crime comme étant causales »⁷⁰⁵ et de voir quiconque ayant participé de près ou de loin à la réalisation du crime être traité comme un auteur. Selon elle, il faut repenser l'exigence de contribution à la lumière du texte et du contexte, en la comparant aux autres formes de participation envisagées à l'article 25§3 StCPI ; si pour elle les formes de participation accessoire peuvent valablement s'analyser *via* un critère quantitatif – celui de la contribution substantielle – la participation principale doit reposer sur un critère qualitatif : « la commission conjointe, en particulier, nécessite une *contribution directe* à la réalisation des éléments matériels du crime »⁷⁰⁶. Elle précise, à ce propos, qu'une « contribution directe doit se comprendre comme celle ayant un impact immédiat sur la manière dont les éléments matériels du crime sont réalisés »⁷⁰⁷ et qu'il appartiendra au juge de l'apprécier *in concreto*, dans les circonstances spécifiques de chaque affaire. À cette fin, elle ajoute que « la contribution directe n'implique pas une présence physique de l'auteur conjoint sur la scène du crime et peut, en fonctions des circonstances et de la nature du

⁷⁰¹ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement dans l'affaire *Lubanga*, préc., 14 mars 2012, §15.

⁷⁰² Nous soulignons, *ibid.*, §16.

⁷⁰³ Un auteur conclut d'ailleurs qu'« en y regardant de plus près, ce lien déterminant avancé par le Juge Fulford, ressemble probablement à la contribution essentielle retenue par la Majorité dans l'affaire *Lubanga* ». J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 728, note 20.

⁷⁰⁴ Voir *infra* §150.

⁷⁰⁵ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, préc., §43.

⁷⁰⁶ Nous soulignons, *ibid.*, §44.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, §45.

crime, inclure certaines formes de planification et de coordination » ; dans ces hypothèses, « le trait distinctif de ce que constitue une contribution directe est qu'elle est un élément intrinsèque de l'exécution réelle du crime »⁷⁰⁸. Alors qu'il pourrait introduire une certaine flexibilité, ce critère d'une contribution directe, et surtout l'étendue qu'il couvre, ne permet finalement qu'une apparente distinction : si une contribution directe peut se comprendre comme une forme de planification, quelle est alors la différence entre une contribution directe et indirecte⁷⁰⁹ ? De la même manière, ce critère semble traiter identiquement l'auteur conjoint et l'auteur direct lorsqu'il suppose « un impact immédiat sur la manière dont les éléments matériels du crime sont réalisés » ; la Juge Christine van den Wyngaert semble ici oublier que l'essence même de la commission conjointe est l'attribution mutuelle⁷¹⁰, ce qui évite au participant d'accomplir chaque élément de la définition de l'infraction.

Malgré les débats entourant son interprétation et la difficulté à en saisir le sens pratique, l'exigence d'une contribution essentielle permet néanmoins de restituer l'importance de la contribution du participant sans reconsidérer le principe d'attribution mutuelle au cœur de la commission conjointe⁷¹¹. De manière plus globale, toutefois, cette exigence reflète toute l'ambivalence de la théorie du contrôle sur le crime : d'une part, la théorie limite le concept de commission conjointe aux participants dont la contribution est la condition sans laquelle le plan commun n'aurait pas abouti mais d'autre part, elle étend le spectre de la commission aux individus éloignés de la scène du crime et qui n'ont pas personnellement accompli un élément requis par la définition de l'infraction. Cette ambivalence de la théorie sur le plan objectif pourrait cependant être tempérée sur le plan subjectif.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, §47.

⁷⁰⁹ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 730.

⁷¹⁰ Nous rappelons que les juges ont conclu dans l'affaire *Lubanga* que : « La notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime a pour origine le principe de la division des tâches essentielles en vue de la commission d'un crime entre deux ou plusieurs personnes agissant de manière concertée. Ainsi, bien qu'aucune de ces personnes ne détiennent le contrôle d'ensemble de l'infraction parce qu'elles dépendent toutes les unes des autres pour sa commission, elles partagent toutes le contrôle car chacune d'elles pourrait compromettre la commission du crime si elle n'exécutait pas sa tâche ». CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, § 342.

⁷¹¹ Kai Ambos déclare d'ailleurs qu'il « ne peut penser à un meilleur qualificatif qu'« essentiel » », mais admet que « celui-ci devra être affiné par la jurisprudence ». K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court ... », *op. cit.*, p. 147.

II. Aspects subjectifs

99. Alors que la théorie du contrôle sur le crime s'inscrit essentiellement dans une dimension matérielle et fonctionnelle, elle ne peut toutefois se départir d'un certain degré de subjectivité. Les juges expliquent en effet qu'« il doit être concomitamment satisfait, outre aux éléments objectifs, à trois éléments subjectifs avant que le juge puisse [...] conclure à la responsabilité pénale du suspect en tant que coauteur des crimes » ; « en particulier, le suspect doit a) satisfaire aux éléments subjectifs des crimes qui lui sont reprochés, nommément les éléments d'intention et de connaissance exigés à l'article 30 du Statut (A) ; b) savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels des crimes résultera de la mise en œuvre du plan commun (B) ; et c) connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer sur les crimes un contrôle conjoint avec les autres coauteurs (C) »⁷¹².

A. La satisfaction aux éléments subjectifs du crime concerné

100. **L'exigence classique d'« intention et connaissance » prévue à l'article 30 StCPI.** Si à travers le critère d'un contrôle sur le crime la commission conjointe prend une dimension singulière, certaines de ses composantes ramènent toutefois à une lecture plus classique. Ainsi, le premier élément subjectif devant être caractérisé relève de l'évidence puisqu'il renvoie à la satisfaction de prescriptions statutaires. La Chambre Préliminaire I, confirmée en ce point par la Chambre d'instance I et la Chambre d'appel, affirme très clairement, à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, que « pour qu'il y ait coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime, le suspect 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 »⁷¹³. Il faut comprendre par conséquent, que doit être caractérisée l'exigence générale d'« intention et de connaissance » telle que le prévoit l'article 30 StCPI⁷¹⁴.

⁷¹² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §351.

⁷¹³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §349.

⁷¹⁴ L'analyse et les controverses attachées aux exigences subjectives générales de l'article 30 StCPI sont par conséquent celles déjà effectuées dans le cadre de l'analyse générale de l'approche subjective de la participation principale.

L'application de cette exigence dans le cadre de l'affaire *Lubanga* relève toutefois d'une mécanique singulière et propre à l'article 30 StCPI. En effet, cette disposition statutaire s'applique « sauf disposition contraire », faisant ainsi du standard d'« intention et de connaissance » une règle par défaut⁷¹⁵. Or, bien que l'article 8 StCPI ne contiennent aucun élément subjectif relatif au crime de guerre consistant à procéder à l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans, la Chambre Préliminaire I signale que « le troisième élément énuméré dans les Éléments des crimes pour ces crimes spécifiques exige [...] [que] [l]'auteur savait ou aurait dû savoir que ladite ou lesdites personnes étaient âgées de moins de 15 ans »⁷¹⁶ ; elle ajoute que « la formule « aurait dû savoir » [...] relève de la notion de négligence »⁷¹⁷ et qu'elle « constitue une exception à la condition d'« intention et connaissance » énoncée à l'article 30 du Statut »⁷¹⁸. Les juges concluent dès lors, « et comme prévu à l'article 30-1 du Statut, elle s'appliquera à la détermination de l'âge des victimes, tandis que la condition générale d'« intention et connaissance » s'appliquera aux autres éléments objectifs des crimes de guerre prévus aux articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii du Statut, incluant l'existence d'un conflit armé et le lien entre les actes visés et ce conflit armé »⁷¹⁹. Par conséquent, l'analyse des deux autres exigences subjectives attachée à la théorie du contrôle sur le crime s'inscrira dans cette configuration spécifique.

B. Savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels du crime
résultera de la mise en œuvre du plan

101. Une exigence spécifique au contrôle conjoint. La seconde exigence subjective est directement attachée à un des éléments objectifs centraux de la théorie du contrôle, à savoir le plan commun. En effet, les juges relèvent que « le suspect et les autres coauteurs doivent a) tous, de manière partagée, avoir conscience que les éléments objectifs du crime risquent de résulter de la mise en œuvre de leur plan commun et b) tous, de manière partagée, accepter ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant »⁷²⁰. En visant ainsi spécifiquement le plan commun et sa mise en œuvre, cet élément subjectif doit alors être lu par le prisme du principe d'attribution mutuelle à l'origine même du contrôle

⁷¹⁵ Voir *supra* §51.

⁷¹⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §357.

⁷¹⁷ *Ibid.*, §358.

⁷¹⁸ *Ibid.*, §359.

⁷¹⁹ *Ibid.*.

⁷²⁰ *Ibid.*, §361.

conjoint ; toutefois, ce principe prend ici un sens très différent de celui qu'il exprime lorsqu'il s'affirme au cœur des éléments objectifs du contrôle conjoint.

102. L'absence d'intention mutuelle. En effet, la Chambre Préliminaire I souligne que cet élément subjectif est à rechercher « chez le suspect et les autres coauteurs [...] de manière partagée » ; la formulation, peu explicite, signifie que cet élément doit être caractérisé individuellement, soit pour chaque participant ayant adhéré au plan commun. Les juges estiment d'ailleurs à ce propos que « c'est précisément le fait que tous les coauteurs connaissent et acceptent ce résultat qui justifie a) qu'on puisse imputer à chacun d'eux — y compris au suspect — les contributions des autres, et b) qu'on les tienne pénalement responsables en tant qu'auteurs principaux de l'infraction dans sa totalité »⁷²¹. L'attribution réciproque de l'élément subjectif s'avère donc impossible, le principe de culpabilité personnelle proscrivant toute hypothèse d'intention mutuelle⁷²².

La question se pose toutefois de savoir si, en pratique, la preuve de cet élément doit être apportée pour chaque participant au plan bien qu'un seul d'entre eux ne soit effectivement mis en cause devant la Cour. L'exigence d'une intention « partagée » paraît suggérer la démonstration de l'existence de l'élément psychologique « non seulement dans l'esprit de l'accusé, mais également dans l'esprit des autres coauteurs »⁷²³. L'affaire *Lubanga* marque un contraste saisissant sur ce point⁷²⁴ : en effet, si la Chambre Préliminaire se plie à cette démonstration sur les personnes des autres auteurs conjoints⁷²⁵, la Chambre de Première instance s'intéresse uniquement à l'accusé⁷²⁶. Toutefois, l'impact de l'absence d'une telle analyse doit être modéré tant la preuve de cet élément psychologique et celle de l'existence d'un plan commun sont étroitement liées. L'ambiguïté relevée par la Juge van den Wyngaert tenant à la subjectivité déguisée de ce dernier élément⁷²⁷, pourrait ainsi justifier sur ce point l'économie d'une démonstration exhaustive et superflue.

⁷²¹ *Ibid.*, §362.

⁷²² G. Werle, F. Jessberger, *Principles of international criminal law*, préc., p. 207.

⁷²³ O. de Frouville, *Droit international pénal...*, préc., p. 383.

⁷²⁴ S. Wirth, « Co-perpetration in the Lubanga trial judgment », *op. cit.*, p. 989.

⁷²⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §404 et s.. La Cour vise ainsi nomméement, parmi les commandants de haut rang des FPLC, Kahwa Panga Mandro, Rafoki Saba, Floribert Kisembo ou encore Bosco Ntaganda.

⁷²⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §404 et s..

⁷²⁷ Voir *supra* §94-95.

103. Le seuil de l'intention spécifique attachée au contrôle conjoint. La problématique liée au seuil de l'intention attachée au contrôle conjoint se pose dans des termes similaires à celle relevée précédemment de manière générale pour le participant principal relativement à l'article 30 StCPI⁷²⁸, essentiellement car les juges définissent ce seuil en termes de risque⁷²⁹ mais également car ils admettent expressément la négligence comme élément subjectif du crime d'enrôlement et conscription d'enfant de moins de quinze ans⁷³⁰. Toutefois, alors que la Chambre reconnaît qu'il suffit de démontrer que le suspect « aurait dû savoir » que les victimes avaient moins de quinze ans pour retenir le crime d'enrôlement et de conscription d'enfant de moins de quinze ans, elle estime que cet élément subjectif ne peut s'appliquer en l'espèce ; qu'« en effet, la thèse de la coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime requiert que tous les coauteurs, y compris le suspect, de manière partagée, sachent et acceptent que les éléments objectifs du crime résulteront probablement de la mise en œuvre du plan commun »⁷³¹. De nouveau, le lien avec le plan commun et l'interprétation qui a pu être faite de cette exigence objective se révèlent dominants dans la détermination de l'élément subjectif, les juges reconnaissant même que « [s]i l'Accusation avait allégué, par exemple, que Thomas Lubanga Dyilo a commis les crimes susmentionnés lui-même, et non conjointement avec d'autres personnes, la condition inscrite dans la formule « aurait dû savoir » aurait été applicable à la détermination de l'âge des victimes »⁷³². Thomas Weigend considère qu'il s'agit là d'une « sur-extension de l'exigence de contrôle »⁷³³ attachée à la commission conjointe : « lorsque la loi exige seulement la négligence à l'égard d'une circonstance telle que l'âge des victimes, rien de plus que la négligence ne peut être exigé des coauteurs, [...] le contrôle

⁷²⁸ Voir *supra* §58 et s..

⁷²⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §361 : l'auteur conjoint doit avoir « conscience que les éléments objectifs du crime risquent de résulter de la mise en œuvre de leur plan commun ». Aux fins d'interprétation, les juges rappellent qu'il est nécessaire de distinguer deux cas de figures, en fonction du degré de risque de réalisation des éléments du crime. D'une part, si « le risque de causer les éléments objectifs du crime est élevé (c'est-à-dire s'il est probable que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des événements »), le fait que le suspect et les autres coauteurs admettent de manière partagée l'idée de provoquer les éléments objectifs du crime peut se déduire de ce que : i) le suspect et les autres coauteurs ont tous conscience de la probabilité importante que la mise en œuvre du plan commun se traduise par la réalisation des éléments objectifs des crimes ; et ii) malgré cette conscience, le suspect et les autres coauteurs décident de mettre en œuvre le plan commun » (§263). D'autre part, « si le risque de causer les éléments objectifs du crime est faible, le suspect et les autres coauteurs doivent avoir manifestement ou expressément accepté l'idée que ces éléments objectifs puissent résulter de la mise en œuvre du plan commun » (§264).

⁷³⁰ Voir *supra* §58 et s..

⁷³¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §365.

⁷³² *Ibid.*, note 441.

⁷³³ T. Weigend, « Intent, mistake of law, and coperpetration... », *op. cit.*, p. 485.

commun de leurs actions restant inchangé par le fait que l'un ou la totalité d'entre eux ne connaissaient pas l'âge des individus conscrits ou enrôlés »⁷³⁴.

La Chambre de Première instance I laisse malheureusement sans réponse, la question de savoir si la négligence peut être valablement retenue en l'espèce, dans la mesure où toutes les parties à l'instance – Accusation comprise – revendiquaient un seuil plus élevé. Tout en reconnaissant l'exception attachée au crime d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de quinze ans, les juges considèrent « qu'il n'est pas nécessaire d'appréhender l'affaire sur une autre base »⁷³⁵ que celle avancée par les parties⁷³⁶. Ils affirment ainsi que « la Chambre doit être convaincue que l'accusé savait que les enfants étaient âgés de moins de quinze ans »⁷³⁷ et que doit, par conséquent, être apportée la preuve que « l'accusé entendait procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfant de moins de quinze ans ou les faire participer activement à des hostilités, ou qu'il était conscient que par la mise en œuvre du plan commun, ces conséquences “advien draient dans le cours normal des évènements” »⁷³⁸. Dans le sillage de cette analyse, la Chambre d'appel réaffirme qu'« il était virtuellement certain »⁷³⁹ que, dans les circonstances prévalant en Ituri à cette période, la mise en œuvre du plan commun visant à constituer une armée efficace afin d'assurer le contrôle politique et militaire de l'Union des Patriotes Congolais et des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo en Ituri, conduirait au recrutement et à l'utilisation aux fins de leur participation active lors des hostilités, d'enfants de moins de quinze ans. Dès lors, bien que le Statut l'autorise par le jeu de la règle par défaut, la négligence comme seuil de l'intention attachée au contrôle conjoint paraît écartée au profit de la volonté des Parties. À ce propos, Thomas Weigend regrette que la Cour ait pu traiter l'âge des victimes comme une conséquence⁷⁴⁰ au sens de l'article 30§2(b) StCPI puisque ce raisonnement la conduit à appliquer l'exigence imprécise que cette conséquence « adviendra dans le cours normal des évènements » ; selon lui, l'âge des victimes devrait

⁷³⁴ *Ibid.*.

⁷³⁵ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1015.

⁷³⁶ Il convient de préciser qu'une Chambre n'est pas liée par les demandes des parties ; si une Chambre peut laisser la responsabilité de présentation des preuves entre les mains des parties comme elle le fait en l'espèce, elle n'y pas obligée car la procédure devant la Cour n'est pas purement accusatoire. Voir K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court ... », *op. cit.*, p. 151.

⁷³⁷ *Ibid.*, §1274.

⁷³⁸ *Ibid.*, §1018.

⁷³⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014, §451. Pour une analyse plus détaillée, voir *supra* §59.

⁷⁴⁰ Voir *supra* §46.

être considéré comme une circonstance au sens de l'article 30§3 StCPI⁷⁴¹, de sorte que la norme applicable soit « la conscience de son existence, sauf à ce que la négligence soit un élément suffisant »⁷⁴². Outre cette confusion, il est tout aussi regrettable que les juges aient évité de se prononcer sur la possibilité d'appliquer, par le jeu de la règle par défaut, une disposition prescrivant, en dehors du Statut, un seuil d'intention plus bas que celui prévu statutairement.

C. Connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer sur les crimes un contrôle conjoint avec les autres coauteurs

104. L'abandon d'une expression subjective de la contribution essentielle. Le dernier élément subjectif attaché au contrôle conjoint s'analyse davantage en lien avec l'exigence objective d'une contribution essentielle, car il renvoie au fait que le suspect ait « connaissance des circonstances de fait lui permettant d'exercer conjointement un contrôle sur le crime »⁷⁴³. À cette fin, les juges affirment qu'« il faut pour cela que le suspect sache i) que son rôle est essentiel pour la mise en œuvre du plan commun, et donc de la commission du crime, et ii) qu'il est en mesure — en raison du caractère essentiel de sa tâche — de faire obstacle à la mise en œuvre du plan commun et, donc à la commission du crime, et ce, en refusant de remplir la tâche qui lui a été assignée »⁷⁴⁴.

Bien qu'explicitement lié à un élément objectif fondamental du contrôle conjoint, ce troisième élément subjectif connaît un sort très différent des deux premiers. Tout d'abord, la Chambre Préliminaire I n'en fait qu'une analyse très lacunaire lors de l'affaire *Lubanga*, se contentant d'évoquer, en un unique paragraphe, ses caractéristiques par le prisme d'éléments factuels préalablement discuté objectivement⁷⁴⁵. Ensuite, bien que cet élément est relevé lors de la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Jean-Pierre Bemba, les juges ne le développent ni ne l'appliquent, le jugeant inutile en l'espèce⁷⁴⁶. De la même manière, la Chambre Préliminaire I rejette l'élément lors de l'affaire *Katanga et Chui* alors qu'elle avait pris soin de préciser qu'il signifie que les accusés « doivent être conscients de la nature de leurs organisations, de leur autorité dans

⁷⁴¹ Voir également sur ce point K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court ... », *op. cit.*, p. 150.

⁷⁴² T. Weigend, « Intent, mistake of law, and coperpetration... », *op. cit.*, p. 485.

⁷⁴³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §366.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, §367.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, §409.

⁷⁴⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., §351.

l'organisation, et des circonstances de fait permettant l'exécution quasi automatique de leurs ordres »⁷⁴⁷. Enfin, si la Chambre de Première instance I le mentionne lors du Jugement *Lubanga*⁷⁴⁸, elle n'en fait aucune application immédiate⁷⁴⁹, préférant rattacher l'élément contextuel à la matérialité du crime en question⁷⁵⁰ et évoquant simplement la preuve de « la conscience [que l'accusé] apportait une contribution essentielle à la mise en œuvre du plan commun »⁷⁵¹.

Finalement, les juges semblent échouer à véritablement appliquer les éléments subjectifs qu'ils ont pourtant affirmés comme spécifiques au contrôle conjoint car en lien avec le plan commun et la contribution essentielle. En effet, d'une part, la place centrale accordée à l'exigence d'un plan commun, et par conséquent à l'attribution mutuelle, ainsi que l'interprétation très subjective qui en est faite, paraît amoindrir les enjeux liés à l'élément subjectif qui y est attaché. D'autre part, l'abandon d'une compréhension subjective de l'élément contextuel pourrait trouver une explication dans la difficulté à rapporter sa preuve, notamment car la théorie du contrôle sur la commission du crime s'exprime dans une forme horizontale lorsqu'elle s'applique à l'auteur conjoint, ce qui ne lui permettrait pas d'avoir une telle connaissance⁷⁵². Ce laxisme⁷⁵³ émanant de l'analyse de la Cour sur ce point répond toutefois à un raisonnement prévisible lié à l'esprit même de la théorie du contrôle : désignée comme une approche fonctionnelle objective de la participation, sa réalisation matérielle devait inévitablement conduire à une atténuation de l'aspect subjectif dans toutes les manifestations du contrôle.

Section 2. Les éléments du contrôle indirect

105. Cette dimension horizontale de la théorie du contrôle s'accompagne logiquement d'une dimension verticale. Analysée pour la première fois à l'occasion de l'affaire *Katanga et Chui*, cette seconde variante trouve son origine dans la relation

⁷⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, §534-535.

⁷⁴⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1008.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, §1014.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, §1016.

⁷⁵¹ *Ibid.*, §1018.

⁷⁵² Cet argument est avancé par Kai Ambos dans son analyse du raisonnement de la Cour lors du Jugement Lubanga. K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court ... », *op. cit.*, p. 148.

⁷⁵³ J. D. Ohlin, « Searching for the Hinterman... », *op. cit.*, p. 331.

d'instrumentalisation liant l'auteur principal à l'auteur direct : la Chambre Préliminaire I précise, en effet, que « l'auteur principal (auteur intellectuel) utilise l'exécutant (auteur direct) comme un simple outil ou instrument pour commettre le crime »⁷⁵⁴. Le contrôle sur le crime prend ainsi la forme d'un contrôle indirect ou médiate car il s'exerce au moyen d'un intermédiaire exécutant.

Décelant toute la potentialité et l'utilité d'une telle forme de contrôle dans un contexte systémique, les juges vont rapidement en déployer toute l'ampleur, de sa manifestation la plus simple – le contrôle exercé par « l'auteur derrière l'auteur » (I) – à sa manifestation la plus complexe – le contrôle conjoint indirect (II).

I. Le contrôle exercé par « l'auteur derrière l'auteur »

106. Reprenant à leur compte les premiers travaux de Claus Roxin⁷⁵⁵, les juges affirment comme postulats, qu'« une personne agissant par l'intermédiaire d'une autre peut être tenue pénalement responsable à titre individuel, que l'exécutant (ou auteur direct) le soit aussi ou non »⁷⁵⁶ et que « cette forme de responsabilité pénale repose sur l'idée que « l'auteur derrière l'auteur est responsable car il contrôle la volonté de l'auteur direct »⁷⁵⁷. Ils en déduisent alors que « dans certains cas de figure, il est possible que les deux auteurs soient pénalement responsables en tant qu'auteurs principaux : l'auteur direct parce qu'il a exécuté les éléments subjectifs et objectifs du crime, et l'auteur derrière l'auteur parce qu'il exerce un contrôle sur le crime en contrôlant la volonté de l'auteur direct »⁷⁵⁸. La figure de l'auteur derrière l'auteur se révèle par conséquent particulièrement adaptée à la criminalité de système, notamment car la majorité des accusés « font partie de structures étatiques à haut niveau ou exercent un contrôle au sein d'appareils de pouvoir hiérarchiquement constitués »⁷⁵⁹ ; toutefois, par le prisme de la théorie du contrôle, cette figure se meut en une forme singulière : « l'auteur derrière l'auteur commet le crime par l'intermédiaire d'une autre personne [...] en exerçant un contrôle sur une organisation »⁷⁶⁰. Développée au

⁷⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §495.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, §496. Voir également *supra* §77.

⁷⁵⁶ *Ibid.*.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, §497.

⁷⁵⁸ *Ibid.*.

⁷⁵⁹ G. Werle, B. Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal », *RSC*, 2012, p. 57.

⁷⁶⁰ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §498.

cours de l'audience de confirmation des charges de l'affaire *Katanga et Chui* (A), cette forme de contrôle indirect connaît de nombreuses critiques (B).

A. Le contrôle sur une organisation

107. Du contrôle de la volonté au contrôle sur une organisation. Alors que l'essence du contrôle indirect repose traditionnellement sur l'idée que l'accusé est un mandant qui exerce un contrôle de la commission du crime grâce à un contrôle de la volonté des exécutants, les juges en développent un tout autre aspect en visant « le contrôle sur une organisation ». La Chambre Préliminaire I relève trois raisons principales pour justifier le recours à cette notion.

Tout d'abord, « cette forme de responsabilité a été intégrée dans le cadre défini par le Statut »⁷⁶¹. En effet, parce que les crimes relevant de la compétence de la Cour « concernent presque inévitablement une criminalité collective ou de masse », les juges estiment « qu'en édictant des règles relatives à la commission d'un crime par l'intermédiaire d'une autre personne responsable, le Statut de Rome vise la catégorie d'affaires dans lesquelles l'auteur exerce un contrôle sur une organisation »⁷⁶².

Ensuite, « de nombreuses juridictions nationales se sont fondées sur la notion de perpétration au moyen du contrôle exercé sur une organisation pour attribuer aux “chefs” la responsabilité de tels crimes en tant qu'auteurs principaux ». Recensant plusieurs affaires à cette fin⁷⁶³, la Cour reconnaît que ces juridictions ont généralement considéré comme étant moins coupable les personnes les plus éloignées de l'exécution du crime mais avance également qu'il a pu être affirmé « que le degré de responsabilité d'une personne augmente au fur et à mesure qu'elle occupe une place plus élevée dans la hiérarchie : plus la personne qui orchestre le crime occupe un rang élevé ou est éloignée de l'auteur du crime, plus sa responsabilité est grande »⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ *Ibid.*, §501.

⁷⁶² *Ibid.*

⁷⁶³ *Ibid.*, §502. Cour suprême fédérale d'Allemagne, BGHSt 40, 218, p. 236 et s. ; 45, 270, p. 296 ; BGHSt 47, 100 ; BGHSt 37, 106 ; BGH NJW 1998, 767, p. 769. Chambre d'appel fédérale d'Argentine, procès des *Juntas*, affaire n° 13/84, chapitre 7/5. Arrêt de la Cour suprême de justice du Pérou, affaire n° 5385-200, 14 décembre 2007. Cour suprême du Chili (magistrat instructeur), *Fallos de Mes, ano XXXV, noviembre de 1993*, 12 novembre 1993 ; Cour suprême d'Espagne, chambre criminelle, affaire n° 12966/1994, 2 juillet 1994 (juge Bacigalupo). Cour nationale d'Espagne, tribunal d'enquête central n° 5, 29 mars 2006.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, §503.

Enfin, « cette théorie a également été appliquée en droit international pénal, dans la jurisprudence des TPI »⁷⁶⁵, notamment lors du Jugement rendu dans l'affaire *Stakić*⁷⁶⁶. Dans le même sens, les juges relèvent que la Chambre Préliminaire III de la Cour a également approuvé cette notion dans l'affaire *Bemba* lorsqu'elle affirme, après avoir démontré que l'accusé était bien le chef de son organisation et décrit le fonctionnement de la milice, qu'il « avait les moyens d'exercer un contrôle sur les crimes commis par les troupes du M[ouvement de] L[ibération du] C[ongo] déployées en R[épublique] C[entr]A[fricaine] du fait de son autorité sur sa propre organisation militaire »⁷⁶⁷.

Bien que très discutables⁷⁶⁸, les juges estiment ces trois raisons suffisamment convaincantes pour que la Chambre accepte cette théorie de responsabilité pénale aux fins de la présente décision.

108. Les éléments du contrôle sur une organisation. Le contrôle sur une organisation prend tout son sens dans l'idée que la structure doit permettre de servir « l'objectif et le but consistant à mettre l'auteur derrière l'auteur en mesure de commettre des crimes par l'intermédiaire de ses subordonnés »⁷⁶⁹. À cette fin, les juges en distinguent les éléments objectifs et subjectifs caractéristiques.

S'intéressant particulièrement aux spécificités objectives de l'organisation et à son fonctionnement, les juges admettent que cette forme de contrôle indirect n'est possible que si l'organisation reflète « un appareil de pouvoir organisé et hiérarchisé ». Ainsi, « l'organisation doit être basée sur des relations hiérarchiques entre supérieurs et subordonnés »⁷⁷⁰ afin, notamment, de garantir l'exécution des ordres donnés ; dans ce but,

⁷⁶⁵ *Ibid.*, §506.

⁷⁶⁶ Voir *supra* §81. La Chambre Préliminaire I mentionne toutefois que la Chambre d'appel a rejeté cette forme de responsabilité en déclarant qu'elle ne fait pas partie du droit international coutumier (§507). Malgré cette censure, les juges retiennent que le raisonnement suivi dans l'arrêt est particulièrement important pour comprendre pourquoi cette infirmation n'ôte pas sa validité à cette forme de responsabilité dans le cadre du Statut de Rome (§508). En effet, l'article 21§1(a) du Statut dispose que le Statut constitue la première source de droit applicable ; les principes et règles du droit international constituent des sources secondaires applicables uniquement lorsque les textes réglementaires n'offrent aucune solution juridique. En conséquence, et puisque le Statut de Rome prévoit expressément cette forme spécifique de responsabilité, la question de savoir si le droit coutumier reconnaît ou non la « commission conjointe par l'intermédiaire d'une autre personne » n'est pas pertinente devant la Cour (§508).

⁷⁶⁷ *Ibid.*, §509. Citant CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-14, Chambre Préliminaire III, Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, 10 juin 2008, §78.

⁷⁶⁸ Voir *infra* §109.

⁷⁶⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §511.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, §512.

« il est essentiel que le chef, ou dirigeant, exerce une autorité et un contrôle sur l'appareil et que cette autorité et ce contrôle soient manifestes dans l'exécution de ses ordres par ses subordonnés »⁷⁷¹, l'exécution de ces ordres devant conduire à la commission du crime⁷⁷². Afin de la garantir, le contrôle exercé par le chef sur l'organisation doit lui permettre d'utiliser ses subordonnés comme un « simple mécanisme dans une machine géante » pour produire le résultat criminel « automatiquement »⁷⁷³. Les juges précisent sur ce point que cette mécanisation vise avant tout à « s'assurer que la bonne exécution du plan ne sera pas compromise par la désobéissance d'un subordonné à l'ordre donné [:] un subordonné qui n'exécute pas un ordre peut simplement être remplacé par un autre qui obéira, l'exécutant de l'ordre n'étant finalement qu'un individu fongible »⁷⁷⁴. Plus concrètement, la Chambre Préliminaire I explique qu'« un chef qui exerce un contrôle sur l'organisation peut notamment s'assurer de l'exécution automatique de ses ordres par le biais de régimes d'entraînement intensifs, stricts et violents ; par exemple, enlever des mineurs et les soumettre à des entraînements éprouvants lors desquels ils apprennent à tirer, piller, violer et tuer peut être une technique efficace pour s'assurer qu'ils obéiront automatiquement quand leurs chefs leur ordonneront de commettre de tels actes »⁷⁷⁵.

L'identification des composantes subjectives du contrôle exercé sur une organisation s'avère quant à elle plus délicate. En effet, les charges portées à l'encontre des accusés reposent simultanément sur une commission indirecte et sur une commission conjointe ; or, si les analyses des éléments objectifs des deux mécanismes sont bien dissociées, celles concernant les éléments subjectifs s'entremêlent, à un point tel qu'il est difficile de les distinguer. La Cour rappelle en premier lieu l'exigence classique attachée à toute forme de commission, à savoir la satisfaction aux éléments subjectifs des crimes organisée à l'article 30 StCPI⁷⁷⁶, puis en second lieu, les éléments subjectifs attachés au contrôle conjoint⁷⁷⁷. Dès lors, aucun élément subjectif spécifique ne paraît de prime abord

⁷⁷¹ *Ibid.*, §513. Afin de caractériser cet élément, les juges relèvent notamment que les accusés occupaient des fonctions de commandement suprême au sein de la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri pour Germain Katanga (§540) et du Front des Nationalistes et Intégrationnistes pour Matthieu Ngudjolo Chui (§541), mais aussi que ces groupes étaient hiérarchisés car organisés en structure militaire (§543-544).

⁷⁷² *Ibid.*, §514.

⁷⁷³ *Ibid.*, §515. Les juges s'inspirent ici directement des analyses de Claus Roxin (C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8e éd., De Gruyter, 2006, p. 245).

⁷⁷⁴ *Ibid.*, §516. L'exécution automatique est en l'espèce assurée par la taille de ces groupes (un millier de soldats pour les FRPI, environ 375 soldats pour le FNI, §545), par l'interchangeabilité des soldats (§546) mais également par le jeune âge des soldats ainsi que leur soumission à un entraînement militaire violent et l'allégeance qu'ils prêtaient à leur chef militaire respectif (§547).

⁷⁷⁵ *Ibid.*, §518.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, §527.

⁷⁷⁷ Voir *supra* §99.

lié au contrôle indirect ; toutefois, alors que les juges analysent la condition de connaissance que la réalisation des éléments objectifs des crimes résultera dans la mise en œuvre du plan commun – soit une condition du contrôle conjoint – ils relèvent que les accusés « doivent connaître les circonstances de fait qui leur permettent d'exercer un contrôle sur le crime par l'intermédiaire d'une autre personne »⁷⁷⁸. Ils précisent que « cela signifie [que les accusés] doivent être conscients de la nature de leurs organisations, de leur autorité dans l'organisation, et des circonstances de fait permettant l'exécution quasi automatique de leurs ordres »⁷⁷⁹.

Malgré l'effort entrepris pour justifier et circonscrire le contrôle indirect, les éléments avancés tant objectivement que subjectivement, révèlent une spécificité difficilement palpable. Si la configuration théorique du mécanisme paraît particulièrement adaptée à la criminalité de masse, l'interprétation qui en est faite soulève de nombreuses controverses.

B. Les controverses entourant le contrôle sur une organisation

109. Le recours injustifié à la théorie du contrôle sur l'organisation. La manifestation du contrôle indirect sous la forme d'un contrôle exercé sur une organisation trouve son origine dans la doctrine allemande, principalement dans la théorie de la *Organisationsherrschaft* développée par Claus Roxin⁷⁸⁰, plusieurs auteurs s'accordant d'ailleurs pour dire que les juges retiennent une version très fidèle du concept d'origine⁷⁸¹. Malgré les critiques déjà formulées à l'encontre de cette théorie⁷⁸², les juges persistent à

⁷⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §534.

⁷⁷⁹ *Ibid.* En l'espèce, cette conscience est directement déduite des composantes matérielles : les juges relèvent notamment que les accusés avaient connaissance des rôles spécifiques qu'ils jouaient au sein de la FRPI et du FNI, connaissance du caractère hiérarchiquement organisé de leurs organisations respectives et connaissance des circonstances permettant une obéissance automatique aux ordres en raison de la taille de l'organisation essentiellement composée de soldats interchangeables, de la formation violente des soldats ainsi que de l'allégeance des soldats (§562).

⁷⁸⁰ Littéralement, la « domination de l'organisation ». Cette théorie est essentiellement développée dans un article publié par Claus Roxin en 1963 aux *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, intitulé « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate » (p. 193 à 207).

⁷⁸¹ Kai Ambos relève en effet que parmi toutes les conditions développées par Claus Roxin, seule celle tenant à l'indifférence de l'organisation à la loi n'est pas reprise par la Cour. K. Ambos, « The Fujimori Judgment – A President's responsibility for crimes against humanity as indirect perpetrator by virtue of an organized power apparatus », *JICJ*, 2011, p. 149. Voir également T. Weigend, « Perpetration through an organization – The unexpected career of a German concept », *JICJ*, 2011, p. 105 ; H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political leaders as principals to international crimes*, Hart Publishing, 2009, p. 134.

⁷⁸² Cette forme de responsabilité a notamment été critiquée au motif qu'elle était apparemment incohérente, en ce qu'elle qualifie d'auteur direct tant une personne pleinement responsable qu'une personne qui est un

l'utiliser, avançant à cette fin une série de trois arguments très discutables. Le premier argument tient à l'intégration manifeste de cette forme de responsabilité dans le Statut puisque celui-ci s'intéresse aux crimes de masse ; or, si le Statut cible bien la criminalité de masse, il ne détermine pas exactement de quelle manière, d'autant que l'article 25§3(a) StCPI vise uniquement la commission par l'intermédiaire d'une autre personne et non par l'intermédiaire d'une organisation. Le deuxième argument fait référence aux « nombreuses juridictions nationales » qui utilisent la théorie du contrôle sur l'organisation ; cependant, comme le relève Thomas Weigend, ce nombre est limité à seulement cinq juridictions, dont la Cour Suprême argentine qui a censuré un jugement appliquant cette théorie⁷⁸³. Enfin, le troisième argument fait état également d'une application de cette théorie par les TPI ; toutefois, cette application n'a jamais été effective puisque les juges des TPI ont toujours préféré se fonder sur le concept d'entreprise criminelle commune⁷⁸⁴. Dans le même sens, la Chambre Préliminaire I mentionne une approbation de la théorie du contrôle sur l'organisation par la Chambre Préliminaire III à l'occasion de l'affaire *Bemba* ; pourtant, la Cour n'aura pas recours à la commission indirecte, puisqu'elle confirmera les charges portées à l'encontre de Jean-Pierre Bemba sur le fondement de l'article 28 StCPI, soit en tant que supérieur hiérarchique.

110. Une théorie inapte à saisir la réalité criminelle collective. Si les raisons avancées par les juges pour recourir à la théorie du contrôle sur l'organisation se révèlent finalement très discutables, l'objectif pratique dont elle était porteuse paraît également insatisfait. Plusieurs auteurs s'accordent ainsi pour affirmer que la théorie n'est pas adaptée à la criminalité collective soumise à la compétence de la CPI. Élaborée à partir du contexte spécifique de l'affaire Eichmann⁷⁸⁵, le contrôle sur l'organisation prendrait en effet tout

outil ou, en d'autres termes, dont la volonté est contrôlée par une autre. Fondamentalement, il semble impossible d'affirmer de manière sensée qu'un individu est un acteur pleinement responsable lorsque, dans le même temps, on reconnaît qu'une personne peut contrôler la volonté de cet individu de façon qu'on puisse dire qu'elle a commis un crime par son intermédiaire. Voir supra §28.

⁷⁸³ T. Weigend, « Perpetration through an organization... », *op. cit.*, p. 105. Pour une analyse très complète et détaillée des développements et applications de la théorie de Claus Roxin en Argentine, voir C. Steer, *Translating guilt – Identifying leadership liability for mass atrocity crimes*, TMC Asser Press, Springer, 2017, p. 213-238.

⁷⁸⁴ Voir notamment l'issue de l'affaire *Stakić*, *supra* §81.

⁷⁸⁵ Sur ce point, voir particulièrement M. Osiel, *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, 2009, p. 91 et s. : l'auteur ose notamment un rapprochement avec les analyses développées par Hannah Arendt dans *Eichmann à Jérusalem*, et avance qu'il est possible de voir dans la théorie de Claus Roxin la traduction juridique de la « banalité » d'Eichmann (« It is likely, in fact, that Roxin drew the metaphors of men as cogs from Arendt's earlier book on the Eichmann trial, which Roxin – as a fellow German then writing on the same subject – would likely have read. Arendt, too, described the defendant as a cog in a bureaucratic

sens dans le cadre d'une bureaucratie rigide et formelle et n'aurait, dès lors, pas vocation à s'appliquer à des groupes non étatiques moins formalisés⁷⁸⁶ ; à ce propos, la Chambre Préliminaire I paraît signer un véritable aveu de faiblesse lorsque, décelant l'inadaptation du modèle original de Roxin à un environnement composé d'armées rebelles, elle relève des éléments factuels additifs — tels les méthodes d'entraînement comme outil de contrôle — pour compenser le manque d'organisation institutionnelle rigoureuse⁷⁸⁷. S'intéressant aux charges retenues contre l'accusé pour les crimes sexuels « collatéraux » commis par les exécutants⁷⁸⁸, Elies van Sliedregt relève elle aussi ce décalage avec « la réalité du terrain » : selon elle, « admettre que les auteurs physiques puissent aller au-delà de ce qui a été ordonné et agir de leur propre initiative, ébranle le principe central de la théorie de Roxin » qui exige que « les auteurs matériels soient de simples rouages dont la volonté est dominée par les auteurs intellectuels »⁷⁸⁹. Dénonçant un aveuglement de la Chambre Préliminaire I par « la beauté de la dogmatique »⁷⁹⁰, l'auteure s'avoue peu surprise par l'acquittement et la requalification des charges ayant conclu l'affaire *Katanga et Chui*⁷⁹¹.

Ce décalage entre la théorie et la réalité engendre également des défis sur le plan probatoire. En effet, comment prouver, en l'absence d'organisation hiérarchique formellement et strictement structurée, la mécanisation de l'appareil criminel et l'interchangeabilité des subordonnés qui justifient ici l'imputation en tant que participant principal⁷⁹² ? Pour Thomas Weigend, ces incohérences et ces discordances devraient conduire à une relecture littérale de l'article 25§3(a) StCPI impliquant que l'auteur derrière l'auteur est responsable car il contrôle la volonté de l'auteur direct, écartant ainsi tout lien avec une organisation. Il relève à cette fin diverses possibilités de manifestation de ce contrôle, notamment « l'exercice de pressions physiques ou psychologiques ou la création d'idées fausses concernant les faits pertinents », et précise que « le fait que l'accusé est le

machine. Roxin's work might hence be seen as an effort to translate Arendt's sociopolitical analysis of Eichmann's "banality" into a legal idiom potentially acceptable to courts », p. 95).

⁷⁸⁶ T. Weigend, « Perpetration through an organization... », *op. cit.*, p. 107. Voir principalement, M. Osiel, *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, 2009, note 100. Également avancé par S. Manacorda, C. Meloni, « Indirect perpetration versus Joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of international criminal law ? », *op. cit.*, p. 171.

⁷⁸⁷ T. Weigend, « Perpetration through an organization... », *op. cit.*, p. 107.

⁷⁸⁸ Sur cette question, voir également l'Opinion partiellement dissidente de la Juge Anita Ušacka jointe à la Décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*.

⁷⁸⁹ E. van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the international criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 514.

⁷⁹⁰ *Ibid.*.

⁷⁹¹ Pour un rappel chronologique de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, voir supra 36 et s..

⁷⁹² S. Manacorda, C. Meloni, *op. cit.*, p. 172.

dirigeant d'une organisation ne peut à lui seul être une preuve convaincante de son contrôle de la volonté de tous les membres de l'organisation »⁷⁹³. Dans le même sens, il affirme que l'hypothèse de l'intermédiaire responsable reste significative puisqu'elle exprime clairement qu'un individu peut contrôler la volonté d'un autre individu même si ce dernier est responsable en tant qu'auteur direct. Si ce retour à la lettre du Statut permet de retrouver l'assurance du sens et la portée originelle de la commission indirecte, il ne résout toutefois pas la question du degré de contrôle de la volonté nécessaire pour faire de l'individu en arrière-plan un auteur principal – ce que permettait finalement le truchement de l'organisation hiérarchique dans la théorie de Roxin. En définitive, le principal reproche porté à l'encontre du contrôle sur une organisation se fonde sur son inadaptation à la configuration criminelle factuelle de l'affaire *Katanga et Chui* ; il ne serait, dès lors, pas surprenant de la voir appliquée dans un contexte différent⁷⁹⁴.

II. Le contrôle indirect conjoint⁷⁹⁵

111. L'affaire *Katanga et Chui* offre également une lecture très singulière de l'article 25§3(a) StCPI puisque les juges y décèlent une quatrième forme de commission⁷⁹⁶. Selon la Chambre Préliminaire I, « il n'est pas fondé en droit de limiter la commission conjointe d'un crime aux seules situations dans lesquelles les auteurs exécutent une partie du crime en exerçant sur celui-ci un contrôle direct »⁷⁹⁷ ; « en effet, de la conjugaison de la responsabilité individuelle, liée à la commission de crimes par l'intermédiaire d'autres personnes, avec l'attribution mutuelle de crimes entre les coauteurs de haut rang, se dégage une forme de responsabilité qui fournit à la Cour un instrument bien adapté pour évaluer la responsabilité des « hauts dirigeants » »⁷⁹⁸. Constatant enfin qu'« un individu qui n'exerce aucun contrôle sur la personne par l'intermédiaire de laquelle le crime serait commis ne saurait être considéré comme ayant commis le crime par l'intermédiaire de cette personne »⁷⁹⁹, les juges affirment que « toutefois, s'il agit conjointement avec un autre individu – qui contrôle la personne utilisée –, le crime peut lui être attribué en vertu du

⁷⁹³ T. Weigend, « Perpetration through an organization... », *op. cit.*, p. 107.

⁷⁹⁴ Notamment dans l'affaire *Al Bashir*, voir *supra* §38.

⁷⁹⁵ Dans le sillage du raisonnement soulevé au Chapitre 1, il serait également possible d'envisager l'expression « contrôle conjoint indirect ». Voir aussi les développements *infra* §113.

⁷⁹⁶ Pour plus de développements sur la question de la commission conjointe indirecte, voir §37.

⁷⁹⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §492.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*, §493.

principe de l'attribution mutuelle »⁸⁰⁰. De cette hybridation naît donc une manifestation particulière de la théorie du contrôle – le contrôle indirect conjoint – impliquant la réunion, dans une unité, des caractéristiques tant objectives que subjectives, des deux formes de contrôle précédemment étudiées. La Chambre Préliminaire I a ainsi précisé, à l'occasion de l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, que « la notion de coaction indirecte s'applique lorsque quelques-uns des coauteurs ou tous apportent leurs *contributions essentielles* respectives au *plan commun* par *l'intermédiaire d'une autre personne* »⁸⁰¹ ; elle ajoute également que « la 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 »⁸⁰². Aussi adapté et intéressant que puisse être ce mécanisme, l'analyse des juges laisse déjà entrapercevoir sa « redoutable complexité »⁸⁰³ puisque ce ne sont pas moins de sept éléments⁸⁰⁴ qui devront être prouvés pour le caractériser ; pourtant, malgré l'évidence de ces difficultés⁸⁰⁵, les juges s'engouffrent dans cette interprétation, superposant aux obstacles connus, les interrogations nouvelles nées de l'épineuse combinaison de l'attribution mutuelle et de l'instrumentalisation.

112. La question du siège du contrôle. Dans une opinion individuelle et partiellement dissidente émise à l'occasion de l'affaire *Al Bashir*⁸⁰⁶, la Juge Anita Ušacka soulève une question importante concernant les relations de pouvoir précises au sein de

⁸⁰⁰ *Ibid.*.

⁸⁰¹ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 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, 4 mars 2009, §213 (nous soulignons). Voir également CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §522.

⁸⁰² *Ibid.* (nous soulignons). Voir également CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §537.

⁸⁰³ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide – Étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Fondation Varennes, Collection des thèses, 2012, p. 492.

⁸⁰⁴ Ces éléments se décomposent de la façon suivante : les éléments objectifs de la commission indirecte (l'existence d'un appareil de pouvoir organisé et hiérarchisé, ainsi que l'exécution des crimes assurée par une obéissance automatique aux ordres), les éléments objectifs de la commission conjointe (l'existence d'un accord entre plusieurs personnes, ainsi qu'une contribution essentielle de chacun des participants), et les éléments subjectifs liés à ces deux formes de commission (la satisfaction aux éléments subjectifs du crime, savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels du crime résultera de la mise en œuvre du plan, ainsi que la connaissance des circonstances de fait permettant d'exercer conjointement un contrôle sur le crime par l'intermédiaire d'une autre personne).

⁸⁰⁵ Voir *supra* les controverses relevées pour chacun des mécanismes.

⁸⁰⁶ Opinion individuelle et partiellement dissidente de la Juge Anita Ušacka jointe à 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 (préc.), §103.

l'organisation, soit en l'espèce du Gouvernement soudanais. S'appuyant sur les analyses factuelles, elle admet que si des preuves permettent de retenir l'existence d'un plan commun ou encore de contributions essentielles, elle ne trouve toutefois « aucun élément de preuve portant sur la question du siège du contrôle », à savoir qu'« on ne sait pas si ce contrôle était pleinement entre les mains d'Omar Al Bashir ou s'il était partagé avec d'autres de sorte que chacun avait le pouvoir d'empêcher la commission du crime »⁸⁰⁷. En effet, les conclusions de la Majorité sur ce point s'avèrent très lapidaires puisque les juges reconnaissent que « l'accusé et d'autres dirigeants politiques et militaires soudanais de haut rang ont dirigé de manière coordonnée les branches de l'appareil d'État du Soudan qu'ils supervisaient afin que celles-ci mettent conjointement en œuvre le plan commun »⁸⁰⁸ sans ajouter une quelconque preuve du contrôle sur l'organisation de ces dirigeants de haut rang. La question du siège du contrôle renvoie dès lors à celle de savoir si tous les auteurs conjoints indirects doivent tous partager le contrôle sur l'organisation.

L'essence du contrôle conjoint repose sur l'existence d'une dépendance mutuelle entre les participants qui implique que tous possèdent le même degré de contrôle sur l'exécution du crime commis conjointement. Or, puisqu'un crime commis conjointement peut l'être par l'intermédiaire d'un autre individu, il semblerait logique que les auteurs conjoints partagent ce contrôle indirect. Toutefois, la configuration factuelle joue ici un rôle déterminant. En effet, comme il a été démontré précédemment, l'hypothèse de la commission conjointe indirecte couvre deux scénarios : soit l'hypothèse de commissions indirectes commises conjointement comme dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, soit celle d'une commission conjointe qui trouve sa réalisation au moyen d'intermédiaires exécutants comme ici dans l'affaire *Al Bashir*. La première configuration illustre une situation où le contrôle indirect de chacun des auteurs sur leurs troupes semble préexister, en raison notamment de l'existence établie de deux chaînes de commandement distinctes, au contrôle conjoint qui lui est recherché pour permettre l'attribution mutuelle⁸⁰⁹ ; dès lors,

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, préc., 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, §216.

⁸⁰⁹ La Chambre Préliminaire I l'affirme d'ailleurs en ces mots : « Un individu qui n'exerce aucun contrôle sur la personne par l'intermédiaire de laquelle le crime serait commis ne saurait être considéré comme ayant commis le crime par l'intermédiaire de cette personne. Toutefois, s'il agit conjointement avec un autre individu — qui contrôle la personne utilisée —, le crime peut lui être attribué en vertu du principe de l'attribution mutuelle. L'importance de cette notion en l'espèce sera précisée plus loin, mais il faut garder à l'esprit qu'en raison de loyautés ethniques au sein des organisations dirigées respectivement par Germain Katanga (FRPI) et Mathieu Ngudjolo Chui (FNI), certains membres de ces organisations n'acceptaient d'ordres que des chefs appartenant à leur propre groupe ethnique ». CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §493.

les auteurs conjoints indirects exercent bien chacun un contrôle indirect mais ne le partagent pas, chacun exerçant un contrôle sur sa propre organisation. La seconde configuration présente une situation où le contrôle conjoint paraît trouver naturellement son origine dans la coopération de l'accusé avec les membres du Gouvernement soudanais ; toutefois, la relation de subordination qui existe intrinsèquement entre l'accusé et les membres du Gouvernement obscurcit la lecture des relations entre les participants : puisque le contrôle conjoint suppose le même degré de contrôle sur la commission du crime, que celle-ci se fasse par l'intermédiaire d'une organisation ou non, comment peut-il se manifester lorsqu'il existe un lien hiérarchique entre les participants ? De toute évidence, le contrôle indirect conjoint ne peut opérer dans des situations où il existe une relation de subordination entre les membres du plan commun mais correspond davantage à celles où chacun des accusés possède une autorité qui va au-delà de la portée de celle de l'autre⁸¹⁰. Cette incohérence conduit ainsi la Juge Anita Ušacka à rejeter l'hypothèse d'un contrôle indirect conjoint concernant Omar Al Bashir et à envisager uniquement la possibilité d'un contrôle indirect. De manière plus nuancée toutefois, il convient de distinguer deux éventuelles issues dans cette affaire⁸¹¹ : soit il est admis que l'accusé exerçait un contrôle absolu sur l'intégralité de l'appareil d'Etat, alors il sera impossible de retenir que les membres du Gouvernement étaient en position de contenir son utilisation de l'organisation pour commettre des crimes – ces membres n'étant alors que de simples complices ; soit il est établi que l'accusé partageait le commandement et le contrôle de l'organisation de l'appareil de d'Etat avec les autres membres et qu'il était dépendant de cette coopération, alors tous seront considérés comme auteurs conjoints mais l'image d'Al Bashir comme président tout puissant sera entachée.

La Chambre Préliminaire I le réaffirmera d'ailleurs à l'occasion de l'affaire Blé Goudé : « In accordance with the jurisprudence of the Court, the co-perpetrators may execute the material elements of the crimes directly or through another person. In the latter case, it is required that the co-perpetrators do so by jointly controlling the action of another person to such a degree that the will of that person becomes irrelevant, and her/his action must be attributed to the co-perpetrators as if it were their own. *In cases of multiple direct perpetrators, it is not required that each co-perpetrator be individually in a position of control with respect to some or all of the direct perpetrators. What is decisive is that the co-perpetrators be jointly in control of the direct perpetrators, whom the co-perpetrators utilise for the commission of the crimes* » (nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §316.

⁸¹⁰ L. Yanev, T. Koojimans, « Divided minds in the Lubanga trial judgment : a case against the joint criminal theory », *ICLR*, 2013, p. 826.

⁸¹¹ H. van der Wilt, « The continuous quest for proper modes of criminal responsibility », *JICJ*, 2009, p. 314.

113. Opportunisme factuel ou véritable nécessité ? Les difficultés et incohérences révélées par l'affaire *Al Bashir* obligent à questionner la pertinence de la conjugaison du contrôle conjoint et du contrôle indirect. Ainsi, Thomas Weigend relève le « problème déroutant » soulevé par la combinaison de ces deux mécanismes d'imputation et conclut à une « simple coïncidence factuelle »⁸¹² : d'après lui, la commission conjointe peut conduire de diverses manières à la commission du crime, et l'une de ces manières peut être la fourniture d'un instrument humain placé sous le contrôle de l'auteur. Dès lors, les juges auraient agi par pur opportunisme factuel.

Dans le même sens, la critique de la Juge Christine van den Wyngaert s'affiche plus virulente dans son opinion concordante jointe au Jugement de Mathieu Ngudjolo Chui⁸¹³. Dénonçant une « prétendue interprétation textuelle de l'article 25§3(a) du Statut », elle affirme que l'analyse de la Chambre Préliminaire I permet « une combinaison incohérente des formes de responsabilité pénale » puisqu'elle offre « la possibilité de confirmer les charges sur le fondement de la coaction indirecte alors qu'il est impossible de les confirmer sur le fondement ni de la commission conjointe, ni de la commission indirecte »⁸¹⁴. Reprenant à son compte les arguments avancés par Hector Olásolo⁸¹⁵, elle rappelle que dans cette affaire, le succès de l'attaque du village de Bogoro dépendait de l'action conjointe et coordonnée entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui car leur subordonnés respectifs n'auraient pas exécuté les ordres donnés par l'autre : dans ces circonstances, d'une part, « la notion de structure de pouvoir organisée ne pouvait qu'être difficilement appliquée car il n'était pas possible d'identifier à quel groupe armé spécifique appartenait l'auteur direct »⁸¹⁶ et d'autre part, « la notion de commission reposant sur un contrôle conjoint ne pouvait s'appliquer car aucun des membres du plan commun n'avait commis directement les crimes ayant eu lieu à Bogoro »⁸¹⁷ ; dès lors, la seule solution résidait, pour la Chambre Préliminaire I, dans la combinaison du contrôle conjoint et du contrôle sur une organisation.

⁸¹² T. Weigend, « Perpetration through an organization... », *op. cit.*, p. 110.

⁸¹³ CPI, *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012.

⁸¹⁴ Opinion concordante de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, §63 (*ibid.*). Elle renouvellera d'ailleurs sa vive opposition dans une Opinion partiellement dissidente à l'occasion de l'affaire *Blé Goudé* (CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014).

⁸¹⁵ H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Hart Publishing, 2009, p. 319 et s..

⁸¹⁶ *Ibid.*.

⁸¹⁷ *Ibid.*.

Née par opportunisme, la théorie du contrôle indirect conjoint pourrait se révéler un « outil de poursuite véritablement puissant »⁸¹⁸ entre les mains du Procureur : si la prudence devrait conduire à l'écarter, la question de sa véritable nécessité permet de s'interroger sur la portée à accorder aux mécanismes strictement prévus par le Statut. L'argument principal avancé par la Juge Christine van den Wyngaert pour s'opposer à une telle combinaison, repose sur l'absence de caractérisation des éléments du contrôle conjoint et du contrôle indirect ; or, le contrôle indirect conjoint ne pourrait-il pas signifier quelque chose d'autre qu'une simple combinaison de ces éléments lui préexistant ? Le principal défaut de cette théorie réside essentiellement dans le fait qu'elle trouve son origine dans une impasse factuelle à partir de laquelle les juges ont échafaudé une solution avec les moyens statutaires à leur disposition, quitte à forcer sa légalité ; pourtant, une telle théorie ne peut simplement être déduite et devrait au contraire, être construite à partir d'une analyse approfondie de son évolution en droit allemand mais aussi de son appréhension à travers l'examen des principes basiques de droit pénal. De la sorte, la théorie du contrôle indirect conjoint ne devrait pas renvoyer à une variante du contrôle conjoint ou du contrôle indirect, mais devrait soigneusement distinguer entre les individus qui contrôlent des organisations distinctes mais les déploient à travers une cause commune et les individus qui exercent en commun une autorité sur une organisation verticale unique⁸¹⁹. De plus, l'importance croissante de la notion d'organisation au cœur de la théorie du contrôle devrait, dans ce contexte, conduire également à s'interroger sur la pertinence de cette place de « médiateur » qui lui est accordée quand l'article 25§3(a) StCPI ne mentionne qu'un instrument personne physique. Ce truchement par l'organisation mériterait sans aucun doute une analyse théorique davantage argumentée. Une réflexion d'ensemble s'avère finalement souhaitable pour conférer à cette forme de contrôle, l'autonomie lui permettant de surmonter les obstacles probatoires et de se détacher du poids de la configuration factuelle.

114. Conclusion du Chapitre 2 : la consécration contrastée des manifestations du contrôle sur la réalisation du crime. Face au défi théorique que représente la reconnaissance d'un critère d'imputation, sa consécration pratique ne pouvait amener qu'un bilan contrasté. Éprouvé par les juges, le contrôle sur la réalisation du crime parvient

⁸¹⁸ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, *op. cit.*, p. 735.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 736.

en effet à exprimer son potentiel en saisissant dans toute son ampleur la participation principale : la dynamique insufflée par l'approche normative dans l'appréhension de la commission sert ainsi une consécration pratique relativement complète, voire même expansive. Toutefois, sans remettre en cause ce potentiel, il faut admettre que toutes les manifestations pratiques du contrôle se heurtent à des controverses virulentes et des obstacles probatoires difficilement surmontables. Ce contraste entre le potentiel et la réalisation du critère tient essentiellement à sa construction prétorienne : directement inspiré d'une théorie originellement attachée à un contexte criminel très organisé, les juges peinent finalement à l'exploiter au sein d'une criminalité systémique moins formelle. Au risque de basculer dans l'opportunisme, le contrôle sur le crime devrait être repensé dans sa singularité et dans la spécificité du contexte auquel il s'applique.

115. Conclusion du Titre 2 : Malgré les failles inhérentes à son origine, le critère du contrôle sur la réalisation du crime paraît fournir, dans ses différentes variantes, un mécanisme prometteur autour duquel une théorie de l'imputation de l'infraction internationale pourrait se forger. En effet, l'objectif d'un principe directeur permettant d'évaluer et de pondérer la participation d'un individu au crime, tout en la restituant au cœur d'un contexte de masse, paraît satisfait. S'il se révèle ainsi fonctionnel, le critère du contrôle sur le crime échoue cependant à être opérationnel, les difficultés constatées dans sa réalisation pratique l'empêchant de prouver sa pleine efficacité. Toutefois, la clairvoyance des juges dans son utilisation doit être soulignée : conscients de son potentiel mais aussi de ses faiblesses, ils ont su le solliciter avec pertinence – entrant même en voie de condamnation à l'encontre de Thomas Lubanga – mais aussi l'écarter en l'absence d'éléments probants. Finalement, seule l'expérimentation du critère permettra d'en faire le point d'encrage d'une véritable théorie de l'imputation.

116. Conclusion de la Partie 1 : Les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale. L'analyse de l'étendue textuelle de la participation principale et de sa lecture prétorienne par le prisme du critère de contrôle révèle toute l'aptitude du mécanisme à saisir la réalité d'une criminalité de système en resituant l'acteur dans son rôle d'auteur. Malgré un conceptualisme équivoque dans son approche textuelle et un manque d'opérationnalité du critère de contrôle, la participation principale trouve néanmoins sa rationalité dans l'équilibre entre une étendue diffuse née de l'approche dualiste et une portée expansive issue de l'approche normative. Dès lors, si la priorité de la participation principale s'explique par son attractivité substantielle, elle s'éclaire dans le même temps par son potentiel stigmatisant et l'importance de sa valeur expressive dans l'identification des principaux acteurs comme auteurs de l'infraction.

Partie 2. L'articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale

117. Au-delà d'une attractivité substantielle, la priorité de la participation principale s'inscrit dans une ambition plus fonctionnelle : la priorité produit un effet coordinateur qui vise, dans une situation de concours, à la mise en œuvre de l'élément prioritaire avant la mise en œuvre des autres éléments⁸²⁰. Ainsi, la priorité de la participation principale se révélerait porteuse de coordination, voire vectrice de cohérence, au sein des mécanismes d'imputation prévus par le Statut de Rome.

Il faut ici rappeler que les juges établissent la distinction entre « la commission *stricto sensu* d'un crime individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, au sens de l'article 25-3-a du Statut et (...) la responsabilité des supérieurs hiérarchiques au sens de l'article 28 du Statut ainsi que toutes les autres formes de responsabilité du complice (par opposition à celle de l'auteur principal) prévues aux alinéas b) à d) de l'article 25-3 du Statut »⁸²¹. L'enjeu d'une priorité coordinatrice se mesure d'ailleurs lorsqu'ils affirment que s'il existe des preuves suffisantes de croire que l'accusé est pénalement responsable en qualité de coauteur des crimes, ils n'auront pas à analyser les autres formes de responsabilité du complice ou du supérieur hiérarchique⁸²².

Dès lors, l'ambition est ici d'explorer cette articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale parmi les autres mécanismes d'imputation. À l'appui des modèles de participation⁸²³, et notamment de l'équilibre entre une approche dualiste structurante et une lecture normative expansive, l'analyse se concentrera sur la distinction d'avec la participation accessoire (Titre 1), puis sur la comparaison avec la responsabilité du supérieur hiérarchique (Titre 2).

⁸²⁰ Voir *supra* §8.

⁸²¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décisions sur la confirmation des charges, §320.

⁸²² *Ibid.*, §321.

⁸²³ Voir *supra* §10.

Titre 1. La distinction d'avec la participation accessoire

118. Imprégnée d'un dualisme hérité des tribunaux *ad hoc*⁸²⁴, l'architecture de l'article 25 StCPI s'organise autour d'un modèle de responsabilité épousant la distinction entre participant principal et participant accessoire. En effet, la disposition désigne isolément les individus qui commettent l'infraction⁸²⁵ et ceux qui ne font qu'y contribuer⁸²⁶. De plus, le texte inscrit cette dualité concrètement en précisant, pour chaque hypothèse de participation accessoire, que la responsabilité ne pourra être engagée que si le participant principal a commis ou tenté de commettre l'infraction : le Statut discerne ainsi expressément la responsabilité autonome du participant principal de la responsabilité dérivée⁸²⁷ du participant accessoire. Les prescriptions statutaires s'articulent par conséquent autour de deux figures distinctes tant dans leurs comportements que dans leurs relations à l'infraction.

Loin d'ignorer ces ressorts dualistes, les juges inscrivent leurs analyses et développements dans le sillage de ces caractéristiques statutaires. S'agissant des comportements, ils attestent que « la liste des modes de responsabilité énoncée à l'article 25§3 du Statut distingue les personnes dont le comportement est *constitutif* de la commission du crime elle-même de celles dont le comportement est seulement en *lien* avec la commission d'un crime par autrui »⁸²⁸ et que cette « distinction opérée entre “auteur” et “complice” est inhérente à l'article 25§3 StCPI »⁸²⁹. De la même manière, s'agissant de la relation à l'infraction, ils confirment que « dans les différents cas de participation à la commission d'un crime [...], la responsabilité du complice dépend toujours de l'existence

⁸²⁴ Voir *supra* §16.

⁸²⁵ Pour rappel, l'article 25§3(a) StCPI précise qu'est pénalement responsable d'un crime relevant de la compétence de la Cour, l'individu qui « *commet* un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable » (nous soulignons).

⁸²⁶ L'article 25§3 prévoit en ces paragraphes (b), (c) et (d) qu'est pénalement responsable d'un crime relevant de la compétence de la Cour, l'individu qui : « (b) [...] ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime [...] ; (c) [...] apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission d'un tel crime ; (d) [...] contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personne agissant de concert [...] ».

⁸²⁷ G. P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, *op. cit.*, p. 581 et p. 634. Voir également : S. H. Kadish, « Complicity, cause and blame : a study in the interpretation of doctrine », *California Law Review*, 1985, p. 337.

⁸²⁸ Nous soulignons. Voir notamment, CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 7 mars 2014, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §§1383-1384.

⁸²⁹ *Ibid.*.

d'un auteur principal. Un complice ne peut en effet être tenu pour pénalement responsable en tant que complice que lorsqu'une personne commet ou tente de commettre un crime relevant de la compétence de la Cour. Quant à la responsabilité de l'auteur principal, elle est, par essence, autonome car elle ne dépend pas de la responsabilité d'une tierce personne »⁸³⁰.

Toutefois, la distinction statutaire s'est rapidement heurtée à la conception particulièrement large de la participation principale retenue par les juges⁸³¹. En effet, comme démontré précédemment, le modèle international de participation à l'infraction naît d'une hybridation : ne pouvant se détacher de ce support différencié structurant, les juges en retiennent pourtant une lecture normative pour saisir au mieux cette criminalité de système en érigeant comme critère normatif le contrôle exercé sur le crime⁸³². Cette combinaison singulière dans l'appréhension de la chaîne d'imputation produit alors un renversement significatif dans la conception de la notion de participant principal : ce dernier n'est plus uniquement celui qui a strictement commis l'infraction, mais également celui qui en a contrôlé la réalisation. Malgré un atout fonctionnel certain, la préférence prétorienne pour cette lecture normative connaît un revers : en affranchissant la participation principale de la matérialité attachée originellement à la commission, elle altère sa distinction avec la participation accessoire. Si cette distinction est clairement posée par le libellé de l'article 25 StCPI et reprise par les juges, le décroisement de l'étendue de la participation principale *via* le critère du contrôle exercé sur le crime crée des zones d'interaction. Dans un souci de clarté, les juges ont alors affirmé, à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, qu'un critère doit permettre « d'établir une distinction entre les auteurs principaux d'un crime et les complices lorsqu'une infraction est perpétrée par plusieurs personnes »⁸³³ et qu'en l'occurrence, le critère retenu est celui du « contrôle exercé sur le crime »⁸³⁴. Ainsi, le critère de contrôle sur le crime ne servirait pas uniquement

⁸³⁰ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1385. Voir également : CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §998 : « Cette conclusion est aussi confortée par le libellé clair des articles 25-3-b et 25-3-c, qui exigent pour la responsabilité du complice que l'auteur principal ait au moins tenté de commettre le crime. Ainsi, la responsabilité du complice dépend du passage à l'acte de l'auteur principal du crime. À l'inverse, la responsabilité de l'auteur principal, qui est plus proche de la violation des intérêts légaux protégés par la norme, n'en dépend pas ».

⁸³¹ Voir *supra* §116.

⁸³² Voir *supra* §74.

⁸³³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §327.

⁸³⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §340. Voir également : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, §484 : « En optant pour l'approche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime, la Chambre adopte un principe

l'identification du participant principal, il permettrait également sa distinction avec le participant accessoire.

Ces constatations invitent par conséquent à éprouver le contrôle exercé sur le crime en questionnant sa pertinence en tant que critère de distinction entre la participation principale et la participation accessoire⁸³⁵ (Chapitre 1) et, au-delà, en mesurant ses effets sur l'articulation d'ensemble des mécanismes d'imputation de l'article 25§3 StCPI (Chapitre 2).

directeur qui lui permet d'établir la distinction entre les auteurs d'un crime et les complices » ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, §210 : « The Chamber highlights that, in the Lubanga and the Katanga and Ngudjolo cases, the Chamber has held that article 25(3)(a) of the Statute embraces the notion of control of the crime as the determining criterion to distinguish between principal and accessory liability ».

⁸³⁵ L'analyse se concentre par conséquent essentiellement sur ces zones d'interaction entre participation principale et participation accessoire. Pour une analyse davantage détaillée et approfondie de la participation accessoire devant la Cour pénale internationale, voir particulièrement : M. Jackson, *Complicity in international law*, OUP, 2015 ; Neha Jain, *Perpetrators and accessories in international criminal law – Individual modes of responsibility for collective crime*, Hart Publishing, 2014 ; M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, Bloomsbury, 2014 ; S. Finnin, *Elements of accessorial modes of liability – Article 25§3(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Hijhoff Publishers, 2012 ; M. Aksenova, « Shaping the Definition of Complicity in International Criminal Law : Tensions and Contradictions », in M. Bergsmo, C. W. Ling, S. Tianying, Y. Ping (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, Volume 3, FICHL Publication Series No. 22, 2015, pp. 629-648.

Chapitre 1. Le critère de contrôle sur le crime comme critère de distinction

119. Reconnu par les juges comme le critère permettant la distinction entre la participation principale et la participation accessoire, le contrôle sur la réalisation crime s'apparenterait ainsi à un principe directeur, une norme, permettant l'appréhension différenciée des mécanismes d'imputation prévus à l'article 25§3 StCPI⁸³⁶. Si l'architecture de la disposition fige *a priori* cette approche duelle⁸³⁷, une lecture normative par le prisme du critère de contrôle sur le crime dynamise au contraire les frontières entre les mécanismes qui semblent alors s'imbriquer et estomper le cloisonnement entre le principal et l'accessoire. En effet, les hypothèses de participation accessoire par collaboration visées aux paragraphes (c) et (d) semblent très proches de la participation principale conjointe, et celles de participation accessoire par instigation visées au paragraphe (b) paraissent se superposer au champ de la participation principale indirecte. Une confrontation substantielle de ces mécanismes paraît par conséquent nécessaire afin de vérifier et nuancer la réalité de l'affirmation prétorienne du contrôle sur le crime comme critère de distinction : s'il s'avère ainsi efficace (Section 1) ou fonctionnel (Section 2) dans les hypothèses de collaboration au crime, il se révèle cependant faillible dans celles visant l'instigation (Section 3).

Section 1. Un critère efficace en cas de complicité par assistance

120. Expressément prévue à l'article 25§3(c) StCPI, l'hypothèse de la complicité par assistance renvoie aux situations dans lesquelles, « en vue de faciliter la commission

⁸³⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §340. Voir également : CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, §484 : « En optant pour l'approche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime, la Chambre adopte un principe directeur qui lui permet d'établir la distinction entre les auteurs d'un crime et les complices » ; CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, §210 : « The Chamber highlights that, in the Lubanga and the Katanga and Ngudjolo cases, the Chamber has held that article 25(3)(a) of the Statute embraces the notion of control of the crime as the determining criterion to distinguish between principal and accessory liability ».

⁸³⁷ L'article 25§3 StCPI s'articule autour de la distinction entre les participants qui « commettent » l'infraction et ceux qui y « contribuent », soit respectivement les participants principaux et les participants accessoires.

d'un crime, [un individu] apporte son aide, son concours ou tout autre forme d'assistance à la commission ou la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ». Malgré une apparente clarté, la compréhension de cette définition se révèle délicate : directement inspirée des concepts anglo-saxon *aiding and abetting*⁸³⁸, la définition des diverses formes d'assistance connaît des difficultés de transposition et de traduction. En effet, si la version anglaise du Statut⁸³⁹ conserve ces concepts signifiant littéralement « aide et encouragement »⁸⁴⁰, la version française lui préfère ceux plus pertinents d'« aide et concours », dans la mesure où le comportement qui consiste à encourager autrui est visé par l'article 25§3(b) StCPI comme une forme d'instigation⁸⁴¹. Toutefois, ces difficultés s'avèrent finalement moindres puisque la disposition vise, *in fine*, « toute autre forme d'assistance », ratissant ainsi très largement les formes de complicité punissables : l'identification précise de la nature de l'acte d'assistance paraît dès lors sans importance pratique⁸⁴².

Bien que la Cour ne soit entrée en voie de condamnation sur le fondement de ce mode d'imputation à l'occasion d'une seule affaire concernant des atteintes à l'administration de la justice⁸⁴³, les développements épars amorcés lors d'autres décisions permettent cependant d'affirmer l'existence d'une distinction nette avec les éléments tant objectifs (I) que subjectifs (II) de la participation principale conjointe.

⁸³⁸ W. Schabas, « Article 25. Individual criminal responsibility », in W. Schabas, *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 431, 434. Voir également E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international criminal law*, OUP, 2012, pp. 112 et s..

⁸³⁹ Dans sa version anglaise, l'article 25§3(c) StCPI s'écrit « [...] a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person : [...] (c) for the purpose of facilitating the commission of such a crime, *aids, abets* or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission » (nous soulignons).

⁸⁴⁰ Cette traduction est d'ailleurs retenue par les articles 7§1 du Statut du TPIY et 6§1 du Statut du TPIR.

⁸⁴¹ Voir *infra* §139. Il convient de mentionner ici qu'en droit anglo-saxon, *aiding and abetting* est généralement compris comme un tout, sans qu'une distinction nette ne soit opérée entre les deux termes. Voir notamment, M. J. Allen, *Textbook on criminal law*, OUP, 13^e édition, 2015, p. 228 : « There has been much argument regarding the meaning of each individual term and « aiding and abetting » have generally been paired together as if they were synonymous » ; voir également, A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, OUP, 7^e édition, 2013, p. 423 « It has been traditional to consider the modes of complicity in terms of the two time-honoured pairings : « aids or abets », and « counsel or procure ». In fact, the concept of abetment seems to play no independent role now. Abetting involves some encouragement of the principal to commit the offence and this usually accompanies, or is implicit in, an act of aiding ».

⁸⁴² G. Werle, F. Jessberger, *Principles of international criminal law*, 3^e éd., OUP, 2014, p. 216.

⁸⁴³ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre de Première instance VII, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 19 octobre 2016.

I. L'affirmation prétorienne d'une distinction objective

121. Une distinction imprécise. La commission fondée sur le contrôle conjoint et la complicité par assistance renvoient toutes deux à des situations où un individu intervient dans la réalisation de l'infraction commise par un autre individu ; pourtant, la première consacre une forme de participation principale et la seconde une forme de participation accessoire. La raison justifiant cette distinction repose, principalement, sur l'importance de cette intervention et de son impact sur la réalisation de l'infraction : les juges ont ainsi affirmé que « la responsabilité de l'auteur principal exige, sur le plan objectif, une contribution plus importante que la responsabilité du complice »⁸⁴⁴. Suggérant dès lors l'existence d'une hiérarchie entre ces mécanismes d'imputation, ils relèvent également que « si les complices doivent avoir eu “un effet important sur la perpétration du crime” pour en être tenus responsables, alors les coauteurs doivent avoir eu un effet plus qu'important si l'on s'en tient à une lecture systématique de [l'article 25§3(c) StCPI] »⁸⁴⁵ ; les juges confirment alors que « la contribution du coauteur doit être essentielle comme l'a établi la jurisprudence de la Cour de manière constante »⁸⁴⁶. Par conséquent, une distinction prétorienne paraît clairement établie, sur le plan objectif, entre les actes d'assistance du complice et le comportement du coauteur reflétant l'exercice d'un contrôle sur la réalisation du crime.

Si ce raisonnement retenu lors du Jugement *Lubanga* avait pour unique objectif de justifier le poids attaché à la contribution de l'individu agissant conjointement, il est cependant regrettable que les juges ne se prononcent pas davantage sur la nature et les spécificités attachées à la contribution du participant accessoire. En effet, à l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, la Chambre Préliminaire I avait pourtant déjà affirmé – avec, certes, une certaine prudence – que « l'application de modes de responsabilité analogues par les tribunaux *ad hoc* donne à penser qu'une *contribution substantielle* au crime peut être envisagée »⁸⁴⁷ relativement à la participation accessoire. Toutefois, admettant que « les

⁸⁴⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §997.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*, §999. Voir *supra* §96.

⁸⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §279 (nous soulignons). Notamment, concernant « l'aide et l'encouragement », sont visés : TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Chambre d'appel, Arrêt, 29 juillet 2004, §48 ; TPIY, *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Chambre d'appel, Arrêt, 25 février 2004, §102 ; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, IT-95-17/1, Chambre de Première instance, Jugement, 10 décembre 1998, §249.

principes énoncés par les tribunaux *ad hoc* concernant des modes de responsabilité analogues ne sauraient s'appliquer tels quels aux modes de responsabilité prévus à l'article 25§3 », les juges relevaient dans le même temps que « les commentateurs ne s'accordent pas sur la question de savoir si l'*actus reus* requis ne devrait pas différer du critère de la "contribution substantielle" retenue par les tribunaux *ad hoc* »⁸⁴⁸. En effet, William Schabas et Kai Ambos émettent de sérieuses réserves quant à ce critère, le premier assurant que l'absence du terme « substantiel » dans le Statut de Rome pourrait s'interpréter comme un rejet du critère retenu par les tribunaux *ad hoc*⁸⁴⁹, et le second affirmant qu'« une assistance directe et substantielle n'est pas nécessaire, l'acte d'assistance n'ayant pas besoin d'être une condition *sine qua non* du crime »⁸⁵⁰ ; à l'inverse, Gerhard Werle relève que si « le libellé de l'article 25§3(c) n'exige pas que l'aide ait eu un effet substantiel sur la commission du crime, toutefois, dans le cadre des modes de participation définis par le Statut de la CPI, il est raisonnable d'interpréter ainsi l'*actus reus* de l'aide »⁸⁵¹.

Loin d'apporter des éléments éclairants, les affaires ultérieures s'intéressant à l'assistance confirment les imprécisions entourant la qualification de la contribution qui y est attachée. Ainsi, la Chambre Préliminaire I affirme, à l'occasion de la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Charles Blé Goudé, qu'« en substance, ce qui est exigé pour cette forme de responsabilité est que l'individu fournit une assistance à la commission du crime et qu'en s'engageant dans cette conduite, il ou elle avait l'intention de faciliter la commission du crime »⁸⁵² ; en s'affranchissant dès lors de toute pondération de la contribution, les juges concluent simplement que les activités de l'accusé « ont eu pour effet de renforcer la capacité des forces pro-Gbagbo à commettre les crimes résultant de la mise en œuvre d'un effort commun à maintenir Laurent Gbagbo au pouvoir à n'importe quel prix »⁸⁵³. De la même manière, dans une autre affaire, la Chambre

⁸⁴⁸ *Ibid.*, §281.

⁸⁴⁹ W. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^e éd., 2011, p. 228.

⁸⁵⁰ K. Ambos, « Article 25 », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 3^e éd., 2016, p. 1007.

⁸⁵¹ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 969.

⁸⁵² CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §167.

⁸⁵³ *Ibid.*, §169. Les éléments factuels relevés afin de prouver l'acte d'assistance sont le rôle dans la conception et la participation de l'accusé à l'effort commun de maintenir Laurent Gbagbo au pouvoir notamment les recrutements au sein des Forces de Défense et de Sécurité, l'entraînement et l'approvisionnement des milices et mercenaires ou encore les instructions fournies à la Fédération Estudiantine de Côte d'Ivoire de réprimer la marche sur le bâtiment de la Radio Télévision Ivoirienne (§168). Dans une Opinion partiellement dissidente jointe à la décision, la Juge Christine van den Wyngaert reconnaît toutefois ne pas être « entièrement convaincue que les preuves montrent que Charles Blé Goudé a apporté quelque contribution [...] en vue de faciliter la commission desdits crimes, comme l'exige l'article 25§3(c) du Statut » (§12).

Préliminaire II considère, sans davantage de précision, que « les éléments de ce mode de responsabilité sont satisfaits dès lors que la contribution de l'accessoire produit un effet sur la commission de l'infraction et est réalisée dans le but de faciliter une telle commission »⁸⁵⁴. Il semble, par conséquent, que le qualificatif de “substantielle” ait été abandonné au profit de la recherche d'un « effet » de la contribution accessoire.

À l'imprécision de cette distinction prétorienne s'ajoute en outre une certaine confusion lorsque les juges affirment, à l'appui des deux dernières décisions précitées, qu'« il n'est nulle part exigé que l'assistance soit « substantielle » ou de quelque manière qualifiée autrement que par l'intention spécifique exigée pour faciliter la commission du crime »⁸⁵⁵. Dès lors, la contribution du participant accessoire apportant son assistance à la commission de l'infraction trouverait son seuil minimal dans l'intention qui anime ce comportement : ainsi, si la contribution essentielle du participant principal s'entend d'un acte sans lequel le crime ne pourrait pas avoir été commis, l'assistance du participant accessoire devrait se comprendre comme l'acte ayant seulement facilité le crime ou, dit autrement, l'acte sans lequel le crime aurait pu être commis autrement⁸⁵⁶.

122. Les incertitudes entourant la contribution du participant accessoire agissant par assistance. Si à l'heure actuelle les juges ont pu affirmer l'existence d'une distinction entre les contributions, une seule certitude peut être avancée : la contribution du participant principal doit être plus importante que celle du participant accessoire agissant par assistance. Les débats entourant l'amplitude exacte de ces contributions ne devraient dès lors pas remettre en cause cette distinction ; toutefois, la compréhension très large de l'assistance par l'article 25§3(c) StCPI implique la nécessité de cerner avec davantage de précision la portée de l'assistance et d'identifier les éléments propres à la contribution de ce participant accessoire.

Or, peu d'éléments permettent d'établir avec exactitude les caractéristiques de cette contribution : d'une part, la complicité par assistance est souvent citée comme une alternative à la commission conjointe et connaît, en raison de la priorité accordée à cette

⁸⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Decision pursuant to article 67(1)(a) and (b) of the Rome Statute, 11 novembre 2014, §35.

⁸⁵⁵ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §43.

⁸⁵⁶ Il convient tout de même de relever ici que cette définition est précisément celle utilisée par les TPI pour désigner une contribution substantielle (TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-T, Chambre de Première instance, Jugement, 7 mai 1997, §688 et s.).

dernière, des développements épars et lacunaires ; d'autre part, l'interprétation jusqu'ici retenue du degré de cette contribution laisse à penser que la Cour s'engage dans une conception de l'assistance détachée de celle arrêtée par les tribunaux *ad hoc*⁸⁵⁷. La majorité des commentateurs avait pourtant envisagé, avec logique et prudence, un certain mimétisme dans l'appréhension objective de l'assistance mais le silence du Statut de la CPI peut valablement prendre un sens différent, rendant ainsi les contours de cette dernière très incertains. Il en est ainsi, par exemple, de la question de la présence sur les lieux du crime de l'individu qui assiste : le TPIY avait affirmé que la simple présence de l'agent ne permet pas d'établir sa culpabilité au titre d'une complicité par assistance, sauf à démontrer que celle-ci « a lieu en connaissance de cause et exerce un effet direct et substantiel sur la perpétration de l'acte illégal »⁸⁵⁸. Intimement liée à question de l'omission coupable, cette présence pourrait valablement être interprétée différemment par la Cour dans la mesure où l'encouragement est visé par l'article 25§3(b) StCPI organisant la complicité par instigation ; toutefois, comme le souligne avec justesse Mathieu Jacquelin, il serait préférable que la Cour s'aligne sur la jurisprudence du TPIY sur ce point, la détermination d'un lien direct entre l'acte de complicité et la commission de l'infraction nécessaire à la répression de la complicité par instigation⁸⁵⁹ s'avérant très difficile dans l'hypothèse d'une omission⁸⁶⁰.

La question du moment de la contribution paraît, soulever des interrogations similaires, notamment s'agissant de l'assistance *ex post facto* : en effet, à l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, la Chambre Préliminaire I relève que « certains des travaux préparatoires au Statut [...] montrent que les auteurs étaient réticents à l'idée d'inclure dans

⁸⁵⁷ Pour davantage de précisions sur la complicité par assistance devant les TPI, voir particulièrement : I. Peterson, « Open questions regarding aiding and abetting liability in international criminal law », *ICLR*, 2016, p. 565-612. Toutefois, il convient de rappeler ici que si la jurisprudence des TPI est admise comme une source du droit devant la CPI, elle n'est pas pour autant directement applicable. Sur ce point, la Chambre de Première instance I a clairement affirmé que « les règles de procédure des tribunaux *ad hoc* et leur jurisprudence ne sont pas automatiquement applicables à la Cour sans avoir été analysées en détail », CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de première instance I, 30 novembre 2007, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, §44.

⁸⁵⁸ TPIY, *Le Procureur c. Džoko Tadić*, préc., Jugement, §689. Voir également TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Chambre de Première instance I, Jugement, 3 mars 2000, §284 : « La Chambre estime que l'élément matériel de la complicité par aide ou encouragement peut être commis par omission, à condition que cette omission ait eu un effet décisif sur la perpétration du crime et qu'elle se soit accompagnée de l'élément intentionnel requis. À cet égard, la simple présence sur les lieux du crime d'une supérieur hiérarchique, comme un commandant militaire, constitue une indication probante lorsqu'il s'agit de déterminer si celui-ci a encouragé ou soutenu les auteurs du crime ».

⁸⁵⁹ Voir *infra* §139.

⁸⁶⁰ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide – Étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Fondation Varenne, 2012, p. 504.

le cadre juridique de la CPI l'aide et l'encouragement *ex post facto*, et estimaient qu'une disposition spécifique serait nécessaire pour incriminer un tel comportement »⁸⁶¹ ; bien que le TPIY retient la possibilité d'un acte d'assistance antérieur, concomitant ou postérieur au crime⁸⁶², « aucune disposition explicite n'a été introduite dans la version finale du Statut [de Rome] et les commentateurs ne sont pas d'accord sur ce que signifie finalement ce silence »⁸⁶³.

123. Vers l'affermissement des éléments objectifs de l'assistance à la suite du Jugement rendu dans l'affaire *Bemba et autres*⁸⁶⁴. Plus récemment, à l'occasion du Jugement de l'affaire *Bemba et autres*⁸⁶⁵, la Chambre de Première instance VII semble opérer des choix davantage arrêtés sur l'ensemble de ces questions – la condamnation de deux des accusés sur le fondement de la complicité par assistance l'obligeant en l'espèce à un effort de clarification. Réaffirmant que la forme de responsabilité découlant de l'article 25§3(c) StCPI implique un degré de répression plus bas que celui attaché à l'article 25§3(a) StCPI notamment car « le participant accessoire visé par l'article 25§3(c) du Statut n'exerce pas un tel contrôle sur l'infraction mais simplement contribue ou assiste sous toute autre

⁸⁶¹ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §286.

⁸⁶² La participation au crime est de manière générale réprimée dès lors qu'elle a « influé directement et substantiellement sur la perpétration de ce crime en appuyant sa perpétration effective avant, durant ou après l'incident », TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, préc., Jugement, §692.

⁸⁶³ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §286. Notamment, William Schabas admet que « les travaux préparatoires viennent conforter le point de vue selon lequel le silence des dispositions sur la complicité après le fait indique que celle-ci a été volontairement exclue » (W. Schabas, *The international criminal court – A commentary on the Rome Statute*, OUP, 2010, p. 435) ; à l'inverse, Albin Eser relève qu'« étant donné que le silence des législateurs est toujours ambigu et ne plaide pas nécessairement dans un sens ou dans l'autre, des raisons plus valables plaident pour inclure même les contributions apportées après les faits si celles-ci ont un lien de causalité avec la réalisation finale du crime et ont été apportées à cet effet » (A. Eser, « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome I, 2002, p. 807)..

⁸⁶⁴ L'affaire *Bemba et autres* a pour objet la poursuite de cinq individus suspectés de s'être constitués en réseau dans le but d'orchestrer une subornation massive de témoins de la Défense et la production délibérée d'éléments de preuve faux ou falsifiés dans le cadre de l'affaire principale *Bemba*. D'après l'Accusation, ce réseau serait dirigé par Jean-Pierre Bemba Gombo lui-même, à partir de sa cellule du quartier pénitentiaire de la Cour, et comprendrait aussi bien des acteurs internes à sa défense (en l'occurrence son conseil principal, Aimé Kilolo Musamba, et le gestionnaire de dossiers, Jean-Jacques Mangenda Kabongo), que des acteurs externes agissant sur terrain (en l'occurrence Fidèle Babala Wandu, député congolais proche de Jean-Pierre Bemba Gombo, et Narcisse Arido, témoin cité par la Défense). La thèse de l'accusation est étayée par de nombreux éléments de preuve recueillis avec l'autorisation de la Chambre Préliminaire, notamment des relevés d'appels téléphoniques consécutifs à la mise sur écoute du conseil principal et du gestionnaire de dossiers de l'équipe de défense de M. Bemba, mais aussi des relevés de transferts de fonds internationaux, des déclarations de témoins et des sms interceptés. Pour une analyse de la Décision de mandat d'arrêt émis dans cette affaire, voir G. Mabanga, « Mise en œuvre des compétences répressives subsidiaires de la Cour pénale internationale », *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 décembre 2013.

⁸⁶⁵ Pour une mesure les divers enjeux dans cette affaire, voir G. Poissonier, « Première condamnation pour des délits d'atteinte à l'administration de la justice », *AJ Pénal*, Juin 2017, p. 282.

forme à l'infraction commise par le participant principal »⁸⁶⁶, les juges considèrent que le libellé clair de l'article 25§3(c) StCPI ne suggère pas l'existence d'un seuil minimal attaché à la contribution du participant accessoire⁸⁶⁷. Renonçant ainsi définitivement à tout exercice de quantification de la contribution du participant accessoire agissant par assistance, la Chambre justifie cette interprétation en avançant que si les rédacteurs du Statut avaient voulu quantifier cette contribution, ils l'auraient fait explicitement comme ce fut le cas pour l'article 2§3(d) du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁸⁶⁸. Alors que cette analogie avancée comme argument principal s'avère très discutable car ce Projet de Code ne fait pas officiellement partie de l'histoire du Statut de la Cour, les juges confirment que la disposition permet, telle qu'elle est construite, de « filtrer ces formes de contributions qui ne sont pas clairement couvertes par l'article 25§3(c) du Statut »⁸⁶⁹ : en effet, d'une part, l'exigence de causalité est respectée car, « bien que la contribution de l'accessoire n'a pas besoin d'être la condition *sine qua non* de la commission de l'infraction principale, l'assistance doit avoir favorisé, avancé ou facilité la commission d'une telle infraction » et, d'autre part, l'élément moral renforcé prescrit par l'article 25§3(c) StCPI ajoute un filtre supplémentaire permettant la répression de l'assistance uniquement si un élément subjectif plus important est satisfait⁸⁷⁰. Ainsi, cet élément moral renforcé conforterait à lui seul l'évidence de causalité, mais surtout, compenserait, voire justifierait, l'absence de quantification de la contribution.

L'analyse factuelle réalisée en l'espèce par les juges est d'ailleurs révélatrice d'une attention particulière portée à cet élément subjectif⁸⁷¹ tandis que la nature de l'élément objectif est peu discutée : en effet, les juges se contentent de rechercher uniquement l'existence d'un effet entre l'assistance et l'infraction sans en pondérer l'amplitude exacte. Ainsi, afin de retenir la complicité de Fidèle Babala Wandu pour avoir assisté les coauteurs dans la corruption de témoins intervenant lors du procès de Jean-Pierre Bemba, la Chambre relève que si, pour certaines allégations, « aucun lien direct ou indirect

⁸⁶⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §85.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, §93.

⁸⁶⁸ *Ibid.*. Élaboré par la Commission du Droit International en 1996, le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité prévoit en effet, en son article 2§3(d), qu'« un individu est tenu responsable d'un crime visé par l'article 17, 18, 19 ou 20, si cet individu : [...] en connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilité de toute autre manière, *directement et de façon substantielle*, y compris en procurant les moyens de le commettre » (nous soulignons).

⁸⁶⁹ *Ibid.*, §94.

⁸⁷⁰ Voir *infra* §125.

⁸⁷¹ Voir *infra* §125.

n'existe entre l'assistance apportée aux coauteurs par Monsieur Babala en tant que financeur et la corruption de certains témoins »⁸⁷², pour d'autres en revanche, « l'assistance accessoire de l'accusé peut être reliée à deux témoins à qui il avait, lui-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne, transféré une somme illégale d'argent »⁸⁷³. Alors que le critère d'une « contribution substantielle » paraît formellement rejeté par la Cour, la recherche par les juges de l'existence d'un « lien direct ou indirect » entre l'acte d'assistance et la commission de l'infraction laisse toutefois l'impression d'un rejet équivoque ; en effet, sans dire son nom, la démonstration pratique paraît rechercher, en définitive, des effets quasi-similaires à ceux de la « substantialité ». D'une part, il ne semble pas impossible de considérer un transfert d'argent illégal réalisé en connaissance de son but illégitime comme une contribution substantielle, notamment car il représente le moyen permettant la corruption de témoins et facilite sa commission sans pour autant être essentiel à sa réalisation. D'autre part et surtout, l'absence d'élément probatoire suffisamment déterminant empêche l'affirmation de l'existence de ce lien direct ou indirect : les juges affirment ainsi que « l'assistance générale apportée par Monsieur Babala en effectuant ou facilitant les paiements ne peut être considérée comme révélatrice d'une assistance effective des coaccusés dans la commission des infractions ; en d'autres mots, le rôle de Monsieur Babala en tant que financeur n'implique pas automatiquement sa responsabilité pénale au regard des paiements, mais seulement là où il peut être établi qu'il a assisté en sachant qu'ils étaient illégitimes »⁸⁷⁴. La recherche d'un seuil dans la caractérisation de l'acte objectif laisse ainsi penser que le critère d'une contribution substantielle est sous-jacent, mais à une différence près : l'importance de la contribution se mesure à l'aune d'une connaissance spécifique par le participant accessoire de l'infraction principale. Ce glissement affirmerait dès lors une véritable spécificité de la complicité par assistance devant la Cour et un élément de distinction singulier par rapport au critère de contrôle sur la réalisation du crime attaché à l'auteur principal.

⁸⁷² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §935.

⁸⁷³ *Ibid.*, §878. En l'espèce, la preuve était apportée que Fidèle Babala Wandu avait intentionnellement effectué un transfert d'argent à l'épouse d'un témoin et facilité un transfert d'argent à la fille d'un autre témoin par le biais de son chauffeur, peu de temps avant que ces témoins soient auditionnés au cours du procès de Jean-Pierre Bemba et tout en sachant que ces versements étaient réalisés dans un but illégitime (§936).

⁸⁷⁴ *Ibid.* §878.

Enfin, il convient de mentionner que cette même affaire semble également anéantir les incertitudes précédemment évoquées. De manière assez péremptoire⁸⁷⁵, la Chambre de Première instance VII affirme en effet, dans un même paragraphe final, que l'individu qui assiste « n'a pas besoin d'être personnellement présent durant la commission de l'infraction »⁸⁷⁶, et que cette assistance « peut être donnée avant, durant ou après la commission de l'infraction »⁸⁷⁷. Notamment, les juges déduisent de la présence de Jean-Jacques Magenda lors d'une distribution de téléphones portables aux témoins, une forme d'assistance logistique caractérisant « un soutien moral et un encouragement »⁸⁷⁸ à l'auteur principal, emportant sa responsabilité pour faux témoignage sur le fondement d'une complicité par assistance.

124. Malgré ces récents développements prétoriens, l'identification des éléments objectifs de l'assistance demeure encore délicate. Tant que le mécanisme de la participation par assistance ne sera pas davantage éprouvé par les juges, il restera difficile de saisir la dimension pratique de cette distinction, pourtant bien affirmée, entre la contribution du participant principal auteur conjoint et celle du participant accessoire agissant par assistance.

II. La consécration textuelle d'une distinction subjective

125. **Une distinction textuelle formelle.** À la différence de la distinction prétorienne affirmée sur le plan objectif, la distinction entre l'auteur conjoint et le complice par assistance s'affiche plus nettement sur le plan subjectif car elle est inscrite dans le Statut : en précisant que l'assistance doit être apportée « en vue de faciliter la commission du crime », l'article 25§3(c) StCPI prévoit clairement un élément intentionnel singulier et propre à l'assistance. En effet, tout en confortant l'idée que l'emprunt de criminalité sur lequel repose la relation entre le participant accessoire et le participant principal n'empêche pas l'autonomie individuelle, le Statut attache au participant accessoire agissant par

⁸⁷⁵ Il faut toutefois mentionner que la Cour vise en note de bas de page mais sans utilisation spécifique, les décisions des TPI et du TSSL.

⁸⁷⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §96.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ *Ibid.*, §866.

assistance une intention spéciale, là où il n'impose qu'une intention générale au participant principal⁸⁷⁹.

Cette approche s'inscrit dans une dynamique nouvelle puisque cette intention spécifique n'apparaît ni dans le Statut des TPI⁸⁸⁰, ni dans leur jurisprudence, cette dernière se satisfaisant de la simple connaissance, pour le complice, que son comportement est susceptible d'apporter une aide à la commission d'un crime dont les actes essentiels lui sont connus⁸⁸¹. Dès lors, cette intention spécifique doit être interprétée uniquement à la lumière des prescriptions de l'article 30 StCPI qui s'appliquent « à toutes les formes de participation prévues par l'article 25 du Statut, notamment l'article 25§3(c) »⁸⁸² et qui précisent que « sauf dispositions contraires, nul n'est pénalement responsable [...] que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance ». L'articulation des deux textes repose alors sur le jeu de la règle par défaut prévue à l'article 30 StCPI⁸⁸³ et suppose, puisque « la réalisation [du crime] exige (...) l'existence d'une intention spécifique », que « l'auteur devra satisfaire non seulement aux éléments subjectifs des crimes afférents (...) mais également à un élément psychologique supplémentaire »⁸⁸⁴. Par conséquent, l'élément moral attaché à l'assistance est soumis à une double exigence : celle générale d'intention et de connaissance prescrite par l'article 30 StCPI et celle spécifique prévue par l'article 25§3(c) StCPI.

L'exigence générale d'intention et de connaissance ne peut cependant se comprendre pour l'assistance exactement comme elle se comprend pour le participant principal, notamment car elle s'applique ici à un comportement accessoire qui tire sa criminalité d'une infraction principale. Dans ce contexte, l'exigence prescrite par l'article 30 StCPI signifie que le complice doit « présupposer que l'exécutant matériel accomplira

⁸⁷⁹ Voir *supra* §42.

⁸⁸⁰ Pour une réflexion éclairée sur l'intention attachée au complice par assistance devant les TPI, voir I. Peterson, « Open questions regarding aiding and abetting liability in international criminal law », *ICLR*, 2016, p. 590 et s..

⁸⁸¹ Cette définition renvoie à une exigence moins forte que celle d'un état d'esprit animé par un véritable objectif d'assistance à la commission du crime tel qu'introduit à l'article 25§3(c) StCPI. *Ibid.*, p. 590 et s.. L'auteur cite notamment : TPIY, *Le Procureur c. Popović et consorts*, IT-05-88-A, Chambre d'appel, Arrêt, 30 janvier 2015, §6 ; TPIY, *Le Procureur c. Milan Lukić et Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-A, Chambre d'appel, Arrêt, 4 décembre 2012, §428 ; TPIY, *Le Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Šljivančanin*, IT-95-13/1-A, Chambre d'appel, Arrêt, 5 mai 2009, §146, §159 ; TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, IT-02-60-A, Chambre d'appel, Arrêt, 9 mai 2007, §127 ; TPIR, *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, ICTR-01-68-A, Chambre d'appel, Arrêt, 16 décembre 2013, §157 ; TPIR, *Le Procureur c. Callixte Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Chambre d'appel, Arrêt, 20 octobre 2010, §86.

⁸⁸² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §97.

⁸⁸³ Voir *supra* §51.

⁸⁸⁴ Introduction des Éléments des crimes.

le crime projeté avec l'état d'esprit requis pour la constitution de celui-ci, c'est-à-dire entendre causer la conséquence que le crime constitue, ou à tout le moins, avoir conscience que la commission de ce crime adviendra dans le cours normal des événements »⁸⁸⁵. En ce sens, la Chambre de Première instance VII affirme clairement⁸⁸⁶ que « l'agent doit au moins être conscient que l'infraction du participant principal adviendra dans le cours normal des événements »⁸⁸⁷ ; elle précise par ailleurs qu'« il n'est pas nécessaire que le participant accessoire connaisse avec précision le crime principal envisagé ainsi que les circonstances spécifiques de sa commission, mais il doit être conscient de ses éléments essentiels »⁸⁸⁸. Ainsi, sans précisément partager l'intention du participant principal et connaître le crime projeté ou effectivement commis, le participant accessoire doit *a minima* avoir conscience de l'intention criminelle du participant principal⁸⁸⁹ ; dès lors, lorsque la participation accessoire s'inscrit dans le cadre de la commission d'un crime comportant un dol spécial, il n'est pas nécessaire que l'agent partage l'intention spécifique de l'auteur principal⁸⁹⁰.

L'exigence spécifique, qui s'ajoute à cette première exigence générale, suppose quant à elle que l'assistance soit apportée « en vue de faciliter la commission du crime ». Directement empruntée au *Model Penal Code* américain⁸⁹¹, cette finalité attachée à la *mens rea* de l'assistant implique la preuve d'un état d'esprit allant plus loin que la simple connaissance de l'assistance apportée au participant principal⁸⁹² tout en demeurant distincte de l'intention qui anime ce dernier. L'accessoire agit par conséquent avec un objectif qui

⁸⁸⁵ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, *op. cit.*, p. 505. Sur ce point, voir également *supra* §44 et s. et §58 et s..

⁸⁸⁶ S'agissant de l'exigence générale d'intention et de connaissance attachée au complice par assistance, la Cour emprunte largement les analyses des TPI.

⁸⁸⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §98.

⁸⁸⁸ *Ibid.*.

⁸⁸⁹ Ce seuil de la connaissance renvoie inévitablement à la question du dol éventuel. Parce qu'il est impossible de prévoir le futur, le participant accessoire sera nécessairement poursuivi sur la base de la conscience d'une probabilité que l'acte du participant principal se produise ; toutefois, la question du risque est abordée très restrictivement par les juges puisqu'ils appréhendent cette conscience d'une probabilité comme une certitude virtuelle (voir *supra* §58).

⁸⁹⁰ G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, p. 219. Voir également M. Jackson, *Complicity in international law*, OUP, 2015, p. 79 et s..

⁸⁹¹ La section 2.06§3 prévoit en effet que « A person is an accomplice of another person in the commission of an offense if : (a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he [...] (II) aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it (...) ».

⁸⁹² CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §274 : « La Chambre relève qu'à la différence de la jurisprudence des tribunaux ad hoc, l'article 25§3(c) du Statut exige que l'intéressé agisse avec le dessein de faciliter le crime ; la connaissance ne suffit pas pour déclarer engagée la responsabilité en vertu de cet article ».

lui est propre, celui de rendre la commission du crime « plus commode »⁸⁹³. La Cour affirme d'ailleurs sur ce point que cette exigence « signifie que l'accessoire doit avoir prêté son assistance dans *le but* de faciliter l'infraction »⁸⁹⁴.

126. Une distinction pratique déterminante. Cette distinction textuelle formelle sur le plan subjectif entre la commission fondée sur le contrôle conjoint et la complicité par assistance connaît une traduction pratique révélatrice et essentielle.

Révélatrice d'une part, car elle est l'expression de l'autonomie individuelle qui singularise la figure du participant accessoire agissant par assistance de celle du participant principal agissant conjointement⁸⁹⁵. En effet, l'intention des participants n'est pas ici partagée⁸⁹⁶ car elle ne prend pas corps autour d'un plan commun⁸⁹⁷ ; elle s'exprime au contraire par la volonté de l'accessoire de s'associer à l'infraction commise par le participant principal dans un but précis, celui d'en faciliter la commission. Les juges semblent d'ailleurs porter une attention particulière à l'existence de cet élément spécifique ; par exemple, à l'occasion du jugement rendu dans l'affaire *Bemba et autres*, les juges relèvent que « la Chambre est convaincue que Monsieur Babala a apporté son assistance dans le but de faciliter l'infraction de subornation de témoin »⁸⁹⁸ ou encore que « Monsieur Magenda a également agi intentionnellement en vue de faciliter la commission de l'infraction de production d'éléments de preuves faux par le témoin, sachant que de telles preuves seraient et étaient présentées »⁸⁹⁹.

Essentielle d'autre part, car cet élément moral spécifique porte en lui l'enjeu pratique de la distinction entre le contrôle conjoint et la complicité par assistance.

⁸⁹³ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide... op. cit.*, p. 505.

⁸⁹⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §97. Nous soulignons.

⁸⁹⁵ La Cour l'affirme implicitement lorsqu'elle précise que « It is not required that the assistance be "substantial" or anyhow qualified other than by the required specific intent to facilitate the commission of the crime (as opposed to a requirement of sharing the intent of the perpetrators) ». CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, 24 mars 2016, §26.

⁸⁹⁶ K. Ambos, « Article 25 », *op. cit.*, p. 1023.

⁸⁹⁷ Voir *supra* §93 et s.. Nous rappelons que si le plan commun s'analyse comme une composante matérielle du contrôle conjoint, les juges l'interprètent cependant à la lumière de l'article 30 StCPI : « Pour déterminer la portée conférée dans le Statut à ce premier critère objectif, la Majorité s'est fondée sur la façon dont le plan se reflète dans l'élément psychologique » (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §985).

⁸⁹⁸ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §893.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, §921.

L'emprunt de criminalité suppose en effet la recherche d'un certain équilibre entre les composantes de la complicité afin d'attester l'existence d'un lien suffisant entre l'assistance et l'infraction principale⁹⁰⁰. Ce lien a ainsi été caractérisé par les tribunaux *ad hoc* au moyen d'une dimension matérielle forte en recherchant un effet substantiel de l'acte d'assistance sur la commission du crime⁹⁰¹. Cette approche a toutefois été écartée par la Cour, qui s'est affranchie de toute quantification précise de l'effet de l'acte d'assistance en affirmant qu'« il n'est nulle part exigé que l'assistance soit “substantielle” ou de quelque manière qualifiée, autrement que par l'intention spécifique exigée pour faciliter la commission du crime »⁹⁰². Ainsi, il semble possible d'expliquer l'analyse de la Cour par la recherche d'un équilibre entre les composantes de l'assistance : là où les Tribunaux *ad hoc* retiennent un lien matériel fort et une intention générale, la Cour justifie une conception matérielle large de l'assistance par l'existence d'un lien subjectif plus strict. Favorablement accueillie par les commentateurs⁹⁰³, cette recherche d'un équilibre entre les composantes de l'assistance permettrait ainsi d'assurer l'existence d'un lien suffisant et ajusté entre l'acte de complicité et l'infraction principale.

127. Intention spécifique et « visée spécifique ». Si la distinction avec l'auteur conjoint en est assurément l'un des moteurs, le choix d'une conception principalement subjective de l'assistance par la Cour pourrait également s'expliquer par les derniers développements relatifs à l'assistance devant le TPIY. En effet, à l'occasion de l'affaire *Perišić*, les juges ont admis que devait être prouvée, aux côtés de la contribution substantielle, une « visée spécifique »⁹⁰⁴ comme composante matérielle de la complicité

⁹⁰⁰ Albin Eser explique très justement à ce sujet qu'« une manière de maintenir la complicité dans certaines limites pourrait être l'exigence d'un lien de causalité entre l'assistance et le crime principal. Cependant, si cette exigence était prise au sérieux comme une condition *sine qua non*, la complicité par assistance serait non seulement très proche de, sinon absorbée par, la copéparation, mais exclurait même les contributions les plus importantes à la préparation de l'exécution du crime de la responsabilité pénale, si l'agent peut démontrer que, malgré sa contribution, l'auteur aurait été capable de commettre le crime, annulant ainsi la causalité de sa propre contribution ». A. Eser, « Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 799

⁹⁰¹ Voir précédemment la pratique des Tribunaux *ad hoc*. Voir *supra* §125.

⁹⁰² CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §43.

⁹⁰³ Les commentateurs s'accordent également à affirmer que l'élément moral spécifique tend à relever le seuil objectif relativement bas attaché à l'assistance ; voir notamment F. D. Diarra, P. d'Huart, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 826 ; A. Eser, « Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p.801 ; K. Ambos, « Article 25 », *op. cit.*, p. 757.

⁹⁰⁴ Pour de plus amples développements sur cette exigence, voir notamment : R. Njoya, « La complicité par aide et encouragement au regard de l'arrêt rendu en l'affaire Perišić : transition ou continuité », in D. Bernard, D. Scalia, *Vingt ans de jurisprudence internationale pénale*, La Charte Professional Publishing, 2014, p. 114 et s., partic. p. 126-127 ; M. Aksenova, « The specific direction requirement for aiding and abetting : a call

par assistance⁹⁰⁵ ; la Chambre d'appel a affirmé à ce propos que « si l'élément matériel de la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune exige seulement "des actes qui visent d'une manière ou d'une autre à contribuer au projet ou objectif commun", l'élément matériel de l'aide et l'encouragement exige un lien plus étroit entre l'aide apportée et les actes criminels qui ont été commis : l'aide doit viser « spécifiquement » – plutôt que "d'une manière ou d'une autre" – à faciliter les crimes en question »⁹⁰⁶. Très controversée⁹⁰⁷, l'introduction de cette « visée spécifique » a été rapidement dénoncée⁹⁰⁸ : d'une part, elle masque en réalité une intensification de l'élément subjectif de l'assistance⁹⁰⁹, et d'autre part, elle ajoute inutilement à la contribution substantielle qui assure déjà par elle-même un lien suffisant entre l'acte d'assistance et l'infraction principale⁹¹⁰. Entraînant l'exclusion de cette exigence de « visée spécifique », les débats ayant entouré son sens et sa portée pourraient toutefois trouver un écho dans l'interprétation de l'assistance qui est aujourd'hui retenue par la Cour. En effet, il semble

for revisiting comparative criminal law », *Cambridge journal of international and comparative law*, 2015, p. 88-107 ; M. Jackson, *Complicity in international law*, OUP, 2015, p. 80 et s. ; A. Carcano, « Of fragmentation and precedents in international criminal law : possible lessons from recent jurisprudence on aiding and abetting liability », *JICJ*, 2016, p. 771.

⁹⁰⁵ TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Chambre d'appel, Arrêt, 28 février 2013, §36.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, §27. La Chambre d'appel retient à cette fin une interprétation littérale de l'arrêt *Tadić*, dans lequel elle avait retenu que « le complice commet des actes qui visent spécifiquement à aider, encourager ou fournir un soutien moral en vue de la perpétration d'un crime spécifique (meurtre, extermination, viol, torture, destruction arbitraire de biens civils, etc.), et ce soutien a un effet important sur la perpétration du crime », TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt, §86.

⁹⁰⁷ Sur les étapes et l'analyse de cette saga jurisprudentielle, voir : D. Scalia, « Chronique de droit pénal international », *RIDP*, 2014, p. 725 et s..

⁹⁰⁸ Voir notamment, jointe à l'arrêt *Perišić*, l'Opinion partiellement dissidente du Juge Liu : « Je ne suis pas convaincu que le fait d'apporter une aide visant précisément à faciliter les crimes soit une composante essentielle de l'élément matériel de l'aide et l'encouragement, ni qu'il soit nécessaire de l'examiner explicitement dans les affaires où celui qui aide et encourage se trouve éloigné des crimes commis » (§2). Dans le même sens et attaché au même arrêt, voir également l'Opinion séparée du Juge Ramaroson concernant la question de la « visée spécifique » intéressant la responsabilité par aide et assistance (§2 et s.)

⁹⁰⁹ *Ibid.*, Nbp n°7 : « Je pense que la question de savoir si l'aide apportée visait précisément à faciliter les crimes peut être pertinente s'agissant de l'état d'esprit d'une personne accusée de complicité par aide et encouragement. Mais je crois qu'elle constitue un faux problème lorsqu'on l'examine dans le cadre de l'élément matériel de l'aide et l'encouragement ». Cependant, plus nuancés, les Juges Theodor Meron et Carmel Agius affirment quant à eux que « si nous devions énoncer, sans être tenus par la jurisprudence passée du Tribunal, les éléments constitutifs de l'aide et l'encouragement, nous pourrions envisager de faire figurer parmi les critères applicables à l'élément moral la question de savoir si l'aide apportée visait précisément à faciliter les crimes. Mais nous restons convaincus que cette question peut tout aussi bien être examinée raisonnablement dans le cadre de l'élément matériel, comme le montre l'analyse présentée dans le présent arrêt » (Opinion individuelle présentée conjointement, jointe à l'arrêt *Perišić*, §4).

⁹¹⁰ Notamment, TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, IT-02-60-A, Chambre d'appel, Arrêt, 9 mai 2007, §189 : « Bien que la définition donnée dans l'Arrêt *Tadić* n'ait jamais expressément été remise en cause, il n'a pas toujours été exigé que l'aide apportée par le complice tende précisément à faciliter le crime pour que l'élément matériel de la complicité par aide et encouragement soit considéré comme établi. Cela peut s'expliquer par le fait que le constat que l'aide apportée par le complice tende précisément à faciliter le crime est souvent implicite dans la constatation de l'effet important que cette aide a eu sur la perpétration du crime ».

possible de penser que les juges, également guidés par ce souci d'une distinction avec l'auteur conjoint, ont pu légitimement rectifier le rattachement de cette spécificité à l'élément moral de l'assistance, et lui conférer ce rôle déterminant de définir l'importance du lien entre l'assistance et l'infraction principale.

128. Malgré l'imprécision entourant l'importance de sa contribution dans la réalisation du crime, le participant accessoire par assistance trouve sa singularité dans la spécificité de l'intention attachée à son comportement. Identifié par des composantes ainsi rééquilibrées, il trouve une véritable place aux côtés du participant principal conjoint, les logiques bien distinctes de l'emprunt de criminalité et de l'attribution mutuelle se révélant complémentaires et servant manifestement des schémas de collaboration bien différents. Dans ce cadre, le critère du contrôle sur la réalisation du crime semble assurer efficacement la distinction entre participation accessoire et participation principale.

Section 2. Un critère fonctionnel en cas de contribution à une action criminelle concertée

129. L'article 25§3 StCPI prévoit également, aux côtés de la complicité par assistance, une autre forme de participation par collaboration en visant, en son paragraphe (d), la contribution « de toute autre manière à la commission (...) d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert »⁹¹¹. Résultat d'un compromis⁹¹², la provision semblait destinée à jouer un rôle mineur dans le travail de la Cour⁹¹³ ; pourtant, cette forme de participation sert aujourd'hui de fondement à plusieurs affaires⁹¹⁴,

⁹¹¹ L'article 25§3(d) StCPI précise *in extenso* qu'« aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : [...] d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ».

⁹¹² Durant les négociations, l'introduction de dispositions relatives à la planification et la *conspiracy* fut largement discutée pour finalement être écartée au profit de cette approche plus restrictive. Voir notamment, W. Schabas, « Article 25. Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 436 ; K. Ambos, « Article 25 », *op. cit.*, p. 1010 ; M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, *op. cit.*, p. 105.

⁹¹³ Les juges l'ayant rapidement qualifiée de « forme résiduelle de responsabilité » (nous soulignons) (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1619). Voir *infra* §132.

⁹¹⁴ Notamment : CPI, *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, ICC-02/05-01/07, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58§7 du Statut, 27 avril 2007, §80 et s., §105 et s. ; CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance

notamment car ses similitudes avec la commission conjointe indirecte⁹¹⁵ en font une alternative adaptée aux poursuites engagées sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI⁹¹⁶. Mécanisme singulier, la contribution à une action criminelle concertée interpelle : les controverses entourant sa nature (I) troublent en effet les frontières de sa portée, au point de questionner la tangibilité de sa distinction avec la commission conjointe indirecte (II).

I. La nature controversée de la participation à une action criminelle concertée

130. Une infraction autonome traduisant une criminalité de groupe ? La participation à une action criminelle concertée envisagée par l'article 25§3(d) StCPI occupe une place singulière au sein des mécanismes d'imputation prévus par le Statut car elle s'inscrit dans une logique qui ne repose pas sur les règles traditionnelles de complicité. En effet, alors que l'approche globale retenue par l'article 25 StCPI marque « l'abandon tendanciel des formes d'incrimination axées sur le groupe ou sur l'organisation »⁹¹⁷, la contribution à la commission d'une infraction par un groupe de personnes agissant de concert apparaît comme une manifestation de la criminalité de groupe. Pour cette raison notamment, son appréhension par le droit a soulevé de nombreuses interrogations et a conduit à diverses interprétations.

La participation à une action criminelle concertée fut initialement envisagée par les rédacteurs du Statut comme une infraction autonome. En effet, les commentateurs admettent unanimement⁹¹⁸ que l'intégralité du paragraphe 3(d) est une reproduction quasi

d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 septembre 2010, §39 ; dans la même affaire, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §269 ; CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61§7(a) and (b) of the Rome Statute, 23 janvier 2012, §421 ; CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des aliénas (a) et (b) de l'article 61§7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012 §282 et s. ; CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11, Chambre Préliminaire I, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé, 11 décembre 2014, §172 et s. ; CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §44 et s.

⁹¹⁵ Voir *supra* §36, §111.

⁹¹⁶ L'affaire *Katanga* est sur ce point très révélatrice car, au cours du procès, les juges ont opéré une requalification du mode d'imputation de l'infraction à l'accusé : initialement poursuivi sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI en tant que coauteur indirect, Germain Katanga fut cependant définitivement condamné sur le fondement de l'article 25§3(d) StCPI en tant que complice (voir *infra*, §133).

⁹¹⁷ S. Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Anthémis, 2012, p. 108.

⁹¹⁸ A. Eser, « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statue of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome I, 2002, p. 802 ; W. Schabas,

littérale de l'article 2§3(c) de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif qui érige ce comportement en infraction⁹¹⁹. Résultat d'un compromis, cette disposition est en réalité largement inspirée du concept de *conspiracy*⁹²⁰, qui se définit en *common law*, comme une entente en vue de réaliser une activité criminelle⁹²¹ et suppose, pour que soit réalisée l'infraction, la seule existence de cette entente criminelle. Malgré l'utilisation controversée de ce concept depuis Nuremberg⁹²², il semble pourtant que le Projet de Statut de 1998 y fait référence, sous les dispositions relatives à la responsabilité individuelle, en son article 23§7(e)⁹²³. Stefano Manacorda explique sur ce point que « cette solution avait pour but de dépasser les critiques principales adressées au texte notamment par la reconnaissance de l'*overt act* »⁹²⁴ ; elle fut toutefois

« Article 25. Individual criminal responsibility », in W. Schabas, *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 436 ; F. D. Diarra, P. d'Huart, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 827 ; K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 3^e éd., 2016, p. 1010.

⁹¹⁹ Le texte précise que « Commet également une *infraction* quiconque : [...] contribue de toute autre manière à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux par. 1 ou 2 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert ; sa contribution doit être délibérée et faite soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou en servir les buts, soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions visées » (nous soulignons). UN Doc. A/RES/52/164 (1998), Annex (37 ILM 249 (1998)).

⁹²⁰ P. Saland, « International criminal law principles », in R. S. Lee, *The International Criminal Court – The making of the Roma Statute : issues, negotiations, results*, Kluwer Law International, 1999, p. 199.

⁹²¹ M. T. Cahill, « Inchoate crimes », in M. D. Dubber, T. Hornle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, OUP, p. 528 et s.. Jean Pradel la vise, quant à lui, comme « une entente pour réaliser une fin illégale » (J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e éd., 2016, p. 85) et Georges Fletcher, comme « *an agreement to commit a crime, and sometimes, more broadly, as an agreement to engage in any unlawful act* » (G. P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, OUP, 2000, p. 218). Le crime de *conspiracy* est ainsi désigné comme un *inchoate crime* dans la mesure où l'incrimination repose sur l'idée qu'une entente criminelle est suffisamment dangereuse en elle-même pour constituer une infraction sans exiger un commencement d'exécution ; elle s'apparente ainsi, en droit français, à la catégorie des infractions obstacles.

⁹²² S. Manacorda, « L'imputation collective... », *op. cit.*, p. 116. Voir également, K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 1010. Kai Ambos relève notamment que « The 1991 ILC Draft Code held punishable an individual who « conspires in » the commission of a crime, thereby converting conspiracy into a form of « participation in a common plan for the commission of a crime against the peace and security of mankind ». The 1996 Draft Code extends to a person who « directly participates in planning or conspiring to commit such a crime which in fact occurs. Thus, it restricts liability compared to the traditional conspiracy provisions in that it requires a direct participation and an effective commission of the crime ». Il conclut que le « Subparagraph (d) takes this more restrictive approach even further, eliminating the term conspiracy altogether and requiring at least a contribution to a collective attempt of a crime ».

⁹²³ L'article 23§7(e) du Projet de Statut de 1998 prévoit en effet qu'est pénalement responsable quiconque « [Participe [intentionnellement] à la préparation d'] [prépare] un tel crime, dès lors qu'il y a exécution ou tentative d'exécution de ce crime » ou « S'entend avec une ou plusieurs autres personnes pour commettre ce crime dès lors que l'une de ces personnes commet un acte manifeste qui dénote leur intention [et dès lors qu'il y a exécution ou tentative d'exécution du crime] ». Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

⁹²⁴ S. Manacorda, « L'imputation collective... », *op. cit.*, p. 117. Dans sa version anglaise, l'article 23§7(e) du Projet de Statut de 1998 précise en effet que « a person is criminally responsible and liable for punishment for a crime defined [in article 5] [in this Statute] if that person : (i) [intentionally] [participates in planning]

rejetée par la suite en raison des divergences dans les conceptions nationales et dans la compréhension de ce concept typique de *common law*.

Dans le même sens, une autre initiative visant à considérer la participation à une action criminelle concertée comme une infraction autonome peut être relevée dans les travaux préparatoires. En note sous l'article 23§7(e) du Projet de Statut, « un troisième type d'association de malfaiteurs » est en effet mentionné et vise le « comportement d'une personne qui participe à une organisation qui a pour but de commettre le crime considéré en se livrant à une activité qui en favorise la commission »⁹²⁵. Cette forme de délit d'appartenance⁹²⁶ ne sera toutefois pas retenue dans la version définitive du Statut, qui renonce à toute hypothèse d'infraction autonome d'imputation.

131. Une forme de participation semblable à l'entreprise criminelle commune ?

L'affaire *Lubanga* fut l'occasion pour la Cour de se prononcer pour la première fois sur la nature de la participation à une action criminelle concertée telle que prévue à l'article 25§3(d) StCPI. Au cours de l'analyse d'ensemble des mécanismes d'imputation, les juges relèvent ainsi que la notion définie au paragraphe d) « ressemble fortement à l'entreprise criminelle commune ou à la théorie du but commun retenue dans la jurisprudence du TPIY »⁹²⁷. Il est vrai que les juges du TPIY se sont rapidement appropriés la disposition pour conforter la construction prétorienne de l'entreprise criminelle commune ; notamment, lors de l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel affirme qu'« une notion essentiellement similaire [à l'entreprise criminelle commune] a été consacrée par la suite

[plans] to commit such a crime which in fact occurs or is attempted; or [(ii) agrees with another person or persons that such a crime be committed and an *overt act* in furtherance of the agreement is committed by any of these persons that manifests their intent [and such a crime in fact occurs or is attempted] » (nous soulignons) ; dans la version française, l'expression est traduite par « acte manifeste ». Il faut ici comprendre que, bien que le crime de *conspiracy* se fonde uniquement sur l'entente criminelle, l'infraction sera fréquemment caractérisée par la preuve d'un acte traduisant l'intention des parties ; il se rapproche, en ce sens, de la tentative d'infraction (Voir sur ce point M. T. Cahill, « Inchoate crimes », *op. cit.*, p. 529). Pour une réflexion sur l'*overt act* et le crime de *conspiracy*, voir particulièrement G. P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, *op. cit.*, p. 223.

⁹²⁵ Note n°5 sous l'article 23 du Projet de Statut de 1998. Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, *préc.*.

⁹²⁶ Stefano Manacorda relève sur ce point que cette initiative s'apparente fortement à l'infraction d'affiliation à une organisation criminelle telle que la prévoyait l'article II§2(d) de la Loi n°10 du Conseil de Contrôle Allié du 20 décembre 1945 ; fortement critiquée, celle-ci n'a jamais été reprise dans les développements postérieurs du droit international pénal. S. Manacorda, « L'imputation collective... », *op. cit.*, p. 121. Pour de plus amples développements sur ce délit d'affiliation, voir H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n°10 du Conseil de Contrôle Allié*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 440 et s..

⁹²⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *préc.*, Décision sur la confirmation des charges, §335.

dans l'article 25 du Statut »⁹²⁸ et vise précisément l'article 25§3(d) StCPI dans la suite de sa décision. En se saisissant de la criminalité de groupe, les deux mécanismes reposent en effet sur une essence commune⁹²⁹ : là où l'entreprise criminelle commune crée une responsabilité pour la participation à une entreprise conjointe, l'article 25§3(d) StCPI établit quant à lui une responsabilité pour les individus qui contribuent à un groupe agissant dans un but commun⁹³⁰. Alors que la Cour a formellement écarté l'entreprise criminelle commune des mécanismes de commission de l'infraction prévus à l'article 25§3(a) StCPI⁹³¹, pourrait-elle finalement retrouver une place au sein de l'article 25§3(d) StCPI ?

Si la participation à une action criminelle concertée a pu être décrite comme un « substitut »⁹³² à l'entreprise criminelle commune, les deux mécanismes projettent toutefois une conception différente de la participation à une action collective. D'une part, la participation à une entreprise criminelle commune a définitivement été désignée par les juges du TPIY comme une forme de coaction⁹³³ ; or, les premières analyses de l'article 25§3(d) StCPI ont conduit les juges de la CPI à affirmer que la participation à une action criminelle concertée « se distingue de la notion de coaction énoncée à l'alinéa a) »⁹³⁴. Dénoncé comme une incohérence doctrinale⁹³⁵, ce raisonnement de la Cour semble au contraire poursuivre une certaine logique puisqu'il s'inscrit dans la continuité de la lecture normative de l'imputation : en définissant la coaction par le prisme d'un critère de contrôle sur le crime⁹³⁶, les juges ne peuvent qu'écarter la participation à une action criminelle concertée de son champ notamment car celle-ci renvoie à une approche subjective de la distinction entre les participants principaux du crime et les participants accessoires⁹³⁷.

⁹²⁸ TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt, §222.

⁹²⁹ Concernant l'entreprise criminelle commune, voir P. Beauvais, A. F. Khalifa, « Les modes collectifs de participation à l'infraction », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 508 et s..

⁹³⁰ Relevons ici que la version anglaise du Statut vise « the commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose » ; ainsi, la version française a préféré l'expression « groupe de personnes agissant de concert » à la traduction littérale de « groupe de personnes agissant dans un but commun ».

⁹³¹ Voir *supra* §33.

⁹³² J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *New criminal law review*, 2009, p. 408.

⁹³³ TPIY, *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, IT-99-37-AR72, Chambre d'appel, 21 mai 2003, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune, §20.

⁹³⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §334.

⁹³⁵ J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 409.

⁹³⁶ En retenant le critère de contrôle sur le crime pour définir la coaction, les juges rejettent tout critère objectif ou subjectif pour établir une distinction entre les auteurs principaux d'un crime et les complices (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §327 et s.). Voir *supra* §90 et s..

⁹³⁷ Les juges affirment ainsi, à l'occasion de l'affaire *Lubanga*, que la participation à une action criminelle concertée « aurait constitué le fondement du concept de coaction au sens de l'article 25§(a) du Statut si les auteurs du Statut avaient opté pour une approche subjective en vue de distinguer les auteurs principaux du

D'autre part, à l'occasion du jugement de Germain Katanga, la Chambre de première instance II affirme clairement que le mode de responsabilité prévu à l'article 25§3(d) StCPI « se distingue de l'entreprise criminelle commune [...] en ce que l'accusé ne sera pas considéré comme étant responsable de tous les crimes faisant partie du dessein commun, mais uniquement des crimes à la commission desquels il aura contribué »⁹³⁸ et en tire la conséquence que « les crimes qui font partie du dessein commun mais auxquels la personne poursuivie en application de l'article 25-3-d n'aurait pas contribué ne pourront pas lui être attribués en vue de voir engager sa responsabilité pénale individuelle »⁹³⁹.

Bien que semblables, l'entreprise criminelle commune et la participation à une action criminelle concertée ne répondent pas à la même dynamique d'imputation : si l'attribution mutuelle paraît justifier la première, la seconde repose sur une criminalité dérivée, les juges l'ayant définitivement désignée comme « une forme résiduelle de responsabilité du complice »⁹⁴⁰.

132. Une forme résiduelle de participation accessoire. Alors que les rédacteurs du Statut ont voulu faire de l'article 25§3(d) StCPI l'équivalent d'un crime autonome et qu'une partie de la doctrine et les TPI ont voulu le voir comme l'équivalent de l'entreprise criminelle commune, les juges de la CPI choisissent d'en faire une hypothèse de participation accessoire. Plus précisément, ils qualifient la participation à une action criminelle concertée de « forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance au sens des alinéas b) ou c) de l'article 25§3 du Statut »⁹⁴¹.

crime des complices » (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §335). Voir supra §71.

⁹³⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1619.

⁹³⁹ *Ibid.*.

⁹⁴⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §337.

La Cour réaffirmera par ailleurs clairement cette distinction lors du Jugement de Germain Katanga : « La Chambre note que ce mode de responsabilité se distingue de l'entreprise criminelle commune, telle qu'elle est définie par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, en ce que l'accusé ne sera pas considéré comme étant responsable de tous les crimes faisant partie du dessein commun, mais uniquement des crimes à la commission desquels il aura contribué. Dès lors, les crimes qui font partie du dessein commun mais auxquels la personne poursuivie en application de l'article 25-3-d n'aurait pas contribué ne pourront pas lui être attribués en vue de voir engagée sa responsabilité pénale individuelle » (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1619).

⁹⁴¹ *Ibid.*.

Ainsi désignées comme une forme de participation accessoire, les prescriptions de l'article 25§3(d) StCPI signifient que l'agent contribuant à une action criminelle concertée ne joue finalement qu'un rôle secondaire : à l'inverse de la participation principale qui suppose une contribution essentielle⁹⁴², l'hypothèse fait ici référence à des comportements qui ne sont pas indispensables à la commission de l'infraction principale. Dans le même sens, en précisant que la contribution de l'agent ne peut prendre la forme d'une instigation ou d'une assistance, les juges renforcent la subsidiarité de la disposition⁹⁴³. Enfin et surtout, cette participation est qualifiée de « résiduelle » et emporte ainsi une double signification : d'une part, l'article 25§(d) StCPI permettrait d'atteindre les plus petites formes de participation accessoire – le résidu, soit ce qu'il reste de complicité – et d'autre part, la disposition, au champ très vaste, aurait *a priori* vocation à jouer un rôle mineur – résiduel – au sein des mécanismes prévus par le Statut.

En affirmant clairement la nature accessoire du mécanisme prévu par l'article 25§3(d) StCPI, les juges inscrivent la participation à une action criminelle concertée dans une dynamique très distincte de celle de la participation principale, et verrouillent ainsi l'étendue de cette dernière au seul article 25§3(a) StCPI. De plus, en la qualifiant de résiduelle, ils entérinent leur choix de faire de la participation principale un mécanisme prioritaire. Toutefois, la similitude des mécanismes dans leur éléments constitutifs pourrait révéler les failles de cette distinction essentiellement fonctionnelle.

II. Une distinction structurelle intangible

133. L'intangibilité de la distinction : l'exemple de l'affaire *Katanga*⁹⁴⁴. Malgré l'affirmation d'une indentification formelle de la participation à une action criminelle concertée comme une forme de participation accessoire, sa distinction avec la participation principale – et le critère du contrôle sur le crime – n'est pas aussi claire lorsqu'il s'agit de caractériser les éléments qui la structurent. L'affaire *Katanga* est sur ce point très révélatrice car, au cours du procès, les juges ont opéré une requalification⁹⁴⁵ du mode

⁹⁴² Voir *supra* §96.

⁹⁴³ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide... op. cit.*, p. 506.

⁹⁴⁴ Pour une approche juridique et philosophique du procès *Katanga*, voir J. Branco Lopez, *De l'affaire Katanga au contrat social global – Un regard sur la Cour pénale internationale*, Fondation Varennes, Collection des thèses, 2015, partic. p. 235 et s.. Pour une approche anthropologique, voir E. Claverie, « Les combattants, les fétiches et le prétoire », *Cahiers d'études africaines*, 2018, 699-735.

⁹⁴⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21 novembre 2012. Pour une analyse des

d'imputation de l'infraction à l'accusé : initialement poursuivi sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI en tant que coauteur indirect⁹⁴⁶, Germain Katanga fut cependant définitivement condamné sur le fondement de l'article 25§3(d) StCPI en tant que complice. Les faits à l'origine des poursuites concernaient le massacre du village de Bogoro survenu en février 2003, dans le cadre du conflit armé pour le contrôle des terres agricoles et des ressources minières d'Ituri, province située dans le nord-est de la République démocratique du Congo ; ce conflit opposait des groupes ethniques organisés en milices, dont notamment le Front de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI) dirigé par Germain Katanga, aux Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (FPLC), branche armée de l'Union des Patriotes Congolais (UPC) commandée par Thomas Lubanga. L'objectif de la prise du village par le FRPI était avant tout militaire puisqu'un camp de l'UPC y était installé ; toutefois, lors de l'attaque, au moins deux cents civils furent tués, nombre de femmes furent violées et réduites en esclavage sexuel, et le village détruit et pillé.

Les poursuites furent engagées à l'encontre de Germain Katanga en sa qualité de commandant du FRPI sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI, soit en tant qu'auteur conjoint indirect ; or, l'absence d'éléments probatoires suffisants n'a pas permis de caractériser en l'espèce l'exercice par l'accusé d'un contrôle indirect sur le crime, les juges relevant que « s'il a été démontré que Germain Katanga occupait bien la position la plus élevée au sein de la milice [le FRPI], l'absence d'une chaîne de commandement centralisée et effective » ne peut permettre de démontrer que « la milice [...] constituait un appareil organisé de pouvoir » et que « Germain Katanga exerçait, à ce moment, un contrôle sur cette milice de telle sorte qu'il puisse exercer un contrôle sur les crimes au sens de l'article 25-3-a du Statuts »⁹⁴⁷. À défaut de pouvoir retenir la responsabilité de l'accusé sur le fondement d'une participation principale, les juges se sont alors employés à démontrer sa participation sur le terrain de la participation accessoire définie à l'article 25§3(d) StCPI.

Le Jugement *Katanga* met ainsi en lumière l'intangibilité de la distinction entre la participation à une action criminelle concertée et la commission conjointe indirecte : si l'opération de requalification inscrit en effet le critère de contrôle sur le crime au cœur de la distinction entre les deux mécanismes, elle en révèle également les ressemblances. Cette

enjeux liés à cette question, voir A. Aumaitre, *Le dossier de la procédure devant la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 311 et s..

⁹⁴⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges. Voir *supra* §36 et s., §111 et s..

⁹⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1420. Pour une analyse critique de ce jugement, voir : D. Chilstein, « La distinction de l'auteur et du complice dans le Statut de Rome », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, p. 165 et s..

bascule d'une forme principale vers une forme accessoire de participation ne paraît effectivement pouvoir se concevoir que s'il existe une proximité substantielle entre les deux mécanismes et soulève, à ce propos, des incertitudes quant à la distinction pratique de chacun de leurs éléments structurels.

134. L'apparente distinction fondée sur le degré de coordination de l'action principale. La proximité substantielle de la commission conjointe indirecte et de la participation à une action criminelle concertée s'explique essentiellement par l'exigence, dans les deux hypothèses, d'une coordination de l'action principale. En effet, l'action conjointe repose sur l'existence d'un plan commun alors que l'action concertée implique l'existence d'un dessein commun⁹⁴⁸.

Principale zone d'interaction entre les deux mécanismes, les juges ont, dès la décision relative à la confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, reconnu que « pour analyser la notion de “groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun”, [il n'y a] aucune raison de s'écarter de la définition retenue dans le cadre de l'analyse de l'article 25-3-a du Statut, à savoir “l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux personnes ou plus” »⁹⁴⁹ ; ils ajoutent par ailleurs que « bien que cette définition figure dans une analyse concernant la responsabilité à raison de la coaction, la notion de “plan commun” retenue dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga* est, du point de vue fonctionnel, identique à la condition énoncée à l'article 25-3-d du Statut s'agissant de l'existence d'un “groupe de personnes agissant de concert” »⁹⁵⁰. De manière similaire, ils affirment ensuite que « le dessein commun doit comporter un élément de criminalité, mais pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime »⁹⁵¹, « l'accord ne doit pas nécessairement être explicite et son

⁹⁴⁸ À l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, les juges ont en effet affirmé que « la notion de contribution à un crime commis par un groupe de personnes, telle que visée à l'article 25-3-d du Statut, est associée aux exigences spécifiques suivantes : Éléments objectifs : i) il y a tentative de commission ou commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ii) *la commission ou tentative de commission d'un tel crime est le fait d'un groupe de personnes agissant de concert* ; iii) l'intéressé a contribué au crime de toute autre manière que celles énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 25-3 du Statut ; Éléments subjectifs : i) la contribution doit être intentionnelle ; et ii) selon le cas a) viser à faciliter l'activité criminelle ou *le dessein criminel du groupe*, ou b) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime » (nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, 28 septembre 2010, §39.

⁹⁴⁹ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, 16 décembre 2011, §271.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*

existence peut être déduite de l'action concertée menée ultérieurement par le groupe de personnes »⁹⁵². Ainsi, de cette identité fonctionnelle, les juges déduisent une identité substantielle : le dessein commun de l'action concertée serait intrinsèquement similaire au plan commun de la commission conjointe. Cette similitude pourrait s'expliquer par la nature dérivée de la participation accessoire qui implique l'existence d'un acte principal auquel est attaché l'acte de complicité : l'article 25§3(a) StCPI organisant les formes de participation principale, il paraît logique que l'action criminelle concertée sur laquelle repose la contribution visée par l'article 25§3(d) StCPI y fasse écho en étant assimilée à l'action conjointe⁹⁵³. Cependant, heurtant sensiblement les principes d'interprétation⁹⁵⁴, cette lecture est atténuée par les juges à l'occasion du Jugement *Katanga* lorsqu'ils affirment que « l'existence d'un “plan commun”, ainsi que cette notion a pu être définie par plusieurs chambres de la Cour et prise comme élément objectif de la commission conjointe au sens de l'article 25-3-a du Statut, pourra permettre d'établir la poursuite d'un dessein commun, sans toutefois qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un tel “plan commun” entre les membres du groupe ni, par là même, de constater une attribution mutuelle de leurs actions »⁹⁵⁵. La Chambre de Première instance II semble ainsi réaffirmer l'identité fonctionnelle entre le dessein commun et le plan commun – la seule existence de ce dernier pouvant permettre d'établir la poursuite du premier – mais, à l'inverse de la Chambre Préliminaire I, elle n'en déduit aucune identité substantielle : les juges précisent

⁹⁵² *Ibid.*.

⁹⁵³ Voir en ce sens l'Opinion minoritaire de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement *Katanga*, préc., §284. Cette configuration est par ailleurs retenue dans l'affaire *Ruto, Kosgey et Sang*, dans laquelle il est reproché à Joshua Sang, sur le fondement de l'article 25§3(d) StCPI, d'avoir contribué aux crimes de meurtres, de déportations ou transferts forcés de population et de persécutions comme crime contre l'humanité, commis par l'organisation dirigée par William Ruto, quant à lui poursuivi sur le fondement de la commission conjointe indirecte (article 25§3(a) StCPI) (CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges à l'article 61(1)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012). Bien qu'annulées par la suite, les charges avaient été confirmées à l'encontre de Joshua Sang pour avoir, par l'influence qu'il exerçait en tant qu'animateur radio à Kass FM lors des violences post-électorales de 2007 au Kenya, contribué à la mise en oeuvre du plan commun consistant à punir les partisans du *Party of National Unity* et à les expulser de la vallée du Rift, dans l'objectif final de créer un bloc d'électeurs uniforme favorable à l'*Orange Democratic Movement* ; il lui était notamment reproché d'avoir mis Kass FM à la disposition de l'organisation, d'annoncer la tenue des réunions de l'organisation ou encore d'attiser les violences en diffusant des messages de haine.

⁹⁵⁴ Jens David Ohlin relève d'ailleurs que « differences in phraseology usually exist for a reason, i.e., they are indicative of a shift in meaning and should not be explained away as a mere caprice » et n'hésite pas à dénoncer l'ignorance des rédacteurs quant aux théories du droit pénal (J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 416). La critique de l'auteur pourrait cependant être nuancée car les controverses entourant la nature des prescriptions de l'article 25§3(d) StCPI pourraient expliquer en partie les différences d'expression, les juges interprétant alors en vue d'homogénéiser la lecture d'ensemble de l'article 25§3 StCPI (voir *supra* §130 et s.)

⁹⁵⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1629.

en effet que « le dessein criminel doit être celui de commettre le crime ou doit comporter l'exécution de celui-ci »⁹⁵⁶ et que « les crimes qui ne sont que le résultat de l'action opportuniste des membres du groupe et qui ne relèvent pas du dessein commun ne pourront pas être attribués à l'action concertée du groupe »⁹⁵⁷. Il semble dès lors possible de distinguer théoriquement l'action conjointe de l'action concertée : l'action conjointe, guidée par un objectif d'attribution mutuelle, supposerait un degré de coordination plus élevé que l'action concertée menée par le groupe. Cependant, ce degré de coordination reste difficile à appréhender et à apprécier sur le plan pratique : d'une part, une distinction claire entre « un plan commun » et « un dessein commun » s'avère difficile en raison de leur identité fonctionnelle et, d'autre part, la distinction substantielle entre « un élément de criminalité » et « la commission d'un crime » n'est pas toujours évidente, au point qu'il semble permis d'envisager que tout dessein commun pourrait être contenu dans un plan commun⁹⁵⁸. De plus, si une véritable distinction peut s'envisager lorsque le plan commun n'est pas de nature criminelle⁹⁵⁹, elle conduit néanmoins à un résultat incohérent puisqu'elle soumet le participant principal à un standard de preuve moins exigeant que le participant accessoire, la démonstration de la nature criminelle du dessein commun étant plus difficile à apporter que la simple existence du plan commun.

135. L'indifférence de la qualité de membre du groupe. Au-delà d'une distinction fondée sur le degré de coordination de l'activité criminelle, plusieurs arguments fondés sur des caractéristiques propres au groupe ont été avancés pour différencier les mécanismes visés par les articles 25§3(a) StCPI et 25§3(d) StCPI. Toutefois, alors que le Statut ne définit pas la notion de « groupe », la Cour n'a pas saisi l'occasion d'en faire le support d'une possible distinction.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, §1627. Au même paragraphe, et de manière assez confuse, les juges semblent cependant tempérer cette affirmation en admettant également que ce dessein criminel « ne doit pas *nécessairement* viser *spécifiquement* la perpétration d'un crime relevant de la compétence de la Cour » et que « le groupe ne doit pas non plus poursuivre un objectif *uniquement* criminel pas plus qu'il n'est exigé que son objectif final soit criminel » (nous soulignons). La nuance apportée par les adverbess soulignés laisse à penser que les juges interprètent très largement la notion de « criminel » et n'empêche pas de retenir le principe d'un dessein comportant la commission d'un crime. Voir en ce sens l'Opinion minoritaire de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement *Katanga*, préc., §286.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, §1630.

⁹⁵⁸ L'attaque du village de Bogoro dans l'affaire *Katanga* a ainsi été envisagée d'abord comme un plan commun par la Chambre Préliminaire I, puis comme un dessein commun par la Chambre de Première instance II.

⁹⁵⁹ Voir *supra* §94.

Bien avant que les juges ne soient confrontés à la question, plusieurs auteurs avaient soulevé la possibilité de distinguer la commission conjointe indirecte et la contribution à un groupe de personnes agissant de concert en se fondant sur le nombre d'intervenants à la commission du crime. Ainsi, Philippe Currat a pu déduire de la rédaction au singulier de l'article 25§3(a) StCPI⁹⁶⁰ que « si plus de deux personnes agissent ensemble, elles forment « un groupe de personnes agissant de concert » en vue de commettre un crime, tel que le prévoit l'article 25§3(d) StCPI »⁹⁶¹ ; Albin Eser relève, quant à lui, qu'« en supposant qu'il doit être distingué du « couple » comptant deux individus, le « groupe » doit compter au moins trois individus liés par un objectif commun »⁹⁶². La Cour écarte cependant ces arguments en affirmant qu'au sens de l'article 25§3(a) StCPI, « la commission conjointe suppose que *deux individus ou plus* s'entendent pour contribuer à la commission de l'infraction et agir en conséquence »⁹⁶³ ; sans véritablement se prononcer sur le nombre d'intervenants que doit comporter le groupe visé par l'article 25§3(d) StCPI, les juges affirment implicitement que le critère du nombre ne peut fonder la distinction entre l'action conjointe et l'action concertée.

S'intéressant aux membres du groupe, un autre argument a été avancé à cette même fin par la Défense de Callixte Mbarushimana à l'occasion de l'audience de confirmation des charges. Reprenant à son compte une analyse d'Antonio Cassese, la Défense affirme que « la responsabilité prévue à l'article 25§3(d) du Statut ne s'applique qu'aux personnes étrangères au groupe agissant dans un dessein commun »⁹⁶⁴, sous-entendant de la sorte que le contributeur n'est pas un membre du groupe agissant de concert. Antérieurement à cette affaire, Antonio Cassese avait sur ce point soutenu que « l'essence de l'article 25§3(d) n'est pas la régulation de l'entreprise criminelle commune mais davantage celle d'un mode différent de responsabilité consistant dans le fait qu'une personne extérieure au groupe criminel commettant le crime contribue à la commission d'un tel crime sans être un membre du groupe criminel »⁹⁶⁵. Cette théorie du « contributeur extérieur » s'inspire en réalité de l'infraction en droit pénal italien de *concorso esterno in*

⁹⁶⁰ Pour rappel, « une personne est pénalement responsable si (...) elle commet un tel crime (...) conjointement avec une autre personne » (nous soulignons).

⁹⁶¹ P. Currat, *op. cit.*, p. 606.

⁹⁶² A. Eser, « Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 802.

⁹⁶³ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 11 novembre 2014, §33.

⁹⁶⁴ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §272.

⁹⁶⁵ A. Cassese, *International criminal law*, OUP, 2^e éd., 2008, p. 213.

*associazione mafiosa*⁹⁶⁶ qui « vise l'hypothèse d'une personne qui, sans faire partie de l'association criminelle, apporte une contribution à celle-ci »⁹⁶⁷. « Produit “confectionné” par les magistrats dans le cadre d'une politique judiciaire de lutte contre la criminalité organisée »⁹⁶⁸, cette forme de complicité à l'association criminelle érigée en infraction connaît de nombreuses controverses⁹⁶⁹, notamment celle de rendre difficile sa distinction avec la participation à l'association criminelle dont la définition est entendue largement⁹⁷⁰ ; pourtant, elle reste une forme privilégiée de la répression de la criminalité organisée car elle permet de saisir les comportements de contiguïté à l'association criminelle⁹⁷¹. Cette ambition se trouve également au cœur des provisions de l'article 25§3(d) StCPI et semble justifier cette similitude des mécanismes ; ainsi, il est permis de penser que les caractéristiques de l'infraction de *concorso esterno* peuvent être valablement envisagées dans le cadre de la complicité par contribution à un groupe de personnes agissant de concert. Si l'idée d'un contributeur extérieur au groupe permettrait une nette distinction avec la commission conjointe car fondée sur la qualité de membre du groupe, elle n'est toutefois pas retenue par la Cour ; les juges soutiennent en effet qu'« adopter un critère tenant à l'existence d'une contribution essentielle pour déclarer engagée la responsabilité en vertu de l'article 25§3(a) du Statut, tout en acceptant l'argument de la Défense selon

⁹⁶⁶ Littéralement, le concours externe à une association mafieuse.

⁹⁶⁷ R. Parizot, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, p. 337. Voir également, M. Venturoli, « Au-delà de la participation à l'association de type mafieux : le concours externe », *RSC*, 2017, p. 27 et s. ; l'auteur souligne que « le concours externe découle de la combinaison de l'infraction d'association de malfaiteurs avec la norme générale en matière de participation à l'infraction, c'est-à-dire l'article 10 du code pénal. Grâce à cette dernière disposition sont rendues punissables les conduites favorisant l'association criminelle réalisées par des sujets non formellement affiliés à celle-ci » (p. 30 ; l'article 10 du code pénal italien dispose que « Lorsque deux personnes ou plus participent à la même infraction, chacune d'entre elle encourt la peine établie par l'incrimination correspondante, sous réserve de l'application des articles suivants »).

⁹⁶⁸ M. Venturoli, *ibid.*, p. 32.

⁹⁶⁹ L'infraction *concorso esterno in associazione mafiosa* est débattue depuis plusieurs décennies en doctrine et par les magistrats. Elle connaît d'ailleurs de nombreuses évolutions jurisprudentielles (voir R. Parizot, *ibid.*, p. 339, p. 343-345 ; M. Venturoli, *ibid.*, p. 32-36) et a récemment été soumise à la censure de la Cour européenne des droits de l'homme sans toutefois que soit remise en question sa propre légitimité (CEDH, *Contrada c/ Italie*, n°66655/13, 14 avril 2015 ; la Cour souligne uniquement la non-conformité à l'article 7 de la Convention de l'application du *concorso esterno* relativement à des faits s'étant déroulés avant toute définition claire et précise par la jurisprudence du contenu de l'infraction). Pour plus de développements sur ce dernier point, voir M. Venturoli, *ibid.*, p. 36-38).

⁹⁷⁰ R. Parizot, *ibid.*, p. 338 et s. ; M. Venturoli, *ibid.*, p. 28 et s..

⁹⁷¹ Raphaële Parizot évoque à ce sujet une « aire grise » correspondant aux comportements qui ne peuvent être assimilés à des faits de participation à l'association criminelle « sans affaiblir encore davantage un élément matériel déjà très pauvre ». L'auteure ajoute que « de plus, l'élément moral n'est pas le même : une personne peut adhérer à la réalisation commune d'infractions sans être au courant des tenants et aboutissants de l'association, sans avoir le dol spécial requis de réaliser les buts en vue desquels l'association a été formée ». « La différence entre la participation et le concours externe tient au fait que, dans le premier cas, le sujet est un élément de l'organisation, alors que dans le second, il ne l'est pas » (R. Parizot, *ibid.*, p. 340-341).

lequel l'article 25§3(d) ne s'applique qu'à des personnes étrangères au groupe, conduirait à restreindre la responsabilité pénale de ceux des membres du groupe qui apportent une contribution non essentielle »⁹⁷². Ainsi, en fondant leur raisonnement sur une lecture d'ensemble des mécanismes de l'article 25§3 StCPI⁹⁷³, les juges s'assurent qu'aucun comportement n'échappe au champ de la répression ; leur analyse peut d'ailleurs être confortée par le constat, en droit italien, que la notion de participation à l'association criminelle englobe toutes les formes de contribution fonctionnelle à l'intérieur de l'association⁹⁷⁴, justifiant ainsi la nécessité d'un mécanisme visant les contributions extérieures. À l'occasion du Jugement *Katanga*, la Chambre de Première instance II confirmera cette position en précisant que « le groupe n'est pas exclusivement composé de personnes dont la responsabilité pénale en tant qu'auteur principal des crimes est établie ou même seulement envisagée ; en ce sens, limiter l'application de l'article 25§3(d) aux seules personnes qui contribuent à la commission des crimes de l'extérieur du groupe réduirait excessivement la portée de cette disposition »⁹⁷⁵.

Ainsi, au nom d'une répression sans faille, le nombre et la qualité de membre du groupe sont indifférents à la caractérisation de la contribution à un groupe de personnes agissant de concert et ne permettent pas, dès lors, de la distinguer de la participation principale conjointe.

136. L'imprécision d'une distinction fondée sur le degré de contribution.

L'article 25§3(d) StCPI prévoit que la contribution au crime commis par un groupe de personnes agissant de concert doit être apportée de « toute autre manière ». Potentiellement très étendue⁹⁷⁶, l'expression ne saurait renvoyer à une contribution « de n'importe quelle manière »⁹⁷⁷ : les juges considèrent d'ailleurs « qu'il n'est pas souhaitable que cette

⁹⁷² CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §273.

⁹⁷³ Il est permis de relever en outre que ce critère du contributeur extérieur pourrait faire écho à l'article 25§3(c) StCPI qui couvre déjà toute les formes d'assistance dans la commission du crime. En faveur de son interprétation, Antonio Cassese avance sur ce point que l'article 25§3(c) StCPI ne s'applique qu'aux contributeurs aidant un unique participant principal, alors que l'article 25§3(d) StCPI vise les contributeurs assistant une pluralité de personnes (A. Cassese, *op. cit.*, p. 213) ; cependant, comme le souligne Jens David Ohlin, les prescriptions de l'article 25§3(c) StCPI en tant que telles sont suffisamment larges pour couvrir l'assistance d'une pluralité de personnes puisque nulle part les termes de la disposition ne se limitent à l'assistance d'un unique individu (J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 416).

⁹⁷⁴ M. Venturoli, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁷⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1631.

⁹⁷⁶ Pour une analyse des interprétations possibles, voir Z. Sanikidze, « The level of « contribution » required under article 25(3)(d) of the Rome Statute of the International Criminal Court », *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 224-227.

⁹⁷⁷ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 506.

responsabilité soit déclenchée pour toute contribution, quelle qu'elle soit »⁹⁷⁸ et précisent que la nature résiduelle de cette forme de responsabilité du complice⁹⁷⁹ « permet de couvrir celle des contributions qui ne tombent pas sous le coup des alinéas a) à c) de l'article 25§3 du Statut »⁹⁸⁰. En attachant ainsi un seuil de gravité minimal et une nature distincte à la contribution prévue à l'article 25§3(d) StCPI, la Cour admet l'incidence de ces éléments sur le degré de contribution requis⁹⁸¹ : si ce « degré de contribution (...) ne saurait être aussi élevé que celui requis à l'article 25§3(a), puisque ce dernier exige une contribution essentielle »⁹⁸², alors « une contribution à la commission d'un crime par un groupe agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun doit être au moins importante »⁹⁸³. Afin de déterminer l'importance de cette contribution, les juges précisent que l'analyse doit être faite *in concreto*, « en examinant le comportement en cause et le contexte dans lequel celui-ci a été adopté »⁹⁸⁴. Dès lors, la distinction entre la contribution essentielle du participant principal conjoint et la contribution importante du participant à une action concertée semble clairement établie en théorie.

⁹⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §276. La Chambre rappelle en ce sens qu'« au cours du processus de rédaction du Statut, l'ancien libellé des dispositions appelées à devenir l'article 17§1 du Statut, énonçant notamment le critère de recevabilité et exigeant que le "crime" en question soit d'une gravité suffisante, a été remplacé par la formulation actuelle qui prévoit que l' "affaire" doit être d'une gravité suffisante » ; dès lors, « non seulement les crimes, mais aussi les contributions aux crimes doivent atteindre un degré d'importance suffisant pour relever de la compétence de la Cour ». Cette analyse paraît cependant très discutable notamment car d'une part, le seuil de gravité requis par l'article 17§1(d) concerne uniquement la décision portant sur la recevabilité d'une affaire comme condition à l'exercice de la compétence de la Cour et d'autre part, le Statut distingue clairement la définition des crimes et les formes de responsabilité des questions pertinentes pour la recevabilité d'une affaire (voir sur cette question, l'Opinion individuelle de la Juge Silvia Fernandez de Gurmendi jointe à CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 OA 4, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre Préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012, §10).

⁹⁷⁹ Voir *supra* §132.

⁹⁸⁰ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §278. La Chambre Préliminaire II confirme d'ailleurs clairement la subsidiarité de la disposition à l'occasion de l'affaire *Ruto, Kosgey et Sang*, en affirmant que « cette disposition doit, par conséquent, être interprétée comme une forme résiduelle de responsabilité du complice, qui n'est déclenchée que lorsque les conditions énoncées aux alinéas a) et c) ne sont pas remplies » (CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges à l'article 61(1)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §354).

⁹⁸¹ *Ibid.*.

⁹⁸² *Ibid.*, §279. Voir également *supra* §121.

⁹⁸³ *Ibid.*, §283.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, §285. S'inspirant de « l'opinion d'éminents commentateurs et de la jurisprudence internationale », la Cour relève cependant plusieurs éléments de fait utiles pour apprécier si le comportement du suspect équivaut à une contribution importante : « i) la poursuite de la participation une fois que l'intéressé s'est rendu compte de la nature criminelle du dessein commun poursuivi par le groupe ; ii) tout effort déployé pour empêcher une activité criminelle ou entraver le bon déroulement des crimes commis par le groupe ; iii) le fait que l'intéressé ait élaboré le plan criminel ou l'ait simplement exécuté ; iv) la position du suspect au sein du groupe ou vis-à-vis du groupe ; et c'est peut-être l'élément le plus important, v) le rôle joué par le suspect par rapport à la gravité des crimes commis et de leur ampleur » (§284).

Toutefois, l'analyse factuelle menée lors de l'affaire *Mbarushimana* soulève plusieurs interrogations, notamment car les éléments relevés par les juges pour apprécier l'importance de la contribution de l'accusé pourraient valablement caractériser un degré plus élevé de contribution. En l'espèce, il était reproché à Callixte Mbarushimana d'avoir contribué aux crimes commis dans les provinces du Kivu en République démocratique du Congo par les Forces démocratiques pour la Libération du Rwanda⁹⁸⁵ en vue de « provoquer une catastrophe humanitaire »⁹⁸⁶ et d'attirer l'attention du monde sur les exigences politiques desdites forces⁹⁸⁷ ; afin d'établir le degré de contribution de l'accusé, les juges s'intéressent notamment à son rôle en tant que « dirigeant des FDLR »⁹⁸⁸ et affirment qu'il n'avait pas « le pouvoir d'exercer quelque autorité que ce soit sur les chefs militaires et les soldats des FDLR présents sur le terrain »⁹⁸⁹ – ses tâches se limitant aux relations des FDLR avec les médias et le monde extérieur – et qu'il « ne s'acquittait pas des tâches de coordination qui lui incombait en tant que secrétaire exécutif des FDLR »⁹⁹⁰ – sa responsabilité la plus importante étant la publication de communiqué de presse au nom de l'organisation. Pour ces raisons, la Chambre conclut qu'« il n'existe pas de motifs substantiels de croire que le suspect a contribué au plan qu'aurait adopté les FDLR pour attaquer la population civile en acceptant de conduire une campagne médiatique internationale dans le cadre dudit plan »⁹⁹¹. Le raisonnement des juges interpelle sur deux points lorsqu'il s'agit de distinguer la contribution de l'article 25§3(a) StCPI de celle de l'article 25§3(d) ici visée en l'espèce. D'une part, les éléments factuels relevés ne semblent pas adaptés à la caractérisation d'une contribution importante mais servent à démontrer que la contribution de l'accusé n'est pas celle d'un dirigeant ou d'un

⁹⁸⁵ Les troupes des FDLR auraient commis plusieurs crimes de guerre à différents endroits et à différents moments, en particulier à Busurungi et dans les villages voisins en mars 2009 (meurtres) ainsi qu'entre le 9 et le 12 mai 2009 ou vers ces dates (attaques de civils, meurtres, mutilations, viols, traitements cruels, destructions de biens et actes de pillage), à Manje le 20 juillet 2009 ou vers cette date (attaques de civils, meurtres, traitements cruels et destructions de biens), à Malembe du 11 au 16 août 2009 ou vers cette date (attaques de civils et destructions de biens), et à Mianga le 12 avril 2009 ou vers cette date (attaques de civils, meurtres et destructions de biens).

⁹⁸⁶ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §6.

⁹⁸⁷ Pour rappel, au lendemain du génocide perpétré en 1994 au Rwanda, alors que les rebelles du Front patriotique rwandais (FPR) prenaient le contrôle du pays, des membres des ex-Forces armées rwandaises et des milices interahamwe soupçonnés d'avoir participé au génocide rwandais, ont fui vers les provinces du Kivu. Au fil du temps, ces derniers se sont organisés en groupes politiques et militaires structurés, dont les FDLR, afin de renverser le nouveau Gouvernement rwandais. Selon les statuts des FDLR, ce groupe armé a pour objectif de « reconquérir et défendre la souveraineté nationale » du Rwanda.

⁹⁸⁸ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §293 et s..

⁹⁸⁹ *Ibid.*, §297.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, §298.

⁹⁹¹ *Ibid.*, §299.

coordinateur. Or, en déduisant principalement l'absence de contribution de l'absence d'un pouvoir d'autorité, la Cour entretient une certaine confusion en se référant à cet élément caractéristique d'une contribution essentielle⁹⁹² ; si vraisemblablement la contribution de l'accusé n'était pas essentielle, ne pouvait-elle pas être « au moins importante » ? En s'abstenant de rechercher le véritable effet du comportement de l'accusé sur la commission du crime, les juges ne pouvaient finalement que conclure à l'inexistence de motifs substantiels sur ce point. D'autre part, alors que le texte vise « une contribution de toute autre manière (...) à la commission d'un tel crime », les juges s'attachent à démontrer *in concreto* l'importance de la contribution de l'accusé relativement au plan adopté par les FDLR ; or, ce glissement du crime vers le plan ne permet pas de montrer comment le comportement de l'accusé est lié à la commission du crime mais quel rôle il a joué dans l'exécution du plan, et oblige alors à rechercher un lien suffisamment fort avec le plan au risque de perdre toute connexion avec le crime. La confusion naît aussi, sur ce point, de la caractérisation d'une contribution plus qu'importante pour compenser ce glissement.

À l'occasion de l'appel de la décision de confirmations des charges dans cette même affaire⁹⁹³, la Juge Silvia Fernandez de Gurmendi joint une opinion individuelle particulièrement virulente à l'encontre de l'interprétation et de l'analyse retenue par la Cour⁹⁹⁴ concernant la contribution de l'article 25§3(d) StCPI. Estimant que la Chambre Préliminaire I ajoute un critère à la disposition⁹⁹⁵, elle considère que l'expression « de toute

⁹⁹² Voir *supra* §97. La contribution essentielle est celle sans laquelle le crime n'aurait pu être commis ; elle trouve ainsi l'une de ses caractéristiques dans l'existence d'un pouvoir de frustration du crime, pouvoir qui ne peut être détenu que par un individu exerçant une position d'autorité.

⁹⁹³ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 OA 4, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre Préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012.

⁹⁹⁴ Il convient de mentionner que l'analyse critiquée par la Juge Silvia Fernandez de Gurmendi est en réalité celle de la Chambre Préliminaire I dans sa décision de confirmation des charges. En effet, la Chambre d'appel rejette le troisième moyen d'appel du Procureur arguant d'une erreur de droit issue de l'interprétation retenue par les juges du degré de contribution requis par l'article 25§3(d) StCPI. Elle avance à cette fin que : « La Chambre Préliminaire a ainsi conclu qu'un élément fondamental de l'article 25-3-d du Statut, à savoir l'existence d'un groupe de personnes agissant de concert, n'avait pas [été] établi. Même si elle avait adopté une interprétation différente de la « contribution » visée à l'article 25-3-d, elle n'aurait pas confirmé les charges portées à l'encontre de Callixte Mbarushimana. En conséquence, même si la Chambre d'appel partageait l'avis du Procureur selon lequel la Chambre Préliminaire a commis une erreur dans l'interprétation de l'article 25-3 du Statut, elle n'infirmerait pas la décision attaquée puisque celle-ci n'en aurait pas pour autant été sérieusement entachée d'erreur » (§66). La Chambre d'appel admet cependant que « la décision attaquée est pour le moins ambiguë s'agissant des contributions qui, selon la Chambre Préliminaire, étaient le fait de Callixte Mbarushimana, mais qui ne constituaient pas une contribution « importante » » (§67) et qu'« au vu de ces ambiguïtés (...), si la Chambre d'appel devait examiner au fond le troisième moyen d'appel en ces circonstances, elle le ferait *in abstracto* et se livrerait ainsi à une discussion purement théorique » (§68).

⁹⁹⁵ Opinion individuelle de la Juge Silvia Fernandez de Gurmendi jointe à CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre Préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012, §7.

autre manière » indique qu'il ne devrait pas y avoir de norme ou de degré minimum de contribution⁹⁹⁶ ; selon elle, la véritable question est celle des contributions dites « neutres » et elle trouve sa réponse dans « l'analyse des liens formels et causaux entre la contribution et le crime plutôt que dans l'instauration d'un degré de contribution minimum »⁹⁹⁷. Si la pertinence de la proposition incite à reconsidérer l'interprétation prétorienne, il est toutefois regrettable que la Juge n'apporte pas davantage de précisions, notamment sur la définition d'une contribution neutre⁹⁹⁸.

Les interrogations entourant le degré de la contribution de l'article 25§3(d) StCPI se sont également posées à l'occasion d'autres affaires. Si l'analyse retenue dans la décision de confirmation des charges lors de l'affaire *Ruto, Kosgey et Sang* repose sur une lecture hiérarchisée des modes des contributions accessoires pour appréhender cette contribution⁹⁹⁹, elle s'inscrit cependant dans la même logique que la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana* : en affirmant qu'il s'agit d'une contribution moindre qu'une contribution substantielle et qu'une contribution essentielle, les Chambres Préliminaires I et II ne précisent pas dans ces deux affaires ce qu'elle est véritablement. Afin de pallier cette indétermination, les juges réaffirment à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Katanga* qu'« il est essentiel que la contribution de l'accusé soit rattachée à la commission du crime et non pas seulement aux activités du groupe envisagées de manière générale »¹⁰⁰⁰ ; qu'« en effet, c'est une *contribution significative*, analysée

⁹⁹⁶ *Ibid.*, §9. Elle avance, en ce sens, que « selon les circonstances d'une affaire, fournir des vivres ou des services à un groupe armé pourrait être une contribution importante, substantielle ou même essentielle à la commission des crimes par de groupe (§12).

⁹⁹⁷ *Ibid.*, §12. Il faut relever ici un problème de traduction. En effet, l'expression « des liens formels et causaux » est traduite en anglais par « the normative and causal links » ; or, un lien « formel » et un lien « normatif » ne semblent pas désigner des hypothèses similaires, le premier renvoyant à un lien clair et non équivoque alors que le second fait davantage référence à un lien adéquat (pour un rappel, voir *supra* §12).

⁹⁹⁸ Une contribution « neutre » ne peut se comprendre comme véritablement dépourvue d'effet car, dans ce cas, elle serait imperceptible factuellement ; ainsi, une contribution « neutre » pourrait être celle qui est en lien avec les activités du groupe mais n'a pas d'effet sur la commission du crime. Par exemple, il pourrait s'agir, comme le souligne Marina Aksenova, de contributions à des activités militaires légitimes (M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, Hart publishing, 2016, p. 109 ; également M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC : the labels that don't always stick », *ICLR*, 2015, p. 648).

⁹⁹⁹ CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kirpono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, 23 janvier 2012 : les juges avancent notamment que « même à supposer que la contribution requise à l'alinéa c) (...) doive être "substantielle", cela ne signifie pas que la contribution requise à l'alinéa d) doive l'être également », notamment car « si les alinéas c) et d) exigeaient tous deux une contribution "substantielle", la hiérarchie des différents mode de participation envisagée à l'article 25-3 n'aurait plus de sens » ; ils concluent alors que « la contribution requise à l'alinéa d) est donc établie par l'existence d'une contribution moins que "substantielle", à condition que celle-ci aboutisse à la commission des crimes reprochés » (§354).

¹⁰⁰⁰ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1632.

crime par crime, qui devra être démontrée au-delà de tout doute raisonnable »¹⁰⁰¹. Cette contribution significative doit ainsi être « de nature à influencer sur la commission du crime »¹⁰⁰² mais « la commission du crime ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci »¹⁰⁰³ : « la contribution sera considérée comme étant significative lorsqu'elle aura influé soit sur la survenance du crime soit sur la manière dont il a été commis, soit sur les deux »¹⁰⁰⁴. Prescrivant une analyse *in concreto*¹⁰⁰⁵, les juges précisent que, dans les faits, « il n'est pas nécessaire d'établir un lien direct entre le comportement du complice et celui de l'auteur matériel »¹⁰⁰⁶ et rejettent la proximité avec le crime comme critère pertinent¹⁰⁰⁷ : la Chambre estime que « c'est l'effet que produit le comportement sur la réalisation du crime qui importe – que la contribution soit apportée à une personne qui soit ou non auteur du crime – et que la contribution pourra être reliée soit aux éléments matériels des crimes (elle pourra alors, à titre d'exemple, se traduire par une fourniture de moyens telle que des armes) soit à leurs éléments subjectifs (il pourra éventuellement s'agir d'encouragements) »¹⁰⁰⁸. En éludant ainsi toute comparaison ou hiérarchisation avec les autres mécanismes d'imputation, la Chambre de Première instance II singularise la contribution de l'article 25§3(d) StCPI et permet ainsi une distinction théorique plus nette avec la contribution essentielle attachée à la participation principale conjointe indirecte : si cette dernière est indispensable à la commission du crime, la contribution significative en revanche ne conditionne pas sa réalisation. Toutefois, la caractérisation des éléments factuels reste une opération peu aisée ; les juges l'admettent d'ailleurs dans le Jugement *Katanga* lorsqu'ils affirment que « certes, toute aide fournie à la préparation d'une opération d'ordre militaire ne constitue pas, obligatoirement et de manière générale, une contribution aux crimes commis par les membres d'un groupe armé y participant »¹⁰⁰⁹, mais soulignent dans le même temps que « le fait que le comportement

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, nous soulignons. Il faut mentionner ici que cette « contribution significative » équivaut à la « contribution importante » relevée par les juges dans l'affaire *Mbarushimana* précitée ; les versions anglaises des deux décisions visent en effet « a significant contribution »

¹⁰⁰² *Ibid.*. Les juges précisent d'ailleurs qu'« un comportement qui n'aurait aucun effet ni aucun impact sur la commission du crime ne saurait dès lors être considéré comme suffisant et constituer une contribution au sens de l'article 25-3-d du Statut ».

¹⁰⁰³ *Ibid.*, §1633.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, §1634.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, §1635.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, §1636.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, §1635.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, §1673. Pour rappel, il est reproché à l'accusé d'avoir aidé à coordonner l'attaque du village de Bogoro en offrant un soutien logistique consistant à obtenir et distribuer des armes et des munitions en vue de cette attaque comme en organisant et en participant à des réunions de préparation.

de l'accusé ait constitué une contribution à l'opération militaire (...) n'empêche pas que son comportement puisse aussi éventuellement constituer une contribution à la commission de crimes (...) au sens de l'article 25-3-d du Statut »¹⁰¹⁰. Ce raisonnement relativement confus n'empêche pourtant pas la Chambre de conclure à l'existence d'une contribution significative de l'accusé car celle-ci « s'est révélée particulièrement pertinente pour la commission des crimes (...) car elle a influé de manière importante sur leur survenance ainsi que sur la manière dont ils ont été commis »¹⁰¹¹, « son intervention [ayant] en effet permis à la milice [qu'il présidait] de bénéficier de moyens logistiques dont elle ne disposait pas et qui avaient pourtant pour elle un intérêt capital pour attaquer Bogoro »¹⁰¹². S'il faut saluer l'effort de caractérisation de la contribution de l'accusé qui tempère la confusion avec toute autre forme de participation¹⁰¹³, il faut également relever une certaine contradiction dans la démonstration de la Cour lorsqu'elle qualifie cette contribution de « particulièrement pertinente » tout en lui faisant produire des effets d'un « intérêt capital ». Dénoncée avec virulence, l'insuffisance des éléments probatoires constatée de manière générale dans ce jugement¹⁰¹⁴ trouve une particulière résonance dans l'analyse de la contribution de l'accusé¹⁰¹⁵. Notamment, peu convaincue par le raisonnement de la Chambre sur ce point, la Juge Christine van den Wyngaert affirme dans son opinion

¹⁰¹⁰ *Ibid.*.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, §1679.

¹⁰¹² *Ibid.*. La Chambre relève d'ailleurs que « le scénario de l'attaque atteste de l'importance de la puissance de feu mise en œuvre pour parvenir à sa réussite » (§1678).

¹⁰¹³ Il faut toutefois relever que les juges mentionnent à plusieurs reprises que Germain Katanga « présidait » la milice mais qu'ils ne font pas de cette position d'autorité, à l'inverse de la Chambre Préliminaire dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Mbarushimana*, l'argument central de leur analyse. Le statut de l'accusé sert justement la compréhension du contexte et permet de souligner son rôle sans pour autant le rendre indispensable à la commission du crime. Dans son opinion minoritaire jointe au Jugement *Katanga*, la Juge Christine van den Wyngaert dénonce d'ailleurs cette désignation de l'accusé (§296 et s.) et affirme que les éléments de preuve avancés, notamment un témoignage sur lequel la Cour s'appuie largement et qu'elle considère peu sûr, ne permettent pas de considérer l'accusé comme un *leader* (§300) et, que « le mieux que la Cour puisse argumenter est qu'il est davantage plausible que Germain Katanga était celui à qui l'on s'adressait en tant que "président" » (§298). Un auteur y voit pourtant un élément de preuve déterminant, au point même d'en déduire sa qualité de coauteur et de considérer la condamnation de l'accusé en tant que complice comme une « anomalie » (voir D. Chilstein, *op. cit.*, p. 168).

¹⁰¹⁴ Voir notamment, J. Branco, *op. cit.*, p. 267-277. Très critique à l'égard de la Majorité, l'auteur dénonce, sur certains points, « une interprétation spéculative [permettant] à la Chambre de faire correspondre les faits avec la théorie qu'elle souhaitait voir appliquer » (p. 273). Dans le même sens, Carsten Stahn affirme que « le traitement des preuves et des aspects procéduraux de l'affaire est l'un des aspects les plus troublants de la décision » (C. Stahn, « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the *Katanga* Judgment », *JICJ*, 2014, p. 819).

¹⁰¹⁵ Visant spécifiquement les paragraphes 1676, 1677 et 1679 du Jugement, Juan Branco affirme que « la multiplication (...) d'allégations non prouvées lors des procédures, ni appuyées par les éléments de preuve présentés comme étant admis "au-delà de tout doute raisonnable" par la Chambre est éloquent » ; qu'ainsi, « loin d'être secondaire, cette succession de suppositions présentées plus ou moins affirmativement permet rhétoriquement à la Chambre, *in fine*, de conclure contre toute évidence *in concreto* à la "contribution particulièrement pertinente" de Germain Katanga aux crimes. (...) ». (J. Branco, *op. cit.*, p. 275).

minoritaire « qu'il n'existe aucune preuve démontrant que la contribution de Germain Katanga était spécifiquement liée à la commission des crimes à Bogoro »¹⁰¹⁶ et qu'« au contraire, toutes les contributions alléguées auraient tout aussi pu être faites au plan de reconquête de Bogoro »¹⁰¹⁷. Ainsi, le glissement constaté précédemment dans l'affaire *Mbarushimana* du crime vers le plan semble de nouveau se manifester ici : si l'effet de la contribution de l'accusé a pu être important sur la réalisation et l'exécution du plan organisant l'opération militaire, il n'est pas aussi évident sur la commission des crimes¹⁰¹⁸.

De ces difficultés constatées à établir un lien clair et suffisant entre la contribution et la commission du crime naissent les imprécisions qui entourent la distinction entre la participation principale conjointe indirecte et la participation accessoire à une action concertée. Au cœur de ces deux mécanismes, la nature indirecte de la contribution au crime – qu'elle opère par le truchement d'une organisation ou d'un groupe agissant de concert – rend finalement complexe la mesure de l'impact sur le crime tant le lien entre les deux éléments devient « superficiel »¹⁰¹⁹. L'analyse de l'élément moral attaché aux deux formes de participation devrait cependant permettre de renforcer et singulariser la connexion entre la contribution et la commission du crime, et ainsi distinguer davantage les deux mécanismes d'imputation.

137. L'éventuelle distinction sur le plan subjectif. S'agissant de l'élément moral attaché à la contribution à une action concertée, l'article 25§3(d) StCPI précise que la contribution doit d'une part, « être intentionnelle » et d'autre part, « selon les cas : i) viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ». En prévoyant ainsi un élément moral propre à la contribution à une action concertée, la

¹⁰¹⁶ Opinion minoritaire de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement *Katanga*, préc., §304.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*.

¹⁰¹⁸ La Juge Christine van den Wyngaert précise d'ailleurs que « the only way in which Germain Katanga's contribution to the plan could be construed as having furthered the Ngiti's criminal common purpose is by arguing that the attack on the UPC was a necessary first step – a hurdle to overcome – in order to have free reign to attack the civilian population. (...) Therefore, if Germain Katanga made a contribution to the legitimate attack on the UPC, he also indirectly contributed to the crimes committed against the Hema civilian population by taking away a major obstacle – the UPC – which prevented a full-scale attack on the civilians » (§306). Elle affirme toutefois que « (...) such an argument would, it seems to me, be putting the cart before the horse. (...) To suggest that the UPC was simply a hindrance that had to be removed in order to allow the commission of crimes against the Hema civilian population is not sustained by any evidence and, in my view, is entirely implausible » (§307).

¹⁰¹⁹ M. Aksenova, *Complicity...*, op. cit., p. 110. « The link between the two elements is always *cursor*y since it is interrupted by the freely chosen acts of other people – the immediate perpetrators » (nous soulignons).

disposition marque clairement une différence théorique avec l'intention générale de l'article 30 StCPI requise pour la participation conjointe, le jeu de la règle par défaut légitimant cette distinction¹⁰²⁰. De plus, cette construction en deux temps de l'élément subjectif de l'article 25§3(d) StCPI reflète l'essence même de la participation accessoire : si elle conforte l'idée que la relation entre le participant accessoire et le participant principal repose sur un emprunt de criminalité en précisant que la contribution doit « viser à faciliter l'activité criminelle du groupe » ou « être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe », elle renforce dans le même temps l'autonomie individuelle du participant accessoire en exigeant que « sa contribution [soit] intentionnelle ». Formellement décelées par la lecture du texte, la singularité de cet élément moral et sa distinction avec l'élément moral attaché à la participation conjointe se retrouvent dans l'analyse prétorienne ; toutefois, l'interprétation des deux aspects qui le structurent soulèvent quelques interrogations.

S'inscrivant dans une certaine logique, l'exigence d'une « contribution intentionnelle » s'avère pourtant déconcertante : en effet, comment expliquer cette référence à une intention générale alors que l'élément psychologique de l'article 25§3(d) StCPI constitue justement une « disposition contraire » à l'article 30 StCPI¹⁰²¹ ? En effet, l'article 25§3(d) StCPI ne devrait techniquement viser qu'un élément moral spécifique, différent de celui prévu par la règle s'appliquant par défaut. Il paraît donc difficile *a priori* de justifier cette exigence – si ce n'est par un excès de sécurité de la part des rédacteurs – tant elle apparaît superflue¹⁰²² car redondante avec les prescriptions de l'article 30 StCPI¹⁰²³. À l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, la Cour a ainsi jugé approprié d'utiliser la définition de l'intention prévue par l'article 30 StCPI pour déterminer ce que constitue

¹⁰²⁰ Pour rappel, l'article 30 StCPI définit de manière générale l'élément psychologique attaché à tout élément matériel mais prévoit que cet élément s'applique « sauf disposition contraire », Voir *supra* §51.

¹⁰²¹ La Cour l'admet d'ailleurs explicitement lors du Jugement *Katanga* en affirmant que « La Chambre constate que l'article 25§3(d) fait état d'un élément psychologique différent de celui que prévoit l'article 30 du Statut. L'article 25§3(d) constitue donc une disposition contraire » (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1637).

¹⁰²² Il convient ici de relever que si le paragraphe (d) fait mention de cette intention générale, le paragraphe (c) se contente de viser uniquement l'intention spécifique attachée à l'assistance, tenant pour acquis le postulat d'une assistance intentionnelle (voir *supra* §125).

¹⁰²³ Jens David Ohlin ajoute d'ailleurs que cette référence à l'intention est une « inclusion explicite totalement mystérieuse » (J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 418). Plus nuancé, Kai Ambos précise que la compréhension de l'adjectif « intentionnel » dépend de l'analyse du contexte dans lequel la notion est utilisée : « if it is used as an expression of the general mental element it has to be understood also in a general sense as *dolus* ; if it is used in a specific context to express a specific intention, aim or purpose of the perpetrator, it has to be understood as first degree *dolus directus* » (K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 759).

une « contribution intentionnelle »¹⁰²⁴ ; elle en déduit que pour qu'une personne soit retenue responsable en vertu de l'article 25§3(d) StCPI, elle doit à la fois « entendre adopter le comportement qui contribuerait au crime » et « être au moins consciente que son comportement contribue aux activités du groupe de personnes pour les crimes desquelles sa responsabilité serait engagée »¹⁰²⁵. Dès lors, de la même manière que le prévoit l'article 30 StCPI s'appliquant à la participation principale, l'intention visée par l'article 25§3(d) StCPI se compose d'un élément volitif et d'un élément cognitif. Toutefois, une distinction peut être établie : si l'intention appliquée par défaut à l'article 25§3(a) StCPI s'analyse en lien avec le crime, l'intention visée par l'article 25§3(d) StCPI, quant à elle, se rattache au comportement qui constitue la contribution¹⁰²⁶. Cette interprétation conduit alors les juges à retenir, lors du Jugement *Katanga*, que « l'accusé a agi délibérément et était pleinement conscient que son comportement contribuait aux activités de la milice »¹⁰²⁷, notamment car, lors de son témoignage, il a lui-même expliqué qu'« il avait consciemment apporté sa contribution au projet d'attaquer Bogoro »¹⁰²⁸ et que s'« il n'avait pas été contraint de rester à Aveba lors de l'assaut (...), il aurait (...) participé à l'attaque »¹⁰²⁹.

Se présentant comme une alternative, la seconde exigence prescrite par l'article 25§3(d) StCPI s'avère tout aussi déroutante. En effet, le texte précise que la contribution doit (i) « viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe » ou (ii) « être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime » ; or, comment la contribution d'un individu peut-elle viser à faciliter l'activité criminelle du groupe sans que cet individu ait connaissance de l'intention de ce groupe ? Souhaiter faciliter le crime ne présuppose-t-il pas la connaissance de l'activité criminelle ? La disposition paraît de nouveau redondante, à tel point que Jens David Ohlin conclut fermement qu'il ne peut exister d'hypothèse dans laquelle les poursuites reposent uniquement sur le paragraphe (i) tant le paragraphe (ii) envisage la connaissance largement¹⁰³⁰. Cette analyse pourrait dès lors justifier le raisonnement des juges lorsqu'ils affirment qu'« à la différence de l'aide et du concours visés à l'article 25§3(c), pour

¹⁰²⁴ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §288.

¹⁰²⁵ *Ibid.*. Cette interprétation est confirmée par la Cour à l'occasion du Jugement *Katanga* (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1639).

¹⁰²⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1638.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, §1683.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, §1684.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, §1683.

¹⁰³⁰ J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 418.

lesquels l'intention est toujours requise, la connaissance *suffit* pour déclarer engagée en vertu de l'article 25§3(d) la responsabilité de celui qui a apporté sa contribution à un groupe de personne agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun »¹⁰³¹. Plus nuancée, la Juge Christine van den Wyngaert relève toutefois, dans son opinion minoritaire jointe au Jugement *Katanga*, que la relation entre la *mens rea* requise et la connaissance par l'accusé du plan commun change de l'article 25§3(d)(i) StCPI à l'article 25§3(d)(ii) StCPI : en visant « l'exécution d'un crime », le paragraphe (i) imposerait une connaissance générale du dessein commun du groupe, alors qu'en visant la commission de « ce crime », le paragraphe (ii) supposerait la connaissance spécifique du crime que le groupe a l'intention de commettre¹⁰³². En tout état de cause, cette exigence de connaissance implique qu'il n'est pas requis que celui qui apporte une contribution ait l'intention de commettre un crime spécifique, ni nécessaire qu'il satisfasse à l'élément moral des crimes reprochés et « c'est là une différence fondamentale par rapport à la responsabilité visée à l'article 25§3(a) du Statut »¹⁰³³. Avalisant cette distinction, les juges de la Chambre de Première instance II ajoutent que la connaissance que l'accusé doit avoir de l'intention du groupe « doit être définie par référence à l'article 30§3 du Statut »¹⁰³⁴ : par conséquent, « l'accusé doit être conscient que cette intention existait au moment où il a adopté le comportement qui constituait sa contribution »¹⁰³⁵ et « la connaissance de cette circonstance devra être démontrée pour chacun des crimes spécifiques »¹⁰³⁶.

L'intention attachée à la contribution et la connaissance de l'intention criminelle du groupe marquent finalement la singularité de l'article 25§3(d) StCPI : si l'interprétation de ces deux éléments s'inspire directement de l'élément subjectif attaché à la participation principale, leur combinaison, véritable expression de l'emprunt de criminalité, permet assurément la distinction. Toutefois, sans remettre en cause cette distinction, l'appréciation de ces éléments soulève encore des interrogations dans sa dimension pratique. Il est en effet

¹⁰³¹ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §289.

¹⁰³² Nous soulignons. Opinion minoritaire de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Katanga*, préc., 7 mars 2014, §288. Malgré sa pertinence, cette analyse paraît discutable, notamment car la rédaction de l'article 25§3(d) StCPI est en plusieurs points confuse ; cette distinction dans la désignation du crime pourrait tout autant s'analyser comme une facilité de langage afin d'éviter, au (ii), la répétition de l'expression « un crime relevant de la compétence de la Cour » mentionnée au (i).

¹⁰³³ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §289.

¹⁰³⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1641.

¹⁰³⁵ *Ibid.*...

¹⁰³⁶ *Ibid.*, §1642.

particulièrement regrettable que les juges aient analysé l'état mental de Germain Katanga par le prisme d'une vision confuse des activités militaires et criminelles de la milice¹⁰³⁷ : s'il a pu fournir des armes et organiser l'attaque consciemment, la connaissance qu'il avait du dessein criminel du groupe s'avère plus discutable, notamment car l'attaque visait une cible militaire légitime. La juge Christine van den Wyngaert dénonce d'ailleurs sur ce point que « ce dont est réellement accusé Germain Katanga est d'avoir apporté sa contribution à une opération dont il savait qu'elle comportait un *risque* que certains individus pourraient s'en prendre aux civils *hema* s'ils en avaient l'opportunité »¹⁰³⁸. L'analyse factuelle semble par conséquent reposer sur la caractérisation d'un dol éventuel que le Statut lui-même ne reconnaît pas¹⁰³⁹.

138. Désignée clairement comme une forme de participation accessoire, la contribution à une action concertée se révèle finalement structurellement très proche de la commission indirecte conjointe : la fragilité de la distinction constatée sur le plan subjectif semble en effet difficilement permettre l'atténuation de l'intangibilité de celle relevée sur le plan objectif. Principal obstacle, la rédaction nébuleuse de l'article 25§3(d) StCPI rend complexe une interprétation cohérente et non redondante des éléments requis¹⁰⁴⁰ et pourrait justifier cette proximité structurelle. Dès lors, le critère du contrôle sur le crime servirait avant tout ici une distinction fonctionnelle : s'il échoue à opérer une nette distinction entre la commission conjointe indirecte et la contribution à une action concertée, il assure cependant durablement la coexistence de deux logiques d'imputation au cœur de l'article 25 StCPI, l'attribution mutuelle et l'emprunt de criminalité.

¹⁰³⁷ Les juges retiennent, par exemple, que Germain Katanga savait que la plupart des combattants qui se préparaient à la bataille de Bogoro avaient déjà tué, attaqué des populations civiles, détruit et pillé (§1687) ; qu'il savait que l'UPC était considérée comme une milice *hema* et qu'il avait connaissance de l'idéologie anti-hema qui animait et mobilisait les combattants de la milice *ngiti* (§1688) ; ou encore, qu'il savait que les méthodes généralement mises en œuvre en Ituri impliquaient des exactions contre la population civile et que « dès lors, Germain Katanga savait que l'attaque de Bogoro se déroulerait comme elle s'est déroulée » (§1689).

¹⁰³⁸ Opinion minoritaire de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement dans l'affaire *Katanga*, préc., 7 mars 2014, §292.

¹⁰³⁹ Voir *supra* §58 et s..

¹⁰⁴⁰ Jens David Ohlin affirme même que, pour ces raisons, il est presque impossible de concevoir une interprétation holistique de l'article 25§3(d) StCPI qui corresponde au reste de l'article 25 StCPI et de l'article 30 StCPI (J. D. Ohlin, « Joint criminal confusion », *op. cit.*, p. 406).

Section 3. Un critère faillible en cas de complicité par instigation

139. Aux côtés des formes de participation accessoire par collaboration précédemment analysées, l'article 25§3 StCPI prévoit en son paragraphe (b) qu'« une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : [...] elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime [...] ». Bien que le texte ne vise pas expressément le terme d'« instigation », plusieurs auteurs s'accordent à désigner ce dernier comme l'expression adéquate¹⁰⁴¹ pour viser ces formes de participation. L'instigation, en effet, renvoie à « l'action de presser quelqu'un psychiquement pour l'amener à commettre un crime, l'instigateur ayant fait naître chez cette personne l'intention de le commettre »¹⁰⁴², et inscrit ainsi la relation entre les participants dans cette dimension verticale¹⁰⁴³ que suppose l'ordre, la sollicitation ou l'encouragement. Or, cette configuration n'est pas sans rappeler celle de la commission indirecte¹⁰⁴⁴ : trouvant son origine dans la relation d'instrumentalisation liant l'auteur principal à l'auteur direct, cette manifestation de la théorie du contrôle cherche effectivement à atteindre « l'auteur derrière l'auteur »¹⁰⁴⁵, soit précisément l'individu en position de préparer et provoquer la commission du crime.

Toutefois, en précisant que l'individu qui ordonne, sollicite ou encourage sera tenu responsable « dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de l'infraction », l'article 25§3(d) StCPI identifie clairement l'instigation comme une forme de participation accessoire¹⁰⁴⁶ et permet une distinction théorique avec la commission indirecte visée à l'article 25§3(a) StCPI comme une forme de participation principale. Les juges se sont également attachés à appréhender cette distinction : à l'occasion du Jugement *Katanga*, ils affirment qu'« au sens de l'article 25§3(a) du Statut, les auteurs d'un crime sont les personnes qui ont un contrôle sur le crime et qui ont connaissance des circonstances de fait leur permettant d'exercer ce contrôle. Ainsi l'auteur indirect est celui qui a le pouvoir de décider si et comment le crime sera commis dans la mesure où c'est lui qui en détermine la perpétration. En revanche, un complice n'exerce pas un tel contrôle. À titre d'exemple, la

¹⁰⁴¹ A. Eser, « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute...*, *op. cit.*, p. 795 ; M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 499.

¹⁰⁴² P. Currat, *op. cit.*, p. 614.

¹⁰⁴³ La collaboration l'inscrit, quant à elle, dans une dimension horizontale.

¹⁰⁴⁴ Voir *supra*, §105 et s..

¹⁰⁴⁵ Voir *supra*, §106 et s..

¹⁰⁴⁶ En faisant dépendre la responsabilité de l'accusé de la réalisation de l'infraction, le Statut impose ainsi le rattachement de l'ordre, la sollicitation et l'encouragement à un acte principal infractionnel.

participation en tant qu'instigateur prévue par l'article 25§3(b), même si elle implique éventuellement une position d'autorité, requiert une contribution consistant uniquement à provoquer ou à encourager la décision d'agir, le pouvoir de décider de l'exécution du crime relevant d'un tiers »¹⁰⁴⁷. Malgré ces précisions prétoriennes, la proximité substantielle entre les deux formes de participation reste perceptible et semble même troubler la frontière entre participation principale et participation accessoire tant le critère de contrôle sur le crime paraît faillir à établir une distinction certaine.

I. Une distinction approximative en cas de complicité par sollicitation et encouragement

140. La distinction possible des éléments objectifs. La sollicitation et l'encouragement renvoient tous deux à des comportements reposant sur un pouvoir de persuasion¹⁰⁴⁸ : les deux termes semblent en effet se référer à une situation où une personne est influencée psychologiquement par une autre aux fins de commettre un crime¹⁰⁴⁹. Les deux termes s'avérant difficiles à distinguer¹⁰⁵⁰, les juges ont dans un premier temps soutenu que la sollicitation et l'encouragement qualifiaient le même comportement et que, par conséquent, « leurs éléments juridiques étaient identiques »¹⁰⁵¹. Toutefois, à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Bemba et autres*, la Chambre de Première instance VII retient l'intention des rédacteurs du Statut pour affirmer que les termes sont distincts et ne devraient pas être confondus¹⁰⁵². Ainsi, analysant les terminologies et les définitions

¹⁰⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1396.

¹⁰⁴⁸ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 499.

¹⁰⁴⁹ K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 753 ; F. D. Diarra, P. d'Huart, « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 824. Voir également CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §73.

¹⁰⁵⁰ Mathieu Jacquelin déclare ne pouvoir « raisonnablement plaider pour une franche distinction entre les deux types de comportements étant donné que la différence concrète entre le fait, d'un côté, de demander instamment (solliciter) et le fait, de l'autre côté, de donner du courage ou de porter à agir (encourager) n'est guère évidente » (*op. cit.*, p. 499). Miles Jackson relève, quant à lui, la difficulté de dessiner une frontière exacte entre les deux termes (*op. cit.*, p. 67), le *Black's Law Dictionary* définissant la *solicitation* comme « the criminal offence of urging, advising, commanding or otherwise inciting another to commit a crime » et l'*inducement* comme « the act or process of enticing or persuading another person to take a course of action ».

¹⁰⁵¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 11 novembre 2014, §34.

¹⁰⁵² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du

usuelles dans divers droit nationaux, les juges déduisent que la sollicitation renvoie à l'hypothèse où « l'auteur demande à l'auteur physique de commettre l'acte criminel ou l'y exhorte »¹⁰⁵³ et que « cela ne présuppose pas l'existence d'un lien donné entre le complice et l'auteur physique de l'infraction »¹⁰⁵⁴ alors que l'encouragement fait référence à la situation où « l'auteur par complicité exerce une influence sur l'auteur physique, par un raisonnement fort, par la persuasion ou par un comportement poussant à la commission de l'infraction »¹⁰⁵⁵ ; ils concluent que l'encouragement est une méthode d'incitation plus forte que celle de la sollicitation, notamment car « l'exercice par le complice d'une influence sur l'auteur physique n'est pas requis lorsque le complice ne fait que solliciter, autrement dit demander à ce que l'acte criminel soit commis »¹⁰⁵⁶. Malgré une expression maladroite¹⁰⁵⁷, la distinction entre ces deux formes d'instigation semble perceptible à travers cette hiérarchisation de l'intensité de l'influence exercée sur l'auteur direct. Ainsi, la Cour a pu retenir, dans cette affaire, que Jean-Pierre Bemba avait sollicité le faux témoignage des quatorze témoins de la Défense alors que Aimé Kilolo avait encouragé cette même infraction : en effet, Aimé Kilolo a, en sa qualité de conseil de Jean-Pierre Bemba dans l'affaire principale, pris contact avec les témoins, s'est personnellement entretenu avec eux et leur a donné des instructions afin de livrer un faux témoignage¹⁰⁵⁸ alors que Jean-Pierre Bemba n'a, quant à lui, qu'influencé la préparation illicite des témoins et exhorté son conseil à prendre des dispositions concrètes¹⁰⁵⁹.

Ainsi identifiés, la sollicitation et l'encouragement paraissent se distinguer assez nettement de la commission indirecte. Comme le rappellent les juges, « l'instigateur n'exécute pas l'infraction et n'a pas de contrôle sur celle-ci [...] ce contrôle sur l'infraction est entièrement entre les mains de l'auteur physique »¹⁰⁶⁰ ; dans les faits précédemment

Statut, §74. Voir également, K. I. Kappos, « Current developments at the International criminal Court », *JICJ*, 2018, p. 433.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, §75.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, §76.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*.

¹⁰⁵⁷ Notamment la désignation du participant accessoire par le terme « auteur » dans la définition de la sollicitation ou l'utilisation de l'expression « auteur par complicité » pour renvoyer au participant accessoire qui encourage.

¹⁰⁵⁸ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §860 : les juges relèvent à ce propos qu'« il a donné aux quatorze témoins des instructions précises sur ce qu'ils devaient dire lorsqu'on les interrogerait à l'audience [...], a formulé ou corrigé les réponses qu'ils allaient donner, a répété l'interrogatoire avec eux et leur a donné des instructions concrètes pour qu'ils fassent semblant à l'audience, par exemple en se montrant indécis ou incertains ».

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, §853.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, §80.

évoqués, il apparaît en effet que les accusés n'exercent pas de contrôle sur la réalisation des faux témoignages, l'influence exercée sur les témoins n'allant pas jusqu'à contrôler leur volonté. Toutefois, la différence entre un pouvoir de persuasion et un pouvoir de contrôle ne semble pas toujours évidente notamment car elle s'apprécie au regard de l'effet de l'influence exercée¹⁰⁶¹.

141. La similitude des éléments subjectifs. L'article 25§3(b) StCPI n'envisage pas l'élément subjectif attaché à la sollicitation ou à l'encouragement ; par conséquent, la règle par défaut posée à l'article 30 StCPI trouve à s'appliquer, tout comme elle s'applique aux formes de participation principale de l'article 25§3(a) StCPI : l'individu qui sollicite ou encourage doit avoir agi avec intention et connaissance. Il convient cependant de préciser que cet élément subjectif doit s'analyser par le prisme du comportement du complice, à savoir l'incitation de l'auteur direct à commettre le crime et non la commission du crime lui-même¹⁰⁶². Ainsi, l'agent doit d'une part, entendre adopter le comportement qui consiste à influencer autrui en vue de la commission d'une infraction tel que le prescrit l'article 30§2(a) StCPI, et d'autre part, présupposer que l'exécutant matériel accomplira le crime projeté avec l'état d'esprit requis pour la constitution de celui-ci, c'est-à-dire entendre causer la conséquence que le crime constitue ou, à tout le moins, avoir conscience que la commission de ce crime adviendra dans le cours normal des événements comme le prévoit l'article 30§3 StCPI¹⁰⁶³. Afin de le caractériser, les juges déduisent cet élément moral du comportement de l'accusé : notamment, ils concluent dans l'affaire *Bemba et autres*, qu'« étant donné qu'il a dirigé et approuvé la préparation illicite de témoins et organisé les versements et d'autres formes de mesures d'assistance reçus par ceux-ci avant leur déposition, Jean-Pierre Bemba *savait certainement* qu'Aimé Kilolo donnerait des instructions aux témoins en conséquence et que, du fait de son comportement, ceux-ci livreraient ensuite des témoignages mensongers »¹⁰⁶⁴. Dans la même affaire, la Chambre affirme qu'elle est convaincue qu'« Aimé Kilolo *savait avec certitude* que, du fait de son comportement, les témoins livreraient des témoignages mensongers à l'audience » car l'accusé « a *délibérément* planifié et mené la préparation illicite », « il a payé les témoins,

¹⁰⁶¹ Voir *infra* §142.

¹⁰⁶² F. D. Diarra, P. d'Huart, *op. cit.*, p. 823.

¹⁰⁶³ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 500. Voir également, CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §82.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, §857. Nous soulignons.

leur a offert des avantages matériels et leur a fait des promesses d'ordre non financier, tout en leur donnant pour instruction de mentir au sujet de ces versements et promesses ou de les dissimuler lors de leur déposition »¹⁰⁶⁵.

Justifié par la nature dérivée de la participation accessoire, ce changement de perspective dans l'analyse de l'intention du complice n'empêche finalement pas de conclure à sa similitude avec l'intention attachée à la participation principale¹⁰⁶⁶.

142. Une potentielle confusion : l'exigence d'un effet direct. Cette similitude des éléments subjectifs et cette dissemblance des éléments objectifs projettent en définitive une distinction approximative de l'incitation et de l'encouragement avec la commission indirecte. En effet, la relation d'instrumentalisation qui existe au cœur des deux mécanismes brouille ici la frontière entre le principal et l'accessoire car elle s'apprécie au regard du degré de l'influence exercée : entre la persuasion attachée à la sollicitation et l'encouragement, et le contrôle nécessaire à la commission indirecte, il semble parfois difficile d'établir une différence nette sur le plan factuel et probatoire.

En l'absence de précision statutaire, les juges affirment que la sollicitation ou l'encouragement doit avoir eu « un effet direct sur la commission ou la tentative de commission »¹⁰⁶⁷, à savoir que « le comportement du complice doit avoir eu un effet de

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, §863. Nous soulignons. Les juges ajoutent d'ailleurs que « L'intention d'Aimé Kilolo ressort le mieux des propos qu'il a tenus à Jean-Jacques Mangenda le 29 août 2013 : "Tu vois maintenant, le problème que... que j'ai toujours dit au Client, de faire encore la couleur. Un ou deux jours avant que la personne passe, pourquoi ? Parce que les gens oublient...tu vois ? Les gens ne se souviennent pas de tout avec précision". L'intention d'Aimé Kilolo d'encourager les témoins de la Défense à livrer un faux témoignage est également attestée par le fait qu'il a planifié et pris, avec Jean-Jacques Mangenda et Jean-Pierre Bemba, une série de mesures afin de faire échec à l'enquête ouverte par l'Accusation sur le fondement de l'article ».

¹⁰⁶⁶ L'affirmation pourrait cependant être nuancée lorsque le crime réalisé requiert une intention spécifique. En effet, il semble possible de supposer, en l'absence de précision statutaire et de développements prétoriens, que dans cette hypothèse, l'instigateur n'ait pas à partager l'intention spécifique qui est attachée à l'infraction principale. Dès lors, une distinction s'opèrerait sur le plan subjectif : si l'auteur indirect partage assurément l'intention spécifique de l'auteur direct, l'instigateur lui ne devrait qu'être conscient de l'intention spécifique de l'auteur direct. En ce sens, voir : H. Olásolo, E. Carnero Rojo, « Forms of accessory liability under article 25(3)(b) and (c) », in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, OUP, 2015, p. 574 ; G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 967.

¹⁰⁶⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §81. Cette composante de l'instigation avait déjà été relevée par la Cour dans l'affaire *Ntaganda* mais sans davantage d'explication (§153) – les juges précisant simplement que l'élément était réalisé en l'espèce (§156) (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, 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 Bosco Ntaganda, 9 juin 2014). Il faut également relever que les juges avaient pu affirmer initialement que la contribution de l'instigateur au crime pouvait être envisagée comme « substantielle » (CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §279) ; cette qualification de la pondération de la contribution de l'instigateur n'a toutefois été ni

causalité sur l'infraction »¹⁰⁶⁸. Cette approche semble se justifier par l'idée que l'instigateur est un « auteur intellectuel » sans qui l'infraction n'aurait pas été commise : en effet, « même si l'auteur physique envisageait déjà globalement de commettre une infraction, l'instigateur doit avoir généré la décision finale de commettre concrètement l'infraction »¹⁰⁶⁹ ; « toutefois, si l'auteur physique était déjà décidé à commettre l'infraction [...] alors la contribution de l'instigateur n'a pas eu d'effet direct sur la commission »¹⁰⁷⁰ et, dans cette hypothèse, l'encouragement pourrait être envisagé comme une forme d'assistance tel que le prévoit l'article 25§3(c) StCPI. Pour autant, la nécessité de constater l'influence directe qu'aura eu l'instigateur sur la réalisation du crime ne signifie pas que devra être démontré le rôle essentiel de son comportement sur la réalisation crime¹⁰⁷¹, comme c'est le cas pour l'auteur indirect ; en d'autres termes, le pouvoir de persuasion exercé par l'instigateur doit laisser une certaine marge de liberté à l'auteur direct, à défaut de laquelle ce dernier ne serait plus qu'un simple intermédiaire au sens de l'article 25§3(a) StCPI¹⁰⁷².

Cependant, cette subtilité théorique semble trouver une traduction peu aisée dans la pratique. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Ntaganda*, les juges retiennent la « qualité de haut responsable »¹⁰⁷³ de l'accusé pour apprécier l'existence de son pouvoir de persuasion : ce raisonnement signifie donc que la fonction de l'accusé permettrait d'assurer l'effet direct de ses encouragements sur la réalisation du crime. Or, dans la même affaire, la qualité de chef adjoint de l'état-major général de l'accusé est également avancée pour justifier la nature essentielle de sa contribution¹⁰⁷⁴ et permettre ainsi la caractérisation de son contrôle sur la réalisation du crime. S'inscrivant dans le cadre du conflit en République démocratique du Congo dans la province de l'Ituri, les faits reprochés à l'accusé concernent les crimes commis par les FPLC lors de diverses attaques, notamment celle du village de Mongbwalu au cours de laquelle furent commis les meurtres d'au moins deux cents civils

reprise, ni recherchée par les juges par la suite, probablement car elle apporte plus de confusion que de précision.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*.

¹⁰⁷¹ M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰⁷² K. Ambos, « Article 25 – Individual criminal responsibility », *op. cit.*, p. 1003.

¹⁰⁷³ Plus précisément, Bosco Ntaganda est chef adjoint de l'état-major général responsable des Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC). CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, préc., 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 Bosco Ntaganda, §155.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, §108 : « En sa qualité de chef d'état-major adjoint, Bosco Ntaganda a, conjointement avec d'autres personnes participant au plan commun, apporté une contribution essentielle qui a abouti à la réalisation des éléments matériels des crimes reprochés ».

lendu et des viols en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre ; au cours de cet assaut, Bosco Ntaganda était personnellement en charge des troupes des FPLC et leur avait donné instruction de chasser la population *lendu* et d'attaquer Mongbwalu pour la reprendre. Au regard de cette configuration factuelle, il paraît effectivement possible d'envisager les deux mécanismes d'imputation mais il est cependant regrettable que leur distinction ne repose pas sur un élément substantiel : en effet, face à la difficulté d'apprécier avec précision le degré de l'influence exercée par l'accusé, les charges sont confirmées sur le fondement des deux mécanismes, l'encouragement étant simplement relégué à un rôle subsidiaire et palliatif à la commission conjointe indirecte¹⁰⁷⁵.

Dès lors, l'exigence d'un effet direct de l'incitation et de l'encouragement sur la réalisation du crime semble obscurcir la distinction avec le contrôle indirect sur le crime, au point de la rendre approximative¹⁰⁷⁶. Toutefois, il faut relever que jusqu'ici, les précisions relatives à la définition et la caractérisation de l'incitation et l'encouragement ont été apportées à un stade préliminaire des affaires et qu'elles souffrent certainement d'un manque de développement et d'interprétation.

II. Une distinction superficielle en cas de complicité par ordre

143. La proximité des éléments objectifs. Parmi les formes d'instigation mentionnées à l'article 25§3(b) StCPI, l'ordre trouve une place singulière car il renvoie à un comportement reposant sur un pouvoir de commandement, là où la sollicitation et

¹⁰⁷⁵ Le Procureur affiche d'ailleurs clairement ce choix en affirmant que « sans exclure l'un quelconque des modes de responsabilité applicables, Bosco Ntaganda est responsable en tant que coauteur, au sens de l'article 25-3-a » (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-36-Red, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, §62).

¹⁰⁷⁶ D'autres affaires illustrent également l'approximation de cette distinction. Ainsi, à l'occasion de la délivrance du mandat d'arrêt à l'encontre de Ahmad Harun (CPI, *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, ICC-02/05-01/07, Chambre préliminaire I, Mandat d'arrêt à l'encontre de Ahmad Harun, 27 avril 2007), les juges ont affirmé qu'il existait des motifs substantiels de croire que l'accusé, en sa qualité de Ministre d'État chargé de l'intérieur au sein du Gouvernement soudanais, avait personnellement encouragé la commission du crime consistant à piller des biens appartenant à la population *four* du bourg de Mukjar, en prononçant notamment et à plusieurs reprises, des discours incitant les miliciens Janjaoudi à commettre de tels actes (§90-93). Or, dans la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo dans laquelle il est reproché à l'ancien Président de la République ivoirienne d'avoir contribué à divers crimes contre l'humanité, les juges relèvent également les discours prononcés par l'accusé parmi les éléments probatoires pertinents pour établir sa responsabilité ; pourtant, l'article 25§3(b) StCPI n'est ici sollicité qu'à titre subsidiaire, les charges étant confirmées à titre principal sur le fondement de la commission conjointe et de la commission indirecte de l'article 25§3(a) StCPI, soit sur l'existence d'un contrôle sur la réalisation du crime (CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, 12 juin 2014).

l'encouragement relèvent d'un pouvoir de persuasion. Expressément désigné par les juges comme une forme de responsabilité du complice¹⁰⁷⁷, le fait d'ordonner la commission d'un crime consiste en effet à « user d'une position d'autorité pour commander ou donner des instructions – et ainsi convaincre, persuader, contraindre ou forcer – un individu de réaliser les éléments matériels du crime »¹⁰⁷⁸. « Condition spécifique au fait d'ordonner »¹⁰⁷⁹, cette position d'autorité s'érige en élément central du mécanisme¹⁰⁸⁰ mais ne suppose pas pour autant que soit démontrée l'existence d'une relation de subordination entre l'individu qui ordonne et l'auteur physique¹⁰⁸¹. Ainsi, l'Accusation a pu avancer, à l'occasion de l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, que les deux accusés, respectivement « investis du pouvoir et de l'autorité de chef de l'ensemble des combattants des FRPI et du FNI de Zumbe (...) [avaient agi] comme des complices en ordonnant à leurs subordonnés d'attaquer la population civile de Bogoro »¹⁰⁸² ; toutefois, bien que leur statut de chef atteste l'existence de cette position d'autorité, les juges confirment toutes les charges portées à l'encontre de

¹⁰⁷⁷ CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, ICC-01/02-01/12, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, §63.

¹⁰⁷⁸ H. Olásolo, E. Carnero Rojo, *op. cit.*, p. 561.

¹⁰⁷⁹ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, §243.

¹⁰⁸⁰ Prenant bonne note de la manière dont la responsabilité associée au fait d'ordonner a été analysée par les Tribunaux *ad hoc*, la Cour considère que pour qu'une personne soit considérée comme responsable en vertu de l'article 25-3-b du Statut, il doit être démontré : a) que cette personne était en *position d'autorité*, b) qu'elle a donné, sous quelque forme que ce soit, des *instructions* à une autre personne en vue soit i) de commettre un crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime, soit ii) d'accomplir un acte ou une omission dont l'exécution s'est soldée par un crime, c) que l'ordre a eu un *effet direct* sur la commission ou la tentative de commission du crime et d) que la personne était *consciente* à tout le moins que le crime serait commis dans le cours normal des événements en conséquence de l'exécution ou de la mise en œuvre de l'ordre » (nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Maducumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §63.

¹⁰⁸¹ H. Olásolo, E. Carnero Rojo, *op. cit.*, p. 562. Cependant, cette question est sujette à controverses : si Antonio Cassese (*International criminal law*, *op. cit.*, p. 193), Sarah Finnin (*Elements of accessory modes of liability – Article 25§3(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Hijhoff Publishers, 2012, p.55-56) et Barbara Goy (« Individual criminal responsibility before the International criminal Court : a comparison with the *ad hoc* Tribunals », *ICLR*, 2012, p. 54) pensent que cette démonstration n'est pas nécessaire, Gerhard Werle considère lui qu'une relation supérieur-subordonné au sens militaire est spécifiquement requise (G. Werle, *Principles of international criminal law*, *op. cit.*, p.181). S'agissant de la position prétorienne, les juges ont affirmé à plusieurs reprises l'exigence d'une position d'autorité sans pour autant obliger la preuve d'une relation de subordination (CPI, *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, préc., Decision on the confirmation of charges, §159 ; CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §63). Toutefois, à l'occasion du Jugement dans l'affaire *Bemba et autres*, ils affirment que « la Chambre n'a pas besoin d'établir l'existence d'une relation de subordination entre l'instigateur et l'auteur physique, comme l'exige le fait d'ordonner » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §77) ; l'affirmation manque assurément de clarté puisqu'elle distingue l'ordre en lui attachant la preuve d'une relation de subordination tout en retenant que cette même relation n'a pas à être apportée entre l'instigateur et l'auteur physique, c'est là oublier que l'individu qui ordonne est précisément désigné par le Statut comme un instigateur.

¹⁰⁸² CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §470.

Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui sur le fondement de la commission conjointe indirecte. À l'inverse, faute de pouvoir apporter la preuve d'un plan commun¹⁰⁸³, la Cour écarte le mécanisme de la commission conjointe indirecte à l'occasion de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Sylvestre Mudacumura, et estime, subsidiairement, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'accusé, présumé commandant suprême des Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda (FDLR) est pénalement responsable au sens de l'article 25§3(b) StCPI pour avoir ordonné la commission de crimes dans les provinces du Kivu en République Démocratique du Congo¹⁰⁸⁴.

Il ressort de ces deux exemples que la position d'autorité occupée par l'accusé peut valablement servir tant la caractérisation d'un pouvoir de commandement que celle d'un pouvoir de contrôle, révélant ainsi une proximité certaine entre la complicité par ordre et la commission conjointe indirecte. Reflétant « la forme d'influence la plus forte sur une autre personne »¹⁰⁸⁵ parmi les hypothèses d'instigation, l'ordre semble manifestement produire des effets équivalant à un véritable contrôle, au point parfois de se confondre avec lui¹⁰⁸⁶. Ainsi, alors qu'ils écartent la commission conjointe indirecte, les juges relèvent pour caractériser la complicité par ordre que Sylvestre Mudacumura « exerçait un contrôle sur ses forces et avait l'autorité de recruter, et de promouvoir ses soldats, ainsi que de les démettre de leurs fonctions et de prendre des mesures disciplinaires à leur rencontre »¹⁰⁸⁷ ; ils précisent de plus que « les FDLR sont une grande organisation, bien organisée et dotée d'une structure hiérarchique clairement définie »¹⁰⁸⁸ et que « l'obtempération aux ordres de Sylvestre Mudacumura était de rigueur »¹⁰⁸⁹. Il apparaît dès lors clairement dans cette

¹⁰⁸³ CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §62-63.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, §69.

¹⁰⁸⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §77.

¹⁰⁸⁶ Les juges ont pu affirmer dans la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Dominic Ongwen que l'accusé « a eu sur ses subordonnés un commandement et un contrôle (ou une autorité et un contrôle) », empêchant de la sorte une distinction nette (CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-01/02-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §13). Pour rappel, l'affaire concerne l'insurrection armée menée par l'Armée de Résistance du Seigneur (ARS) contre le Gouvernement ougandais et l'armée ougandaise ; au cours de cette insurrection, l'ARS se serait engagée dans un cycle de violence et aurait établi un régime de brutalisation des civils par des actes comprenant le meurtre, l'enlèvement, la réduction en esclavage sexuel, la mutilation ainsi que l'incendie d'un très grand nombre de logements et le pillage de camps de déplacés. Il est reproché à Dominic Ongwen, en sa qualité de commandant de la brigade Sinia de l'ARS, d'avoir ordonné la commission de ces crimes.

¹⁰⁸⁷ CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §64.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*.

affaire que les éléments factuels avancés correspondent aux critères caractéristiques du contrôle conjoint indirect¹⁰⁹⁰. Cette proximité entre les deux mécanismes d'imputation n'est toutefois pas si surprenante : il ne faut pas oublier, en effet, que la théorie de la coaction s'est forgée autour du critère du contrôle sur la réalisation du crime pour justement atteindre l'individu en position de préparer et de provoquer la commission du crime, l'« auteur derrière l'auteur », autrement dit l'instigateur. Plusieurs auteurs considèrent d'ailleurs que le fait d'ordonner ne peut être considéré comme un mode de participation accessoire mais plutôt comme une forme de commission indirecte appartenant structurellement à l'article 25§3(a) StCPI¹⁰⁹¹. L'interprétation jusqu'ici retenue par les juges semble leur donner raison et permet de penser que la désignation de l'ordre comme une hypothèse d'instigation est non seulement superflue mais également inappropriée car elle ravale une forme de participation principale au rang d'une simple participation accessoire¹⁰⁹².

144. La similitude des éléments subjectifs. De la même manière que pour la sollicitation et l'encouragement, l'article 25§3(b) StCPI n'envisage pas l'élément subjectif attaché à l'ordre. La règle par défaut posée à l'article 30 StCPI s'applique par conséquent tout comme elle s'applique aux formes de participation principale de l'article 25§3(a) StCPI : l'individu qui ordonne doit avoir agi avec intention et connaissance. Si les développements préalablement consacrés à la sollicitation et l'encouragement valent donc également pour l'ordre¹⁰⁹³, il faut ici rappeler que cet élément subjectif doit s'analyser par le prisme du comportement du complice, à savoir l'ordre donné à l'auteur direct de

¹⁰⁹⁰ De manière plus anecdotique, cette confusion s'affiche très nettement sur la fiche d'information de l'affaire *Mudacumura* disponible sur le site internet de la CPI, où il est résumé que « tel que décrit dans le mandat d'arrêt, Sylvestre Mudacumura aurait engagé sa responsabilité pénale en tant que *coauteur indirect* au sens de l'article 25(3)(b) du statut de Rome de neuf chefs d'accusation de crimes de guerre, qui auraient été commis du 20 janvier 2009 à fin septembre 2010 dans les provinces des Kivus en RDC » (nous soulignons).

¹⁰⁹¹ Notamment, Kai Ambos affirme que « a person who orders a crime is not mere accomplice but rather an indirect perpetrator, using a subordinate to commit the crime » (K. Ambos, « Article 25 », in O. Triffterer (dir.), *op. cit.*, 2016, p. 1001) ; Albin Eser assure quant à lui que « the active ordering of a subordinate to commit a crime is a typical case of intermediary perpetratorship by exploiting a hierarchical power structure in terms of organizational predominance » (A. Eser, « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *op. cit.*, p. 797). Enfin, Mathieu Jacquelin soutient que si la réalité criminologique de l'instigation au crime au moyen d'un ordre apparaît avec une assez grande clareté, « plus obscur est le choix des rédacteurs du Statut de Rome d'avoir prévu un cas spécifique de complicité par ordre alors que le paragraphe a) du même article 25-3 incrimine déjà l'action par l'intermédiaire d'autrui, et qu'il est douteux que les hypothèses couvertes par le paragraphe b) ne le soient pas déjà au titre de ce premier paragraphe » (M. Jacquelin, *op. cit.*, p. 499).

¹⁰⁹² A. Eser, *ibid.* ; M. Jacquelin, *ibid.*.

¹⁰⁹³ Voir *supra* §141.

commettre le crime et non la commission du crime lui-même¹⁰⁹⁴. Ainsi, à l'occasion de la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Sylvestre Mudacumura, les juges retiennent qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, d'une part l'accusé avait « connaissance des circonstances de fait établissant l'existence du conflit armé » et, d'autre part, qu'il était « à tout le moins conscient que s'il donnait les ordres en question, des crimes seraient commis dans le cours normal des événements en conséquence de l'exécution de ses ordres »¹⁰⁹⁵ ; à cette fin, ils relèvent qu'« en particulier, des systèmes de communication sophistiqués étaient en place pour que Sylvestre Mudacumura puisse recevoir des rapports réguliers sur les opérations militaires »¹⁰⁹⁶ et qu'« il était informé que les forces placées sous son autorité étaient accusées d'avoir commis des crimes dont des organisations internationales et des organisations non gouvernementales avaient fait état »¹⁰⁹⁷. Malgré l'effort de caractérisation des deux composantes subjectives à un stade précoce de la procédure, les juges semblent échouer à véritablement cerner l'intention de l'accusé en se concentrant uniquement sur un aspect de la volition¹⁰⁹⁸ – à savoir sa conscience qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements¹⁰⁹⁹ – et en déduisant sa connaissance de rapports qu'il aurait reçu en raison de sa position ; la force probatoire de ces deux éléments paraît en effet assez faible au regard des exigences statutaires.

Si les développements prétoriens relatifs à l'élément subjectif de l'ordre s'avèrent jusqu'ici encore balbutiants, le rattachement par défaut à l'article 30 StCPI implique que soient démontrés les éléments classiques d'intention et de connaissance. Nonobstant ce glissement de l'analyse vers la personne du donneur d'ordre, les exigences sur le plan subjectif se révèlent similaires à celles requises pour l'auteur indirect.

145. La tentative prétorienne d'une distinction : l'absence d'une exécution automatique de l'ordre. Cette proximité des éléments objectifs et cette similitude des éléments subjectifs entraînent une distinction superficielle entre l'ordre et la commission

¹⁰⁹⁴ F. D. Diarra, P. d'Huart, *op. cit.*, p. 823.

¹⁰⁹⁵ CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §67.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*.

¹⁰⁹⁸ Voir *supra* §45.

¹⁰⁹⁹ Marina Aksenova dénonce un abandon de l'élément d'intention requis par l'article 30 StCPI (M. Aksenova, *Complicity in ...*, *op. cit.*, p. 102) ; ses propos doivent être nuancés dans la mesure où l'article 30§2(b) StCPI prévoit qu'« il y a intention au sens du présent article lorsque [...] relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est *conscient* que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements » ; la conscience se conçoit donc comme une manifestation de l'intention.

indirecte : figée statutairement, cette distinction semble en effet s'amenuiser au fur et à mesure de l'analyse substantielle des composantes matérielles et morales des mécanismes visés. Face à cette difficulté, les juges se sont efforcés de singulariser l'ordre en spécifiant davantage le lien causal entre l'instigateur et l'auteur direct. À l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, la Chambre Préliminaire I avait avancé que la contribution de l'instigateur au crime pouvait être envisagée comme « substantielle »¹¹⁰⁰, se distinguant ainsi de la contribution « essentielle » du participant principal ; cette pondération de la contribution de l'instigateur n'a toutefois été ni reprise, ni recherchée par les juges par la suite. De la même manière, l'exigence prétorienne d'un effet direct de l'ordre sur la commission du crime¹¹⁰¹ n'apporte qu'une confusion supplémentaire : non seulement cet effet se mesure à l'aune du degré d'influence exercé par l'instigateur qui ordonne mais surtout, il se déduit de la position d'autorité de ce dernier tout comme l'est le contrôle indirect sur le crime. Ainsi, les juges ont considéré que « l'autorité avérée sur les auteurs directs des crimes conforte la conclusion que [les] ordres [de Sylvestre Mudacumura] ont eu un effet direct sur la commission de ces crimes » et que « l'obéissance à son ordre général de provoquer une catastrophe humanitaire en témoigne »¹¹⁰² ; or, à l'occasion de la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, les juges ont affirmé, afin de caractériser la commission conjointe indirecte, qu'« il est essentiel que le chef, ou dirigeant, exerce une autorité et un contrôle sur l'appareil et que cette autorité et ce contrôle soient manifestes dans l'exécution de ses ordres par ses subordonnés »¹¹⁰³.

L'hypothèse la plus convaincante reste peut-être la distinction opérée lors de cette dernière affaire, lorsque les juges analysent justement les caractéristiques de la commission conjointe indirecte au moyen de la théorie du contrôle sur une organisation de Claus Roxin.

¹¹⁰⁰ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §279.

¹¹⁰¹ Analysé précédemment concernant la sollicitation et l'encouragement (voir *supra* §142), l'effet direct s'impose comme une composante prétorienne caractéristique de l'instigation et s'applique donc également à l'ordre. Sur ce dernier point, voir particulièrement : CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §63 ; CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, §244.

¹¹⁰² CPI, *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura*, préc., Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, §66. Pour rappel, Sylvestre Mudacumura occupait la fonction de commandant suprême des FDLR.

¹¹⁰³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §513. Afin de caractériser cet élément, les juges relèvent notamment que les accusés occupaient des fonctions de commandement suprême au sein de la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri pour Germain Katanga (§540) et du Front des Nationalistes et Intégrationnistes pour Matthieu Ngudjolo Chui (§541), mais aussi que ces groupes étaient hiérarchisés car organisés en structure militaire (§543-544).

L'auteur justifie cette théorie en affirmant que l'organisation a une existence propre, indépendante de l'évolution de sa composition, et qu'elle fonctionne de manière automatique, quelle que soit l'identité de l'exécutant¹¹⁰⁴ ; ainsi, l'exécution des crimes est assurée par une obéissance quasi-automatique aux ordres. Les juges parviennent alors à la conclusion qu'« un dirigeant qui donne un ordre au sein d'une telle organisation assume donc une forme de responsabilité différente de celle que l'on rencontre dans des cas ordinaires d'exécution d'ordres à caractère criminel. Dans ces derniers, l'article 25§3(b) du Statut prévoit qu'un chef qui ordonne la commission d'un crime peut être considéré comme un complice »¹¹⁰⁵. Par conséquent, la distinction entre la commission conjointe indirecte et l'instigation par ordre reposerait sur la capacité du dirigeant à assurer cette obéissance automatique à ses ordres : comme le relève les juges, « 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 »¹¹⁰⁶. En d'autres termes, le pouvoir de commandement laisserait une infime marge de liberté à l'auteur direct que ne permettrait pas le pouvoir de contrôle puisque, dans ce dernier cas, le truchement par une organisation hiérarchisée assure l'exécution systématique de l'ordre. La distinction entre les deux mécanismes s'avère en définitive bien minimale, d'autant que, sur le plan probatoire, les éléments garantissant cette obéissance automatique se révèlent délicats à établir¹¹⁰⁷.

Malgré l'effort prétorien, l'instigation par ordre et la commission conjointe indirecte restent substantiellement similaires. Bien qu'identifiés séparément au sein de l'article 25§3 StCPI, les champs d'application des deux mécanismes semblent en effet se chevaucher¹¹⁰⁸ au point de rendre superficielle toute tentative de distinction. Ces constatations paraissent ainsi renforcer les interrogations entourant la pertinence de la reconnaissance de la commission conjointe indirecte : comme le souligne avec justesse

¹¹⁰⁴ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, de Gruyter, 8^e éd., 2006, p. 245. Voir *supra* §78.

¹¹⁰⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §517.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, §518 (nous soulignons). Voir également J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 743 ; H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Hart Publishing, 2009, p. 124.

¹¹⁰⁷ Les juges affirment notamment qu'« un chef qui exerce un contrôle sur l'organisation peut notamment s'assurer de l'exécution automatique de ses ordres par le biais de régimes d'entraînements intensifs, stricts et violents. Par exemple, enlever des mineurs et les soumettre à des entraînements éprouvants lors desquels ils apprennent à tirer, piller, violer et tuer peut être une technique efficace pour s'assurer qu'ils obéiront automatiquement quand leurs chefs leur ordonneront de commettre de tels actes » (*Ibid.*).

¹¹⁰⁸ H. Vest, « Problems of participation – Unitarian, differentiated approach, or something else? », *JICJ*, 2014, p. 305.

Thomas Weigend, était-il véritablement nécessaire de créer une nouvelle forme de participation principale pour des individus qui, en tout état de cause, seraient susceptibles d'être punis comme instigateurs¹¹⁰⁹ ? D'autant, comme relève l'auteur, qu'aucune disposition statutaire n'oblige à « revaloriser » un instigateur en participant principal pour infliger une sanction proportionnelle à sa culpabilité personnelle¹¹¹⁰.

146. Le contrôle sur la réalisation du crime semble par conséquent faillir à s'ériger comme un véritable critère de distinction entre la participation principale indirecte et la participation accessoire par instigation, notamment car il échoue à restituer clairement les divers degrés d'influence exercés par ces figures de « l'auteur derrière l'auteur ». En effet, la preuve de ces degrés d'influence – que celle-ci soit la manifestation d'un pouvoir de contrôle, d'un pouvoir de commandement ou d'un pouvoir de persuasion – repose sur la caractérisation d'éléments propres dont l'appréciation *in concreto* s'avère très délicate, la distinction entre l'effet direct de l'acte d'instigation et l'exécution automatique assurée par le contrôle étant peu aisée. Ces difficultés relevées sur le plan probatoire et la proximité substantielle constatée entre les mécanismes laissent ainsi penser que « l'auteur derrière l'auteur » devrait peut-être s'envisager davantage sous une figure unique.

147. Conclusion du Chapitre 1 : la consécration mitigée du contrôle sur le crime comme critère de distinction. Plus globalement, la confrontation des différentes manifestations du contrôle sur la réalisation du crime avec les diverses formes de participation accessoire permet de nuancer l'affirmation prétorienne d'un véritable critère de distinction : si l'affirmation se vérifie dans les hypothèses de collaboration à l'infraction – que le critère serve une distinction tangible ou fonctionnelle – elle doit toutefois être modérée lorsqu'elle concerne les hypothèses d'instigation. En effet, dans les rapports horizontaux, le critère de contrôle sur le crime permet de désigner ces collaborations principales s'inscrivant dans un schéma d'attribution mutuelle et parvient à les distinguer de celles accessoires relevant d'un emprunt de matérialité. *A contrario*, dans les rapports verticaux, la distinction par le prisme de ce critère souffre d'un manque de réalisation pratique car elle échoue à rendre compte précisément des niveaux d'influence dans les

¹¹⁰⁹ T. Weigend, « Perpetration through an organization : the unexpected career of a German legal concept », *JICJ*, 2011, p. 101. Hans Vest suggère qu'il serait probablement plus facile d'appliquer l'*ordre comme une forme d'instigation égalant la perpétration* ou de saisir la formulation la plus adéquate d'*ordre comme une forme de perpétration* (H. Vest, « Problems of participation... », *op. cit.*, p. 304).

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 102. Voir *infra* §154.

relations de pouvoir. Malgré cette limite sur le plan substantiel, l'affirmation du contrôle sur le crime comme critère de distinction entre la participation principale et la participation accessoire invite à s'interroger davantage sur les effets de cette distinction sur l'articulation d'ensemble des mécanismes de l'article 25§3 StCPI.

Chapitre 2. La distinction comme hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI ?

148. Si le contrôle sur la réalisation du crime parvient à s'ériger comme critère de distinction entre la participation principale et la participation accessoire, il échoue toutefois à proposer une lecture synchronisée¹¹¹¹ ou coordonnée des champs d'application des différents alinéas de l'article 25§3 StPCI. En effet, la confrontation substantielle des mécanismes de la participation accessoire avec ceux de la participation principale précédemment analysée révèle un manque de lisibilité de l'articulation d'ensemble de la disposition : les divers degrés de contribution et d'intention relevés invitent alors à s'interroger sur l'ordonnancement général du texte, et notamment à se poser la question de savoir si les distinctions examinées concourent à une classification des mécanismes d'imputation prévus par le Statut selon un critère de gravité. Dit autrement, cette distinction opérée via le critère de contrôle sur la réalisation du crime ne contribuerait-elle pas, en définitive, à la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI, légitimant de la sorte le recours prioritaire à la participation principale ? Aux fins d'analyse, l'existence de ce lien entre distinction et hiérarchisation sera éprouvée d'un point de vue théorique (Section 1), puis appréhendée dans une ambition plus pragmatique (Section 2).

Section 1. L'injustifiable lien théorique entre distinction et hiérarchisation

149. Le flou prétorien entourant l'existence d'une hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI. Si cette question de la hiérarchisation des mécanismes ne connaît aucune réponse consensuelle en doctrine¹¹¹², la Cour a progressivement précisé

¹¹¹¹ F. D. Diarra, P. d'Huart, *op. cit.*, p. 828.

¹¹¹² Parmi les défenseurs de l'existence d'une hiérarchisation des mécanismes, voir G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 953-975 ; K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga) : A comprehensive analysis of the legal issues », *ICLR*, 2012, p. 115-153. Il faut toutefois mentionner ici que Kai Ambos est revenu sur sa position concernant la hiérarchisation des mécanismes de participation accessoire (voir développements *infra* §150 ; K. Ambos, « The ICC and common purpose – What contribution is required under article 25(3)(d) ? », in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 592-607) ; V. Malabat, « Les modes de participation à l'infraction internationale », in T. Herran (dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 181.

Parmi les opposants, voir M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC : the labels that don't always stick », *ICLR*, 2015, p. 650 et s ; E. Van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the International criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 499-513.

sa position, l'adaptant au gré des affaires soumises à son analyse. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Mbarushimana*, les juges, sollicitant les arguments de Gerhard Werle¹¹¹³, retiennent que « les modes de responsabilité énoncés à l'article 25§3 du Statut sont hiérarchisés conformément à une “ échelle de valeur par laquelle la participation au crime est appréciée en droit international ”, le contrôle exercé sur le crime diminuant au fil des sous-dispositions »¹¹¹⁴. Lors de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, les juges confortent implicitement l'existence de cette hiérarchie des modes de participation lorsqu'ils visent subsidiairement à la commission conjointe indirecte de l'article 25§3(a) StCPI, la complicité par ordre de l'article 25§3(b)¹¹¹⁵. La requalification¹¹¹⁶ des charges portées à l'encontre de Germain Katanga par la suite pourrait également appuyer l'hypothèse d'une hiérarchie, dans la mesure où les juges la justifient en affirmant que « les éléments matériels de la participation au crime au sens de l'article 25§3(d) StCPI sont, en l'espèce, partie intégrante des éléments matériels caractérisant la commission du crime au sens de l'article 25-3-a »¹¹¹⁷, laissant ainsi supposer que la participation principale « incorpore »¹¹¹⁸ la participation accessoire. Enfin, deux arguments avancés au cours de l'affaire *Lubanga* semblent attester de la reconnaissance prétorienne d'un ordre de préférence¹¹¹⁹ entre les mécanismes visant la participation principale et ceux visant la participation accessoire : d'une part, les juges

¹¹¹³ G. Werle, « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 957. L'auteur avance notamment que « Explicitly, no gradations in the degree of criminal liability are provided for in article 25(3)(a)-(d). Nevertheless, the structure of the provision takes a clear stand : the distinction between different modes of participation is not just a question of correct phenomenological description. Rather, ranking article 25(3)(a)-(d) establishes a value-oriented hierarchy of participation in a crime under international law. This flows from both the linguistic differentiation and the conceptual systematization of the norm ».

¹¹¹⁴ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §279.

¹¹¹⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §469-471. Particulièrement, au §471 : « Si la Chambre conclut qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui sont conjointement responsables en tant qu'auteurs principaux pour avoir commis, par l'intermédiaire de leurs subordonnés, les crimes énumérés dans le Document modifié de notification des charges, toute autre question relative à leur responsabilité en tant que complices sera sans objet. En d'autres termes, la Chambre n'examinera ni d'autres formes de responsabilité au titre de la complicité prévue aux articles 25-3-b à 25-3-c du Statut, ni la responsabilité alléguée des deux suspects en tant que supérieurs hiérarchiques prévue à l'article 28 du Statut ».

¹¹¹⁶ Pour rappel, les juges requalifient le mode initial de commission conjointe indirecte (article 25§3(a) StCPI), en complicité par contribution à une action concertée (article 25§3(d) StCPI).

¹¹¹⁷ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, §33.

¹¹¹⁸ Opinion dissidente de la Juge Christine van den Wyngaert jointe à la Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés (*ibid.*).

¹¹¹⁹ M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC... », *op. cit.*, p. 651.

désignent expressément la contribution à un groupe de personnes agissant de concert comme « une forme *résiduelle* de complicité »¹¹²⁰ et, d'autre part, en retenant que « la responsabilité du complice dépend du passage à l'acte de l'auteur principal du crime »¹¹²¹ et qu'« à l'inverse, la responsabilité de l'auteur principal, qui est plus proche de la violation des intérêts légaux protégés par la norme, n'en dépend pas »¹¹²², les juges concluent à « la prédominance de la responsabilité de l'auteur principal sur celle du complice »¹¹²³. La Chambre d'appel renforcera d'ailleurs cette approche en retenant que la distinction entre participant principal et participant accessoire « n'est pas seulement terminologique [...] puisqu'un individu commettant une infraction se rend plus coupable que celui qui contribue au crime de quelqu'un d'autre »¹¹²⁴.

Bien qu'affirmée à plusieurs reprises, cette position prétorienne est toutefois remise en cause dans le Jugement *Katanga* : en effet, selon la Chambre de Première instance II, « l'article 25 du Statut ne fait qu'identifier différents comportements illégaux et, en ce sens, la distinction proposée entre la responsabilité de l'auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une “ hiérarchie de culpabilité ” pas plus qu'elle n'édicte, même implicitement, une échelle des peines »¹¹²⁵. Par ailleurs, plusieurs juges se sont virulemment opposés à la reconnaissance d'une telle hiérarchie, notamment le Juge Adrian Fulford qui affirme, dans une opinion séparée jointe au Jugement *Lubanga*, qu'il « n'existe aucun fondement adéquat pour conclure qu'ordonner, solliciter ou inciter la commission d'une infraction est une forme moins grave de commission que la commettre par l'intermédiaire d'une autre personne, les deux concepts se chevauchant avec évidence »¹¹²⁶. De la même manière, la Juge Christine van den Wyngaert, dans une opinion concurrente jointe à la décision d'acquiescement de Mathieu Ngudjolo Chui, relève qu'« aucun élément dans le Statut ou les travaux préparatoires ne permet de conclure que l'article 25§3(a) devrait se distinguer des autres paragraphes parce qu'il emporte un plus haut degré de

¹¹²⁰ Voir l'analyse *supra* §132. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §337.

¹¹²¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §998.

¹¹²² *Ibid.*.

¹¹²³ *Ibid.*.

¹¹²⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1^{er} décembre 2014, §462.

¹¹²⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1386.

¹¹²⁶ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Lubanga*, §8.

culpabilité »¹¹²⁷, la responsabilité de l'accusé dépendant davantage des circonstances factuelles que de catégories juridiques abstraites¹¹²⁸.

Dès lors, face à ces voix prétorienne discordantes, il semble nécessaire de s'interroger davantage sur les liens entre la distinction opérée par le prisme du critère du contrôle sur le crime entre participant principal et participant accessoire, et la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25§3 StCPI. Plus précisément, la distinction entre les degrés de contribution des participants procède-t-elle naturellement de la hiérarchisation des mécanismes de participation (I) ? Et, plus globalement, l'hybridation du modèle international de participation concourt-elle inévitablement à cette même hiérarchisation (II) ?

I. La hiérarchisation, fondement de la distinction entre les degrés de contribution ?

150. L'hypothèse discutable d'une hiérarchie des mécanismes selon les degrés de contribution. La confrontation des caractéristiques de la participation principale avec celles de la participation accessoire révèle de manière manifeste que leur distinction repose pour l'essentiel sur des degrés différents de contribution à l'infraction. L'origine de cette distinction doit être recherchée dans le raisonnement prétorien : les juges retiennent en effet qu'« on a fait valoir que les modes de responsabilité énoncés à l'article 25§3 du Statut sont hiérarchisés conformément à une “échelle de valeur par laquelle la participation au crime est appréciée en droit international” »¹¹²⁹ et affirment qu'une telle interprétation signifie que « si les [contributions des] complices doivent avoir eu “un effet important sur la perpétration du crime” pour en être tenus responsables, alors [celles des] coauteurs doivent avoir eu un effet plus qu'important »¹¹³⁰. À partir de ce postulat, les juges entreprennent un travail de quantification de ces contributions afin de saisir avec davantage de précision les contours de chaque mode de participation : si la contribution du participant principal est qualifiée d'*essentielle*¹¹³¹ car elle est la manifestation du contrôle que celui-ci détient sur la réalisation du crime, alors la contribution du participant accessoire ne saurait être de degré

¹¹²⁷ Opinion concurrente de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, §23.

¹¹²⁸ *Ibid.*, §24.

¹¹²⁹ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §279.

¹¹³⁰ *Ibid.*.

¹¹³¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §346. Pour une analyse détaillée, voir *supra* §96 et s..

aussi élevé et doit être envisagée comme simplement *substantielle*¹¹³². De plus, parmi ces participants accessoires, la Cour affirme qu'en raison de « la nature résiduelle de la responsabilité prévue à l'article 25-3-d »¹¹³³, la contribution du participant à une action concertée est « établie par l'existence d'une contribution moins que "substantielle" »¹¹³⁴ : elle est par conséquent qualifiée d'*importante*¹¹³⁵ ou de *significative*¹¹³⁶. Ainsi se dessine non seulement une hiérarchie entre la participation principale et la participation accessoire, mais également entre les participations accessoires¹¹³⁷. D'apparence logique, ce lien entre la hiérarchisation des modes de participation et la distinction entre les degrés de contribution ne peut emporter toutefois une pleine approbation, et cela pour deux raisons.

D'une part, distinguer la participation principale et la participation accessoire à partir d'une échelle des degrés de contribution constitue un raisonnement faillible car il est impossible de mesurer dans l'absolu l'importance de la contribution¹¹³⁸. L'opération intellectuelle de quantification de la contribution implique en effet une démonstration contrefactuelle¹¹³⁹ amenant le juge à se poser la question de savoir si le crime aurait eu lieu en l'absence du comportement de l'un des participants. Dénonçant un « exercice spéculatif et artificiel »¹¹⁴⁰ ou encore « une évaluation irréaliste »¹¹⁴¹, plusieurs juges ont fortement

¹¹³² CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §279.

¹¹³³ *Ibid.*, §283.

¹¹³⁴ CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges à l'article 61(1)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §354.

¹¹³⁵ CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §285.

¹¹³⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1632.

¹¹³⁷ Il semble pertinent de mentionner ici l'évolution de la pensée de Kai Ambos sur cette question. Alors qu'il se présentait en défenseur de l'existence d'une hiérarchie entre l'assistance (article 25§3(c) StCPI) et la participation à une action concertée (article 25§3(d) StCPI) – cette dernière étant vue comme moins répréhensible car reflétant une forme résiduelle de responsabilité du complice – l'auteur est revenu sur sa position. Il déclare en effet que « in substance, both subparagraphs (c) and (d) provide for assistance liability with the ensuing question of the nature of the respective contribution(s). While assistance as a secondary, accessorial participation in crime can certainly be of less importance than a primary, perpetrator-like contribution within the meaning of subparagraph (a), in particular in the case of co-perpetration, it is hardly plausible to make a further distinction between the forms of assistance pursuant to subparagraphs (c) and (d). As a consequence, while there is a clear hierarchy between perpetrator-like contributions (subparagraph (a)) and secondary contributions (subparagraphs (c) and (d)), such a hierarchy is less clear with regard to distinctions within the latter and cannot plausibly be explained by their necessary objective contributions alone » (K. Ambos, « The ICC and common purpose... », *op. cit.*, p. 602).

¹¹³⁸ M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC... », *op. cit.*, p. 660.

¹¹³⁹ Voir *supra* §97.

¹¹⁴⁰ Opinion concurente de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, §42.

¹¹⁴¹ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Lubanga*, §17.

critiqué cette méthode : le Juge Adrian Fulford affirme notamment que « le texte de l'article 25§3 n'exige pas la preuve que le crime n'aurait pas été commis sans la participation de l'accusé »¹¹⁴² mais que « l'utilisation du terme "commettre" suppose simplement un lien déterminant entre la contribution de l'individu et la commission du crime »¹¹⁴³. Dans le même sens, la Juge Christine van den Wyngaert préfère à ce critère quantitatif, un critère qualitatif qu'elle définit, s'agissant de la participation principale, comme un lien direct entre la contribution et la réalisation des éléments matériels du crime¹¹⁴⁴. Enfin, il faut relever une certaine réticence des juges à justement quantifier cette contribution minimale attachée à une forme de participation accessoire ; ainsi, par exemple, la Chambre de Première instance VII s'est simplement contentée de démontrer « un lien direct ou indirect »¹¹⁴⁵ entre la corruption de certains témoins et l'assistance apportée aux coauteurs par l'accusé en tant que financeur. Par conséquent, s'il paraît incontestable que le degré de contribution du participant doit atteindre un certain seuil pour emporter responsabilité¹¹⁴⁶, la quantification de ce degré se révèle toutefois faillible à assurer la distinction entre la participation principale et la participation accessoire. En effet, comme l'illustre la Juge Sylvia Fernandez de Gurmendi, « selon les circonstances d'une affaire, fournir des vivres ou des services à un groupe armé pourrait être une contribution importante, substantielle ou même essentielle à la commission des crimes commis »¹¹⁴⁷ ; elle ajoute à ce titre que « l'analyse des *liens formels et causaux* entre la contribution et le crime offre une meilleure approche que l'instauration d'un degré de contribution minimum »¹¹⁴⁸.

¹¹⁴² *Ibid.*, §15.

¹¹⁴³ *Ibid.*. Pour une critique de ce raisonnement, voir K. Ambos, « The first judgment of the International Criminal Court... », *op. cit.*, p. 147. L'auteur affirme : « In any case, Fulford's formula, merely requiring a contribution "to the crime", "a causal link between the individual's contribution and the crime" is overly broad (it easily extends to accessorial liability) and, in addition, little precise. Such broad formulations are difficult to reconcile with the otherwise strict fairness standard rightfully upheld by Judge Fulford, especially in the Lubanga proceedings. Last but not least, Fulford is not consistent with regard to the causality requirement : on the one hand, he rejects it with regard to the essential standard but on the other, he demands it as a general causal link between the contribution and the crime. The latter position is evidently correct (causality is a basic, unwritten requirement of any result crime), but Fulford mistakenly reads causality in the essential standard overlooking that it is yet another consequence of the hierarchical structure of article 25(3) and the ensuing need to grade the different modes of participation ».

¹¹⁴⁴ Opinion concurrente de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, §44.

¹¹⁴⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Balala Wandu et Narcisse Arido*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §935.

¹¹⁴⁶ K. Ambos, « The ICC and common purpose... », *op. cit.*, p. 605.

¹¹⁴⁷ Nous soulignons. Opinion individuelle de la Juge Sylvia Fernandez de Gurmendi jointe à CPI, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre Préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012, §12.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*.

Dès lors, et d'autre part, la distinction entre les degrés de contribution ne peut trouver son origine dans la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25§3 StCPI car elle ne renvoie pas à une question de gradation dans la participation mais à la question de la causalité desdites contributions : la distinction entre le principal et l'accessoire serait avant tout « une distinction causale »¹¹⁴⁹. L'enjeu réside ainsi dans l'appréhension de la différence dans la manière dont ces participants contribuent à causer l'infraction¹¹⁵⁰. À cette fin, la quantification des contributions retenue par les juges pourrait représenter une première méthode¹¹⁵¹ ; cependant, les imprécisions liées au raisonnement contrefactuel sur lequel elle repose invitent à envisager d'autres voies. En effet, s'il faut distinguer entre les participants qui, au cœur de l'infraction, sont désignés comme principaux, et ceux qui, plus en marge, sont considérés comme accessoires, le seul critère de l'importance de la contribution ne paraît pas adapté : la solution serait alors de considérer que « la frontière entre le principal et l'accessoire ne peut se dessiner uniquement à l'aide de considérations empiriques mais nécessite un jugement normatif, un jugement de valeur basé sur la notion d'attribution légitime »¹¹⁵². Cette idée d'une appréciation normative semble d'ailleurs

¹¹⁴⁹ J. Gardner, « Complicity and causality », *Criminal law and philosophy*, 2007, p. 128. L'auteur précise qu'il s'agit d'une distinction entre deux types de contributions causales et non pas d'une distinction entre une contribution causale et une contribution non-causale. En effet, plusieurs auteurs ont pu affirmer, à partir d'une analyse du droit interne, que la contribution du complice à l'infraction ne pouvait être une contribution causale dans la mesure où elle dépendait de l'intervention du participant principal ; or, à la différence du monde naturel où les événements se succèdent inévitablement les uns aux autres, les comportements humains sont le résultat de l'expression d'une volonté libre : ainsi, l'auteur principal aurait lui seul un comportement causal car il choisit de causer l'infraction (voir, parmi ces auteurs : S. H. Kadish, « Complicity, cause and blame : a study in the interpretation of doctrine », *California law review*, 1985, p. 323 et s. ; J. Dressler, « Reforming complicity law : trivial assistance or a lesser offense ? », *Ohio State journal of criminal law*, 2008, p. 435). Cette position a pu être critiquée notamment car elle vise l'acte de l'auteur principal comme étant voulu ou librement choisi, plutôt que comme causatif. De plus, elle ne semble pas pouvoir être défendue dans le contexte ici étudié dans la mesure où la participation principale est définie très largement ; par exemple, dans les cas de commission indirecte, le lien causal serait impossible à apprécier si le participant doit être considéré comme seul maître de ses actes (voir M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC... », *op. cit.*, p. 660-661).

¹¹⁵⁰ Pour une analyse précise des théories de la causalité, voir : S. Finnin, *Elements of accessory modes of liability...*, *op. cit.*, p. 123 et s. ; M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, *op. cit.*, p. 72 et s..

¹¹⁵¹ Sur ce point également des divergences doctrinales apparaissent dans l'analyse du droit interne. Certains auteurs considèrent en effet que la causalité suppose nécessairement un raisonnement contrefactuel (voir notamment : S. H. Kadish, *op. cit.*, p. 357 ; J. Dressler, *op. cit.*, p. 435) ; pour d'autres, en revanche, ce raisonnement n'est qu'une forme – certes dominante – d'évaluation (M. Moore, « Causing, aiding, and the superfluity of accomplice liability », *University of Pennsylvania law review*, 2008, p. 402-407). Michael Moore justifie son point de vue en avançant que « legal theorists have simply been misled in their long-held view that the “scientific” or “factual” part of legal causation is counterfactual in nature ; [...] the upshot is that some act may be causative of some harm even though it is not necessary to the occurrence of that harm » (p. 407). Voir également, S. Finnin, *Elements of accessory modes of liability...*, *op. cit.*, p. 124-125.

¹¹⁵² J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 732. Les auteurs ajoutent qu'il faut alors essayer d'identifier les critères qui attestent l'existence d'un rôle central pour désigner la participation principale. Ils relèvent ainsi des critères subjectifs (telle une intention conjointe du groupe à commettre une infraction collective, ou un intérêt

progressivement s'implanter dans le raisonnement prétorien : si la distinction entre les degrés de contribution reste un élément central de leur analyse, les juges admettent cependant qu'« une évaluation normative du rôle de l'accusé dans les circonstances spécifiques de l'affaire »¹¹⁵³ se révèle indispensable et qu'« il convien[t] donc de procéder à une analyse au cas par cas [...] ce n'est en effet qu'en examinant le comportement d'une personne dans le contexte dans lequel elle a agi ou omis d'agir que l'on pourra déterminer si celui-ci a influé ou non sur la commission du crime et, le cas échéant, dans quelle mesure »¹¹⁵⁴. Plus pragmatiquement, les juges estiment que « c'est l'effet que produit le comportement sur la réalisation du crime qui importe [...] et que la contribution pourra être reliée soit aux éléments matériels des crimes [...] soit à leurs éléments subjectifs »¹¹⁵⁵.

Pour ces raisons, la distinction entre les contributions des participants ne peut se fonder sur la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI. Non seulement, cette corrélation implique une analyse quantitative imprécise et insuffisante à saisir seule l'ampleur de la contribution, mais elle repose surtout sur une interprétation conjecturale qui appréhende la distinction entre les contributions du participant principal et du participant accessoire par le prisme d'un rapport hiérarchique, alors que celle-ci relève d'un rapport causal. Si la Cour semble encore tâtonner dans l'affirmation d'une véritable théorie de la causalité, le mouvement amorcé vers une approche contextuelle permettrait toutefois d'envisager cette distinction entre les contributions des participants de manière plus pragmatique.

II. La hiérarchisation, conséquence de l'hybridation du modèle international de participation ?

151. L'hypothèse contestable d'une hiérarchie des mécanismes née de la lecture normative de l'imputation. Comme démontré précédemment, l'appréhension de la participation devant la CPI repose sur une combinaison singulière : ne pouvant se détacher du dualisme structurant de l'article 25 StCPI¹¹⁵⁶, les juges en retiennent pourtant une lecture

personnel fort à la réussite de l'entreprise criminelle) et des critères objectifs (à une contribution indispensable s'ajouterait notamment un élément d'immédiateté).

¹¹⁵³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, §473.

¹¹⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1634.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, §1635. Pour une analyse des rattachements possibles du lien causal aux éléments du crime, voir S. Finnin, *Elements of accessories modes of liability...*, op. cit., p. 146-147.

¹¹⁵⁶ Voir *supra* §118.

normative en érigeant le contrôle sur la réalisation du crime comme critère déterminant¹¹⁵⁷. Si cette hybridation du modèle international de participation entraîne une compréhension nouvelle de la distinction entre participant principal et participant accessoire, elle pourrait également produire des effets sur l'articulation d'ensemble des mécanismes statutaires : envisagée comme une telle conséquence, la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25§3 StCPI pourrait peut-être y trouver une légitimité.

En effet, cette lecture normative retenue par les juges repose sur une approche de la participation considérant le participant principal comme l'individu « le plus responsable » dans la mesure où celui-ci a eu une influence déterminante sur la commission de l'infraction sans nécessairement la réaliser matériellement¹¹⁵⁸. Particulièrement adaptée à la criminalité collective, cette approche favorise un schéma d'imputation descendant permettant d'atteindre en priorité ce participant principal qui a joué un rôle central et détient le contrôle de la réalisation du crime¹¹⁵⁹. Ainsi, la distinction avec la participation accessoire se réalise par le prisme de ce critère de contrôle : puisqu'il ne détient pas ce contrôle, le participant accessoire est considéré comme « moins responsable » et par conséquent moins coupable¹¹⁶⁰. Dès lors, cette lecture normative de la chaîne d'imputation concourt logiquement et à elle-seule à la hiérarchisation des formes de participation de l'article 25§3 StCPI¹¹⁶¹. Adoptée par la majorité des juges, cette approche ne fait toutefois pas l'unanimité, et il est intéressant de noter que ce différend prétorien trouve une explication dans « le choc des cultures juridiques ». En effet, l'opinion majoritaire retient une conception dogmatique de la responsabilité, typique des cultures germanique et hispanique, qui suppose que « la loi doit refléter les différences subtiles dans la mesure de la participation et qui cherche à établir un critère permettant de distinguer entre les formes de participation (et donc les degrés de culpabilité) »¹¹⁶² ; en revanche, l'opinion minoritaire s'attache à une conception de la responsabilité cristallisée autour du principe de légalité, typique des traditions françaises et anglo-américaines, selon laquelle « les définitions

¹¹⁵⁷ Voir *supra* §63.

¹¹⁵⁸ Voir *supra* §12.

¹¹⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §330-335.

¹¹⁶⁰ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 742 ; E. van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the International Criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 512.

¹¹⁶¹ Certains auteurs évoquent à ce titre « une hiérarchie normative » de l'article 25§3 StCPI générée par la théorie du contrôle sur le crime. J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, *ibid.*.

¹¹⁶² J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, *op. cit.*, p. 743.

légales doivent capturer le plus globalement possible les comportements répréhensibles mais sans distinguer les degrés de participation, ce qui incombe à la peine »¹¹⁶³. Ces différences culturelles ainsi constatées, cette lecture normative – et la hiérarchisation des mécanismes qui en découle – doit-elle être l’unique approche théorique de l’article 25§3 StCPI ?

Si cette approche a pris une place très importante dans le raisonnement prétorien, il ne faut toutefois pas oublier que le texte de l’article 25§3 StCPI repose avant tout sur une approche dualiste, classique dans la plupart des systèmes internes, qui distingue le participant principal et le participant accessoire. L’analyse précédente a révélé que le critère du contrôle sur le crime pouvait, dans une certaine mesure, s’affirmer comme un critère de distinction entre la participation principale et la participation accessoire¹¹⁶⁴ ; cependant, cette distinction opère de manière normative, c’est-à-dire qu’elle attache à la participation accessoire une responsabilité moindre que celle de la participation principale¹¹⁶⁵. Or, selon l’approche dualiste, la distinction entre le principal et l’accessoire n’emporte aucune connotation normative¹¹⁶⁶ : elle signifie simplement que la participation accessoire est dérivée¹¹⁶⁷, à savoir qu’elle dépend de la participation principale¹¹⁶⁸ mais ne la place pas en dessous. Comme le mentionne justement la Cour lors du Jugement *Katanga*, « l’article 25 du Statut ne fait qu’identifier différents comportements illégaux et, en ce sens, la distinction proposée entre la responsabilité de l’auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une “ hiérarchie de culpabilité ” pas plus qu’elle n’édicte, même implicitement, une échelle des peines »¹¹⁶⁹. D’ailleurs, en l’espèce, l’absence de hiérarchie permettra précisément aux juges de passer d’une forme de participation principale à une

¹¹⁶³ *Ibid.*.

¹¹⁶⁴ Voir *supra* §147.

¹¹⁶⁵ Par exemple, à l’occasion de la décision de confirmation des charges dans l’affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, l’analyse prétorienne conclue, certes assez subtilement, à la supériorité de la participation conjointe indirecte sur la participation à une action criminelle concertée : « La capacité du chef à s’assurer de cette obéissance automatique à ses ordres est à la base de sa responsabilité en tant qu’auteur principal – plutôt que du complice. 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 ». (Nous soulignons ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §518).

¹¹⁶⁶ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, *op. cit.*, p. 743.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 743-744. Voir également E. van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the International Criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 513.

¹¹⁶⁸ Les paragraphes (b) à (d) de l’article 25§3 StCPI exige en ce sens que l’infraction principale soit au moins tentée.

¹¹⁶⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, §1386.

forme de participation accessoire sans pour autant altérer ou minimiser l'importance du rôle de l'accusé dans la réalisation de l'infraction¹¹⁷⁰.

Par conséquent, l'hybridation du modèle international de participation empêche, en tant que telle, toute hiérarchisation des mécanismes de l'article 25§3 StCPI : en effet, si la lecture prétorienne normative conduit logiquement à un tel ordonnancement, l'approche statutaire dualiste, à l'inverse, le contrarie. En promouvant le critère du contrôle sur le crime au cœur de son analyse, la Cour semble avoir été trop rigoureuse¹¹⁷¹ dans la fixation des frontières entre participation principale et participation accessoire, là où l'hybridation appelle à plus d'équilibre et de flexibilité.

152. Envisagée comme cause – au fondement de la distinction entre les contributions des participants – ou comme conséquence – en tant que corollaire de l'hybridation du modèle international de participation – la hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI ne convainc pas. Si, dans la continuité de la théorie du contrôle sur le crime, elle émerge logiquement, elle échoue toutefois à restituer une lecture satisfaisante de l'ensemble des formes de participation : au-delà des failles constatées sur le plan théorique, elle souffre également d'un manque de réalisation pratique, confortant la possibilité de la distinction des mécanismes sans pour autant les hiérarchiser.

Section 2. La réalisation pratique d'une distinction sans hiérarchisation

153. L'enjeu d'une hiérarchisation des mécanismes de participation visés à l'article 25 StCPI doit en effet être recherché dans son utilité pragmatique et en ce sens, son principal intérêt est d'appliquer une peine graduée en fonction de la forme de participation retenue. Ce lien entre la peine et la forme de participation a pu être modélisé à partir de l'analyse comparée des droits nationaux¹¹⁷² en distinguant le modèle de participation centré sur la peine du modèle de participation centré sur la responsabilité. Si le modèle centré sur

¹¹⁷⁰ Sur la question de la requalification, voir *supra* §39, §133. A. Aumaître, *Le dossier de la procédure devant la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 311 et s..

¹¹⁷¹ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, *op. cit.*, p. 744.

¹¹⁷² La comparaison avec les droits nationaux permet en effet une illustration : dans les pays où existe cette hiérarchisation des modes de participation – comme en Estonie et en Finlande – la loi prévoit une réduction de peine systématique pour le participant accessoire, alors que dans les pays où elle n'est pas retenue – comme en France – la loi prévoit que le participant accessoire est puni comme le participant principal. (Voir *supra* §13). Voir également, M. Aksenova, « The modes of liability at the ICC... », *op. cit.*, p. 657.

la peine repose sur l'idée que c'est à la peine, et non la participation elle-même, que revient la fonction de rendre compte de l'importance du rôle joué par chaque participant à l'infraction, le modèle centré sur la responsabilité accorde, à l'inverse, une place essentielle à la distinction entre participant principal et participant accessoire dans la détermination de la peine : le participant principal sera ainsi plus sévèrement puni pour avoir commis le crime, que le participant accessoire pour y avoir simplement contribué. Bien qu'éclairante, cette distinction tend cependant à s'estomper aujourd'hui au profit d'un mouvement global centré sur l'individualisation de la peine¹¹⁷³. Le Statut de Rome ne semble pas échapper à cette tendance puisqu'il accorde un rôle fondamental au juge dans la détermination de la peine, obscurcissant ainsi l'appréhension de ce lien modélisé entre la peine et les modes de participation. Dès lors, la réalité d'une hiérarchisation des mécanismes selon une échelle des peines se révèle très incertaine (I), et interroge, dans son sillage, la pertinence même d'une distinction entre les mécanismes (II).

I. L'absence de lien déterminant avec la peine

154. La prise en compte incidente du degré de participation dans la détermination de la peine¹¹⁷⁴. La question de la détermination de la peine est appréhendée de manière singulière par le Statut de la Cour car elle repose notamment sur une approche originale de la pénalité. D'une part, le principe de légalité des peines, expressément formulé à l'article 23 StCPI, connaît une définition très souple¹¹⁷⁵ laissant une large marge de manœuvre au juge dans la fixation de la peine¹¹⁷⁶. En effet, si l'article 77 StCPI prévoit une liste exhaustive des sanctions pénales pouvant être prononcées par le juge¹¹⁷⁷, il n'établit pas de lien précis avec les crimes visés par le Statut : le régime des peines est ainsi le même

¹¹⁷³ Voir *supra* §13.

¹¹⁷⁴ Pour une étude d'ensemble de la question, voir particulièrement P. Jouette, *La détermination des peines en droit international pénal*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2021, n°657 et s. ; S. d'Ascoli, *Sentencing in international criminal law - The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, Bloomsbury Publishing, 2011 ; J. Falxa, « Le choix de la peine », in T. Herran (dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 329 ; F. Jessberger, J. Geneuss (eds), *Why punish perpetrators of mass atrocities?*, Cambridge University Press, 2020.

¹¹⁷⁵ L'article 23 StCPI précise qu'« une personne qui a été condamnée par la Cour ne peut être punie que conformément aux dispositions du présent Statut ». Pour une analyse approfondie de cette question voir D. Scalia, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruylant, 2011, p. 172 et s. ; l'auteur dénonce des dispositions précises mais insuffisantes pour assurer le respect du principe de la légalité des peines.

¹¹⁷⁶ Pour de plus amples développements sur l'office du juge, voir particulièrement P. Jouette, *op. cit.*, n°331 et s..

¹¹⁷⁷ L'article 77 StCPI vise ainsi la peine d'emprisonnement, l'amende et la confiscation.

pour l'ensemble des crimes puisque la prescription statutaire ne fait que préciser que la Cour ne peut prononcer qu'« une peine d'emprisonnement à temps de 30 ans au plus » et « une peine d'emprisonnement à perpétuité, si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient ». L'absence d'une nature et d'un *quantum* déterminés de la peine en fonction de chaque crime semble conforter la volonté des rédacteurs de ne pas hiérarchiser les crimes selon un critère de gravité ; les mêmes raisons conduisent également les juges à refuser toute adoption d'une peine plancher¹¹⁷⁸. En laissant dès lors une grande latitude d'appréciation au juge, cette conception de la légalité place finalement l'individualisation de la peine au cœur du processus de détermination de la peine. D'autre part, l'article 78 StCPI précise que les juges doivent à cette fin tenir compte de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle du condamné sans toutefois préciser davantage les finalités de la peine¹¹⁷⁹. Les juges relèvent cependant que le Préambule du Statut de Rome dispose que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis »¹¹⁸⁰ et que les États parties sont « [d]éterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes »¹¹⁸¹ : la rétribution et la dissuasion s'affirment par conséquent comme les principaux¹¹⁸² objectifs de la sanction¹¹⁸³ mais également comme des repères nécessaires dans la détermination de la peine. À cette fin, les juges retiennent que la rétribution ne doit pas être comprise comme l'assouvissement d'un désir de vengeance mais comme l'expression de la condamnation

¹¹⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre de Première instance I, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut, 10 juillet 2012, §93 : « De l'avis de la Chambre, la peine prononcée par une chambre de première instance devrait toujours être proportionnée au crime, et l'adoption automatique — telle que proposée par l'Accusation — d'un point de départ fixe, c'est-à-dire identique pour tous les crimes, irait à l'encontre de ce principe fondamental ».

¹¹⁷⁹ Pour une réflexion sur ces finalités, voir S. Manacorda, « Contribution à l'étude de la peine en droit international pénal », in D. Bernard, Y. Cartuyvels, C. Guillaïn, D. Scalia, M. van de Kerchove, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Antémis, 2014, p. 55 et s. ; D. Scalia, « Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale », *Études internationales*, Vol. 45, n°1, Mars 2014, p. 67 et s..

¹¹⁸⁰ Préambule du Statut, §4.

¹¹⁸¹ Préambule du Statut, §5.

¹¹⁸² Les juges avancent que si la peine prononcée peut également répondre à un souci de favoriser la réinsertion du condamné, cet objectif ne saurait être considéré comme prédominant, en particulier en droit international pénal, et ne devrait donc pas se voir accorder un poids excessif (CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, ICC-01/12-01/15, Chambre de Première instance VIII, Jugement portant condamnation, 27 septembre 2016, §67).

¹¹⁸³ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, Décision relative à la peine (article 76 du Statut), 23 mai 2014, §37-38. Réaffirmé par la suite dans les décisions : CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre de première instance III, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, 21 juin 2016, §10 ; CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §66.

des crimes en question par la communauté internationale, ce qui, moyennant l'application d'une peine proportionnée, constitue aussi une reconnaissance du préjudice causé aux victimes et favorise également la restauration de la paix et la réconciliation. Quant à la dissuasion, la Cour considère qu'une peine devrait être suffisante pour décourager la personne déclarée coupable de récidiver (dissuasion spéciale), ainsi que pour détourner de leur projet les personnes qui envisageraient de commettre des crimes similaires (dissuasion générale). Lues en conjonction avec ces objectifs, les dispositions applicables du Statut créent alors « un cadre complet pour la fixation de la peine »¹¹⁸⁴.

Plus pragmatiquement, le rôle des juges revient alors à identifier et apprécier les considérations pertinentes telles qu'indiquées à l'article 78§1 StCPI et, par renvoi de ce dernier, au Règlement de procédure et de preuve¹¹⁸⁵. Fixant les modalités d'application de l'article 78 StCPI, la règle 145 RPP précise que la peine prononcée doit être « proportionnée à la culpabilité de la personne condamnée »¹¹⁸⁶ et, qu'en ce sens, la Cour « évalue le poids relatif de toutes les considérations pertinentes, y compris les facteurs atténuants et les facteurs aggravants, et tient compte à la fois de la situation de la personne condamnée et des circonstances du crime »¹¹⁸⁷. Aux considérations déjà visées par l'article 78 StCPI – gravité du crime et situation personnelle – la règle 145§1(c) RPP ajoute une liste d'éléments très divers comprenant notamment l'ampleur du dommage causé, la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime, mais également le degré de participation de la personne condamnée et le degré d'intention¹¹⁸⁸. De la même manière, la règle 145§2 RPP invite le juge à tenir compte, s'il convient, de l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes : si la règle ne fait que définir les premières comme celles « qui, tout en s'en approchant, ne constituent pas des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, comme une altération substantielle du discernement ou la contrainte », elle énumère les secondes en visant notamment les condamnations pénales antérieures pour les crimes relevant de la compétence de la Cour, la vulnérabilité particulière de la victime ou tout

¹¹⁸⁴ CPI, *Le Procureur c. Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §67.

¹¹⁸⁵ Ci-après, RPP.

¹¹⁸⁶ Règle 145§1(a) RPP.

¹¹⁸⁷ Règle 145§1(b) RPP.

¹¹⁸⁸ La règle 145§1(c) RPP vise *in extenso* « l'ampleur du dommage causé, en particulier le préjudice causé aux victimes et aux membres de leur famille, de la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime ; du degré de participation de la personne condamnée ; du degré d'intention ; des circonstances de temps, de lieu et de manière ; de l'âge ; du niveau d'instruction et de la situation sociale et économique de la personne condamnée ».

autres circonstances de nature comparable¹¹⁸⁹. Malgré une distinction textuelle, l'absence d'une liste exhaustive de ces facteurs conduit les juges à préciser que « lorsqu'elle examine toutes les considérations pertinentes, la Chambre ne peut en comptabiliser aucune à double titre, ce qui se produirait si elle retenait comme circonstance aggravante une circonstance prise en compte dans l'évaluation de la gravité du crime, et inversement »¹¹⁹⁰ et qu'« en outre, un élément juridique des crimes ou du mode de responsabilité ne peut être considéré comme une circonstance aggravante »¹¹⁹¹. À l'occasion de l'affaire *Lubanga*, la Chambre de Première instance I recadre ainsi les arguments de l'Accusation qui présentait des observations concernant l'ampleur de la participation du condamné et la nature de l'intention qui l'animait tout en soutenant que les qualités de Président et de commandant en chef de l'UPC constituaient une circonstance aggravante : selon les juges, « ces éléments ne devraient pas faire l'objet d'une double prise en compte dans le cadre de la fixation de la peine »¹¹⁹². Toutefois, s'agissant de l'interaction entre les considérations visées à l'article 78§1 StCPI et celles de règle 145§1(c) RPP, la Chambre d'appel mentionne dans la même affaire que plusieurs approches sont possibles sans pour autant dire laquelle est correcte¹¹⁹³. Ainsi, d'un côté, la Chambre de Première instance III a pu estimer qu'il fallait tenir compte de certaines des considérations de la règle 145§1(c) RPP dans l'examen de l'existence de circonstances aggravantes et atténuantes¹¹⁹⁴, se situant alors dans la lignée des travaux

¹¹⁸⁹ *In extenso*, le texte vise : « les condamnations pénales antérieures pertinentes pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ou de nature comparable ; l'abus de pouvoir ou de fonctions officielles ; la vulnérabilité particulière de la victime ; la cruauté particulière du crime ou victimes nombreuses ; le mobile ayant un aspect discriminatoire fondé sur l'une des considérations énumérées au paragraphe 3 de l'article 21 ; toutes autres circonstances de nature comparable ».

¹¹⁹⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, §35 ; CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §70 ; CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Sentencing judgement, 7 novembre 2019, §13 : « Certain factors may reasonably be considered under more than one category. The category in which a certain factor is placed is therefore of limited relevance. It is more for the Chamber to identify all relevant factors, and to attach appropriate weight to them in its determination of the sentence. Naturally, the Chamber will not rely on the same factor more than once, and any factors assessed in relation to the gravity of the crime will not be considered as aggravating circumstances, and vice versa ».

¹¹⁹¹ CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §70.

¹¹⁹² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, §51. De la même manière, les juges déclarent lors de la Décision sur la peine dans l'affaire *Ntaganda* que « les éléments en lien avec la position de l'accusé et son entraînement et expérience militaire ont été examinés précédemment par la Chambre et ne seront pas analysés ici comme facteurs aggravants » (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Sentencing judgement, 7 novembre 2019, §207).

¹¹⁹³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, Chambre d'appel, Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 1er décembre 2014, §61-66.

¹¹⁹⁴ Lors de la Décision sur la peine dans l'affaire *Bemba*, la Cour relève en ce sens qu'« en l'absence d'examen "de l'ampleur du dommage causé", "de la nature du comportement illicite et des moyens qui ont servi au crime", "du degré de participation de la personne condamnée", "du degré d'intention" et "des

préparatoires où les considérations de la règle 145§1(c) RPP avaient été conçues comme une liste non exhaustive de circonstances aggravantes ou atténuantes¹¹⁹⁵ ; d'un autre côté, les Chambres de Première instance I et II ont pu tenir compte des considérations relevant de la règle 145§1(c) RPP lors de l'évaluation des considérations relevant de l'article 78§1 StCPI, notamment en appréciant le degré de participation du condamné comme un élément permettant l'appréciation de la gravité du crime¹¹⁹⁶. De la même manière, à l'occasion de la décision sur la peine dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre de Première instance VI justifie cette dernière approche en affirmant que « dans la mesure où ils ont trait aux éléments constitutifs de l'infraction et au(x) mode(s) de responsabilité, les facteurs énoncés à la règle 145§1(c) seront pris en compte dans l'évaluation de la gravité, y compris l'étendue du dommage causé, le préjudice causé aux victimes et à leurs familles, la nature du comportement illégal et les moyens employés pour exécuter le crime, et/ou les circonstances de manière, temps et lieu, ainsi que la nature et le degré de participation de la personne condamnée à la commission du crime et son degré d'intention »¹¹⁹⁷.

À la lumière de l'ensemble de ces éléments, le rôle du juge dans la détermination de la peine se révèle central : non seulement la souplesse du principe de légalité lui assure la latitude nécessaire pour individualiser la peine, mais les prescriptions prévues par les textes lui fournissent les moyens d'y parvenir, à savoir les considérations pertinentes afin de fixer une peine proportionnelle au crime commis. Si le degré de participation est expressément visé parmi ces éléments, sa prise en compte paraît cependant incidente, voire effacée, car la détermination de la peine repose finalement sur une appréciation prétorienne

circonstances de temps, de lieu et de manière», tel qu'exposé à la règle 145§1(c), il serait difficile de déterminer s'il y a eu « [a]bus de pouvoir ou de fonctions officielles», ou d'évaluer la « [v]ulnérabilité particulière de la victime», la « [c]ruauté particulière du crime» ou les «victimes nombreuses» et/ou un « [m]obile ayant un aspect discriminatoire», tel qu'exposé à la règle 145§2(b) » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, §13, nbp 39). Voir dans le même sens, CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §69 : « Dans son évaluation de toutes les considérations pertinentes, la présente Chambre a estimé que certaines des considérations relevant de la règle 145-1-c devaient être prises en compte dans l'évaluation des circonstances atténuantes ou aggravantes prévues à la règle 145-2 ».

¹¹⁹⁵ *Rapport du Groupe de travail sur les peines*, A/Conf.183/C.1/WGP/L.14, 4 juillet 1998, p. 3, note de bas de page 3, tel que modifié par *Rapport du Groupe de travail sur les peines – Rectificatif*, A/Conf.183/C.1/WGP/L.14/Corr.1, 6 juillet 1998, §2. Voir aussi, notamment, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale : Additif*, A/Conf.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 122, note de bas de page 13 ; *Texte du projet de statut de la Cour pénale internationale*, A/AC.249/1998/CRP.13, 1^{er} avril 1998, p. 4, note 10.

¹¹⁹⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, §44. Dans le même sens, voir également CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Décision relative à la peine (article 76 du Statut), §61 et s., où l'analyse du degré de participation trouve sa place au sein de l'appréciation du facteur de gravité du crime (voir le sommaire de la décision).

¹¹⁹⁷ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, préc., Sentencing judgement, §16.

appréhendant ces facteurs dans leur ensemble, quitte à tout englober sous le critère de gravité du crime. Ainsi, à l'occasion de la Décision sur la peine dans l'affaire *Katanga*, et lors de l'analyse de la gravité du crime, les juges affirment que « le degré de participation et d'intention du condamné doivent être évalués *in concreto*, en fonction des conclusions factuelles et juridiques que la Chambre a énoncées dans son jugement portant condamnation »¹¹⁹⁸. En l'espèce, ils soulignent l'importance qu'a revêtu la contribution apportée par Germain Katanga lors du massacre de Bogoro, notamment car son intervention a permis à la milice *ngiti* de bénéficier des moyens logistiques présentant un intérêt capital car elle n'aurait pas disposé des moyens nécessaires pour mener à bien l'attaque ou n'auraient pas été en mesure de réaliser avec autant d'efficacité ou de succès le dessein criminel qui consistait à effacer Bogoro et à éliminer la population civile *hema* qui y habitait¹¹⁹⁹ ; les juges insistent également sur le fait que cette contribution a été apportée en pleine connaissance du fait que les combattants *ngiti* étaient animés par une idéologie hostile aux *hema*¹²⁰⁰. Alors que la Chambre déduit de ces constatations que « le degré de participation et d'intention de Germain Katanga ne doit pas être sous-estimé »¹²⁰¹, elle ne précise pas davantage le poids exactement accordé à ces considérations dans la détermination de la peine¹²⁰² : au contraire, les deux éléments se fondent dans l'appréciation de la gravité du crime et n'apparaissent pas aussi déterminants que les circonstances aggravantes ou atténuantes retenues.

155. Le refus prétorien de toute hiérarchisation des formes de participation selon une échelle des peines. Dans le sillage du constat précédent, la question se pose de savoir si, en prenant ainsi en compte le degré de responsabilité dans la détermination de la peine, la logique d'individualisation soutenant la décision juge ne conduit pas insidieusement à une hiérarchie des formes de responsabilité.

¹¹⁹⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Décision relative à la peine (article 76 du Statut), §61.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, §65.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, §68.

¹²⁰¹ *Ibid.*, §69.

¹²⁰² La seule mention du degré de contribution lors de la détermination du *quantum* de la peine apparaît au §143 : « Germain Katanga a été déclaré coupable de complicité par contribution “de toute autre manière” à la commission de plusieurs crimes très graves, commis dans des conditions de particulière cruauté et de manière discriminatoire : il s'agit du crime de meurtre en tant que crime de guerre et crime contre l'humanité, des crimes d'attaque contre la population civile en tant que crime de guerre et des crimes de destruction et de pillage de biens en tant que crime de guerre. Sa contribution a duré plusieurs mois (du mois de novembre 2002 au 24 février 2003) et l'attaque de Bogoro a été l'une des attaques les plus importantes qui ait eu lieu en Ituri au cours de l'année 2003. Elle a toutefois été apportée dans le contexte d'un dessein criminel que partageaient de nombreuses personnes et sans qu'il ait été établi que Germain Katanga était lui-même présent sur les lieux des crimes ».

À l'occasion du Jugement dans l'affaire *Lubanga* et de la discussion entourant le degré de contribution attaché à la participation principale, les juges affirment que retenir « une notion de coaction exigeant une contribution essentielle [permet] de dûment exprimer et prendre en compte les différents degrés de contribution »¹²⁰³ et d'assurer « la notion de responsabilité de l'auteur principal de sa capacité de traduire la culpabilité des personnes qui portent la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale ». Sans se prononcer clairement sur le lien avec la peine, les juges semblent cependant sous-entendre que la sanction prononcée à l'encontre d'un participant principal devrait elle aussi refléter la responsabilité la plus lourde. Toutefois, dans son opinion séparée jointe à ce jugement, le Juge Adrian Fulford s'érige contre toute hiérarchisation des mécanismes de participation de l'article 25 StCPI en affirmant que « rien ne permet de conclure à bon droit qu'ordonner, solliciter ou encourager un crime (article 25-3-b) est une manière de le commettre moins grave que le fait de le commettre "par l'intermédiaire d'une autre personne" (article 25-3-a), et il y a de toute évidence un chevauchement entre ces deux notions »¹²⁰⁴. Il avance en ce sens que « si la "hiérarchisation" des divers modes de responsabilité peut se révéler utile, comme quand la peine est strictement déterminée par la disposition même qui fonde la déclaration de culpabilité, de telles considérations ne s'appliquent pas à la CPI »¹²⁰⁵ : rappelant que l'article 78 StCPI et la règle 145 RPP disposent que la peine doit être déterminée sur la base de facteurs pertinents tels la gravité du crime ou la situation personnelle du condamné, le Juge Adrian Fulford explique que « dans l'ensemble ces dispositions ne définissent pas une stricte fourchette des peines en fonction du mode de responsabilité fondant la déclaration de culpabilité, lequel n'est qu'une considération pertinente parmi d'autres »¹²⁰⁶. Loin d'être isolée, cette position est également défendue en des termes similaires par la Juge Christine van den Wyngaert à l'occasion du Jugement rendu dans l'affaire *Ngudjolo Chui*¹²⁰⁷.

¹²⁰³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut §99.

¹²⁰⁴ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Lubanga*, §8.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, §9.

¹²⁰⁶ *Ibid.*.

¹²⁰⁷ Opinion concurrente de la Juge Christine van den Wyngaert jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Ngudjolo Chui*, §27 : « Like Judge Fulford, I am not persuaded by the argument that the perceived hierarchy in Article 25(3) is supported by Article 78 of the Statute and Rule 145(l)(c) of the Rules, which provide that, in determining the sentence, the Court shall, among many other factors, take into account the "degree of participation of the convicted person". In the absence of clear provisions indicating a differentiation in penalties for each of the paragraphs of Article 25(3), it is impossible to conclude that there exists a mandatory reduction of the sentence depending on the form of criminal responsibility. I note, in this regard, that mandatory sentence reductions for aiding and abetting and other

Face à ces premières positions prétoriennes, la doctrine s'avère également partagée. Si certains auteurs réfutent l'hypothèse d'une hiérarchisation¹²⁰⁸, d'autres au contraire la défendent activement. Ainsi, Gerhard Werle et Boris Burghardt affirment que « les modes de participation ne sont pas conçus simplement comme des catégories descriptives [...] le sens et la définition de concepts tels que “commettre”, “aider et assister”, “ordonner”, ou “encourager” dépendent du rôle et de la fonction qu'un système de droit pénal leur confère »¹²⁰⁹. Les deux auteurs relèvent alors que la lecture de l'article 25§3 StCPI retenue par les Juges Adrian Fulford et Christine van den Wyngaert ne fournit que la première étape d'une interprétation significative de la disposition, et « s'arrêter à cette étape est en contradiction avec les règles statutaires relatives à l'interprétation énoncées par [l'article 31§1] de la Convention de Vienne sur le droit des traités »¹²¹⁰ qui exige de prendre en compte le contexte aussi bien que l'objet et le but¹²¹¹ de l'article 25§3 StCPI. Ainsi, « les éléments distinctifs des différents modes de participation du Statut devraient effectivement établir ce qui a été désigné, bien que désapprouvé, comme une “hiérarchie de gravité” ou “hiérarchie de culpabilité” »¹²¹² car « chaque niveau de responsabilité correspond à une évaluation spécifique »¹²¹³ et car « les exigences requises pour les trois formes de commission sont plus élevées que celles pour l'instigation dans ses diverses formes »¹²¹⁴.

Il faut attendre le Jugement dans l'affaire *Katanga* pour que les juges affirment expressément l'absence de corrélation entre le degré de participation et le *quantum* de la peine, et par conséquent l'absence d'une hiérarchisation des modes de responsabilité en fonction de la sanction. Rappelant que l'article 25 StCPI ne fait pas référence à la culpabilité des accusés mais à leur responsabilité pénale individuelle, les juges affirment expressément qu'« une personne responsable en tant qu'instigateur au sens de l'article 25-3-b pourra se voir infliger une peine analogue voire identique à celle qui sera prononcée

forms of accessorial responsibility is not something that is familiar to a majority of legal systems and is indeed unknown in great parts of the world irrespective of which legal tradition they belong to. It can therefore not be considered as a general principle of law in the sense of Article 21(1)(c) ».

¹²⁰⁸ E. van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the international criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 512.

¹²⁰⁹ G. Werle, B. Burghardt, « Establishing degrees of responsibility – Modes of participation in Article 25 of the ICC Statute », in E. van Sliedregt, S. Vasiliev (ed.), *Pluralism in international criminal law*, OUP, 2014, p. 315.

¹²¹⁰ *Ibid.*.

¹²¹¹ La prescription précise *in extenso* qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

¹²¹² G. Werle, B. Burghardt, « Establishing degrees of responsibility... », *op. cit.*, p. 315.

¹²¹³ *Ibid.*.

¹²¹⁴ *Ibid.*, §316.

contre une personne déclarée responsable en qualité d’auteur du même crime »¹²¹⁵. Pour les juges, l’article 25 StCPI ne fait qu’identifier différents comportements illégaux et, en ce sens, « la distinction proposée entre la responsabilité de l’auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une “hiérarchie de culpabilité” (*hierarchy of blameworthiness*) pas plus qu’elle n’édicte, même implicitement, une échelle des peines »¹²¹⁶. Aussi il ne peut être exclu que, après avoir statué sur la culpabilité, « le juge décide de prononcer des peines atténuées contre les complices sans que, pour autant, cela constitue pour lui une règle impérative [:] ni le Statut ni le Règlement de procédure et de preuve ne prévoient un principe d’atténuation de la peine pour les formes de responsabilité autre qu’une commission et, pour la Chambre, il n’existe pas de corrélation automatique entre le mode de responsabilité et la peine »¹²¹⁷. Pour les juges, ceci démontre bien que l’auteur d’un crime n’est pas toujours considéré comme étant moralement plus répréhensible que le complice. En définitive, la distinction existant entre les auteurs d’un crime et les complices est inhérente au Statut mais elle n’implique pas, pour autant, l’existence d’une hiérarchie qu’il s’agisse de la culpabilité ou de la peine¹²¹⁸ : chaque mode de responsabilité présente en effet des caractéristiques et a des conséquences juridiques différentes qui traduisent diverses formes d’implication dans des activités criminelles mais cela ne veut toutefois pas nécessairement dire que les accusés se verront reconnaître une culpabilité moindre ou se verront infliger une peine moins importante.

Ce refus prétorien de toute hiérarchisation des formes de participation selon une échelle des peines est par la suite réaffirmé à plusieurs reprises et précisé par les juges. Ainsi, la Chambre d’appel n’hésite pas à reprendre la Chambre de Première instance VII à l’occasion de l’affaire *Bemba et autres*. Dans son Jugement sur la peine, au moment de fixer les sanctions à appliquer aux trois individus condamnés, la Chambre de Première instance VII affirme qu’elle a évalué le poids relatif de toutes les considérations, y compris les circonstances aggravantes et atténuantes, et souligne, dans ce contexte, qu’elle « opère une distinction entre les infractions [que les intéressés ont] commises en tant que coauteur[s] et celles dont [ils ont] été complice[s] »¹²¹⁹ ; en conséquence, les juges fixent

¹²¹⁵ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, §1386.

¹²¹⁶ *Ibid.*.

¹²¹⁷ *Ibid.*.

¹²¹⁸ *Ibid.*, §1387.

¹²¹⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13-2123-Corr-tFRA, Chambre de Première instance VII, Décision relative à la peine rendue en application de l’article 76 du Statut, 22 mars 2017, §§145, 193 et 248.

des peines individuelles moins lourdes pour les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'article 70§1(a) StCPI, infraction pour laquelle ils ont été déclarés coupables en tant que complices, que pour celles prononcées sur celui de l'article 70§1(c) StCPI, infraction qu'ils ont commise conjointement¹²²⁰. Si la Chambre d'appel admet qu'« en général et toutes choses étant égales par ailleurs, une personne jugée coupable d'avoir elle-même commis un crime porte une responsabilité plus lourde qu'une personne qui a contribué à un crime commis par un ou plusieurs autres personnes »¹²²¹, elle rappelle toutefois que l'auteur principal d'une infraction ne mérite pas nécessairement une peine plus lourde que le complice¹²²². La Chambre d'appel considère dès lors que la Chambre de Première instance VII n'a pas expliqué pourquoi, au vu des faits de l'affaire, elle estimait que les culpabilités respectives d'Aimé Kilolo et de Jean-Pierre Bemba étaient moindres pour l'infraction dont ils ont encouragé la commission que pour les infractions qu'ils ont commises en tant que coauteurs¹²²³ ; elle conclut que les juges ont eu tort de prononcer des peines moins lourdes pour les infractions visées à l'article 70-1-a du Statut, « en se fondant sur une distinction abstraite tirée d'un mode de responsabilité différent »¹²²⁴. Considérant qu'il n'était pas « nécessaire de déterminer à ce stade si les peines prononcées à l'encontre de Jean-Jacques Mangenda, Aimé Kilolo et Jean-Pierre Bemba étaient si manifestement faibles et insuffisantes qu'elles constituaient en soi un abus du pouvoir discrétionnaire de

¹²²⁰ *Ibid.*, §§146, 194 et 249.

¹²²¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9, Chambre d'appel, Judgment on the appeals of the Prosecutor, Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled « Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute », 8 mars 2018, §59.

¹²²² *Ibid.*, §60 : « The Appeals Chamber recognises that a mode of liability describes a certain typical factual situation that is subsumed within the legal elements of the relevant provision, and that the difference between committing a crime and contributing to the crime of others would normally reflect itself in a different degree of participation and/or intent within the meaning of rule 145 (1) (c) of the Rules. This however does not mean that the principal perpetrator of a crime/offence necessarily deserves a higher sentence than the accessory to that crime/offence. Whether this is actually the case ultimately depends upon all the variable circumstances of each individual case. In this regard, the Appeals Chamber observes that the Court's legal framework does not indicate an automatic correlation between the person's form of responsibility for the crime/offence for which he or she has been convicted and the sentence, nor does it provide any form of mandatory mitigation in case of conviction as an accessory to a crime/offence ».

¹²²³ *Ibid.*, §61 : « The Trial Chamber stated that it relied on the mode of liability as a basis to distinguish the three individual sentences for the three offences for which Mr Kilolo and Mr Bemba were convicted.140 However, it did not provide any explanation as to why, on the facts of the case, it considered Mr Kilolo's and Mr Bemba's respective culpability to be lower for the offence they had instigated than for the offences they had committed as co-perpetrators. On the contrary, as observed above, the relevant factual findings made by the Trial Chamber in this respect are essentially the same. In these circumstances, and in the absence of any further elaboration on the part of the Trial Chamber, it appears that the Trial Chamber assumed that a reduction of the sentence for the offence under article 70 (1) (a) of the Statute was due only because of the concerned mode of liability. This amounted to an error ».

¹²²⁴ *Ibid.*, §62.

la Chambre de première instance »¹²²⁵, la Chambre d'appel renvoie les peines prononcées à l'encontre des trois personnes condamnées devant la Chambre de Première instance pour un nouvel examen¹²²⁶.

Plus récemment, à l'occasion de la Décision sur la peine dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre de Première instance VI rappelle que « le Statut ne préétablit aucune hiérarchie *in abstracto* entre les différents modes de responsabilité aux fins de la détermination de la peine » et que « l'évaluation finale du degré de culpabilité de la personne condamnée et de son impact sur la peine dépend toujours d'une appréciation *in concreto* du degré de participation et du degré de volonté dans les circonstances particulières de l'affaire »¹²²⁷. Toutefois, la Chambre apporte une précision supplémentaire en affirmant que « la commission d'un crime par l'un des modes de responsabilité énoncés à l'article 25 (3) a) du Statut constitue une perpétration principale et que, dès lors, la perpétration directe n'est pas plus grave que la co-perpétration ou la co-perpétration indirecte aux fins de la détermination de la peine »¹²²⁸. Ainsi, l'absence d'une hiérarchisation des modes de responsabilité en fonction d'une échelle des peines ne concerne pas uniquement la distinction entre le participant principal et le participant accessoire, mais s'applique également aux diverses formes de la participation principale.

156. Déjà largement amorcé sur le plan théorique, le rejet de toute hiérarchie des mécanismes de l'article 25§3 StCPI trouve sa confirmation dans le refus prétorien de toute corrélation pratique avec une gradation dans la sanction. Bien que le degré de participation soit une considération parmi d'autres dans la fixation de la peine¹²²⁹, il est toutefois permis de relever que les diverses condamnations déjà prononcées par la Cour ne correspondent à

¹²²⁵ *Ibid.*, §90.

¹²²⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13-2312-tFRA, Chambre de Première instance VII, Décision portant fixation d'une nouvelle peine pour Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba et Jean-Jacques Mangenda Kabongo, 17 septembre 2018, §36 et s., §129 et s.. Un appel sera de nouveau interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre cette décision mais rejeté par la Chambre d'appel qui confirmera définitivement les peines prononcées le 17 septembre 2018 (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13 A10, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber VII of 17 September 2018 entitled "Decision Re-sentencing Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba and Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo", 27 novembre 2019).

¹²²⁷ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, préc., Sentencing judgement, §15.

¹²²⁸ *Ibid.*.

¹²²⁹ De la même manière et plus globalement, Pierre Jouette relève que « l'influence d'une donnée ne suffit pas à expliquer la magnitude d'une peine, ce que permet, en revanche, une étude qui met en évidence l'influence plurielle des différentes données » (*op.cit.*, n°665).

aucune échelle dans le *quantum* de la peine en lien avec la forme de participation à l'infraction : Thomas Lubanga fut condamné à 14 ans d'emprisonnement en tant que participant principal conjoint, Germain Katanga à 12 ans d'emprisonnement en tant que participant accessoire à une action criminelle concertée, Jean-Pierre Bemba – avant d'être acquitté – à 18 ans d'emprisonnement en tant que supérieur hiérarchique, Ahmad Al Mahdi Al Faqi à 9 ans d'emprisonnement en tant que participant principal conjoint, Bosco Ntaganda à 30 ans d'emprisonnement en tant que participant principal direct et Dominic Ongwen à 25 ans d'emprisonnement en tant que participant principal direct, indirect et conjoint indirect. L'absence d'enjeu pratique ainsi constatée invite à s'interroger dès lors sur la pertinence de la distinction entre participant principal et participant accessoire.

II. La pertinence de simplement distinguer

157. Le respect de la légalité formelle. En l'absence de toute « hiérarchie de valeur » des modes de participation, il serait tentant de conclure que la distinction entre participant principal et participant accessoire devient obsolète : quel est l'intérêt, en effet, d'opérer une telle distinction si elle n'emporte aucune conséquence pratique ?

Une première réponse peut être recherchée en lien avec le respect du principe de légalité tel que retenu par le Statut. Comme l'affirme la Majorité dans le Jugement dans l'affaire *Katanga*, la distinction existant entre les auteurs d'un crime et les complices est inhérente au Statut et, « dans la mesure où l'article 25 du Statut prévoit explicitement une telle distinction, la Chambre considère qu'il est indispensable de déterminer quel principe directeur permet de faire le partage entre les auteurs d'un crime et les complices »¹²³⁰ : « cette démarche s'impose, d'une part, parce que l'article 25 ne propose pas de critère opérationnel et, d'autre part, parce qu'il convient, conformément au principe de légalité, de tout mettre en œuvre pour garantir la prévisibilité du droit »¹²³¹. Ainsi, même si la Chambre admet avoir pleinement conscience qu'il peut exister des éléments communs entre certains modes de responsabilité, « le simple fait que les États Parties aient souhaité en dresser une liste impose, pour elle, de veiller, de bonne foi, à ce que chacun de ces modes puisse produire son plein effet »¹²³².

¹²³⁰ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1388.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² *Ibid.*, §1389.

Dans cette ambition, les juges ont fait le choix de retenir une lecture normative de ces formes de participation au moyen de la théorie du contrôle sur la réalisation du crime. Il est particulièrement intéressant de relever que la discordance des opinions prétoriennes relativement à ce choix reflète en définitive « un choc des cultures juridiques » et, dans son sillage, de la conception de la légalité. En effet, le point de vue adopté par la Majorité dans le Jugement *Lubanga* repose sur « une conception dogmatique de la commission et de la complicité »¹²³³ qui suppose que la loi reflète ou décrive des différences subtiles dans la mesure de la responsabilité et cherche à établir des critères permettant des distinctions entre les formes de participation et, par conséquent, les degrés de culpabilité. Cette approche, typique des traditions légales germanique et hispanique, se distingue de celle retenue par les juges Adrian Fulford et Christine van den Wyngaert dans leurs opinions précitées lorsqu'ils réfutent toute hiérarchie normative engendrée par la théorie du contrôle au cœur de l'article 25§3 StCPI. En effet, leur approche retient une « conception legaliste du droit pénal substantiel »¹²³⁴ selon laquelle les définitions légales générales et spéciales capturent de manière aussi complète que possible toutes les formes potentielles de comportement répréhensible : caractéristique des systèmes légaux anglo-américain et français, la distinction entre les degrés de responsabilité n'est alors pas l'objectif de la règle mais relève de la discrétion judiciaire lors de la fixation de la peine. Cette approche conduit d'ailleurs le Juge Adrian Fulford à réprouber sévèrement le choix d'une lecture normative de l'article 25§3 StCPI¹²³⁵. En effet, la théorie du contrôle exercé sur le crime trouve ses origines dans le système juridique allemand de l'après-guerre, où son application se justifiait par des considérations internes particulières, qui n'existent pas à la CPI. En retenant cette théorie, la Majorité s'est principalement fondée sur une approche minoritaire émanant des tribunaux *ad hoc*¹²³⁶ ainsi que de l'opinion individuelle jointe par le Juge Wolfgang Schomburg à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Gacumbitsi*¹²³⁷ : dans l'un et l'autre cas, les juges se sont fortement inspirés des travaux de l'universitaire allemand Claus Roxin et, en définitive, cette approche a été directement importée du

¹²³³ J. D. Ohlin, E. van Sliedregt, T. Weigend, « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 743.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Lubanga*, §6 et s..

¹²³⁶ TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Chambre de Première instance, Jugement, 31 juillet 2003 ; TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-A, Chambre d'appel, Arrêt, 22 mars 2006, §62. Voir *supra* §81.

¹²³⁷ TPIR, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, Jugement : separate opinion of Judge Wolfgang Schomburg, 7 juillet 2006. Voir *supra* §81.

système juridique allemand. Or, comme le relève le Juge Adrian Fulford dans son opinion séparée, « si l'article 21-1-c du Statut autorise la Cour à s'inspirer des "principes généraux du droit" découlant des systèmes juridiques nationaux, il [...] semble qu'avant de s'engager sur cette voie, une chambre devrait prendre la précaution de déterminer si les considérations politiques qui sous-tendent la théorie juridique interne sont applicables à la Cour, ainsi qu'étudier la compatibilité de cette théorie avec le cadre instauré par le Statut de Rome »¹²³⁸. Il ajoute, en outre, que « dans le système juridique allemand, la fourchette des peines est déterminée par le mode de responsabilité fondant la déclaration de culpabilité et par conséquent, il est nécessaire de distinguer nettement les auteurs principaux des complices ; [or,] de telles considérations ne s'appliquent pas à la CPI, où la fixation des peines n'est pas encadrée de cette façon »¹²³⁹.

Questionnant la légalité de la lecture normative finalement retenue par les juges dans l'appréhension des formes de participation, le raisonnement du Juge Adrian Fulford souligne également l'incohérence de ce choix compte-tenu des prescriptions statutaires. En cherchant à distinguer qualitativement la responsabilité du participant principal vis-à-vis de celle du participant accessoire, la Cour semble en effet avoir voulu tracer des frontières trop rigoureuses là où les termes statutaires sont volontairement vagues et généraux. Ainsi, l'absence de toute hiérarchisation entre la responsabilité de l'auteur du crime et celle du complice selon une échelle de culpabilité ou de peine n'empêche pas la réalité et la nécessité de leur distinction : bien qu'elle incite à un renforcement de la légalité substantielle, cette distinction trouve toutefois sa légitimité dans le respect de la légalité formelle.

158. La juste caractérisation. Dans le sillage du respect de la légalité formelle, la question de la nécessité de distinguer les formes de participation trouve une seconde réponse en amont de la réponse judiciaire, dans les objectifs de la justice pénale internationale. En effet, au-delà de sa fonction répressive, cette justice se veut également expressive¹²⁴⁰. Désignant cette ambition comme un « objectif didactique », Mirjan

¹²³⁸ Opinion séparée du Juge Adrian Fulford jointe au Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Lubanga*, §10.

¹²³⁹ *Ibid.*, §11.

¹²⁴⁰ E. van Sliedregt, « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the International criminal Court », *op. cit.*, p. 511. Dans le même sens, Marina Aksenova évoque une « fonction symbolique » de la justice pénale internationale : « the term "symbolism" is meant to refer to the mission of international criminal law in creating a space for shared, immutable values of the international community through the administration of exemplary justice. Symbolism seems to be the best fit because it denotes the strengths of

Damaška affirme que les juridictions pénales internationales devraient insister davantage sur le pouvoir de persuasion et le renforcement du sens de la responsabilité pour crime international en révélant et stigmatisant ces formes extrêmes d'inhumanités¹²⁴¹.

Pour cette raison, la justice pénale internationale attache une importance particulière à la restitution du contexte factuel dont elle est saisie. Anéantir la distinction entre participant principal et participant accessoire reviendrait alors à les désigner injustement comme équivalant et enverrait un message erroné, celui de « sur-évaluer la culpabilité du participant accessoire et sous-évaluer celle du participant principal »¹²⁴². James G. Stewart défend pourtant cette position¹²⁴³ lorsqu'il soutient que l'approche différenciée des modes de participation s'oppose à la fois au principe de culpabilité et au principe de « juste caractérisation »¹²⁴⁴. D'une part, concernant le premier principe, l'auteur considère que « la différenciation distord le degré de responsabilité de l'accusé en amplifiant la culpabilité relative aux éléments du crime pour lequel il est tenu responsable »¹²⁴⁵ ; d'autre part, s'agissant du second principe, il avance qu'un mode de participation qui ne correspond pas à l'élément matériel et l'élément moral du crime méconnaît le « label » dudit crime indépendamment du nombre d'année d'emprisonnement auquel l'accusé est condamné¹²⁴⁶.

Cette position minoritaire a été dénoncée par la doctrine majoritaire¹²⁴⁷ soutenant les mérites de la distinction entre participant principal et participant accessoire. Notamment, Gerhard Werle et Boris Burghardt affirment que le principe de culpabilité

international criminal justice to transcend state borders and serve as a reminder that mass atrocities do not go unpunished » (M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, op. cit., p. 242).

¹²⁴¹ M. Damaška, « What is the point of international criminal justice ? », *Chicago-Kent Law review*, 2008, p. 343 et s..

¹²⁴² J. D. Ohlin, « LJIL Symposium : Names, Labels, and Roses », *Blog Opinio Juris*, 23 mars 2012.

¹²⁴³ J. G. Stewart, « The end of "modes of liability" for international crimes », *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 165 et s..

¹²⁴⁴ Traduction de « principle of fair labelling » retenue par les juges de la Cour. Ce principe a été originellement développé par le Professeur britannique Andrew Ashworth pour décrire le besoin de précision dans le « label » d'une infraction particulière, plutôt que de regrouper ensemble des catégories d'infractions considérablement différentes (A. Ashworth, « The elasticity of *mens rea* », in C. Tapper (ed.), *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, 1981, p. 53 et s.). Bien que cette ambition initiale soit moins pertinente ici, l'idée sous-jacente est que la justesse (« fairness ») suppose que les infracteurs soient caractérisés (« labeled ») et punis proportionnellement aux actes répréhensibles qu'ils ont commis ; à défaut, l'accusé serait stigmatisé par des préconceptions associées à une infraction qui ne correspondrait pas à sa responsabilité personnelle.

¹²⁴⁵ J. G. Stewart, op. cit., p.198. L'auteur avance notamment que retenir la responsabilité d'un individu en tant qu'accessoire d'un crime assorti d'une intention spécifique si celui-ci ne partage pas l'intention spécifique du crime équivaut à une violation du principe de culpabilité.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 176-177.

¹²⁴⁷ Voir notamment, M. Jackson, « The attribution of responsibility and modes of liability in international criminal law », *Leiden Journal of International Law*, 2016, p. 879-895.

impliquant la proportionnalité entre la culpabilité personnelle et la sanction, la peine ne peut excéder le degré de responsabilité personnelle, ce qui présuppose que la responsabilité pénale individuelle et la culpabilité personnelle puissent être mesurées et quantifiées, et qu'une série de facteurs doivent être pris en compte à cette fin¹²⁴⁸. Les deux auteurs reprochent également à James G. Stewart d'accentuer les implications du principe de « juste caractérisation » : selon eux, ce principe requiert que le « label » du crime doit représenter avec justesse les actes répréhensibles de l'individu mais sans pour autant refléter chaque facteur pertinent à la détermination de sa culpabilité personnelle¹²⁴⁹. Quant à la Cour, elle s'est prononcée implicitement sur la portée de la différenciation en énonçant, par exemple, que l'accusé « peut être déclaré coupable à raison d'une seule des formes de commission prévues à l'article 25-3-a pour chaque événement ou type de comportement criminel, car en décider autrement ne servirait guère *la juste caractérisation* de la responsabilité de l'accusé tout en punissant celui-ci deux fois pour le même crime »¹²⁵⁰. Les juges semblent dès lors attacher une certaine valeur à cette « juste caractérisation » en exigeant que la responsabilité soit identifiée de manière à refléter équitablement la nature et l'ampleur de la participation. L'adhésion prétorienne à la distinction entre participant principal et participant accessoire, entre commission et contribution, est d'autant plus notable qu'elle ne s'accompagne pas d'une mitigation systématique de la peine : cette « juste caractérisation » pourrait alors expliquer l'avancée de l'approche normative de la participation criminelle et la volonté prétorienne de respecter la distinction entre participant principal et participant accessoire.

Entretenir cette distinction tout en retenant une lecture normative de la participation s'avère finalement motivé par le désir de renforcer le statut de participant principal. La stigmatisation par le biais de cette figure revêt toute son importance compte tenu de la fonction dénonciatrice et éducatrice de la justice pénale internationale : « indiquer clairement qui a dirigé les crimes en le qualifiant de participant principal ayant commis le crime se révèle essentiel pour exprimer auprès des victimes et de la communauté internationale dans son ensemble, qui est le véritable coupable »¹²⁵¹. Pour ces raisons, cette

¹²⁴⁸ G. Werle, B. Burghardt, « Establishing degrees of responsibility – Modes of participation in Article 25 of the ICC Statute », in E. van Sliedregt, S. Vasiliev (ed.), *Pluralism in international criminal law*, OUP, 2014, p. 304.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 305. Les auteurs prennent notamment l'exemple des motifs d'exonération de la responsabilité pénale en affirmant que ceux-ci « are generally not reflected in the label attached to the offender, although they are certainly relevant to the determination of personal guilt ».

¹²⁵⁰ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Ahmad Al Mahdi Al Faqi*, préc., Jugement portant condamnation, §60.

¹²⁵¹ E. van Sliedregt, « The curious case of international criminal responsibility », *JICJ*, 2012, p. 1185.

distinction doit être maintenue : parce qu'elle exprime bien plus qu'une description des comportements des participants à l'infraction, elle contribue au renforcement de la légalité mais également de la légitimité de la Cour¹²⁵².

159. Conclusion du Chapitre 2 : Distinguer sans hiérarchiser. Les failles constatées sur le plan théorique et l'absence de réalisation pratique semblent dès lors écarter l'hypothèse d'une hiérarchisation des mécanismes d'imputation comme enjeu de la distinction opérée, via le critère de contrôle sur la réalisation du crime, entre la participation principale et la participation accessoire. L'intérêt de cette distinction s'illustre alors dans sa portée expressive : combinée à une lecture normative, elle emporte une stigmatisation déterminante tant pour la juste caractérisation du comportement que pour la valeur symbolique attachée à la désignation comme participant principal des plus hauts responsables.

¹²⁵² M. Aksenova, *Complicity in international criminal law*, *op. cit.*, p. 248.

160. Conclusion du Titre 1. La distinction établie entre la participation principale et la participation accessoire révèle ainsi toute la spécificité de l'articulation des mécanismes d'imputation prévus à l'article 25§3 StCPI : si elle s'éprouve à la lumière du critère du contrôle sur le crime, elle s'affirme en se dégageant de tout enjeu d'ordonnancement. Trouvant alors toute sa mesure dans sa valeur expressive, cette distinction d'avec la participation accessoire atteste finalement, à travers son effet structurant et en l'absence de toute hiérarchie entre les mécanismes, de la priorité fonctionnelle de la participation principale. La question se pose désormais de savoir comment cette articulation s'exprime et se comprend en dehors des contours de l'article 25§3 StCPI dans le cadre de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Titre 2. La comparaison avec la responsabilité du supérieur hiérarchique

161. Au sein du Chapitre III du Statut de Rome consacré aux « principes généraux du droit pénal », et à la suite de l'article 25 StCPI relatif à la « responsabilité pénale individuelle », la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques occupe une place particulière à l'article 28 StCPI. Loin d'être nouvelle, cette responsabilité pénale connaît une évolution singulière depuis la fin de la Première Guerre mondiale¹²⁵³ : développé originellement dans le contexte de conflits armés à l'égard d'individus exerçant un pouvoir militaire, ce concept au croisement du droit international et du droit pénal¹²⁵⁴ s'est progressivement codifié puis élargi au cas du supérieur civil. Consacrée comme principe de droit international coutumier¹²⁵⁵, la responsabilité des supérieurs hiérarchiques connaît avec l'article 28 StCPI une de ses formes les plus abouties : dans le sillage des textes antérieurs¹²⁵⁶, le Statut précise dans une disposition unique qu' « outre les autres

¹²⁵³ Bien qu'elle apparaisse dans des écrits antiques – notamment dans *L'art de la guerre* de Sun Tzu – et dans les lois de la guerre de l'époque médiévale – par exemple l'Ordonnance du 2 novembre 1439 prise par Charles VII d'Orléans pour « obvier aux pilleries et vexations des gens de guerre » – la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique a principalement été développée à l'occasion de la Conférence Préliminaire pour le Traité de Versailles après la Première Guerre mondiale, avant d'être appliquée dans le cadre des procès des principaux criminels après la Seconde Guerre mondiale. Pour davantage de développements sur cette évolution voir : M. Damaška, « The shadow side of command responsibility », *The American journal of comparative law*, 2001, p. 483 et s. ; C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, TMC Asser Press, 2010, p. 3 et s. ; R. Arnold, O. Triffterer, « Article 28 », in O. Triffterer (dir.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3^e éd., 2016, p. 1063 et s. ; A. M. Maugeri, « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris – Milan, Dalloz – Giuffrè Editore, 2003, p. 297 et s..

¹²⁵⁴ C. Laucci, « Article 28 – Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 864.

¹²⁵⁵ K. Ambos, « Superior responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, 2002, p. 825 et s. ; C. Meloni, « Command responsibility – Mode of liability for the crime of subordinates or separate offense of the superior? », *JICJ*, 2007, p. 619 ; O. de Frouville, *Droit international pénal*, op. cit., p. 399.

¹²⁵⁶ Notamment, l'article 86 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977 dispose que « les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir », et ajoute que « le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ». Similairement, l'article 7§3 du Statut du TPIY précise que « le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet

motifs de responsabilité pénale », le chef militaire et le supérieur civil sont pénalement responsables des crimes commis par leurs subordonnés lorsqu'ils n'ont pas exercé un contrôle suffisant sur ces mêmes subordonnés¹²⁵⁷. La place singulière accordée à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'exhaustivité de sa définition¹²⁵⁸ laissent ainsi penser que la qualité de ces individus appelle une responsabilité pénale spéciale qu'il est nécessaire de distinguer de celle visée par l'article 25 StCPI.

Toutefois, de la même manière que pour la participation accessoire, la distinction statutaire se heurte à la conception normative¹²⁵⁹ retenue par les juges pour définir la participation principale : en cherchant à atteindre l'individu le plus responsable, les juges ne désignent pas le participant principal uniquement comme celui qui a strictement commis l'infraction mais également comme celui qui en a contrôlé la réalisation. Malgré un atout fonctionnel certain dans l'appréhension de la criminalité de système, ce changement de paradigme dans la lecture de la chaîne d'imputation connaît un revers : en affranchissant la participation principale de la matérialité attachée originellement à la commission, ce critère normatif du contrôle sur le crime décloisonne l'étendue de l'article 25§3(a) StCPI et crée

acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ». Enfin, de la même manière, l'article 6§3 du Statut du TPIR prévoit que « le fait que l'un quelconque des actes visés aux Articles 2 à 4 du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'appropriait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ».

¹²⁵⁷ *In extenso*, l'article 28 StCPI dispose que : « Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :

a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :

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 ;

b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique 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 ».

¹²⁵⁸ L'un des mérites de l'article 28 StCPI est de définir de manière très détaillée et dans deux paragraphes séparés la responsabilité des chefs militaires, puis celle des autres supérieurs hiérarchiques. Voir *infra* §169.

¹²⁵⁹ Voir *supra* §82.

ainsi une zone d'interaction potentielle avec la responsabilité spécifique de l'article 28 StCPI.

Afin d'appréhender cette zone d'interaction, la comparaison des mécanismes de la participation principale avec ceux de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques s'avère nécessaire. Dans cette démarche, l'affaire *Bemba* offre un cadre d'analyse particulièrement pertinent dans la mesure où l'accusé, initialement poursuivi sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI, est par la suite condamné sur le fondement de l'article 28 StCPI puis finalement acquitté en appel¹²⁶⁰. Si, à la lumière de cette affaire, la comparaison des mécanismes révèle l'autonomie de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques (Chapitre 1), elle soulève également, en soulignant des points de connexion, la question de leur articulation (Chapitre 2).

¹²⁶⁰ Sans entrer à ce stade dans des considérations juridiques, il convient de rappeler les faits à l'origine de cette affaire. Le 25 octobre 2002, le Général François Bozizé, ancien chef d'état-major des Forces armées de la République centrafricaine (FACA) entré en dissidence, marchait sur Bangui dans le but de renverser Ange-Félix Patassé alors Président de la République Centrafricaine. Pour repousser cette rébellion, le Président Patassé fit, entre autres, appel à Jean-Pierre Bemba, qui dirigeait un mouvement rebelle en République démocratique du Congo (RDC) dénommé « Mouvement de libération du Congo » (MLC). C'est dans ce contexte que Jean-Pierre Bemba Gombo dépêcha à Bangui un millier de soldats à partir du 26 octobre 2002. Il est reproché aux troupes du MLC de s'être rendues coupables de nombreuses exactions sur les populations civiles au cours de cette intervention. Dans sa décision sur la confirmation des charges du 15 juin 2009, la Chambre préliminaire II retient contre elles les faits de meurtre et viol constitutifs d'un crime contre l'humanité et d'un crime de guerre ainsi que de pillage constitutif d'un crime de guerre. Appelé à répondre pénalement des crimes commis par ses troupes, Jean-Pierre Bemba est initialement poursuivi en qualité de chef militaire sur le fondement de la commission conjointe de l'article 25§3(a) StCPI mais voit les charges confirmées à son encontre sur le terrain de l'article 28 StCPI (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 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, 15 juin 2009). Condamné par la Chambre de Première instance III sur ce dernier fondement (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre de Première instance III, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016), il est finalement acquitté par la Chambre d'appel le 8 juin 2018 (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, 8 juin 2018).

Chapitre 1. Un mécanisme autonome

162. Définie par un texte distinct, la responsabilité du supérieur hiérarchique se présente *a priori* comme un mécanisme autonome fonctionnant comme un tout indépendant. L'exhaustivité de l'article 28 StCPI dans la description de caractéristiques propres conforte également l'idée que la prescription a pour objectif de prévoir un mode de responsabilité original par rapport à ceux prévus par l'article 25 StCPI. Ainsi isolée statutairement des formes de responsabilité pénale individuelle, la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques affirmerait son autonomie tant à travers sa nature singulière (Section 1) que ses caractéristiques propres (Section 2).

Section 1. La singularité de la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique

163. En désignant la responsabilité du supérieur hiérarchique comme « un autre motif de responsabilité pénale au regard du présent Statut », l'article 28 StCPI reste vague quant à sa véritable nature¹²⁶¹. Étroitement lié à la raison, le terme « motif » revêt en effet une double signification : d'une part, il permet d'expliquer une chose et d'autre part, il exprime ce qui pousse à faire cette chose. Par conséquent, « un autre motif » de la responsabilité pénale pourrait désigner tant la cause de cette responsabilité, c'est à dire une infraction, que son enjeu, à savoir l'attribution de l'infraction, voire les deux. Loin de lever cette ambiguïté, la prescription statutaire précise qu'un supérieur « est pénalement responsable *des crimes* relevant de la compétence de la Cour *commis par [ses] subordonnés* (...) lorsqu'il ou elle *n'a pas exercé le contrôle* qui convenait sur ces subordonnés »¹²⁶² et paraît ainsi s'inscrire dans la lignée des interrogations soulevées depuis toujours par la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹²⁶³ : faut-il la considérer comme une

¹²⁶¹ La version anglaise de l'article 28 StCPI n'est guère plus éclairante car elle vise « other grounds of criminal responsibility », et signifie, selon une traduction littérale et dans une acception commune, « les autres motifs de responsabilité pénale ».

¹²⁶² Nous soulignons.

¹²⁶³ Pour une analyse détaillée des débats entourant la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international pénal et devant les TPI, voir particulièrement C. Meloni, « Command responsibility – Mode of liability for the crime of subordinates or separate offense of the superior ? », *JICJ*, 2007, p. 620 et s. ; C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, p. 131 et s., p. 191 et s. ; G. Mettraux, *The law of command responsibility*, OUP, 2009, p. 37-95. Voir également, O. de Frouville, *Droit*

infraction commise par le supérieur pour un manquement à son devoir de contrôle ou comme un mode de responsabilité du supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés ? En d'autres termes, le supérieur est-il responsable pour avoir omis d'agir *per se* ou d'avoir participé par son omission au crime commis par ses subordonnés ? La singularité de la responsabilité du supérieur hiérarchique se mesure ainsi à l'aune du débat entourant sa nature (I) et invite à l'appréhender en dépassant les catégories et distinctions traditionnelles (II).

I. La nature controversée de la responsabilité du supérieur hiérarchique

164. L'exclusion prétorienne d'une infraction autonome d'omission. Depuis l'adoption du Statut de Rome¹²⁶⁴, une partie de la doctrine considère que le supérieur hiérarchique n'est responsable que de sa propre omission et doit être puni pour son manquement à contrôler ses subordonnés et à empêcher ou réprimer la commission de leur crime¹²⁶⁵. Selon Kai Ambos, l'élément matériel de l'infraction d'omission prévue à l'article 28 StCPI se définit uniquement par le manquement du supérieur à superviser correctement ses subordonnés, le crime sous-jacent du subordonné n'étant ni un élément de l'infraction, ni une condition objective de la répression du supérieur mais une simple allusion à son manquement¹²⁶⁶ ; il précise que, par conséquent, il doit exister une relation causale

international pénal, *op. cit.*, p. 401 et s. ; A. Khalifa, *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012, p. 540 et s. ; M. Duffourc, *La participation à l'infraction internationale*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013, p. 567 et s. ; E. Broussard, *La contribution de la Cour pénale internationale à la subjectivisation des organisations armées - Du commettant au répondant, perspectives et limites*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2019, p. 360 et s..

¹²⁶⁴ À partir de la célèbre affaire *Yamashita*, la jurisprudence a évolué de façon très marquée, jusqu'à l'adoption de l'article 28 StCPI. À l'origine, le commandant était considéré comme responsable pour les crimes commis par ses subordonnés. La jurisprudence des TPI a progressivement montré qu'il s'agit d'une responsabilité autonome, pour l'établissement de laquelle il est toujours indispensable que les subordonnés aient commis des crimes, mais qui repose essentiellement sur la violation par le supérieur des obligations de prévenir et de punir les crimes imposés par le droit international. Il s'agirait donc essentiellement d'une responsabilité d'omission propre, présupposant l'existence de crimes commis par des subordonnés liés au supérieur par un lien hiérarchique, mais qui est finalement fondée sur la violation par le supérieur de ses propres obligations de contrôler ses subordonnés (voir notamment : TPIY, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-01-48-T, Chambre de première instance I, Section A, Jugement, 16 novembre 2005 ; TPIY, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, IT-01-47-T, Chambre de première instance, Jugement, 15 mars 2006). Pour une analyse détaillée des évolutions de la jurisprudence du TPIY sur ce point voir particulièrement C. Meloni, *Command responsibility...*, *op. cit.*, p. 131 et s.. Voir également I. Peterson, « Criminal responsibility for omissions in ICTY and ICTR », *ICLR*, 2018, p. 749-787.

¹²⁶⁵ K. Ambos, « Superior responsibility », *op. cit.*, p. 832 et s.. Pour une analyse similaire, voir également H. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Hart Publishing, 2009, p. 108 et s. ; M. Jacquelin, *L'incrimination de genocide...*, *op. cit.*, p. 515.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, p. 833.

spécifique entre le manquement et la commission de l'infraction¹²⁶⁷. En ce sens, il ajoute que l'élément moral prescrit par l'article 28 StCPI s'applique tant au manquement à contrôler du supérieur qui génère le risque ou le danger que le subordonné commette l'infraction, qu'à l'infraction commise par le subordonné : le supérieur agit ainsi intentionnellement ou par négligence relativement à son propre manquement et à ses possibles conséquences¹²⁶⁸. Afin d'asseoir cette interprétation, Kai Ambos relève qu'envisager la responsabilité du supérieur comme une forme de participation – qui est la conception de la doctrine majoritaire¹²⁶⁹ – entraîne « une contradiction stupéfiante »¹²⁷⁰ dans l'hypothèse où le supérieur n'avait pas connaissance de la commission des crimes par ses subordonnés et manque à son devoir de contrôle : comment, dans cette hypothèse, retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique ? Autrement dit, comment établir un lien suffisant entre son manquement par négligence et les crimes commis intentionnellement par les subordonnés ? D'après l'auteur, il serait logique de ne pas retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique car la participation principale ou accessoire à l'infraction commise par un autre individu requiert l'intention conformément aux prescriptions de l'article 30 StCPI¹²⁷¹ ; la seule solution est, par conséquent, d'envisager la responsabilité du supérieur pour sa propre omission¹²⁷². Dans le même sens, William Schabas soutient cette interprétation lorsqu'il affirme que la Cour ne pourra pas retenir la responsabilité du supérieur hiérarchique en cas de génocide puisqu'« il est impossible de condamner un individu simplement négligent pour un crime nécessitant une intention spécifique »¹²⁷³.

Malgré ces arguments, l'interprétation visant à considérer les prescriptions de l'article 28 StCPI comme définissant une infraction d'omission connaît au moins deux écueils. D'une part, elle érige un nouveau crime en droit international¹²⁷⁴, celui de

¹²⁶⁷ *Ibid.*.

¹²⁶⁸ *Ibid.*. Cette application découle selon lui de la formulation même de la prescription statutaire qui prévoit que le supérieur « savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir » (article 28(a)(ii) StCPI) ou « a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui indiquaient clairement » (article 28(b)(iii) StCPI) que les subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes.

¹²⁶⁹ Voir *infra* §166.

¹²⁷⁰ K. Ambos, « Superior responsibility », *op. cit.*, p. 852.

¹²⁷¹ *Ibid.*.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 835. Kai Ambos dénonce toutefois, dans cette hypothèse, une responsabilité très large du supérieur hiérarchique.

¹²⁷³ W. Schabas, « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, Numéro 4, p. 417. Repris par E. van Sliedregt, « Article 28 of the ICC Statute : mode of liability and/or separate offense? », *New criminal law review*, 2009, p. 430.

¹²⁷⁴ A. Khalifa, *op. cit.*, p. 459. Voir également, O. Triffterrer, « “Command responsibility” – *crimen sui generis* or participation as “otherwise provided”? », in J. Arnold (dir.), B. Burkhardt (dir.), W. Gropp (dir.), G. Heine (dir.), H.-G. Koch (dir.), O. Lagodny (dir.), W. Perron (dir.), S. Walther (dir.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, 2005, p. 907.

l'omission du supérieur à contrôler ses subordonnés ; or, un tel crime n'est mentionné dans aucun autre texte international consacrant la responsabilité du supérieur hiérarchique et l'article 28 StCPI ne peut valablement modifier la compétence *ratione materiae* de la Cour sans porter atteinte au principe de légalité. D'autre part, il paraît paradoxal d'ériger la responsabilité du supérieur hiérarchique en infraction autonome tout en affirmant l'existence d'une relation causale entre le manquement du supérieur et le crime commis par le subordonné¹²⁷⁵, puisque ce dernier critère lie l'omission au comportement du subordonné. Dans le sillage de ces critiques, la Cour exclut formellement l'hypothèse d'une infraction d'omission imputable au supérieur hiérarchique à l'occasion de l'affaire *Bemba*¹²⁷⁶ : les juges retiennent en effet que « l'article 28 prévoit un *mode de responsabilité* dans le cadre duquel des supérieurs hiérarchiques peuvent être tenus pénalement responsables de crimes relevant de la compétence de la Cour commis par leur subordonnés »¹²⁷⁷. Au soutien de leur position, ils avancent que « l'article 28 vise à rendre compte de la responsabilité qui est celle des supérieurs hiérarchiques en raison des pouvoirs de contrôle qu'ils exercent sur leurs subordonnés »¹²⁷⁸ et que « cela diffère d'un crime distinct consistant purement en une omission, auquel cas le manquement d'un supérieur hiérarchique à son devoir en soi constituerait l'infraction »¹²⁷⁹.

165. L'affirmation d'une forme de responsabilité des crimes commis par le subordonné. S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence constante des TPI¹²⁸⁰, l'interprétation majoritaire de l'article 28 StCPI considère que le supérieur hiérarchique est responsable du crime commis par le subordonné, et l'envisage ainsi comme un mécanisme d'imputation de l'infraction et non comme une infraction autonome. La prescription précise

¹²⁷⁵ Voir K. Ambos, « Superior responsibility », *op. cit.*, p. 833.

¹²⁷⁶ Il faut cependant relever ici que les juges l'évoquaient déjà implicitement lors de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga* en affirmant que « la qualification juridique des faits [...] doit concorder tant avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 qu'avec la forme précise de participation aux dits crimes prévue aux articles 25 et 28 » (nous soulignons) (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §317).

¹²⁷⁷ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §171. Voir également CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §405. Voir également, J. B. Mbokani, « L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba », *Revue québécoise de droit international*, Hors série, 2017, p. 40 et s..

¹²⁷⁸ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §172.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, note 384.

¹²⁸⁰ Voir notamment : A. Cassese, *International criminal law*, *op. cit.*, p. 241 ; R. Arnold, O. Triffterer, « Article 28 », *op. cit.*, p. 1103 et s. ; S. Darcy, « Imputed criminal liability and the goals of international justice », *Leiden journal of international law*, 2007, p. 377.

en effet littéralement que le supérieur « est pénalement responsable *des crimes* relevant de la compétence de la Cour *commis par [ses] subordonnés* ». Toutefois, le texte poursuit en affirmant que cette responsabilité est retenue « lorsqu[e le supérieur] n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés » et fait ainsi naître un doute quant à l'objet de cette responsabilité, la conjonction « lorsque » pouvant désigner tant une circonstance temporelle qu'une condition constitutive. Autrement dit, le supérieur est-il responsable de son propre fait ou du fait de son subordonné ?

À l'occasion de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Bemba*, la Cour rappelle que « le Statut de Rome ne reconnaît pas le principe de responsabilité sans faute »¹²⁸¹ et que « l'attribution de la responsabilité pénale à raison de l'un quelconque des crimes relevant de la compétence de la Cour dépend de l'existence de l'état d'esprit ou du degré de faute requis »¹²⁸². Les juges ajoutent qu'il en va ainsi de la responsabilité pénale au sens de l'article 28 du Statut, rejetant alors la possibilité pour le supérieur d'être tenu responsable du fait de son subordonné. Approuvant cette interprétation, la Chambre de Première instance II affirme lors du Jugement que « l'article 28 vise à rendre compte de la responsabilité qui est celle des supérieurs hiérarchiques en raison des pouvoirs de contrôle qu'ils exercent sur leurs subordonnés »¹²⁸³. Divers arguments sont avancés par les juges en ce sens, notamment que cette responsabilité qui incombe aux supérieurs en matière de contrôle vise « à garantir la bonne mise en œuvre des principes fondamentaux du droit international humanitaire, y compris la protection des personnes ou des objets protégés durant les conflits armés »¹²⁸⁴ et que depuis longtemps, « les responsabilités fondamentales qu'assument les supérieurs hiérarchiques et les dommages irréparables que peut causer leur manquement à les exercer sont reconnus comme des questions relevant du droit pénal »¹²⁸⁵. Les objectifs originels du mécanisme ainsi rappelés, la Cour déduit d'une analyse statutaire littérale, que le « libellé clair de l'article 28 – “ outre les autres motifs de responsabilité pénale ” – et son emplacement dans le chapitre III du Statut indiquent que cet article a pour but de prévoir un mode de responsabilité distinct de ceux inscrits à l'article 25 »¹²⁸⁶ : en comparant et dissociant de la sorte les prescriptions de l'article 25 StCPI de celles de

¹²⁸¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, 15 juin 2009, §427.

¹²⁸² *Ibid.*.

¹²⁸³ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §172.

¹²⁸⁴ *Ibid.*.

¹²⁸⁵ *Ibid.*.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 173. Pour une analyse approfondie des distinctions avec l'article 25 StCPI, voir *infra* §175 et s..

l'article 28 StCPI, les juges semblent identifier définitivement le mécanisme comme une forme de responsabilité par omission pour le crime commis par le subordonné¹²⁸⁷.

Cette identification prétorienne en tant que mécanisme d'imputation n'est pas davantage précisée : en distinguant clairement la responsabilité du supérieur hiérarchique des formes de participation prévues à l'article 25 StCPI, les juges considèrent simplement que « l'article 28 prévoit une forme de responsabilité *sui generis* »¹²⁸⁸.

II. Le caractère *sui generis* de la responsabilité du supérieur hiérarchique

166. Une « forme *sui generis* de responsabilité pour omission »¹²⁸⁹. La responsabilité du supérieur hiérarchique est considérée comme une création originale du droit pénal international qui ne correspond à aucune catégorie du droit pénal connue des systèmes nationaux, sauf à forcer la structure de cette responsabilité¹²⁹⁰. L'impossibilité à déterminer la nature précise de cette forme de responsabilité par omission a conduit une partie de la doctrine et les juges à la considérer comme une forme *sui generis* de responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission.

En effet, ce mécanisme d'imputation unique en son genre se distingue des autres techniques d'imputation visées par le Statut car il repose sur une obligation légale préalable liée à la qualité même de supérieur et au pouvoir de contrôle que celui-ci exerce vis-à-vis de ses subordonnés. Toute autre forme de participation, qu'elle soit principale ou accessoire, n'exige pas en principe une telle condition préalable ; toutefois, une nuance doit être apportée dans la mesure où la Cour retient une conception de la commission indirecte reposant sur le contrôle d'une organisation qui implique l'exercice d'une autorité et d'un contrôle par le chef ou dirigeant¹²⁹¹. Le caractère *sui generis* de la responsabilité du

¹²⁸⁷ Prenant l'exemple du supérieur militaire, les juges soulignent que « les termes employés par l'article 28 lient expressément la responsabilité du chef militaire aux crimes commis par des subordonnés : celui-ci “ est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs ” » (*Ibid.*).

¹²⁸⁸ *Ibid.*, §173. Comme le mentionne les juges, l'expression n'est pas nouvelle puisque les TPI avaient déjà ainsi désigné la responsabilité du supérieur hiérarchique. Pour une analyse développée de la jurisprudence des TPI sur ce point, voir O. Olásolo, *The criminal responsibility of senior political...*, *op. cit.*, p. 106 ; O. de Frouville, *Droit international pénal...*, *op. cit.*, p.401 et s..

¹²⁸⁹ L'expression est empruntée à Guenaël Mettraux (*op. cit.*, p. 38).

¹²⁹⁰ G. Werle, *Principles of international criminal law*, *op. cit.*, p. 221 ; C. Meloni, *Command responsibility...*, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁹¹ Pour une analyse comparée des deux mécanismes, voir *infra* §178. Pour rappel, la Cour a affirmé qu'« il est essentiel que le chef, ou dirigeant, exerce une autorité et un contrôle sur l'appareil et que cette autorité et ce contrôle soient manifestes dans l'exécution de ses ordres par ses subordonnés » (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §513) ; voir *supra* §108.

supérieur hiérarchique se justifie également par la singularité de ses éléments constitutifs. D'une part, sur le plan objectif, elle se fonde sur un manquement, une omission, et n'exige aucune contribution active à l'infraction commise comme c'est le cas pour les formes de participation prévues à l'article 25 StCPI¹²⁹². D'autre part, sur le plan subjectif, elle est le seul mécanisme d'imputation à se contenter de la négligence comme seuil minimum de la *mens rea*. Malgré ces différences substantielles manifestes, certaines combinaisons des éléments de la responsabilité du supérieur hiérarchique sont plus difficiles à distinguer, notamment car la Cour n'écarte pas la possibilité d'identifier la commission par omission au sein de l'article 25 StCPI et car l'article 28 StCPI vise également l'hypothèse où le supérieur avait connaissance des crimes commis par les subordonnés¹²⁹³.

Le caractère *sui generis* de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'explique dès lors au prisme de ces ambivalences. En effet, la singularité de ce mécanisme d'imputation se mesure justement par cette connexité avec l'article 25 StCPI : les juges l'intègrent d'ailleurs pleinement lorsqu'ils affirment que « dans certains cas, le comportement d'un chef militaire peut réaliser un élément constitutif d'un ou de plusieurs modes de responsabilité »¹²⁹⁴. Potentiellement source de confusion, ces interactions modèlent cependant la responsabilité du supérieur hiérarchique ; la tâche incombera alors au juge de les appréhender pour rendre plus lisible l'articulation des mécanismes¹²⁹⁵.

167. La critique de la nature *sui generis* de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Pour plusieurs auteurs, la désignation prétorienne de la responsabilité du supérieur hiérarchique comme une forme *sui generis* d'imputation ne suffirait pas à compenser sa nature intrinsèquement équivoque.

S'intéressant spécifiquement à l'affaire *Bemba*, Jacques Mbokani relève notamment que « certains passages du jugement semblent trahir le fait que derrière la thèse

¹²⁹² Voir *supra* la contribution essentielle du participant principal (§96), la contribution substantielle du participant accessoire par assistance (§122) et par instigation (§140 ; §143) et la contribution importante du participant accessoire à une action concertée (§136).

¹²⁹³ A. Khalifa, *op. cit.*, p. 462 ; I. Bantekas, « On stretching the boundaries of responsible command », *JICJ*, 2009, p. 1198-1199. Pour une analyse plus détaillée de cette zone d'interaction, voir *infra* §176 et s..

¹²⁹⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §174. Le Juge Kuniko Ozaki précise d'ailleurs, dans son Opinion séparée jointe au Jugement rendu dans l'affaire *Bemba*, qu'il admet que « in certain circumstances, a superior's conduct, whether act or omission, may be capable of satisfying a material element of one or more modes of liability. For example, a superior's omission – which could take the form of a failure to prevent or punish – might contribute to the commission of a crime by encouraging the perpetrator. Consequently, the appropriate legal characterisation of the superior's conduct would fall to be considered. In my view, this would require a normative assessment of the role of the accused person, in the specific circumstances of the case » (§7).

¹²⁹⁵ Voir *infra* §182.

d'une responsabilité *sui generis*, se cache en réalité celle d'une responsabilité pour fait d'autrui »¹²⁹⁶. L'auteur relève en ce sens que la Chambre affirme, pour établir l'une des exigences contextuelles des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre – à savoir la connaissance d'une attaque lancée contre une population civile ou celle de l'existence d'un conflit armé – que le Procureur est tenu de prouver uniquement la connaissance de l'auteur direct de l'acte et non celle du supérieur hiérarchique¹²⁹⁷. Dès lors, invoquer le caractère *sui generis* de la responsabilité du supérieur hiérarchique serait un prétexte pour ne pas clarifier davantage sa nature et permettre l'extension abusive de son champ d'application, autorisant alors son application à un accusé en l'absence d'un lien entre son inaction et la commission des crimes par ses subordonnés.

Au-delà de l'affaire *Bemba*, Mirjan Damaška affirme, quant à lui, qu'en qualifiant la responsabilité du supérieur de *sui generis*, « une omission négligente a été transformée en une criminalité intentionnelle de la plus grave nature : un supérieur qui n'a peut-être même pas cautionné les méfaits de ses subordonnés est ainsi stigmatisé de la même manière que l'auteur intentionnel de ces méfaits. Du fait de ce dramatique développement, la responsabilité du supérieur est dissociée de sa culpabilité à un degré tel qu'elle ne reflète plus sa propre conduite et sa réelle intention criminelle »¹²⁹⁸. L'auteur va jusqu'à remettre en cause la légitimité même de cette responsabilité en ajoutant qu'« il apparaît inapproprié d'associer un supérieur officiel à des meurtriers, des tortionnaires ou des violeurs simplement car il a négligemment échoué à se rendre compte que ses subordonnés étaient sur le point de tuer, torturer ou violer »¹²⁹⁹.

Enfin, anticipant la possible instrumentalisation du mécanisme, Darryl Robinson explique que cette nature *sui generis* place la responsabilité du supérieur hiérarchique dans « un monde mal défini (...) permettant une sorte de tour de passe-passe »¹³⁰⁰ : l'ambiguïté permettrait selon lui « de minimiser le rôle de la nature de la responsabilité du supérieur

¹²⁹⁶ J. B. Mbokani, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁹⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §168 : « De l'avis de la Chambre, il n'est pas nécessaire que le chef militaire ait connaissance des éléments contextuels pour déterminer si les crimes contre l'humanité sous-jacents qui ont été allégués ont bien été commis. Ce qui importe à cette fin, c'est d'analyser la *mens rea* des auteurs des crimes ».

¹²⁹⁸ M. Damaška, « The shadow side of command responsibility », *The American journal of comparative law*, 2001, p. 463-464.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 466. Dans le même sens, voir également G. Mettraux, *op. cit.* : l'auteur retient notamment que « le Statut de la CPI dilue considérablement le principe de culpabilité personnelle » (p. 210), que « l'élément intentionnel est vidé de son contenu » (p. 211) et dénonce « les traumatismes que le texte du Statut semble avoir infligé au principe fondamental de culpabilité personnelle » (p. 212).

¹³⁰⁰ D. Robinson, « How command responsibility got so complicated : a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution », *Melbourne journal of international law*, 2012, p. 39.

hiérarchique lors du débat sur la culpabilité, pour mieux basculer ensuite vers un mode de responsabilité au moment de la condamnation ». Selon cet auteur, si la responsabilité du supérieur hiérarchique s'affirme en tant que mécanisme d'imputation, elle doit davantage s'envisager comme « une forme de participation accessoire indiquant simplement que le commandant a facilité les crimes d'une manière criminellement répréhensible »¹³⁰¹.

168. Bousculant les classifications traditionnelles, la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique demeure aujourd'hui encore débattue. Bien que désignée comme un mécanisme d'imputation par les juges, l'affirmation de son caractère *sui generis* traduit certes l'appréhension de sa singularité mais dénote dans le même temps l'instabilité de ses contours. L'analyse de ses caractéristiques propres devrait cependant permettre de dessiner de manière plus certaine le champ de son étendue.

Section 2. Des caractéristiques propres

169. Bien que la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique reste sujet à controverses, le Statut précise de manière exhaustive les composantes de cette forme de responsabilité *sui generis*. À l'inverse des prescriptions de l'article 25§3(a) StCPI, l'article 28 StCPI s'organise en effet autour de la définition de caractéristiques propres singularisant le champ de son étendue. Originellement, la responsabilité du supérieur se développe essentiellement dans un contexte de conflit armé à l'égard des personnes exerçant un pouvoir de commandement militaire¹³⁰², et présente donc des composantes typiques de la répression des crimes de guerre. Si ces dernières se retrouvent dans l'énoncé statutaire, ce dernier connaît toutefois un champ élargi puisque l'article 28 StCPI vise également les supérieurs hiérarchiques civils. À partir de cette distinction, les caractéristiques se distinguent ou se recoupent mais se singularisent principalement autour de la spécificité des devoirs attachés à la personne du supérieur (I) et de la particularité des liens unissant l'omission du supérieur au crime du subordonné (II).

¹³⁰¹ D. Robinson, « A justification of command responsibility », 2017, *Criminal law forum*, p. 656. Voir *infra* §179.

¹³⁰² M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, *op. cit.*, p. 514.

I. Les devoirs spécifiques du supérieur hiérarchique

170. La qualité de supérieur hiérarchique. Si la spécificité de ces devoirs se manifeste assurément par leur contenu¹³⁰³, elle se mesure également à l'aune de la personne qui en est obligée. En effet, à la différence de l'article 25 StCPI, l'article 28 StCPI cible avec précision la qualité des individus concernés par la forme de participation qu'il prescrit, celle de supérieur hiérarchique. L'appréhension de cette qualité se révèle peu aisée¹³⁰⁴ car, dans une structure hiérarchisée, chaque maillon est finalement supérieur et subordonné – exception faite du chef suprême et de l'ultime exécutant¹³⁰⁵. Selon le texte statutaire, cette qualité s'exprime tant par la nature de la position occupée par le supérieur au sein d'une hiérarchie, que par le contrôle qu'il exerce sur ses subordonnés.

Structurant l'articulation même de l'article 28 StCPI, la figure du supérieur connaît deux visages : celui de « chef militaire ou de personne faisant effectivement fonction de chef militaire » et celui de tous les supérieurs n'entrant pas dans la première description, soit les supérieurs hiérarchiques civils. En l'absence de précision statutaire, les juges expliquent que « le terme “chef militaire” renvoie à une personne qui est officiellement ou légalement nommée pour exercer des fonctions de commandement militaire »¹³⁰⁶ et ajoutent que « généralement, les chefs militaires et leur force font partie des forces armées régulières d'un État »¹³⁰⁷ ; toutefois, la Cour reconnaît que cette catégorie des chefs *de jure* « s'étend aussi aux individus qui sont nommés comme chef militaire au sein de forces irrégulières ne dépendant pas d'un gouvernement, conformément aux pratiques ou règles internes de ces forces, écrites ou non »¹³⁰⁸. La notion de « personne faisant effectivement fonction de chef militaire » quant à elle, fait référence aux chefs *de facto* qui n'ont pas été officiellement ou légalement nommés comme chefs militaires mais

¹³⁰³ Voir *infra* §171.

¹³⁰⁴ Pour une analyse de la notion de « supérieur », voir particulièrement G. Carlizzi, « L'hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », in S. Manacorda, E. Fronza (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc : Études des Laws Clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè Editore, 2005, p. 146.

¹³⁰⁵ S. de Andrade, « Les supérieurs hiérarchiques », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 1^è éd., 2000, p. 202.

¹³⁰⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §176.

¹³⁰⁷ *Ibid.*. Entre également dans cette catégorie le chef militaire qui n'exerce pas exclusivement des fonctions militaires, y compris le cas particulier du chef de l'État exerçant la fonction de commandant en chef des forces armées nationales (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §408).

¹³⁰⁸ *Ibid.*.

qui agissent comme tels « en exerçant un contrôle effectif sur un groupe de personnes par l'intermédiaire d'une chaîne de commandement »¹³⁰⁹ ; les juges retiennent que cette catégorie peut « de manière générale comprendre des supérieurs hiérarchiques dont l'autorité et le contrôle s'exercent sur des forces étatiques régulières, comme des unités de polices armées, ou sur des forces irrégulières, comme des groupes rebelles et des unités paramilitaires, y compris notamment les mouvements de résistance armés et les milices dotées d'une hiérarchie militaire ou d'une chaîne de commandement »¹³¹⁰. Bien qu'elle n'emporte aucune conséquence juridique, la distinction entre le chef militaire d'une force irrégulière et « une personne faisant effectivement fonction de chef militaire » paraît peu aisée¹³¹¹ ; cette dernière qualification a pourtant été préférée pour désigner Jean-Pierre Bemba¹³¹² – Président du Mouvement de Libération du Congo et commandant en chef de l'Armée de Libération du Congo avec le grade de général de division¹³¹³ – et Bosco Ntaganda – ancien chef adjoint de l'État-major général responsable des opérations militaires de l'organisation de l'Union des Patriotes Congolais et des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo¹³¹⁴. S'agissant des autres supérieurs n'entrant pas dans ces deux premières catégories, les juges apportent peu de précision : pourraient figurer parmi ces chefs non militaires, des membres civils d'un gouvernement, des cadres de la fonction publique, des cadres de partis politiques ou encore des hommes d'affaires, dans la mesure où l'existence d'une organisation hiérarchique les plaçant en position d'autorité peut être prouvée¹³¹⁵. Présumé ancien chef de l'Agence de sécurité intérieur libyenne, Mohamed Khaled Al-Tuhamy est visé par un mandat d'arrêt le désignant comme responsable, en tant que supérieur hiérarchique civil, de plusieurs crimes contre l'humanité et crimes de

¹³⁰⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §409.

¹³¹⁰ *Ibid.*, §410.

¹³¹¹ En ce sens, voir Y. Hamuli Kabumba, « Les éléments objectifs de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en droit international pénal », *RSC*, 2017, p. 451.

¹³¹² Pour une discussion développée de la nature de la position occupée par Jean-Pierre Bemba, voir spécifiquement J. B. Mbokani, *op. cit.*, p. 49 et s.. L'auteur aborde notamment la question pertinente du chef de forces rebelles (p. 50 et s.). Plus globalement, sur la question du supérieur de forces irrégulières, voir S. Sivakumaran, « Command responsibility in irregular groups », *JICJ*, 2012, p. 1129 et s..

¹³¹³ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §697.

¹³¹⁴ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, préc., 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 Bosco Ntaganda, §120.

¹³¹⁵ C. Laucci, « Article 28 – Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », préc., p. 875.

guerre¹³¹⁶. Malgré ces indications prétoriennes, la frontière entre la notion de supérieur hiérarchique civil et celle de personne faisant effectivement fonction de chef militaire semble assez perméable, ou à tout le moins suffisamment tenue pour servir la stratégie de l'Accusation ; à plusieurs reprises en effet, le Procureur a pu viser l'accusé comme supérieur militaire et alternativement comme supérieur civil à un stade préliminaire de la procédure¹³¹⁷ : si ce manque de précision a pu élargir, voire assurer, le champ de la poursuites, il profite surtout comme argument à la Défense pour lui reprocher la violation du droit de l'accusé d'être informé avec précision des charges et du mode de responsabilité retenus à son encontre¹³¹⁸.

La nature de sa position ainsi précisée, la qualité de supérieur hiérarchique se mesure également par le pouvoir qu'il exerce sur ses subordonnés : l'article 28 StCPI dispose que le chef militaire sera tenu responsable lorsqu'il exerce « un commandement et un contrôle effectifs » et, la personne faisant effectivement fonction de chef militaire et le supérieur civil lorsque qu'ils exercent « une autorité et un contrôle effectifs ». La distinction terminologique n'a « sur le fond, pas d'effet sur le degré de “contrôle” requis par la norme »¹³¹⁹ mais reflète « les modalités du contrôle exercé par un chef sur ses troupes, la manière dont il l'est ou la nature de ce contrôle »¹³²⁰. En toutes hypothèses, ce contrôle doit essentiellement être effectif : le supérieur doit avoir la « capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités

¹³¹⁶ CPI, *Le Procureur c. Mohamed Khaled Al-Tuhamy*, ICC-01/11-01/13, Chambre Préliminaire I, Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled, 18 avril 2013, §12.

¹³¹⁷ N'opérant aucun choix entre les deux catégories de supérieur, le Procureur vise alternativement les articles 28(a) StCPI et 28(b) StCPI à l'encontre de Jean-Pierre Bemba dans son Document modifié de notification des charges (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, Prosecution submission of amended Document containing the charges, 30 mars 2009, §11 : « Jean-Pierre Bemba is criminally responsible by virtue of his superior-subordinate relationship with MLC troops pursuant to Article 28(a), or in the alternative Article 28(b), of the Statute, for crimes against humanity and war crimes ») et à l'encontre de Laurent Gbagbo dans sa requête en requalification du mode de responsabilité (CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, Demande de l'Accusation aux fins de notification d'une possible requalification en vertu de la norme 55-2, 24 avril 2015).

¹³¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l'audience de confirmation des charges, 14 avril 2014, §390 et s.

¹³¹⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §412 et s..

¹³²⁰ *Ibid.*, §413 et s.. Le texte de l'article 28 précise ainsi que le supérieur civil n'est justiciable que des crimes commis par ses subordonnés en relation avec « des activités relevant de sa responsabilité ou de son contrôle effectifs » ; cette différence s'explique par le fait que, contrairement au supérieur militaire, le supérieur civil exerce une autorité qui n'est ni générale, ni permanente, mais qui est au contraire limitée à certains domaines de compétences (M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, op. cit., p. 520).

compétentes »¹³²¹, « tout degré de contrôle moindre, tel que la capacité d'exercer une influence – même appréciable – sur les forces qui ont commis les crimes, serait insuffisant pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique »¹³²². Les juges reconnaissent dès lors que le contrôle effectif est généralement la manifestation d'un lien de subordination entre le chef et le subordonné¹³²³ – lien se matérialisant entre autres par le rang supérieur qu'il occupe par rapport à ceux qui commettent le crime. Ainsi, la Chambre de Première instance III affirme l'exercice d'un contrôle effectif par Jean-Pierre Bemba sur les troupes du MLC en relevant ses larges pouvoirs officiels¹³²⁴, son autorité pour prendre des décisions en dernier ressort et pour donner des ordres opérationnels tel le déploiement des troupes, ou encore son autorité en matière de discipline sur les troupes¹³²⁵.

La qualité de supérieur hiérarchique participe dès lors à la singularité du mécanisme de l'article 28 StCPI : caractéristique propre à cette forme de participation, elle dessine ainsi les contours d'un champ répressif personnel qui est statutairement unique. Si l'élément de contrôle et la position d'autorité attachés à la personne du supérieur ne sont pas sans rappeler des caractéristiques dégagées par le juge concernant la participation principale¹³²⁶, ils justifient toutefois l'existence de devoirs spécifiques dont le manquement est susceptible d'engager sa responsabilité pénale.

171. Les devoirs du supérieur. Une fois établie cette qualité de supérieur militaire ou civil, l'article 28 StCPI précise que la preuve doit être apportée que ce supérieur « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir », soit pour empêcher ou réprimer l'exécution des crimes commis, soit pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuite. Ainsi, l'aspect objectif de cette forme de participation s'organise autour de deux éléments tenant pour l'un, à la nature de ces devoirs et pour l'autre, à la portée des devoirs auxquels a manqué le supérieur.

¹³²¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §415.

¹³²² *Ibid.*.

¹³²³ *Ibid.*, §414. Pour une analyse plus détaillée de ce lien de subordination voir particulièrement A. Khalifa, « Les conditions préalables à la responsabilité du supérieur hiérarchique devant les juridictions pénales internationales », *RSC*, 2010, p. 791 et s..

¹³²⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §697.

¹³²⁵ *Ibid.*, §703.

¹³²⁶ Pour une analyse comparée de ces éléments, voir *infra* §178.

Qu'il soit militaire ou civil, le supérieur hiérarchique voit sa responsabilité pénale engagée en cas de manquement à des devoirs dont la nature est bien précise, à savoir empêcher ou réprimer l'exécution des crimes ou référer ces crimes aux autorités compétentes. Malgré l'emploi de la conjonction « ou », le supérieur est soumis à une obligation cumulative d'empêcher et de réprimer car ses devoirs naissent à des moments distincts de la commission des crimes. Dès lors, « lorsqu'un chef n'a pas empêché l'exécution de crimes dont il avait ou aurait dû avoir connaissance, il ne peut racheter cette omission en se conformant au devoir de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes »¹³²⁷. Avant la commission du crime, son devoir d'empêcher se comprend largement comme une obligation générale de prévention du comportement criminel des subordonnés et dépend « du pouvoir matériel du chef militaire d'intervenir dans une situation spécifique, laquelle est fonction des circonstances en vigueur à ce moment-là »¹³²⁸ ; pour l'apprécier, les juges s'en tiennent à des « éléments pertinents » tels l'existence de mesures veillant à une formation suffisante des forces au droit international humanitaire ou l'ordre de mettre la conduite des opérations en conformité avec les règles de la guerre¹³²⁹. Quant au devoir de réprimer, il couvre en réalité deux obligations naissant à des stades différents de la commission des crimes : celle de faire cesser les crimes en train d'être commis et celle de punir les subordonnés après la commission des crimes¹³³⁰. Les juges soulignent que le devoir de punir, exigeant du supérieur qu'il prenne les mesures nécessaires pour sanctionner la commission de crimes, peut être rempli de deux manières différentes : « soit le supérieur prend lui-même les mesures [...] pour punir ses forces, soit, s'il n'en a pas la capacité, il renvoie la question aux autorités compétentes »¹³³¹. Par conséquent, le devoir de punir peut se substituer au troisième devoir mentionné à l'article 28 StCPI, celui de référer les crimes aux autorités compétentes. Sur ce point, les rédacteurs du Statut de Rome ont manifestement eu le souci de prendre en compte l'impossibilité

¹³²⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §436.

¹³²⁸ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §203.

¹³²⁹ *Ibid.*, §203-204.

¹³³⁰ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §439.

¹³³¹ *Ibid.*, §440.

matérielle ou juridique dans laquelle se trouve parfois le supérieur, notamment civil, de procéder par lui-même à la poursuite ou à la punition des coupables¹³³².

La nature de ses devoirs ainsi définie, l'article 28 StCPI dispose que la responsabilité pénale du supérieur sera engagée s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables¹³³³ qui étaient en son pouvoir pour satisfaire ces devoirs. Délimitant de la sorte la portée de ses obligations, le texte n'impose pas au supérieur d'atteindre un résultat : « les “mesures nécessaires” sont celles qui sont appropriées pour que le chef militaire s'acquitte de son obligation, et les “mesures raisonnables” celles qui sont raisonnablement en son pouvoir »¹³³⁴. Appréciables au cas par cas en fonction des capacités matérielles du supérieur¹³³⁵, ces mesures sont dès lors analysées au prisme du degré de contrôle effectif qu'exerce ce dernier sur ses forces à la naissance de son devoir¹³³⁶. Ainsi, à l'occasion du Jugement rendu dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de Première instance III relève que l'accusé avait pris « quelques mesures »¹³³⁷ en réponse aux allégations de crimes commis par les troupes du MLC en RCA, notamment il avait mis en place une commission d'enquête, effectué une visite en RCA, renvoyé plusieurs lieutenants devant une cour martiale ou encore entretenu une correspondance avec un général représentant de l'ONU en RCA ; les juges ajoutent que bien qu'il disposait d'informations récurrentes quant à la commission de crimes, l'accusé « s'est contenté d'adresser des avertissements généraux et publics à ses troupes afin qu'elles ne maltraitent pas la population civile »¹³³⁸. Jugées « insuffisantes » et motivées par de mauvaises raisons¹³³⁹, ces mesures sont considérées par la Chambre comme « manifestement en deçà de ce que constitue “toutes les mesures nécessaires et raisonnables” pour empêcher et réprimer

¹³³² P. Saland, « International criminal law principles », in R. Lee (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 204.

¹³³³ Pour une analyse détaillée, voir particulièrement M. M. Bradley, A. de Beer, « “All necessary and reasonable measures” – The Bemba case and the threshold for command responsibility », *ICLR*, 2020, p. 1 et s..

¹³³⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §198.

¹³³⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, §121.

¹³³⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §443.

¹³³⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §719.

¹³³⁸ *Ibid.*, §726.

¹³³⁹ Les juges affirment que les preuves corroborées établissent que les mesures en question étaient essentiellement motivées par la volonté de Jean-Pierre Bemba de répliquer aux allégations portées publiquement contre le MLC et de restaurer l'image publique de celui-ci (*ibid.*, §728).

l'exécution de crimes qu'il était matériellement en son pouvoir de prendre »¹³⁴⁰ ; à l'appui de leur argumentation, les juges avancent une liste de mesures¹³⁴¹ plus adéquates qu'aurait pu prendre l'accusé comme notamment celle déterminante du retirer les troupes du MLC de RCA¹³⁴². Alors que, pour ces raisons, la Chambre de Première instance III reconnaît la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba en tant que supérieur hiérarchique, la Chambre d'appel revient sur l'appréciation retenue par les juges pour censurer cette décision « déraisonnable parce qu'entachée de graves erreurs »¹³⁴³. Très critiques à l'encontre de la méthode employée en première instance, les juges d'appel commencent par rappeler que la portée de l'obligation est liée à la capacité matérielle du supérieur et qu'ainsi, « on se saurait reprocher à un chef militaire de n'avoir pas fait quelque chose qu'il n'avait pas le pouvoir de faire »¹³⁴⁴. Selon ces mêmes juges, le supérieur n'est pas tenu de prendre chacune des mesures possibles qui sont à sa disposition : « malgré le lien entre sa capacité matérielle [...] et ce qu'on aurait raisonnablement pu attendre de lui, un chef militaire n'est pas tenu d'employer toute mesure imaginable parmi l'arsenal dont il dispose, indépendamment de toute considération de proportionnalité et de faisabilité »¹³⁴⁵, notamment car il doit tenir compte d'autres paramètres tels que les réalités opérationnelles sur le terrain. La Chambre d'appel dénonce par conséquent qu'« évaluer avec le recul du temps ce qu'un chef militaire aurait dû faire présente un risque réel, à éviter lorsque l'on statue en justice [;] la simple juxtaposition du fait que certains crimes ont été commis par les subordonnés d'un chef militaire avec la liste de mesures que celui-ci aurait hypothétiquement pu prendre ne montre pas, en soi, que le chef militaire a agi de façon déraisonnable à l'époque »¹³⁴⁶. Dès lors, les juges retiennent que « la Chambre de première instance n'a pas suffisamment prêté attention au fait que les troupes du MLC opéraient

¹³⁴⁰ *Ibid.*, §731.

¹³⁴¹ *Ibid.*, §729. Jean-Pierre Bemba aurait pu « notamment i) veiller à ce que les troupes du MLC présentes en RCA soient dûment familiarisées avec les règles du droit international humanitaire et suffisamment supervisées durant l'Opération de 2002-2003 en RCA ; ii) engager des enquêtes véritables et complètes sur la commission de crimes, et juger et punir comme il se doit tout soldat accusé de tels crimes ; iii) donner des ordres clairs et plus nombreux aux commandants des troupes présentes en RCA afin d'empêcher la commission de crimes ; iv) modifier les modalités de déploiement des troupes, par exemple, pour limiter le contact avec les populations civiles ; v) retirer, remplacer ou démettre les officiers et les soldats convaincus d'avoir commis ou toléré des crimes en RCA ; et/ou vi) partager les informations pertinentes avec les autorités centrafricaines ou avec d'autres et apporter son soutien aux efforts faits par celles-ci pour enquêter sur les crimes allégués ».

¹³⁴² *Ibid.*, §730.

¹³⁴³ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, §166.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, §167.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, §169.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, §170.

dans un pays étranger, avec tout ce que cela suppose comme difficultés pour Jean-Pierre Bemba, commandant éloigné de ses troupes, en termes de capacité de prendre des mesures »¹³⁴⁷. En outre, les juges considèrent que la Chambre de Première instance III a adopté « une approche déraisonnablement stricte »¹³⁴⁸ en tenant compte des motivations de l'accusé : pour la Chambre d'appel, « les mesures prises par un chef militaire qui est motivé par l'idée de préserver la réputation de ses troupes n'en sont pas pour autant intrinsèquement moins nécessaires ou raisonnables dans la perspective d'empêcher ou de réprimer l'exécution de crimes, et de veiller à ce que les auteurs soient poursuivis à l'issue d'une enquête digne de ce nom »¹³⁴⁹. En considérant ces motivations comme un élément aggravant du manquement, la Chambre de Première instance III donne l'impression que l'évaluation du caractère suffisant des mesures prises a été viciée¹³⁵⁰ ; les juges d'appel relèvent sur ce point une erreur qui a imprégné l'ensemble des conclusions et toute l'évaluation par les juges de première instance des mesures nécessaires et raisonnables¹³⁵¹. En raison des erreurs constatées¹³⁵² dans l'analyse de ces mesures, la majorité des juges de la Chambre d'appel décide l'annulation de la déclaration de culpabilité et l'acquittement de Jean-Pierre Bemba¹³⁵³. Centrale dans cette décision¹³⁵⁴, l'appréciation de la portée de

¹³⁴⁷ *Ibid.*, §171.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, §176.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, §177.

¹³⁵⁰ *Ibid.*, §178.

¹³⁵¹ *Ibid.*, §191.

¹³⁵² Au-delà de celles principales qui sont mentionnées, la Chambre d'appel a identifié d'autres erreurs dans l'examen par la Chambre de Première instance, de la question de savoir si Jean-Pierre Bemba avait pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer l'exécution de crimes par ses subordonnés ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites : « i) la Chambre de première instance a eu tort de ne pas dûment apprécier les limitations auxquelles Jean-Pierre Bemba aurait fait face, en tant que chef militaire éloigné de ses troupes déployées à l'étranger, pour enquêter sur les crimes et en poursuivre les auteurs ; ii) elle a eu tort de ne pas examiner l'argument de Jean-Pierre Bemba selon lequel il avait envoyé une lettre aux autorités centrafricaines, avant de conclure qu'il n'en avait pas référé aux autorités centrafricaines aux fins d'enquête au sujet des allégations de crimes ; iii) elle a eu tort de considérer que les motivations qu'elle attribuait à Jean-Pierre Bemba révélaient l'absence d'une véritable intention d'adopter des mesures pour empêcher et réprimer l'exécution de crimes ; iv) elle a eu tort d'attribuer à Jean-Pierre Bemba toute limitation constatée quant au mandat, à l'exécution et/ou aux résultats des mesures prises ; v) elle a eu tort de conclure que Jean-Pierre Bemba n'avait pas habilité d'autres responsables du MLC à enquêter suffisamment et pleinement sur les allégations de crimes et à poursuivre les auteurs de ces crimes ; vi) elle a eu tort de ne donner aucune indication quant au nombre approximatif crimes commis et de ne pas évaluer les répercussions de ce nombre sur l'examen de la question de savoir si Jean-Pierre Bemba avait pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables ; et vii) elle a eu tort de considérer le redéploiement des troupes du MLC, par exemple pour éviter les contacts avec la population civile, comme une mesure que Jean-Pierre Bemba pouvait prendre » (*ibid.*, §189).

¹³⁵³ *Ibid.*, §198.

¹³⁵⁴ Il convient de mentionner ici que Jean-Pierre Bemba soulevait six moyens d'appel ; chaque moyen a été examiné par les juges mais seuls deux sont considérés comme déterminants pour l'issue de l'appel (*Ibid.*, §29 et s.). Pour une lecture exhaustive de ces moyens d'appel, voir CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre d'appel, Public related version of Appellant's document support of the appeal, 28 septembre 2016.

l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables s'avère toutefois discutable sur plusieurs points en l'espèce¹³⁵⁵. Tout d'abord, il semble possible d'opposer aux juges une lecture biaisée de l'article 28 StCPI qui précise que le supérieur doit prendre « toutes » les mesures nécessaires en son pouvoir, alors que la Chambre d'appel retient que « le chef militaire n'est pas tenu d'employer toute mesure imaginable parmi l'arsenal dont il dispose »¹³⁵⁶. Ensuite, la Chambre d'appel accorde une place déterminante aux motivations de Jean-Pierre Bemba par rapport à l'utilisation qu'en fait originellement la Chambre de Première instance III : elle dénonce en effet une erreur imprégnant l'ensemble des conclusions se rapportant aux mesures nécessaires et raisonnables, là où les juges de première instance paraissent en faire un élément probatoire parmi d'autres. Il est regrettable que les juges d'appel n'aient pas davantage exploité les autres erreurs relevées pour fonder leur décision. Enfin, en estimant qu'il était plus difficile pour l'accusé de prendre des mesures en raison de l'éloignement de ses troupes, la Chambre d'appel avance « un argument dangereux qui ouvre la voie à une exonération de la responsabilité des chefs militaires dont les soldats agissent à l'étranger, ce qui est le cas de nombreux États »¹³⁵⁷.

Les controverses entourant l'affaire *Bemba* témoignent manifestement de la difficulté d'appréhender dans toute leur dimension la spécificité des devoirs du supérieur. Malgré une résonance avérée avec la participation principale tenant à la qualité même de supérieur, le contenu et la portée de ces devoirs singularisent assurément le mécanisme prévu à l'article 28 StCPI.

II. Les liens entre le crime du subordonné et l'omission du supérieur hiérarchique

172. Le lien subjectif. Aux côtés des éléments objectifs précédemment analysés, l'article 28 StCPI prescrit des éléments subjectifs spécifiques attachés à la responsabilité du supérieur hiérarchique : le texte statutaire distingue ainsi le cas du chef militaire qui « *savait*, ou, en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes », du cas du supérieur civil qui « *savait* que ces subordonnés

¹³⁵⁵ Loin de faire l'unanimité, la décision d'acquittement de Jean-Pierre Bemba est assortie d'une Opinion dissidente très exhaustive de la part des Juges Sanji Mmasenono Monageng et Piotr Hofmański.

¹³⁵⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, §169.

¹³⁵⁷ R. Nollez-Goldbach, « Acquittement en appel de Jean-Pierre Bemba devant la CPI : une décision contestée sur la responsabilité du chef militaire », *JCP G*, n°28, 2018, p. 1369.

commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a *délibérément négligé* de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ».

La prescription révélerait ainsi sa singularité en introduisant une exception à la règle générale inscrite à l'article 30 StCPI¹³⁵⁸ qui prévoit 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* »¹³⁵⁹ ; autorisée par le jeu des « dispositions contraires »¹³⁶⁰, cette exception viserait donc « un élément de faute moindre que celui inscrit à l'article 30 du Statut »¹³⁶¹. La première norme subjective envisagée par le texte concerne tant le supérieur militaire que le supérieur civil dont la responsabilité sera retenue s'ils « savai[en]t » que les forces commettaient ou allaient commettre des crimes : les juges retiennent ici l'exigence d'une connaissance effective qui ne peut être présumée mais qui doit être déterminée par des moyens de preuves directes ou indirectes¹³⁶² – parmi ces moyens figurent notamment le nombres d'actes illégaux, leur portée, leur caractère généralisé ou non, la période durant laquelle ils se sont produits ou encore le type et le nombre de forces qui y ont participé¹³⁶³. La deuxième norme subjective s'applique uniquement au cas du supérieur militaire qui, alternativement à la première norme, « aurait dû savoir » que ces crimes étaient commis ou sur le point de l'être : pour la Cour, l'expression signifie que le supérieur a négligé de se renseigner sur le comportement illégal de ses subordonnés¹³⁶⁴ et exige que celui-ci prenne « l'initiative de mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et de se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime »¹³⁶⁵. L'intention des rédacteurs du Statut était, sur ce point, d'adopter une position plus stricte à l'égard des chefs militaires et assimilés qu'à

¹³⁵⁸ C. Meloni, « Command responsibility – Mode of liability for the crime of subordinates or separate offense of the superior ? », *op. cit.*, p. 634.

¹³⁵⁹ Nous soulignons. Voir *supra* §45.

¹³⁶⁰ Il faut rappeler ici que l'article 30 StCPI précise qu'il trouve à s'appliquer « sauf dispositions contraires » ; la définition des éléments subjectifs qu'il prescrit s'affirme donc comme un standard mis en œuvre par défaut. Voir *supra* §51.

¹³⁶¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §354.

¹³⁶² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §430 ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §191.

¹³⁶³ *Ibid.*, §431 ; *ibid.*, §193.

¹³⁶⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §432.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, §433.

l'égard des supérieurs civils : pour ces derniers, une troisième norme subjective précise en effet qu'ils seront tenus responsables s'ils ont « délibérément négligé de tenir compte d'informations [qui indiquaient] clairement » que leurs subordonnés commettaient ou allaient commettre un crime. Ainsi indépendamment identifiées et définies, ces normes subjectives s'affirment assurément comme des caractéristiques propres à la responsabilité du supérieur hiérarchique. Toutefois, une certaine redondance semble pouvoir être constatée entre les prescriptions statutaires des articles 28 StCPI et 30 StCPI et ainsi questionner la nature « contraire » des normes subjectives attachées à la responsabilité du supérieur.

Tout d'abord, les deux normes visant une forme de négligence pourraient être compatibles avec les dispositions de l'article 30 StCPI dans la mesure où les juges n'excluent pas clairement la notion de risque de son champ d'application¹³⁶⁶. L'incertitude oblige cependant à la prudence tant la détermination de la plus petite forme d'intention soulève de nombreuses controverses : ces deux éléments pourraient plausiblement s'envisager également comme des dispositions contraires¹³⁶⁷. Ensuite, de manière plus certaine et dans l'hypothèse où le supérieur est informé des crimes qui sont commis ou sur le point d'être commis par ses subordonnés, il est possible de considérer qu'il a, par son omission, entendu s'associer à ceux-ci : son intention ainsi avérée, l'application de la règle générale semble suffisante à assurer la répression. Enfin, et surtout, rien ne semble faire obstacle à ce que l'élément de connaissance de l'article 28 StCPI connaisse la même définition que l'élément de connaissance de l'article 30§3 StCPI, à savoir la « conscien[ce] qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ». L'affaire *Bemba* s'avère sur ce dernier point très éclairante car l'accusé, initialement poursuivi sur le fondement l'article 25§3(a) StCPI, voit finalement les charges portées à son encontre confirmées en tant que supérieur hiérarchique au terme d'un raisonnement très discutable. En effet, alors que les juges admettent l'impossibilité de caractériser l'élément moral requis pour retenir la commission conjointe¹³⁶⁸, ils concluent

¹³⁶⁶ Voir *supra* §58 et s..

¹³⁶⁷ Voir *supra* §60.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, §400 : « La Chambre n'est pas convaincue qu'en l'espèce, l'intention de Jean-Pierre Bemba puisse simplement se déduire du fait qu'il a poursuivi la mise en œuvre du plan commun allégué. En particulier, la Chambre ne peut en déduire qu'il était conscient que le maintien de ses troupes en RCA aurait pour conséquence virtuellement certaine que ces crimes seraient commis dans le cours normal des événements. Les Éléments de preuve communiqué indiquent qu'il est tout au plus possible d'en déduire que Jean-Pierre Bemba peut avoir prévu, comme une simple possibilité, le risque que ces crimes soient commis et l'avoir accepté pour les besoins de son objectif final, aider Ange-Félix Patassé à se maintenir au pouvoir. De l'avis

toutefois à l'existence de preuves suffisantes pour établir que l'accusé savait que les troupes du MLC commettaient ou allaient commettre des crimes. La démonstration interpelle : comment un même individu peut-il avoir agi sans connaissance comme auteur conjoint et avec connaissance comme supérieur hiérarchique pour un même crime¹³⁶⁹ ? Conscient de cette impasse, les juges justifient leur décision en affirmant qu'« il existe une distinction entre la connaissance requise par l'article 30-3 et celle prévue par l'article 28-a du Statut »¹³⁷⁰ : « 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 »¹³⁷¹ et « exige que la personne ait conscience des conséquences de ses actes, qu'elle soit l'auteur principal ou le complice, ce qui ne saurait être le cas dans le cadre de l'article 28, où la personne ne participe pas à la commission du crime (c'est-à-dire que le crime ne résulte pas directement de ses propres actes) »¹³⁷². Fondés sur des postulats erronés, ces arguments ne sauraient convaincre. D'une part, l'article 30 StCPI prévoit une définition générale de la connaissance qui doit se comprendre comme un standard applicable à l'ensemble du Statut « sauf disposition contraire », c'est-à-dire à moins qu'un élément moindre ou plus élevé soit prescrit, ce qui n'est pas le cas de la connaissance (« savait ») visée par l'article 28 StCPI qui est une prescription similaire. D'autre part, l'affirmation selon laquelle la connaissance visée par l'article 28 StCPI se distingue de celle visée par l'article 25 StCPI car, le supérieur ne participant pas à la commission du crime, sa connaissance concerne le fait du subordonné et non son propre fait, est vivement contestable : non seulement la Cour déconsidère à tort la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique en la récusant comme mécanisme de participation à l'infraction, mais elle échoue également à justifier de manière convaincante la distinction qu'elle affirme. En effet, si les juges précisent en définitive que ce n'est pas la connaissance en elle-même qui marque la différence entre les mécanismes mais l'objet de cette connaissance, ils se méprennent cependant sur l'identification de cet objet : alors que dans le cadre de l'article 30 StCPI, il s'agit du crime lui-même, dans le cadre de l'article 28 StCPI, il s'agit du comportement criminel du subordonné. Toutefois, et malgré cet ajustement, cette distinction dessine une limite

de la Chambre, il n'est pas satisfait à la norme inscrite à l'article 30 du Statut, à savoir le dol direct de second degré ».

¹³⁶⁹ K. Ambos, « Critical issues in the Bemba confirmation decision », *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 720.

¹³⁷⁰ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §479.

¹³⁷¹ *Ibid.*.

¹³⁷² *Ibid.*.

presque inexistante théoriquement et impossible à prouver pratiquement¹³⁷³. Pour ces raisons, l'élément cognitif attaché à la responsabilité du supérieur hiérarchique ne paraît pas se singulariser par rapport à celui prescrit pour les mécanismes de participation visés à l'article 25 StCPI.

Les suites de l'affaire *Bemba* semblent d'ailleurs attester en ce sens puisque la Chambre de Première instance III rencontre des difficultés sur le plan probatoire pour retenir que l'accusé « savait » que des crimes étaient commis ou allaient être commis par ses subordonnés – la faiblesse des éléments avancés rappelant l'impossibilité pour les juges de caractériser l'élément subjectif de la commission conjointe lors de la décision de confirmation des charges. En ce sens, les juges retiennent notamment que les services de renseignement ont rapporté à l'accusé la commission de nombreux meurtres alors qu'ils n'ont établi que la commission de trois meurtres et rejeté près d'une dizaine d'allégations de meurtre¹³⁷⁴ : en procédant ainsi, la Cour tente en réalité d'établir la connaissance de l'accusé sur des faits dont elle-même n'a pas établi l'existence au-delà de tout doute raisonnable. De plus, en affirmant que Jean-Pierre Bemba « savait » parce qu'il lisait les journaux et écoutait la radio qui rapportaient ces crimes¹³⁷⁵, les juges se méprennent entre la connaissance d'un fait et la connaissance d'une allégation portant sur ce fait. Dénonçant cette analyse dans la troisième branche de son troisième moyen d'appel¹³⁷⁶, la Défense soutient que l'erreur de la Chambre de Première instance III trouve son origine dans la confusion qu'elle opère entre la connaissance actuelle – « savait » – et la connaissance constructive – « aurait du savoir » – prescrites à l'article 28 StCPI¹³⁷⁷ ; dès lors, face aux éléments probatoires avancés, les juges auraient dû requalifier l'élément subjectif. Si la Chambre d'appel ne se prononce pas sur cette branche du troisième moyen¹³⁷⁸, les juges y apportent une réponse dans leur Opinions jointes à l'arrêt. Largement divisés, les Juges Sanji Mmasenono Monageng et Piotr Hofmański affirment que l'article 28 connaît un

¹³⁷³ A. Khalifa, *op. cit.*, p. 347.

¹³⁷⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §708.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, §709.

¹³⁷⁶ Le troisième moyen d'appel s'attache à démontrer que Jean-Pierre Bemba Gombo ne peut être tenu responsable en tant que supérieur, notamment car il n'avait pas la connaissance actuelle des crimes allégués (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Public related version of Appellant's document support of the appeal, §287 et s.).

¹³⁷⁷ *Ibid.*, §295.

¹³⁷⁸ Jugée moins déterminante que d'autres moyens pour l'issue de l'appel, la connaissance de l'accusé ne fait l'objet d'aucune discussion dans la décision rendue par la Chambre d'appel (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, §32).

unique élément subjectif englobant les deux standards¹³⁷⁹, alors que les Juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison les considèrent comme fondamentalement différents¹³⁸⁰. Plus singulier, le point de vue présenté par l'Accusation lors de l'audience devant la Chambre d'appel s'inscrit en partie dans la lignée du Jugement de condamnation : avançant que « la norme sur la connaissance reprise à l'article 28 est un test subjectif qui inclut mais n'est pas limité au concept de connaissance de l'article 30 »¹³⁸¹, l'Accusation soutient que la connaissance visée par l'article 28 StCPI est une « connaissance sceptique »¹³⁸² à la différence de celle prescrite par l'article 30 StCPI qui est une « connaissance convaincue »¹³⁸³. En d'autres termes, l'article 28 StCPI couvrirait également ces situations où un supérieur reçoit des informations mais il ne les croit pas et n'est pas persuadé de l'existence des crimes. Une telle distinction parvient difficilement à convaincre¹³⁸⁴ dans la mesure où si un supérieur a de sérieuses raisons de douter de l'exactitude d'une information, il ne remplit tout simplement pas le standard de connaissance : le langage des articles 28 et 30 StCPI impose que le supérieur doit être « virtuellement certain » de la culpabilité du subordonné¹³⁸⁵.

L'ensemble des débats entourant la définition et la détermination des éléments subjectifs attachés à la responsabilité du supérieur hiérarchique empêche finalement une compréhension claire des limites du mécanisme. En effet, si une redondance avec les prescriptions générales de l'article 30 StCPI peut être relevée, la nature contraire des dispositions de l'article 28 StCPI pourrait valablement être défendue. Il semble dès lors indispensable que les juges prennent les positions nécessaires pour circonscrire davantage les contours de cet élément cognitif, afin notamment d'éviter que ne pèse sur le supérieur une véritable obligation de savoir.

173. Le lien causal. La question de savoir si la responsabilité du supérieur hiérarchique nécessite que soit rapportée la preuve d'un lien de causalité entre l'omission

¹³⁷⁹ Opinion dissidente des Juges Sanji Mmasenono Monageng et Piotr Hofmański jointe à l'Arrêt rendu dans l'affaire *Bemba*, §265 et s..

¹³⁸⁰ Opinion séparée des Juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison jointe à l'Arrêt rendu dans l'affaire *Bemba*, §38 et s..

¹³⁸¹ Audience publique de la Chambre d'appel dans l'affaire *Bemba*, ICC-01/05-01/08-T-373-ENG, Transcription du 10 janvier 2018, p.12, lignes 2 et s..

¹³⁸² *Ibid.*, p. 13, lignes 25 et s..

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 16, lignes 12 et s..

¹³⁸⁴ Opinion séparée des Juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrison jointe à l'Arrêt rendu dans l'affaire *Bemba*, §42.

¹³⁸⁵ Voir *supra* §59.

du supérieur et la commission du crime par le subordonné a longuement été débattue et fait encore l'objet de controverses¹³⁸⁶. Les interrogations entourant l'existence de ce lien trouvent leur origine dans une différence de formulation entre la version anglaise et la version française de l'article 28 StCPI : la première laisse en effet suggérer que les crimes commis par les subordonnés doivent résulter du défaut de contrôle du supérieur¹³⁸⁷ alors que la seconde ne fait pas apparaître une telle exigence et « renvoie plutôt à un concours de circonstance entre les crimes et l'omission »¹³⁸⁸. En l'absence de certitude textuelle, la doctrine¹³⁸⁹ et les juges¹³⁹⁰ sont largement divisés, notamment car la question ne peut être résolue globalement d'un point de vue logique et oblige à une distinction. En effet, lorsque le supérieur manque à son devoir d'empêcher la commission des crimes par ses subordonnés, il est possible de considérer que son omission a contribué à la réalisation de ceux-ci, dans la mesure où l'intervention à laquelle il était tenu était justement de nature à faire obstacle à leur commission. À l'inverse, lorsque le supérieur manque à son devoir de punir les crimes commis, il paraît impossible d'établir ce lien puisque le crime est commis avant le manquement du supérieur ; dès lors, si le lien de causalité doit être un élément de la responsabilité du supérieur hiérarchique, le manquement à l'obligation de réprimer le crime ne pourrait jamais être caractérisé – sauf à considérer qu'il favorise la commission de crimes futurs¹³⁹¹.

Confrontée à cette difficulté à l'occasion de l'affaire *Bemba*, la Chambre Préliminaire II, « en phase avec l'interprétation stricte consacrée à l'article 22-2 du Statut »¹³⁹², affirme que le chapeau de l'article 28 StCPI prévoit un élément de causalité

¹³⁸⁶ Pour une analyse de l'évolution de la question voir particulièrement O. Triffterer, « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute ? », *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 179 et s..

¹³⁸⁷ La version anglaise de l'article 28 StCPI précise que le supérieur est responsable des crimes commis par ses subordonnés *as a result of* son manquement à exercer correctement son contrôle sur ses forces.

¹³⁸⁸ Dans sa version française, l'article 28 StCPI prévoit que le supérieur est responsable des crimes commis par ses subordonnés lorsque ce supérieur n'a pas exercé le contrôle qui était à sa charge. M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, *op. cit.*, p. 522.

¹³⁸⁹ Pour un exposé des diverses positions, voir Y. Hamuli Kabumba, *op. cit.*, p.456 et s..

¹³⁹⁰ Voir particulièrement l'Opinion séparée de la Juge Sylvia Steiner jointe au Jugement rendu dans l'affaire *Bemba*, §4 et s., ainsi que l'Opinion séparée des Juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrisson jointe à l'Arrêt rendu dans la même affaire, §51 et s..

¹³⁹¹ Dans cette hypothèse, « l'inaction du supérieur vient s'intercaler entre deux actes criminels, l'absence de réponse au premier acte criminel pouvant être interprétée comme une contribution au second acte criminel » ; dans ce cas cependant, il est permis de supposer la collusion criminelle entre le supérieur et le subordonné et donc de voir une forme de complicité à l'infraction principale (M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, *op. cit.*, p. 523). Sur la question du lien avec les crimes futurs, voir également l'Opinion séparée des Juges Christine Van den Wyngaert et Howard Morrisson jointe à l'Arrêt rendu dans la même affaire, §53 et s..

¹³⁹² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §423.

reliant le manquement par un supérieur à ses devoirs et les crimes commis par ses subordonnés. Toutefois, les juges estiment que « l'élément de causalité ne se rapporte qu'au devoir pour le chef d'empêcher la commission de crimes futurs », un manquement au devoir de réprimer ne pouvant rétroactivement causer les crimes qui vont être commis¹³⁹³. S'intéressant au degré de cette causalité, les juges retiennent que « contrairement à l'effet visible et concret d'un acte positif, l'effet d'une omission ne peut être empiriquement déterminé avec certitude »¹³⁹⁴ : il n'est donc pas « nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre l'inaction du supérieur et le crime commis par ses subordonnés »¹³⁹⁵, « il suffit de prouver que son inaction a *augmenté le risque* de commission des crimes »¹³⁹⁶. Néanmoins, et malgré ces éléments d'analyse, les juges ne cherchent pas à apprécier ce lien en l'espèce, laissant aux juges d'instance le soin de le faire. La position de la Chambre de Première instance III s'avère cependant assez surprenante : rappelant le principe selon lequel un individu ne peut être déclaré responsable d'un crime en l'absence d'un quelconque lien personnel entre lui et ce crime, les juges affirment « que [l'article 28 StCPI] n'exige pas l'établissement d'un lien de causalité (critère du "but for" en common law) »¹³⁹⁷. Confinant à la contradiction, cette affirmation manque de clarté : la version anglaise de la décision précise en réalité que l'article 28 StCPI « *does not require the establishment of "but for" causation between the commander's omission and the crimes committed* », et signifie donc que les juges écartent, comme l'avait fait la Chambre Préliminaire II, la preuve d'une causalité certaine. Toutefois, ils ajoutent que « la condition qu'il existe un lien est manifestement remplie lorsqu'il est établi que les crimes n'auraient pas été commis dans les circonstances où ils l'ont été si le chef militaire avait exercé le contrôle qui convenait, ou que le chef militaire aurait empêché l'exécution des crimes en exerçant le contrôle qui convenait »¹³⁹⁸. Ainsi, les crimes commis résulteraient de la défaillance de l'accusé dans l'exercice du contrôle de ses troupes : en l'espèce, si Jean-

¹³⁹³ *Ibid.*, §424.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, §426.

¹³⁹⁵ *Ibid.*.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, nous soulignons. Cette même Chambre Préliminaire II réaffirme sa position à l'occasion de l'affaire Ntaganda : « Les manquements susmentionnés de Bosco Ntaganda ont *augmenté le risque* que les membres de l'UPC/FPLC commettent des crimes pendant la période visée par les charges. Alors qu'il était un puissant chef militaire, il a omis d'agir en réponse aux crimes graves perpétrés contre les civils non hema, ce qui a rendu inefficace le système disciplinaire de l'UPC/FPLC ou toute autre mesure qui aurait pu être prise pour sanctionner de tels comportements » (nous soulignons ; CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, préc., 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 Bosco Ntaganda, §174).

¹³⁹⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §211.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, §213.

Pierre Bemba avait notamment pris des mesures pour remédier aux carences de ses troupes dans leur formation au droit international humanitaire¹³⁹⁹ ou s'il leur avait donné des ordres clairs, une rémunération et une ration adéquates¹⁴⁰⁰, « de telles mesures auraient prévenu la commission de crimes et, de façon générale, auraient diminué, sinon éliminé, le climat d'assentiment [...] qui a entouré et facilité la commission des crimes »¹⁴⁰¹. Finalement, la Chambre de Première instance III ne fait que démontrer que l'accusé n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables visant à empêcher ou réprimer les crimes : le lien de causalité est par conséquent implicite dans cette défaillance et justifie que la Cour n'analyse pas davantage cet élément de causalité¹⁴⁰². Dénonçant un raisonnement trop succinct, la Juge Sylvia Steiner s'avoue peu convaincue par « cette approche flexible selon laquelle *une probabilité* – quelle que soit sa valeur, quel que soit son degré – que le commandant s'acquitte de son devoir de contrôle général aurait pu empêcher la commission des crimes, pourrait être suffisante pour affirmer la causalité »¹⁴⁰³ : d'après elle, l'exigence de causalité est satisfaite lorsqu'il existe « au moins une *forte probabilité* que le crime aurait été empêché ou n'aurait pas été commis par les forces de la manière dont il a été commis, si le supérieur s'était acquitté de ses devoirs »¹⁴⁰⁴. Bien que soulevée comme motif d'appel par l'accusé¹⁴⁰⁵, la question du lien de causalité n'est pas abordée par la Chambre d'appel mais par les Juges Sanji Mmasenono Monageng et Piotr Hofmański qui s'en emparent exhaustivement dans leur opinion dissidente¹⁴⁰⁶ jointe à l'Arrêt. Dans le sillage de la position retenue par les juges d'instance, ils retiennent que « les crimes des subordonnés sont le résultat du manquement du supérieur à exercer son contrôle correctement s'il existe un *lien étroit* entre son omission et les crimes »¹⁴⁰⁷. Alors que l'accusé reprochait aux juges d'instance d'avoir confondu à tort les « mesures » et la « causalité », les deux juges d'appel rappellent que « l'évaluation de la causalité comporte nécessairement l'analyse de ce qu'il se serait passé ou aurait pu arriver si le supérieur avait pris les mesures que l'on attendait

¹³⁹⁹ *Ibid.*, §737.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, §739.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, §738, §741.

¹⁴⁰² *Ibid.*, §243.

¹⁴⁰³ Nous soulignons. Opinion séparée de la Juge Sylvia Steiner jointe au Jugement rendu dans l'affaire Bemba, §24.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*. Elle se déclare donc en accord avec la position retenue par la Chambre Préliminaire selon laquelle « il suffit de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes ».

¹⁴⁰⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre d'appel, Public redacted version of Appellant's document in support of the appeal, 28 septembre 2016, §381 et s..

¹⁴⁰⁶ Opinion dissidente des Juges Sanji Mmasenono Monageng et Piotr Hofmański jointe à l'Arrêt rendu dans l'affaire Bemba, §§319-378.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, §339. Les juges concèdent ainsi que le critère d'une forte probabilité avancé par la Juge Sylvia Steiner est approprié dans ces circonstances.

de lui »¹⁴⁰⁸. Parce que « l'élément de causalité est intrinsèquement et inextricablement lié à l'appréciation de la pertinence des mesures prises par le supérieur et la prévisibilité et l'efficacité des mesures qu'il n'a pas prises »¹⁴⁰⁹, l'argument de la Défense doit être rejeté.

Si l'opinion majoritaire semble identifier une exigence textuelle d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre l'omission du supérieur et les crimes commis par ses subordonnés, la méthode d'évaluation de son degré s'avère encore débattue. En effet, l'appréciation de ce lien repose sur un raisonnement probabiliste s'appuyant sur l'idée que l'omission du supérieur a augmenté le risque que le subordonné allait commettre le crime. Or, le manquement à prendre des mesures est un manquement à réduire un risque existant qu'un crime soit commis : si le supérieur n'agit pas, ce risque que le subordonné commette un crime reste le même, son manquement à agir n'a pas augmenté ce risque. La responsabilité du supérieur étant précisément de réduire ce risque, il paraît difficile de prouver qu'un tel manquement puisse causer la manifestation d'un tel risque. Bien que singularisant les prescriptions de l'article 28 StCPI, la preuve d'un lien causal entre l'omission du supérieur et la commission des crimes par les subordonnés reste à l'heure actuelle un sujet controversé¹⁴¹⁰.

174. Conclusion du Chapitre 1 : l'autonomie relative d'un mécanisme aux contours élusifs. Les incertitudes entourant la compréhension du lien causal et du lien subjectif ainsi que les imprécisions liées à l'appréhension de la spécificité des devoirs du supérieur hiérarchique troublent la lisibilité globale du mécanisme de l'article 28 StCPI. En effet, si la malléabilité de ses caractéristiques propres engendre une flexibilité potentiellement profitable à l'interprétation prétorienne, elle s'avère également une source de confusion manifeste : malgré la singularité de la nature du mécanisme, une certaine proximité avec les formes de participation de l'article 25§3 StCPI semble ébranler l'autonomie avérée du mécanisme. Dès lors, la responsabilité du supérieur hiérarchique doit nécessairement trouver sa place dans une articulation d'ensemble des mécanismes d'imputation prévus statutairement.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, §341.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*.

¹⁴¹⁰ La controverse est telle que certains juges vont jusqu'à affirmer que la preuve de ce lien n'a pas lieu d'être. Voir l'Opinion séparée des Juges Christine van den Wyngaert et Howard Morrison jointe à l'Arrêt rendu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Bemba*, §56.

Chapitre 2. Un mécanisme subsidiaire

175. Malgré l'affirmation de caractéristiques propres, la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique reste une source de controverses¹⁴¹¹ et d'imprécision. Considérée par les juges comme une technique d'imputation, le mécanisme est toutefois désigné nébuleusement comme une forme *sui generis* de responsabilité pour omission¹⁴¹². Si cette qualification semble permettre la distinction entre la responsabilité du supérieur hiérarchique et les formes de commission visées par l'article 25§3 StCPI, elle n'empêche pas une certaine connexité avec ces autres formes d'imputation, les juges admettant que « dans certains cas, le comportement d'un chef militaire peut réaliser un élément constitutif d'un ou de plusieurs modes de responsabilité »¹⁴¹³. En effet, la proximité de certains éléments structurels prescrits à l'article 28 StCPI avec ceux identifiés par le juge à l'article 25§3 StCPI laisse penser qu'il existe une zone d'interaction entre ces mécanismes d'imputation (Section 1), obligeant alors le juge à assurer leur articulation d'ensemble par l'affirmation de la subsidiarité de la responsabilité du supérieur hiérarchique (Section 2).

Section 1. L'omission comme zone d'interaction

176. L'identification d'une zone d'interaction. Cette zone d'interaction naît, pour l'essentiel, de la difficulté à se saisir de l'omission du supérieur hiérarchique¹⁴¹⁴. En effet, cette manifestation particulière de la responsabilité pénale vise à punir le supérieur non pour quelque chose qu'il a fait, mais pour ce qu'il n'a pas fait, et plus encore, pour ne pas avoir empêché un événement qu'il devait et pouvait éviter et que son manquement a contribué à provoquer. À cette fin, la voie empruntée par l'article 28 StCPI pour appréhender cette omission repose sur une structure assez complexe puisque la disposition

¹⁴¹¹ Voir *supra* §163 et s. les débats entourant la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

¹⁴¹² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §174. Voir *supra* §166 et s..

¹⁴¹³ *Ibid.*.

¹⁴¹⁴ Il faut relever à ce stade que cette zone d'interaction connaît une étendue limitée dans la mesure où la responsabilité du supérieur hiérarchique ne peut s'envisager que si le crime est effectivement commis, là où la responsabilité du participant principal ne l'impose pas et la responsabilité du participant accessoire suppose au moins la tentative du crime. Par conséquent, cette zone d'interaction n'est possible qu'en cas de consommation du crime.

couvre en réalité deux omissions : une omission générale consistant dans le manquement du supérieur à son obligation de contrôle, et une omission spécifique définie par le manquement à son devoir d'empêcher, réprimer, référer les crimes commis par ses subordonnés. Si une telle approche permet l'identification des composantes du comportement incriminé, elle fait toutefois émerger dans son sillage des incertitudes dans la compréhension et dans l'attribution de l'omission.

Dans la compréhension de l'omission d'une part, car l'omission du supérieur ainsi décomposée couvre un champ répressif aux frontières imprécises. Classiquement, le droit pénal distingue deux formes d'omissions¹⁴¹⁵ : l'omission propre pour laquelle « la responsabilité de l'individu est déterminée par le simple fait de la violation de l'obligation d'agir »¹⁴¹⁶, et l'omission impropre pour laquelle la responsabilité n'est pas simplement liée au manquement à l'obligation d'agir en soi mais « dérive du fait que l'omission a provoqué la lésion d'un bien protégé par une norme pénale »¹⁴¹⁷. Si l'omission propre fait généralement l'objet d'incriminations spécifiques visant des comportements particuliers¹⁴¹⁸, l'omission impropre s'envisage plus globalement sous la forme de la « commission par omission »¹⁴¹⁹ : dans cette hypothèse, l'individu qui n'empêche pas la

¹⁴¹⁵ La terminologie ici employée est celle retenue par la doctrine allemande qui opère la distinction entre *echtes Unterlassungsdelikt* et *unechtes Unterlassungsdelikt* (voir particulièrement H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, Duncker und Humblot, 4^e éd., 1988, p. 238 et s.). Plusieurs traductions sont avancées, notamment celle de délits d'omission parfaits et délits d'omission imparfaits (C. Saas, S. Trautmann, « Actualité de droit pénal allemand 2007 », *RSC*, 2008, p. 209 et s.) ou encore celle d'infractions d'omission légalement typifiées et infractions de commission par omission non légalement typifiées (J. L. de la Cuesta, I. Blanco Cordero, « Résolutions des Congrès de l'Association internationale de droit pénal (1926-2014) », XIII Congrès international de droit pénal (Le Caire, 1-7 octobre 1984), *RIDP*, 2015, p. 111 et s.) ; nous retiendrons la traduction communément retenue d'omission propre et d'omission impropre (J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 77 et s.).

¹⁴¹⁶ S. Zappalà, « Les crimes d'omission », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 518.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*.

¹⁴¹⁸ À titre d'exemple, la majorité des droits nationaux érige l'omission de porter secours en infraction autonome dans un texte spécifique. C'est notamment le cas de l'article 223-6 du Code pénal français (« Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ») ou du §323c StGB allemand (« Quiconque ne prête pas assistance en cas d'accident, de danger commun ou d'urgence alors que cela est nécessaire et attendu de sa part dans les circonstances, en particulier lorsque qu'il ne s'expose pas à un grave danger ou à la violation d'autres devoirs, encourt une peine maximale d'un an d'emprisonnement ou une amende », traduction libre).

¹⁴¹⁹ Si cette forme de l'omission se retrouve dans divers droits nationaux, elle est par principe rejetée en droit pénal français au double motif que la causalité entre omission et résultat n'est pas toujours certaine et surtout que la loi ne la prévoit pas. À l'inverse, le §13(1) StGB allemand prévoit cette hypothèse en précisant que « quiconque s'abstient d'éviter un résultat constituant un élément de l'infraction n'est punissable en vertu de la présente loi que s'il est légalement tenu d'éviter la réalisation de ce résultat, et si l'omission équivaut à la réalisation active d'un élément constitutif légal de cet acte ». Jean Pradel s'interroge toutefois sur l'importance de la différence entre droit français et droit allemand sur la question : prenant l'exemple du droit pénal de l'entreprise, il relève que « dans les deux droits, le chef d'entreprise est punissable, le droit allemand utilisant la commission par omission et le droit français faisant appel à la responsabilité pénale dite du fait

survenance d'un résultat dommageable relevant d'une infraction pénale sera tenu responsable « s'il doit juridiquement garantir que le résultat ne se produira pas et que son abstention correspond à la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction qui sont en principe caractérisés par une action »¹⁴²⁰. En décomposant l'omission du supérieur hiérarchique, les prescriptions de l'article 28 StCPI rendent difficile une telle identification : si elles semblent surtout désigner une omission propre lorsque le supérieur manque à son obligation de prévenir ou punir les crimes des subordonnés, elles paraissent également revêtir des aspects qualifiables d'omission impropre dans la mesure où le supérieur participe par son commandement à la commission des crimes. Comme l'affirme avec justesse Salvatore Zappalà, « il s'agirait donc essentiellement d'une responsabilité d'omission propre, présupposant l'existence de crimes commis par des subordonnés liés au supérieur par un lien hiérarchique, mais qui est finalement fondée sur la violation par le supérieur de ses propres obligations de contrôler ses subordonnés, qu'il s'agisse de prévenir ou de punir les crimes »¹⁴²¹ ; toutefois, « même si on ne peut exclure que la commission de crimes internationaux se réalise avec la participation d'un supérieur hiérarchique [...], il est aussi évident que la dimension principale de la responsabilité du supérieur hiérarchique repose de façon autonome sur la violation de devoirs d'agir qui sont imposés aux supérieurs en général, dans un objectif de prévention des crimes »¹⁴²². Spécifique à l'omission impropre, cette position de garant du supérieur hiérarchique donne par conséquent à l'omission la même fonction que l'action : omettre d'empêcher un résultat dommageable devient alors normativement équivalent à la production active de ce résultat¹⁴²³. En s'affranchissant des frontières entre l'action et l'omission, l'hypothèse particulière de la « commission par omission » semble dès lors dessiner les contours d'un champ répressif commun à l'article 28 StCPI et l'article 25 StCPI¹⁴²⁴.

Dans l'attribution de l'omission au supérieur d'autre part, car la décomposition de l'omission du supérieur en omission générale et omission spécifique rend la lecture de l'imputation plus complexe et plus vague. En effet, ces composantes ainsi isolées – le manquement du supérieur à son obligation générale de contrôle et le manquement du supérieur à son devoir spécifique d'empêcher, réprimer, référer les crimes commis par ses

d'autrui ». Dès lors, selon l'auteur, « par des voies différentes, le résultat est sensiblement le même ». Voir J. Pradel, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 78 et s..

¹⁴²⁰ C. Saas, S. Trautmann, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴²¹ S. Zappalà, *op. cit.*, p. 523-524.

¹⁴²² *Ibid.*.

¹⁴²³ C. Saas, S. Trautmann, *op. cit.*, p. 210.

¹⁴²⁴ Voir les développements *infra* §176 et s..

subordonnés – obligent à s’interroger sur l’articulation du lien entre les deux manquements du supérieur hiérarchique¹⁴²⁵. Une première approche consiste à considérer que l’omission générale et l’omission spécifique sont mutuellement identiques, la seconde se comprenant comme la description de la première. En ce sens, Thomas Weigend explique que le chapeau de l’article 28 StCPI, qui vise notamment le manquement à l’obligation de contrôle, s’intéresse aux circonstances générales et aux conséquences légales de la responsabilité du supérieur hiérarchique, alors que les paragraphes suivants, dont l’un vise le manquement au devoir spécifique de prévenir, punir et référer, exposent les caractéristiques objectives et subjectives de l’omission du supérieur¹⁴²⁶ ; ainsi, selon cette logique, seule l’omission spécifique doit être prouvée, une violation additionnelle de l’obligation générale de contrôle n’étant pas nécessaire¹⁴²⁷. *A contrario*, une seconde approche suggère que les deux omissions sont mutuellement distinctes et doivent donc être prouvées séparément pour engager la responsabilité du supérieur hiérarchique ; majoritairement retenue par la doctrine¹⁴²⁸, cette position semble également défendue par la Cour lorsqu’elle isole, parmi les éléments caractéristiques de la responsabilité du supérieur hiérarchique, d’un côté l’absence de mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer les crimes ou pour en référer aux autorités compétentes, et de l’autre côté le manquement du supérieur à exercer le contrôle sur ses forces¹⁴²⁹. Selon cette approche, le seul manquement à un devoir spécifique est donc insuffisant pour retenir la responsabilité du supérieur : un manquement additionnel du supérieur à son obligation de contrôle sur ses subordonnés est nécessaire. Dès lors, en identifiant distinctement ces deux manquements, cette approche entraîne un processus d’attribution plus complexe de l’omission au supérieur hiérarchique car il

¹⁴²⁵ Pour une analyse critique de cette articulation entre les omissions, voir particulièrement : K. Yokohama, « The failure to control and the failure to prevent, repress and submit : the structure of superior responsibility under article 28 ICC Statute », *ICLR*, 2018, p. 275 et s..

¹⁴²⁶ T. Weigend, « Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 1017. Référence citée par K. Yokohama, *op. cit.*, p. 295.

¹⁴²⁷ T. Weigend, « Superior responsibility : complicity, omission or over-extension of criminal law? » in C. Burchard (dir.), O. Triffterer (dir.), J. Vogel (dir.) *The review conference and the future of the International Criminal Court*, Kluwer, 2010, p. 72.

¹⁴²⁸ Parmi les auteurs, voir particulièrement : G. Werle, F. Jessberger, *Principles of international criminal law*, *op. cit.*, p. 232 et s. ; C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, p. 164 et s. ; V. Nerlich, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute : for what exactly is the superior held responsible? », *JICJ*, 2007, p. 665 et s. ; A. Kiss, « Command responsibility under article 28 of the Rome Statute » in C. Stahn (dir.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 608 et s. ; O. Triffterer, « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute », *LJIL*, 2002, p. 179 et s..

¹⁴²⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, §170. Les juges procèdent d’ailleurs à une analyse distincte des deux éléments en l’espèce (concernant l’absence de mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher, réprimer et référer les crimes, voir §197 et s. et §719 et s. ; concernant le manquement au devoir général de contrôle, voir §210 et s. et §735 et s.).

supporte les conséquences de cette décomposition, notamment celle d'une certaine confusion due à la proximité des éléments des omissions générale et spécifique avec ceux des formes de la participation principale ou accessoire. En effet, s'agissant de l'attribution de l'omission générale, l'élément de contrôle du supérieur hiérarchique sur ses forces prescrit dans le chapeau de l'article 28 StCPI semble faire écho au critère du contrôle associé à la participation principale indirecte. S'agissant de l'attribution de l'omission spécifique, la variété des éléments objectifs et subjectifs¹⁴³⁰ proposée dans les paragraphes de l'article 28 StCPI invite à un jeu de combinaison dessinant diverses facettes de l'omission du supérieur et pose la question, dans certaines articulations, d'une proximité avec d'autres mécanismes de l'article 25 StCPI.

Si la décomposition de l'omission du supérieur en omission générale et en omission spécifique s'apparente à un gage de clarté, elle fait pourtant naître dans son sillage une véritable zone d'interaction avec les mécanismes de la participation principale et de la participation accessoire. Potentiellement source de confusion, cette zone d'interaction se cristallise particulièrement autour des trois points de connexion précédemment relevés. Le premier, relatif à la compréhension de l'omission, vise l'hypothèse de la « commission par omission » qui pourrait permettre l'appréhension de l'omission via l'article 25 StCPI. Le deuxième, relatif à l'attribution de l'omission générale, concerne la question du contrôle exercé sur ses forces par le supérieur et révèle une certaine proximité avec la participation principale indirecte. Enfin, le troisième, relatif à l'attribution de l'omission spécifique, trouve son origine dans la combinaison des éléments objectifs et subjectifs de l'article 28 StCPI et autorise notamment, sous une certaine forme, un rapprochement avec la participation accessoire par assistance.

177. La compréhension de l'omission : l'hypothèse de la « commission par omission »¹⁴³¹. L'article 25 StCPI précise que « quiconque *commet* un crime relevant de

¹⁴³⁰ L'article 28(a)(i) et (ii) StCPI prévoit sur le plan subjectif que le « chef militaire [...] *savait*, ou, en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes » et, sur le plan objectif, que le « chef militaire [...] 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 » (nous soulignons). De manière similaire, l'article 28(b)(i) et (iii) précise sur le plan subjectif que « le supérieur hiérarchique *savait* que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou *a délibérément négligé* de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement » et, sur le plan objectif, que « le supérieur hiérarchique 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 » (nous soulignons).

¹⁴³¹ La question de la « commission par omission » a en partie déjà été soulevée lors de l'analyse des prescriptions de l'article 25 StCPI (voir *supra* §25).

la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut »¹⁴³². Interprété strictement, la commission d'un crime se comprend positivement : elle fait référence à l'accomplissement d'un acte¹⁴³³, et se distingue en cela de l'omission qui désigne un défaut d'action. Couvrant dès lors des situations opposées, les champs d'application des articles 25 et 28 StCPI semblent circonscrits clairement dans leur matérialité¹⁴³⁴. Cependant, à mi-chemin, il est une hypothèse particulière, liée au fait que certaines infractions, tout en étant d'action, se manifestent sous les traits d'une abstention ou d'une omission : « la différence entre l'action et l'omission s'en trouve alors quelque peu perturbée, mais en apparence seulement, pour ne rien trahir de son principe, tant ce qui commet ou s'omet peut se manifester sous de multiples formes et être l'objet de subtiles nuances »¹⁴³⁵.

L'hypothèse de la « commission par omission » vise en effet les situations où « une attitude passive, qui normalement ne constitue qu'une simple abstention, peut, dans des circonstances particulières ou dans un contexte porteur, voire de la part de certaines personnes, revêtir les caractères d'une matérialité positive »¹⁴³⁶. En l'absence de disposition générale relative à l'omission ou de « principe général d'équivalence normative entre commettre et ne pas empêcher un événement »¹⁴³⁷, la question s'est donc posée de savoir si la commission par omission pouvait tout de même trouver sa place au sein de l'article 25 StCPI. Alors que le Projet de Statut visait distinctement l'acte et l'omission¹⁴³⁸, aucun consensus ne fut atteint par le Comité Préparatoire en raison de la résistance de certains États à l'intégration de ce concept problématique¹⁴³⁹ ; la difficulté résidait, pour

¹⁴³² Nous soulignons.

¹⁴³³ « Commettre », in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016, p. 200.

¹⁴³⁴ La Cour le précise d'ailleurs clairement lorsqu'elle affirme que : « la forme de responsabilité envisagée à l'article 28 diffère de celle décrite à l'article 25-3-a du Statut en ce que le supérieur hiérarchique peut être tenu pour responsable du comportement prohibé de ses subordonnés pour avoir manqué à son devoir de prévenir ou réprimer leur comportement illégal ou d'en référer aux autorités compétentes. Partant, il y a une différence fondamentale entre les formes de commission visées à l'article 25 du Statut, qui établit une responsabilité pour les crimes que l'on a soi-même commis, et l'article 28 du Statut, qui établit une responsabilité pour un manquement à des devoirs se rapportant à des crimes commis par d'autres » (CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Chambre Préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges portée contre Laurent Gbagbo, 12 juin 2014, §262).

¹⁴³⁵ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°229.

¹⁴³⁶ *Ibid.*.

¹⁴³⁷ S. Zappalà, *op. cit.*, p. 525.

¹⁴³⁸ L'article 28 du Projet de Statut prévoyait en effet que « the conduct can constitute either an act or an omission, or a combination of thereof », UN Doc.A/51/22 (Supplement no. 22A), Article G, 1996, p. 90 et s..

¹⁴³⁹ P. Saland, « International criminal law principles », in R. Lee (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, Kluwer, 1999, p. 212. L'auteur relève que si le Canada et le Japon insistaient pour l'insertion du concept d'omission dans le Statut de Rome, la France résistait, avançant de très grandes difficultés avec ce concept.

l'essentiel, dans la détermination des circonstances dans lesquelles l'omission pouvait être punie et notamment si la question de l'obligation légale d'agir, qui en est l'essence même, devait être réglée explicitement par le Statut¹⁴⁴⁰. Si l'idée d'une responsabilité pour commission par omission semble avoir été exclue par l'intention des parties, il ne faut pas oublier que « la conclusion de tout traité n'est possible que dans la mesure où les parties acceptent une certaine dose d'ambiguïté constructive, dont les silences font largement partie »¹⁴⁴¹. Il est donc possible de soutenir que « le fait de ne pas expliciter une clause d'équivalence dans le Statut de Rome a répondu à une exigence diplomatique et a été accepté avec l'idée que la notion de commission par omission était de toute façon absorbée dans le terme "commettre" prévu par l'article 25 StCPI »¹⁴⁴². Ainsi, malgré des dissensions très marquées¹⁴⁴³, la majorité des auteurs n'exclut pas la possibilité d'entendre « commettre » comme incluant l'omission mais laisse aux juges le soin de trancher la question¹⁴⁴⁴.

Bien que la Cour ne se soit pas encore clairement prononcée, plusieurs affirmations prétorienne semblent attester en ce sens : d'une part, les juges énoncent par un *obiter dictum* récurrent que l'acte reproché à l'accusé peut être « une action ou une omission »¹⁴⁴⁵ et, d'autre part, la Chambre Préliminaire II assure, à l'occasion de l'affaire *Muthaura, Kenyatta et Ali*, que « rien dans le Statut ne peut être interprété comme excluant les actes par omission »¹⁴⁴⁶. De plus, lors de l'affaire *Bemba*, les juges concluent qu'en l'absence de « preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Jean-Pierre

¹⁴⁴⁰ M. Duttwiler, « Liability for omission in international criminal law », *ICLR*, 2006, p. 57 ; voir également A. Eser, *op. cit.*, p. 819.

¹⁴⁴¹ S. Zappalà, *op. cit.*, p. 526.

¹⁴⁴² *Ibid.*.

¹⁴⁴³ Voir *supra* §25.

¹⁴⁴⁴ Voir particulièrement C. Meloni, *Command responsibility...*, *op. cit.*, p. 221-222.

¹⁴⁴⁵ Par exemple, la Chambre préliminaire I admet qu'« au sens de l'article 8§2(a)(i), l'homicide intentionnel en tant que crime de guerre est constitué lorsqu'il est commis par un individu qui, par action ou omission, cause la mort d'une ou plusieurs personnes (...) » (CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §287). Voir également : CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §351-355 ; CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §132, §274 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §767, §786, §1627 ; CPI, *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §280.

¹⁴⁴⁶ CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, 23 janvier 2012, §46. Toutefois, l'hypothèse ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce puisque la Chambre constate que l'accusé est principalement poursuivi pour avoir pris des mesures positives, en l'espèce avoir donné des ordres, afin d'assurer l'inaction de la police kenyane lors des violences postélectorales dans la vallée du grand rift en janvier 2008.

Bemba était conscient que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis par les soldats du MLC adviendraient dans le cours normal des événements »¹⁴⁴⁷, la responsabilité pénale de l'accusé ne peut être établie au regard de l'article 25§3(a) StCPI et sera donc étudiée subsidiairement au regard de l'article 28 StCPI. Puisque la raison de cette substitution se justifie uniquement sur le plan subjectif, il semble possible d'avancer que la Cour reconnaît que le comportement de l'accusé peut valablement être saisi sur le plan objectif par les deux textes, et admet ainsi implicitement que l'omission peut être appréhendée par les prescriptions de l'article 25 StCPI. Il faut toutefois nuancer ces propos notamment car les juges éludent en l'espèce toute analyse objective du comportement de l'accusé au regard de l'article 25§3(a)¹⁴⁴⁸ et se focalisent uniquement sur la démonstration de l'absence d'un l'élément moral ; de surcroît, l'analyse factuelle révèle que l'accusé avait activement pris certaines mesures afin d'empêcher la commission des crimes mais que celles-ci se sont révélées insuffisantes d'où l'existence d'un manquement¹⁴⁴⁹, laissant ainsi supposer que l'action comme l'omission peuvent être retenues.

Malgré une jurisprudence encore timide, l'appréhension de l'omission par les prescriptions de l'article 25 StCPI s'affirme comme une hypothèse vraisemblable et révèle, dès lors, une zone d'interaction tangible avec la responsabilité du supérieur hiérarchique. Néanmoins, cette zone reste encore nébuleuse car demeure en suspens la question de savoir si l'omission peut être traitée substantiellement de la même manière que l'action, notamment si le contrôle sur la réalisation du crime qui sous-tend l'action criminelle principale¹⁴⁵⁰ peut s'affirmer également comme un critère d'attribution de l'omission criminelle.

178. L'attribution de l'omission générale : la question du contrôle. La question précédemment posée ne connaît pas de réponse certaine dans la mesure où les juges n'ont, à l'heure actuelle, jamais éprouvé l'omission au regard de l'article 25 StCPI. Toutefois, la

¹⁴⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §401.

¹⁴⁴⁸ Alors que leur raisonnement se structure généralement autour de l'analyse des éléments objectifs puis des éléments subjectifs, les juges affirment en l'espèce qu'« aux fins de la présente décision, la Chambre ne considère pas nécessaire d'analyser ces éléments objectifs à la lumière des Éléments de preuve communiqués, dans la mesure où, comme nous le verrons, elle a par ailleurs conclu à l'absence de la *mens rea* requise. Il s'ensuit que la Chambre limitera son analyse aux éléments subjectifs » (*Ibid.*, §350).

¹⁴⁴⁹ La question de la suffisance ou l'insuffisance des mesures prises par Jean-Pierre Bemba est d'ailleurs au cœur de la décision rendue en appel du Jugement de condamnation.

¹⁴⁵⁰ Voir *supra* §74 et s..

comparaison des logiques animant les prescriptions de l'article 25 StCPI et celles de l'article 28 StCPI invite à se poser la question de savoir si l'attribution de l'omission peut s'envisager par le prisme du critère de contrôle sur le crime¹⁴⁵¹.

La criminalisation de l'omission apparaît clairement liée à l'idée de commandement responsable car elle vise à imposer aux supérieurs des devoirs de vigilance accrus, qui les obligent à vérifier que leurs subordonnés ne commettent aucun crime et s'ils en commettent, de les punir¹⁴⁵² ; ainsi l'omission n'est répréhensible que si le supérieur n'a pas tout mis en œuvre pour accomplir les obligations de faire qui sont à sa charge, permettant alors de conclure à un défaut de contrôle qui lui est imputable. Si ce commandement responsable est clairement appréhendé par les prescriptions de l'article 28 StCPI qui exige l'exercice par le supérieur d'un « commandement et contrôle effectifs »¹⁴⁵³ et plus généralement d'« un contrôle sur ses forces », il sert également la logique qui sous-tend l'hypothèse de la commission indirecte visée par l'article 25§3(a) StCPI. En effet, cette forme de participation principale, dans laquelle un individu utilise autrui comme un instrument pour réaliser physiquement l'infraction¹⁴⁵⁴, permet d'atteindre les individus qui « font partie de structures étatiques à haut niveau ou exercent un contrôle au sein d'appareils de pouvoir hiérarchiquement constitués »¹⁴⁵⁵ et poursuit donc un objectif similaire à la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 StCPI.

Animés par cette même logique d'attribution, la responsabilité du supérieur hiérarchique partage dès lors avec la commission indirecte la même condition préalable¹⁴⁵⁶ : l'existence d'un lien de supériorité entre le commettant et l'exécutant. Dans l'hypothèse de la responsabilité du supérieur hiérarchique, ce lien s'exprime par l'exigence statutaire d'un « contrôle effectif » du supérieur sur ses subordonnés et signifie que le celui-ci doit avoir « la capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou

¹⁴⁵¹ Pour rappel, le contrôle sur le crime est reconnu par les juges comme critère déterminant de la participation principale. Voir *supra* §63 et s..

¹⁴⁵² S. Zappalà, *op. cit.*, p. 527.

¹⁴⁵³ L'article 28 StCPI marque sur ce point une distinction entre le supérieur militaire et le supérieur civil, en exigeant pour le premier « un commandement et un contrôle effectifs » et pour le second, « une autorité et un contrôle effectifs ». Il faut cependant rappeler que la Cour retient que « les termes “commandement” et “autorité” n'ont, “sur le fond, pas d'effet sur le degré de contrôle requis par la norme”, mais reflètent les modalités du contrôle exercé par un chef militaire sur ses troupes, la manière dont il l'est ou la nature de ce contrôle » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §181).

¹⁴⁵⁴ Voir *supra* §26 et s..

¹⁴⁵⁵ G. Werle, B. Burghardt, « Les formes de participation en droit international pénal », *RSC*, 2012, p. 57.

¹⁴⁵⁶ A. Khalifa, *op. cit.*, p. 344.

d'en référer aux autorités compétentes »¹⁴⁵⁷. Dans l'hypothèse de la commission indirecte, ce lien de supériorité prend essentiellement la forme d'un contrôle exercé sur l'organisation¹⁴⁵⁸ et repose sur l'idée que la structure doit permettre de servir « l'objectif et le but consistant à mettre l'auteur derrière l'auteur en mesure de commettre des crimes par l'intermédiaire de ses subordonnés »¹⁴⁵⁹ ; à cette fin, « il est essentiel que (...) ce contrôle [du chef ou dirigeant soit] manifeste dans l'exécution de ses ordres par ses subordonnés »¹⁴⁶⁰, celle-ci devant être automatique et conduire à la commission du crime¹⁴⁶¹. Malgré une qualification sensiblement différente – contrôle effectif pour l'un et contrôle manifeste pour l'autre – les deux mécanismes reposent cependant sur une essence commune, celle d'un contrôle indirect sur la réalisation du crime attestant de la capacité du supérieur à s'assurer de l'exécution de ses ordres par ses subordonnés et permettant de relier le crime à un comportement passif au regard des articles 25 StCPI et 28 StCPI.

Toutefois, demeure la question de savoir si ce critère de contrôle représente un lien suffisant pour attribuer l'omission, autrement dit quel degré d'influence est nécessaire pour permettre au supérieur d'exercer son contrôle. Dans l'hypothèse de la commission indirecte, les juges admettent que le contrôle n'est possible que si l'organisation reflète les « relations hiérarchiques entre supérieurs et subordonnés »¹⁴⁶² afin de garantir l'exécution automatique des ordres par ses subordonnés, ces derniers étant réduits à de simples individus fongibles et interchangeable au sein de cet appareil organisé de pouvoir¹⁴⁶³. Selon Kai Ambos, cette hypothèse ne s'applique qu'« aux supérieurs dont les ordres et instructions ne peuvent, sans autres formalités, être révoqués ou annulés, à savoir ceux qui peuvent commander et diriger sans aucune interférence »¹⁴⁶⁴, comme notamment « les hauts-dirigeants d'un Gouvernement formellement établis ou, dans les cas exceptionnels, le haut de la hiérarchie des forces militaires et de police »¹⁴⁶⁵ ; l'auteur poursuit qu'« à

¹⁴⁵⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §183. Voir *supra* §170.

¹⁴⁵⁸ Voir *supra* §107 et s..

¹⁴⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §511.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, §513. Afin de caractériser cet élément, les juges relèvent notamment que les accusés occupaient des fonctions de commandement suprême au sein de la Force de Résistance Patriotique de l'Ituri pour Germain Katanga (§540) et du Front des Nationalistes et Intégrationnistes pour Matthieu Ngudjolo Chui (§541), mais aussi que ces groupes étaient hiérarchisés car organisés en structure militaire (§543-544).

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, §514.

¹⁴⁶² *Ibid.*, §512.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, §516.

¹⁴⁶⁴ K. Ambos, « Command responsibility and *Organisationsherrschaft*... », *op. cit.*, p. 154.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*. Traduction libre de « the leadership level of the formally established government and, in exceptional cases, also for the top hierarchy of the military and police forces ».

l'inverse, ceux qui n'appartiennent pas aux instances dirigeantes mais seulement au niveau intermédiaire de l'organisation exercent, au mieux, un contrôle sur leur subordonnés au sein de l'appareil ; ils n'exercent donc pas un contrôle sur l'ensemble de l'organisation mais davantage sur une partie de celle-ci »¹⁴⁶⁶. Faut-il voir dans cette description une différence entre le contrôle sur une organisation attaché à la commission indirecte et le contrôle effectif du supérieur hiérarchique ? Dans l'hypothèse de la responsabilité du supérieur hiérarchique, les juges retiennent similairement que le contrôle « est la manifestation d'un lien de subordination entre le chef (...) et [ses] subordonnés dans le cadre d'une hiérarchie de droit ou de fait (chaîne de commandement) »¹⁴⁶⁷ mais ils affirment également que « tout degré de contrôle moindre, tel que la capacité d'exercer une influence – même appréciable – sur les forces qui ont commis les crimes, serait insuffisant pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique »¹⁴⁶⁸. Dans une opinion jointe à la décision rendue en appel dans l'affaire *Bemba*, les Juges Christine van den Wyngaert et Howard Morrisson précisent sur ce point que « ce qui est exigé des supérieurs (...) dépend de leur proximité dans la chaîne de commandement avec les exécutants physiques » : « l'obligation première d'empêcher/prévenir/référer les comportements criminels repose sur le supérieur immédiat de l'exécutant physique » car « il est simplement impossible pour un supérieur chevronné de contrôler effectivement des centaines ou des milliers de troupes d'individus [car] il s'agit du rôle de ceux qui interviennent à proximité d'eux sur le terrain »¹⁴⁶⁹. Par conséquent, il semble exister une différence dans l'appréciation de l'exercice du contrôle entre les deux mécanismes : si le contrôle s'affirme comme un critère permettant l'attribution de l'omission au regard des articles 25§3(a) StCPI et 28 StCPI, il ne s'exprime pas de la même manière dans les deux hypothèses. Dans la continuité de ce qu'affirment Kai Ambos et les juges, cette distinction pourrait s'expliquer par une différence d'approche dans la compréhension de la participation indirecte : en effet, les juges retiennent une approche normative de la participation visée à l'article 25§3(a) StCPI selon laquelle l'infraction est imputée à l'individu « le plus responsable »¹⁴⁷⁰ – c'est à dire à l'individu qui dispose d'une autorité telle qu'il peut

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*.

¹⁴⁶⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §184.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, §183.

¹⁴⁶⁹ Opinion séparée des Juges Christine van den Wyngaert et Howard Morrisson jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire *Bemba*, §33. (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre Préliminaire III, 8 juin 2018).

¹⁴⁷⁰ Voir *supra* §12.

contrôler la réalisation de l'infraction sans pour autant l'avoir matériellement commise – alors que la responsabilité du supérieur hiérarchique se structure autour d'une approche causale¹⁴⁷¹ de la participation qui permet d'imputer l'infraction à l'individu l'ayant causé de manière la plus immédiate. Dès lors, les schémas d'imputation apparaissent inversés : dans le premier cas, il est descendant car il vise en priorité et directement les plus hauts dirigeants alors que dans le second cas, il est ascendant car il passe par le truchement de l'exécutant pour remonter jusqu'au supérieur hiérarchique¹⁴⁷², plaçant ainsi les individus dans une certaine relation de dépendance. Pour ces raisons, le contrôle du supérieur sur le crime diffère sensiblement selon la forme de participation retenue : pourtant inscrit dans une relation hiérarchique similaire, le contrôle sur le crime se manifestera par l'exercice d'un contrôle hiérarchique d'ensemble du supérieur sur ses subordonnés *via* l'organisation en cas de commission indirecte et par l'exercice d'un contrôle hiérarchique plus étroit sur le subordonné au sein-même de l'organisation en cas de responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁴⁷³.

Ainsi, cette nuance dans l'approche de la participation et dans l'intensité du rapport hiérarchique permettrait de distinguer, dans l'attribution de l'omission, celle relevant d'une commission indirecte et celle relevant de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Toutefois, dans la mesure où ce rapport hiérarchique est la manifestation d'un contrôle indirect sur la réalisation du crime commun aux deux mécanismes, la distinction pratique peut s'avérer complexe¹⁴⁷⁴. En effet, la preuve de ce contrôle sur le crime dépend de l'appréciation très délicate de l'influence hiérarchique exercée par le supérieur ; or, une telle appréciation ne pourra opérer qu'au cas par cas et par l'examen du comportement du supérieur dans le contexte global dans lequel il a omis d'agir, compliquant de la sorte l'appréhension des subtilités de la distinction théorique. Pragmatiquement, l'omission sera

¹⁴⁷¹ Voir *supra* §12.

¹⁴⁷² L'origine et l'évolution historique de la responsabilité hiérarchique atteste également en ce sens. Voir *supra* §170.

¹⁴⁷³ Il faut rappeler ici que la Cour retient que « l'article 28(a) StCPI ne couvre pas seulement les chefs militaires dirigeants de façon immédiate les forces qui ont commis les crimes, mais s'applique également aux supérieurs hiérarchiques à tous les niveaux, quel que soit leur grade, qu'ils se trouvent au sommet de la hiérarchie ou qu'ils n'aient que quelques hommes sous leur commandement » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §179).

¹⁴⁷⁴ Il a pu être avancé que la distinction repose sur une différence dans l'objet du contrôle : contrôle sur l'organisation pour la commission indirecte et contrôle sur les subordonnés pour la responsabilité du supérieur hiérarchique. Toutefois, ce serait oublier que les deux mécanismes sont des formes de participation indirecte à la commission du crime, c'est-à-dire qu'ils opèrent tous deux par le truchement d'un intermédiaire – organisation ou subordonné – permettant l'exercice d'un contrôle sur la réalisation du crime. L'objet du contrôle est par conséquent le crime dans les deux hypothèses, l'organisation et les subordonnés n'étant que les moyens d'y parvenir.

alors davantage attribuée selon l'effet qu'elle produit sur la réalisation du crime et, par conséquent, essentiellement appréhendée en lien avec les éléments matériels et subjectifs dudit crime. Dès lors, si le contrôle sur le crime semble pouvoir valablement s'envisager comme un critère permettant l'attribution d'un résultat criminel à un comportement passif¹⁴⁷⁵, ces limites constatées sur le plan probatoire pourraient, malgré les nuances relevées, permettre d'apparenter objectivement le supérieur hiérarchique au participant principal.

179. L'attribution de l'omission spécifique : variations autour des éléments objectifs et subjectifs. Désignée comme « un concept à tiroirs »¹⁴⁷⁶ ou un mécanisme hybride, la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission repose sur une structure complexe associant plusieurs composantes¹⁴⁷⁷ : l'article 28 StCPI s'organise en effet autour d'une composante structurelle en distinguant omission générale et omission spécifique, d'une composante temporelle en différenciant, selon le type de manquement, le moment de l'omission – soit avant ou après la commission du crime par le subordonné¹⁴⁷⁸ – et une composante morale en discernant la connaissance de la négligence du supérieur vis-à-vis du crime commis par le subordonné¹⁴⁷⁹. Délicate, l'articulation de ces composantes s'avère particulièrement révélatrice de la difficulté d'appréhender l'omission du supérieur

¹⁴⁷⁵ En ce sens, voir également L. C. Berster, « 'Duty to act' and 'commission by omission' in international criminal law », *ICLR*, 2010, p. 636 et s..

¹⁴⁷⁶ E. van Sliedregt, « Article 28 of the ICC Statute : mode of liability and/or separate offense », *New criminal law review : an international and interdisciplinary journal*, 2009, p. 427.

¹⁴⁷⁷ Antonio Cassese affirme quant à lui que « these provisions are essentially of a descriptive nature, in that they indicate the prohibited conduct by enumerating the various form this conduct may take. They do not, however, differentiate between the various categories of liability that can be logically identified, nor do they attach any legal relevance to conduct falling under one particular category rather than another » (A. Cassese, *International criminal law*, préc., p. 243).

¹⁴⁷⁸ Les articles 28(a)(ii) StCPI et 28(b)(iii) StCPI précisent que le supérieur hiérarchique ou le chef militaire voit sa responsabilité pénale engagée lorsqu'il « 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 ». Cette distinction temporelle opère donc entre les manquements intervenant avant la commission du crime (empêcher) ou après la commission du crime (punir et référer) par le subordonné.

¹⁴⁷⁹ S'intéressant à l'élément moral attaché à cette forme de responsabilité, les articles 28(a)(i) StCPI et 28(b)(i) StCPI marquent une distinction entre le chef militaire et le supérieur civil : le chef militaire voit sa responsabilité pénale engagée s'il « savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes » et le supérieur hiérarchique s'il « savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ». Ainsi, la prescription différencie la connaissance (« savait ») de la négligence (« aurait dû savoir », « a délibérément négligé ») du supérieur. La Chambre Préliminaire II rappelle d'ailleurs que « l'article 28-a du Statut envisage deux normes distinctes pour ce qui est de l'élément de faute. La première, dénotée par le mot « savait », exige l'existence d'une connaissance effective. La seconde, couverte par l'expression « aurait dû savoir », renvoie en fait à une forme de négligence » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §429).

hiérarchique : non seulement elle renvoie à l'épineuse question de la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique¹⁴⁸⁰ mais elle révèle également la proximité voire la similitude du mécanisme avec la participation accessoire.

Par un jeu de combinaison de ces différentes composantes, la responsabilité du supérieur hiérarchique revêt en effet diverses formes. En particulier¹⁴⁸¹, dans la configuration où le supérieur a connaissance des faits et manque à son obligation d'empêcher (donc avant la commission du crime), l'omission générale et l'omission spécifique coïncident¹⁴⁸² : le manquement du supérieur à empêcher l'infraction alors qu'il en avait connaissance implique qu'il a manqué à exercer correctement son contrôle, ce qui a entraîné la commission d'un crime par un subordonné¹⁴⁸³. Sans pour autant être la condition *sine qua non* de la commission de ce crime, le manquement du supérieur à exercer son contrôle sur ses forces, dans cette hypothèse, augmente assurément le risque que le crime soit commis par le subordonné¹⁴⁸⁴ ; pour cette raison, le mécanisme de l'article 28 StCPI s'apparente ici à une forme d'assistance tel que le prévoit l'article 25§3(c) StCPI¹⁴⁸⁵. Bien que l'élément moral spécifique attaché à l'assistance marque une distinction notable entre les deux mécanismes¹⁴⁸⁶, cette similitude permet cependant de conforter l'étendue des faits susceptibles d'être attribués au supérieur : tout comme le participant accessoire qui assiste se voit reprocher le crime du participant principal¹⁴⁸⁷, il semble « doctrinalement cohérent de reprocher au supérieur à la fois le comportement et les conséquences dommageables du crime commis par le subordonné »¹⁴⁸⁸.

Les autres combinaisons de ces composantes révèlent des formes de la responsabilité du supérieur plus complexes dans la mesure où elles ne s'articulent pas autour d'une logique causale faisant coïncider l'omission générale et l'omission spécifique. Ainsi, lorsque le supérieur a connaissance des faits et manque à son obligation d'en référer

¹⁴⁸⁰ Voir *supra* §163 et s..

¹⁴⁸¹ Pour une analyse exhaustive des formes que peut prendre la responsabilité du supérieur hiérarchique, voir particulièrement : C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, p. 196 et s. ; V. Nerlich, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute – For what exactly is the superior held responsible ? », *JICJ*, 2007, p. 665 et s..

¹⁴⁸² E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, *op. cit.*, p. 199 ; V. Nerlich, *op. cit.*, p. 678.

¹⁴⁸³ Il semble opportun de rappeler ici que l'article 28 StCPI dispose que les crimes commis par les subordonnés doivent résulter du manquement du supérieur à son devoir de contrôle. Voir *supra* §178.

¹⁴⁸⁴ V. Nerlich, *op. cit.*, p. 673.

¹⁴⁸⁵ Voir *supra* §120 pour de plus amples développements concernant la complicité par assistance.

¹⁴⁸⁶ Pour rappel, l'article 25§3(c) StCPI prévoit que l'assistance doit être apportée « en vue de faciliter la commission du crime ». Voir *supra* §125 et s..

¹⁴⁸⁷ Pour rappel, la responsabilité du participant accessoire dérive de celle du participant principal (voir *supra* §118).

¹⁴⁸⁸ V. Nerlich, *op. cit.*, p. 673.

ou de punir (omission après la commission du crime), il est difficilement concevable d'envisager que le manquement à référer le crime aux autorités ou de le punir puisse être à l'origine de la commission du crime, comme ce doit être le cas du manquement à son obligation de contrôle, plaçant donc ce dernier inévitablement avant la commission du crime par le subordonné. Cette forme de responsabilité du supérieur ne serait dès lors concevable seulement lorsque le supérieur, conscient des crimes des subordonnés, a pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir le crime mais que ce crime a quand même été commis : « une fois qu'il a été établi que le supérieur n'a pas exercé son contrôle correctement, ce qui a entraîné la commission de crimes par son subordonné, la deuxième omission du supérieur de référer ou punir le crime "provoque" sa responsabilité pénale aux termes de l'article 28 StCPI »¹⁴⁸⁹. De la même manière, dans l'hypothèse où le supérieur n'a pas cette connaissance des faits (il « aurait dû savoir » ou « a délibérément négligé ») et omet d'empêcher, punir ou référer le crime de son subordonné (omission avant et après la commission de l'infraction), l'omission générale et l'omission spécifique ne peuvent coïncider : il apparaît en effet conceptuellement étrange de concevoir la responsabilité du supérieur pour des crimes commis intentionnellement sur le fondement d'un manquement négligent à son devoir de contrôle¹⁴⁹⁰. Kai Ambos relève d'ailleurs sur ce point « une contradiction stupéfiante entre le comportement négligent du supérieur et les crimes sous-jacents commis intentionnellement par les subordonnés »¹⁴⁹¹. Ainsi, la difficulté à établir un lien entre le manquement du supérieur et la commission du crime par le subordonné invite, dans ces deux hypothèses (omission intentionnelle après la commission du crime, et omission par négligence avant et après la commission du crime) à considérer davantage la responsabilité du supérieur hiérarchique comme une infraction autonome.

Qu'elle s'apparente à une forme de participation accessoire ou une infraction autonome, la responsabilité du supérieur hiérarchique soulève ici deux questions : comment articuler l'ensemble des combinaisons des composantes de l'article 28 StCPI et quels éléments sont véritablement imputables au supérieur ? Une incursion dans les droits nationaux semble pouvoir éclairer ces questions, notamment car les choix opérés pour adapter les législations internes aux prescriptions de l'article 28 StCPI sont révélateurs de

¹⁴⁸⁹ O. Triffterer, « "Command responsibility" : a *crimen sui generis* or participation as "otherwise provided" in Article 28 Rome Statute », in J. Arnold (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht : Festschrift für Albin Eser zum 70 Geburtstag*, Beck, 2005, p. 911.

¹⁴⁹⁰ Pour de plus amples développements sur l'omission par négligence du supérieur, voir particulièrement V. Nerlich, *op. cit.*, p. 674-677 et 681-682.

¹⁴⁹¹ K. Ambos, « Superior responsibility », *op. cit.*, p. 852.

la diversité des combinaisons au cœur de l'article 28 StCPI. Ainsi, par exemple, le législateur allemand a « fragmenté » la norme en trois dispositions¹⁴⁹² : d'une part, le *Völkerstrafgesetzbuch*¹⁴⁹³ distingue l'hypothèse dans laquelle le chef militaire ou le supérieur civil qui, disposant d'un pouvoir effectif de contrôle, omet d'empêcher l'acte du subordonné et « sera puni comme un auteur du fait commis par le subordonné »¹⁴⁹⁴, et d'autre part, il érige en infraction autonome la simple violation intentionnelle ou par négligence du devoir de surveillance de la part du supérieur¹⁴⁹⁵ ainsi que l'omission de dénoncer un crime commis par un subordonné¹⁴⁹⁶ tout en prévoyant des peines différentes et moins sévères que celle encourues par le subordonné. Le législateur français, quant à lui, a fait le choix de considérer la responsabilité du supérieur hiérarchique uniquement sous l'angle de la complicité quelle que soit la combinaison des composantes de l'article 28 StCPI¹⁴⁹⁷, ajoutant de la sorte l'hypothèse de la complicité par omission aux formes

¹⁴⁹² S. Manacorda, G. Werle, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome – Le paradigme du “Völkerstrafgesetzbuch” allemand », *RSC*, 2003, p. 513.

¹⁴⁹³ *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB) portant adaptation du droit pénal de fond au Statut de la Cour pénale internationale du 26 juin 2002 (BGBl. I S. 2254), dans sa version modifiée par la loi du 22 décembre 2016 (BGBl. I S. 3150).

¹⁴⁹⁴ Le §4(1) VStGB précise que « Ein militärischer Befehlshaber oder ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, seinen Untergebenen daran zu hindern, eine Tat nach diesem Gesetz zu begehen, wird wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat bestraft » (nous soulignons). Pour cette raison, Elies van Sliedregt conclut qu'il peut être qualifié de complice (E. van Sliedregt, « Article 28 of the ICC Statute... », *op. cit.*, p. 428).

¹⁴⁹⁵ Le §14 VStGB prévoit en effet que (1) « Ein militärischer Befehlshaber, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Befehlsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Befehlshaber erkennbar war und die er hätte verhindern können » et (2) « Ein ziviler Vorgesetzter, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Anordnungsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Vorgesetzten ohne weiteres erkennbar war und die er hätte verhindern können ».

¹⁴⁹⁶ Le §15 VStGB dispose que « Ein militärischer Befehlshaber oder ein ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, eine Tat nach diesem Gesetz, die ein Untergebener begangen hat, unverzüglich der für die Untersuchung oder Verfolgung solcher Taten zuständigen Stelle zur Kenntnis zu bringen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft ».

¹⁴⁹⁷ L'article 213-4-1 du Code pénal précise qu'« est considéré comme *complice* d'un crime [...] commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le chef militaire ou la personne qui en faisait fonction, qui savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime et qui 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 ». Le texte poursuit qu'« est également considéré comme *complice* d'un crime [...] commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs le supérieur hiérarchique, n'exerçant pas la fonction de chef militaire, qui savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ce crime ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement et qui 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, alors que ce crime était lié à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs » (disposition issue de la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, telle que modifiée par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses

classiques de la complicité déjà reconnues en droit français¹⁴⁹⁸. Bien que fidèles à l'esprit des prescriptions de l'article 28 StCPI, ces deux approches de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne permettent pas de dépasser les obstacles relevés précédemment. En offrant une « solution élégante à l'incohérence d'une responsabilité par négligence pour des crimes commis intentionnellement »¹⁴⁹⁹, l'incrimination autonome ne concorde pas avec l'idée que le supérieur est responsable des crimes commis par le subordonné telle qu'elle est inscrite à l'article 28 StCPI¹⁵⁰⁰. De la même manière, considérer l'ensemble de la responsabilité du supérieur hiérarchique uniquement comme une forme de participation accessoire ne résout pas l'invraisemblance d'une responsabilité par négligence pour un crime commis intentionnellement.

La solution serait alors, comme le suggère Volker Nerlich, de distinguer deux situations. D'une part, lorsque le supérieur a connaissance des faits et manque à son devoir d'empêcher, son comportement peut s'envisager comme une participation accessoire par assistance et il sera tenu responsable du comportement criminel du subordonné ainsi que des conséquences dommageables de cet acte. D'autre part, pour toutes les autres variantes, la responsabilité du supérieur doit être envisagée comme « une responsabilité parallèle avec un élément moral réduit »¹⁵⁰¹, ou dit autrement comme une responsabilité à l'occasion du crime commis par le subordonné. Le supérieur et le subordonné sont alors considérés comme des auteurs directs : le subordonné sera tenu responsable pour la commission intentionnelle du crime et puni pour son comportement criminel et les conséquences dommageables qui en résultent, alors que le supérieur sera puni pour ces seules conséquences dommageables ainsi que pour son propre manquement. Dès lors, par cette lecture, les diverses combinaisons des composantes de la responsabilité du supérieur hiérarchique trouveraient une relative cohérence d'ensemble tout en confortant sa nature de mécanisme d'imputation *sui generis* : bien que la réalité des formes de la responsabilité

dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France). Sur ces éléments, voir F. Bellivier, M. Eudes, I. Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, PUF, 2018, p. 278 et s..

¹⁴⁹⁸ E. Vergès, « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale : une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *RSC*, 2010, p. 902. L'auteur souligne avec justesse qu'il s'agit bien d'une nouvelle forme de complicité qui ne se substitue pas à celles existantes car le texte contient la formule « sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 121-7 du Code pénal ». Il convient d'ajouter que cette forme de complicité par omission ne s'applique qu'aux seuls crimes contre l'humanité et crimes de guerre.

¹⁴⁹⁹ E. van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 199. Voir *supra* §164.

¹⁵⁰¹ V. Nerlich, *op. cit.*, p. 682.

du supérieur hiérarchique doit encore être appréciée et éprouvée par le juge, cette approche permet toutefois de comprendre les rouages de ce mécanisme si singulier.

180. L'analyse de la compréhension et de l'attribution de l'omission du supérieur hiérarchique révèle toute la complexité de cette forme de responsabilité décrite à l'article 28 StCPI. En effet, l'imprécision des contours du champ répressif de l'omission et les difficultés à saisir le lien entre l'omission du supérieur et l'infraction commise par le subordonné empêchent non seulement de discerner clairement le mécanisme *per se* mais génèrent également une zone d'interaction troublante avec les formes de participation décrites à l'article 25 StCPI. Pourtant, cette proximité avec la participation principale et la participation accessoire pourrait s'affirmer comme une véritable dynamique dans l'appréhension de la responsabilité du supérieur hiérarchique : si, selon les situations, le supérieur s'apparente tantôt à participant principal ou tantôt à un participant accessoire, sa responsabilité ne repose en aucun cas sur une attribution indirecte ou une attribution dérivée mais sur une attribution collatérale, car elle résulte des actes du subordonné sans pour autant être une extension de la responsabilité de ce dernier¹⁵⁰². Malgré des différences perceptibles, la possibilité d'une confusion et le souci de clarté ont toutefois conduit les juges à assurer une articulation technique de toutes les formes de participation à l'infraction.

Section 2. L'articulation avec l'article 25 StCPI

181. Les premiers termes de l'article 28 StCPI précisent littéralement que la disposition s'applique « outre les autres motifs de responsabilité pénale » prévus par le Statut. En faisant ainsi référence aux formes de participation décrites à l'article 25 StCPI, la prescription définit la responsabilité du supérieur hiérarchique comme un mécanisme d'imputation additionnel – la version anglaise de l'article 28 StCPI emploie d'ailleurs l'expression « *in addition* ». Alors qu'une véritable zone d'interaction a pu être identifiée avec ces « autres motifs de responsabilité pénale »¹⁵⁰³, le texte statutaire n'apporte cependant aucune précision quant à l'articulation des mécanismes dans leur ensemble.

¹⁵⁰² Dit autrement, l'infraction commise par le subordonné agit comme un révélateur de la faute initiale du supérieur et constitue à ce titre l'élément déclencheur de sa responsabilité (M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, *op. cit.*, p. 516).

¹⁵⁰³ Voir *supra* §176.

Confrontés à cet obstacle dès l'affaire *Lubanga*, les juges ont à cette occasion inscrit la responsabilité du supérieur hiérarchique dans un rapport de subsidiarité vis-à-vis des formes d'imputation de l'article 25 StCPI (I), soulevant dans le sillage de cette affirmation quelques interrogations quant à ses effets (II).

I. La subsidiarité affirmée comme principe

182. Une affirmation prétorienne. Relevant, à l'occasion de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga*, que l'Accusation n'évoque la responsabilité pénale de l'accusé qu'en sa qualité de coauteur au sens de l'article 25§3(a) StCPI dans le document de notification des charges, les juges rappellent que dans la décision délivrant un mandat d'arrêt, une distinction était pourtant établie « entre i) la commission *stricto sensu* d'un crime individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, au sens de l'article 25-3-a du Statut, et ii) la responsabilité des supérieurs hiérarchiques au sens de l'article 28 du Statut ainsi que toutes les autres formes de responsabilité du complice (par opposition à celle de l'auteur principal) prévues aux alinéas b) à d) de l'article 25-3 du Statut »¹⁵⁰⁴. Pragmatiques, les juges affirment à la suite que « si la Chambre détermine qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que [l'accusé] est pénalement responsable en qualité de coauteur [...], elle n'aura plus, aux fins de la confirmation des charges, à déterminer si elle peut aussi analyser [...] la responsabilité [...] en tant que supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut »¹⁵⁰⁵. En accordant ainsi cette place liminaire à la commission conjointe dans leur analyse, les juges semblent implicitement admettre un rapport de subsidiarité entre la participation principale et la responsabilité du supérieur hiérarchique.

L'affirmation s'avère plus explicite lors de l'affaire *Bemba*. En effet, « sans préjuger de la possible application du mode de participation invoqué par le Procureur (l'article 25-3-a du Statut) »¹⁵⁰⁶, la Chambre Préliminaire II relève « que la qualification juridique des faits de l'espèce pourrait correspondre à une forme de responsabilité différente, à savoir celle envisagée à l'article 28 du Statut »¹⁵⁰⁷. Modifiant

¹⁵⁰⁴ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision sur la confirmation des charges, §321.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, §321.

¹⁵⁰⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre-Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Chambre préliminaire III, Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-c-ii du Statut de Rome, 3 mars 2009, §46.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

en conséquence le Document de notification des charges, le Procureur met alors en cause la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba en tant que coauteur des crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut ou, « à titre subsidiaire »¹⁵⁰⁸, en ses qualités de chef militaire ou personne faisant effectivement fonction de chef militaire ou supérieur hiérarchique au sens des paragraphes a) ou b) de l'article 28 du Statut. À l'occasion de la Décision relative à la confirmation des charges, la Chambre Préliminaire II reprend l'expression à son compte et souligne à cet égard qu'« elle n'étudierait la question de la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba au sens de l'article 28 du Statut que si elle concluait à l'absence de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que le suspect est pénalement responsable des crimes exposés dans le Document modifié de notification des charges, en tant que “coauteur” au sens de l'article 25-3-a du Statut »¹⁵⁰⁹. C'est d'ailleurs cette voie qu'emprunte la Cour puisqu'elle conclut que la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba ne peut être établie au regard de l'article 25§3(a) StCPI – l'élément moral faisant défaut¹⁵¹⁰ – et étudie donc l'hypothèse subsidiaire de sa responsabilité pénale en tant que supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 StCPI.

Au-delà d'un simple outil structurant le raisonnement juridique, ce principe de subsidiarité implique que les mécanismes de l'article 28 StCPI suppléent les mécanismes de l'article 25§3(a) StCPI et interviennent à titre secondaire¹⁵¹¹. Il emporte dès lors deux effets qu'il faut ici questionner : d'une part, celui du cumul des formes de participation de l'article 25§3(a) StCPI avec celles de l'article 28 StCPI, et d'autre part, celui de la priorité des mécanismes de l'article 25§3(a) StCPI.

183. La question du cumul des mécanismes des articles 25§3 et 28 StCPI. La question du cumul des mécanismes se pose principalement au stade de la confirmation des charges devant les Chambres Préliminaires et, le cas échéant, lors de l'analyse des modes de responsabilité par les Chambres de Première instance – la décision de condamnation de l'accusé ne pouvant se fonder valablement que sur un seul mode de participation. À

¹⁵⁰⁸ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-395-Anx3, Public Redacted Version of the Amended Document containing the charges filed on 30 March 2009, 30 mars 2009, §57.

¹⁵⁰⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §402.

¹⁵¹⁰ Voir *supra* §167.

¹⁵¹¹ La subsidiarité renvoie par définition à ce « qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolation) pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut » (G. Cornu, « Subsidiarité », *Vocabulaire juridique*, 12^e édition, PUF, 2016, p. 995).

l'occasion de l'affaire *Bemba*, la Chambre Préliminaire II n'y répond pas avec certitude : puisque la responsabilité pénale de l'accusé « ne peut être établie au regard de l'article 25-3-a du Statut sur la base de la norme d'administration de la preuve applicable à la phase préliminaire »¹⁵¹², les juges l'apprécient subsidiairement au regard de l'article 28 StCPI et confirment les charges portées à l'encontre de l'accusé sur cet unique fondement, « des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Jean-Pierre Bemba est pénalement responsable en tant que supérieur hiérarchique »¹⁵¹³ pouvant être apportées. La subsidiarité des mécanismes de l'article 28 StCPI par rapport à ceux de l'article 25 StCPI induit-elle l'impossibilité d'un cumul des deux mécanismes ? À l'appui de la décision précitée rendue dans l'affaire *Bemba*, deux arguments semblent aller en ce sens. D'une part, si les éléments de preuve avaient pu établir la responsabilité de l'accusé sur le fondement de l'article 25 StCPI, les juges n'auraient pas analysé la responsabilité de l'accusé en tant que supérieur hiérarchique, rendant ainsi impossible tout cumul. D'autre part, la version anglaise de cette décision utilise une expression moins équivoque que celle d'« hypothèse subsidiaire »¹⁵¹⁴ puisqu'elle vise le mode d'imputation de l'article 28 StCPI « *in the alternative* »¹⁵¹⁵ de celui de l'article 25§3(a) StCPI et semble ainsi suggérer un choix entre les mécanismes. Dès lors, il semble exclu qu'un même individu voit, à raison de la même conduite, les charges portées à son encontre confirmées à la fois sur le fondement de sa participation principale à l'infraction et sur le fondement de sa participation en sa qualité de supérieur.

Toutefois, alors qu'elle rappelle ce principe à l'occasion de l'affaire *Gbagbo*¹⁵¹⁶, la Chambre Préliminaire I affirme également que « lorsque les preuves établissent de manière satisfaisante les différentes qualifications juridiques proposées par le Procureur pour un même ensemble de faits, il convient que les charges soient confirmées avec les différentes qualifications possibles, pour que la Chambre de Première instance décide si l'une ou l'autre de ces qualifications est prouvée au regard de la norme d'administration de

¹⁵¹² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., 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, §402.

¹⁵¹³ *Ibid.*, §444.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, §403.

¹⁵¹⁵ Soit littéralement « comme une alternative à » (CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, §402).

¹⁵¹⁶ Les juges relèvent en effet que « le Procureur allègue que l'accusé est pénalement responsable des crimes au sens, *alternativement*, des alinéas a, b et d de l'article 25-3 et des alinéas a et b de l'article 28 du Statut » (nous soulignons). CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, §226.

la preuve applicable au procès »¹⁵¹⁷. Les juges confortent leur position en soutenant « que la confirmation de toutes les qualifications juridiques applicables à un même ensemble de faits est souhaitable, dans la mesure où elle peut réduire les éventuels retards au stade du procès et où elle informe la Défense à l'avance des différentes qualifications juridiques que les juges de première instance pourraient envisager »¹⁵¹⁸. Faut-il voir dans ces allégations la possibilité d'un cumul des mécanismes de l'article 25§3 et 28 StCPI au nom de la garantie procédurale des droits de la défense ? Si les juges considèrent qu'il n'existe pas d'obstacle juridique à la confirmation de plusieurs modes de responsabilité¹⁵¹⁹, ils admettent toutefois que « la forme de responsabilité envisagée à l'article 28 diffère de celle décrite à l'article 25-3-a du Statut en ce que le supérieur hiérarchique peut être tenu pour responsable du comportement prohibé de ses subordonnés pour avoir manqué à son devoir de prévenir ou réprimer leur comportement illégal ou d'en référer aux autorités compétentes »¹⁵²⁰ : il existe « une différence fondamentale entre les formes de commission visées à l'article 25 du Statut, qui établit une responsabilité pour les crimes que l'on a soi-même commis, et l'article 28 du Statut, qui établit une responsabilité pour un manquement à des devoirs se rapportant à des crimes commis par d'autres »¹⁵²¹. En l'espèce, la Chambre refuse finalement de confirmer les charges portées à l'encontre Laurent Gbagbo sur le fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique : d'une part, elle n'est pas convaincue, à ce stade de la procédure, que « le récit des faits tel qu'il ressort des éléments de preuve indique que la responsabilité pénale de Laurent Gbagbo ne serait engagée *qu'à raison de son omission* d'empêcher ou de réprimer les crimes commis par d'autres »¹⁵²², et d'autre part, « examiner la responsabilité de Laurent Gbagbo au sens de l'article 28 du Statut exigerait de la Chambre qu'elle s'écarte considérablement de ce qu'elle a compris du déroulement des événements en Côte d'Ivoire pendant la crise postélectorale et du rôle

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, §227.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, §228.

¹⁵¹⁹ Ils concluent d'ailleurs en l'espèce qu'il y existe des motifs substantiels de croire que Laurent Gbagbo est, à titre individuel, pénalement responsable au sens de l'alinéa a), b), ou d) de l'article 25-3 du Statut de la commission des crimes contre l'humanité.

¹⁵²⁰ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo, §262.

¹⁵²¹ *Ibid.*.

¹⁵²² Nous soulignons, *ibid.*, §263. Par cette formulation, les juges insistent sur l'alternative des mécanismes. En outre, ils ajoutent que si les éléments de preuve disponibles indiquent que Laurent Gbagbo n'a pas empêché les violences ni pris des mesures adéquates pour enquêter et punir les auteurs des crimes, ils considèrent que, dans son ensemble, le dossier des preuves démontre que cette omission était une composante inhérente au projet délibéré de conserver le pouvoir à tout prix, y compris en commettant des crimes (§264). L'omission serait donc partie intégrante du plan commun caractérisant une participation principale conjointe indirecte.

joué par Laurent Gbagbo dans ces événements »¹⁵²³. Ainsi, guidés par la cohérence de ne pas reprocher à un individu d'avoir commis une infraction et dans le même temps de ne pas l'avoir empêchée ou réprimée, les juges semblent rejeter l'hypothèse spécifique d'un cumul des mécanismes de l'article 25§3 StCPI avec ceux de l'article 28 StCPI.

Cependant, en s'inspirant des suites de l'affaire *Gbagbo*, la Chambre Préliminaire III se détache de ce raisonnement en confirmant simultanément les charges portées à l'encontre de Dominic Ongwen¹⁵²⁴ sur le fondement des articles 25§3 StCPI et 28 StCPI pour une même infraction¹⁵²⁵. À l'appui de leur décision, les juges rappellent qu'à la suite de la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Gbagbo*, la Chambre de Première instance I a informé la Défense de la possibilité que les faits sous-tendant les charges portées à l'encontre de Laurent Gbagbo soient requalifiés¹⁵²⁶ pour inclure la forme de

¹⁵²³ *Ibid.*, §265.

¹⁵²⁴ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, §149. Il est reproché à Dominic Ongwen d'avoir commis de nombreuses infractions – la Cour retient 70 chefs de crimes à son encontre – en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre, notamment des meurtres, des actes de tortures, des pillages, des réductions en esclavages, la conscription et l'utilisation d'enfants soldats, des viols ou encore des mariages forcés. Ces crimes ont été commis lors d'attaques de camps de déplacés en Ouganda dans le cadre d'une insurrection armée menée contre le gouvernement en place par l'Armée de Résistance du Seigneur dont l'accusé était un chef militaire. C'est précisément cette position qui conduit les juges à confirmer les charges portées à son encontre sur le fondement commun des articles 25§3(a), 25§3(b), 25§3(d)(i) et (ii) et 28(a) StCPI (voir particulièrement §34 et s. de la Décision relative à la confirmation des charges dans cette affaire).

¹⁵²⁵ Ce cumul est également constaté dans la Décision de confirmation des charges dans l'affaire *Ntaganda* (CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, 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 Bosco Ntaganda, 9 juin 2014, §99 et s.). L'affaire *Ntaganda* a été l'occasion pour la Chambre Préliminaire II d'affirmer clairement pour la première fois qu'« au stade actuel de la procédure, elle peut confirmer plusieurs charges possibles, telles que présentées par le Procureur, pour autant que chacune de ces charges soit étayée par des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que le suspect a commis un ou plusieurs des crimes qui lui sont reprochés » (§100). Rejetant ainsi l'argument de la Défense reprochant au Procureur d'avoir manqué à son devoir d'étayer clairement les charges portées contre le prévenu, les juges retiennent la position de l'Accusation selon laquelle « confirmer des charges sur la base de plusieurs modes de responsabilité possibles favorise l'efficacité judiciaire et réduit le risque d'effet perturbateur que pourrait avoir, durant le procès, la notification annonçant une éventuelle modification de la qualification juridique des faits » (§99). Rappelant que son rôle est de déterminer quelles affaires doivent être renvoyées en jugement, la Chambre précise qu'elle n'est pas appelée à ce stade de la procédure à conduire un procès proprement dit, ni à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de la personne mise en cause ; de plus, elle souligne qu'il lui appartient de déterminer si le Procureur a suffisamment étayé les charges au regard de la norme probatoire prescrite à l'article 61§7 StCPI et que « si [elle] devait conclure que le Procureur n'a pas apporté de preuves suffisantes pour étayer chacune des charges [...] il en résulterait [...] qu'elle devrait refuser de confirmer une ou plusieurs des charges » (§100). En l'espèce, la Chambre confirme les dix-huit chefs de crimes contre l'humanité et crimes de guerre sur la base de sept modes de responsabilité que le Procureur avait retenu à l'encontre du prévenu ; la Chambre de Première instance VI entre cependant en voie de condamnation uniquement sur le fondement de l'article 25§3(a) StCPI en affirmant que « si le comportement d'un individu peut satisfaire les éléments d'un ou de plusieurs modes de responsabilité, elle ne trouve ni approprié ni nécessaire, ayant conclu que la participation principale de Bosco Ntaganda avait été établie pour chacun des chefs d'accusation, de rechercher d'autres solutions dans les formes de responsabilité restantes » (§100).

¹⁵²⁶ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, 19 août 2015.

responsabilité visée à l'article 28 StCPI, et cela « avant même que lui soit présenté un quelconque élément de preuve »¹⁵²⁷ ; de plus, les juges relèvent que la Chambre d'appel a ensuite confirmé cette décision en précisant « qu'une chambre de première instance peut requalifier des faits et des circonstances pour inclure un mode de responsabilité envisagé mais non confirmé par la Chambre préliminaire et que cette requalification peut être annoncée avant même les déclarations liminaires au procès »¹⁵²⁸. Il semble dès lors, qu'en confirmant les charges sur les deux fondements dans l'affaire *Ongwen*, les juges ont voulu anticiper une suite inévitable au regard des éléments de preuve à leur disposition¹⁵²⁹, celle de la requalification. Si cette position permet assurément d'éviter une étape procédurale complexe tout en permettant à l'accusé d'organiser sa défense en fonction des diverses qualifications juridiques retenues, elle expose toutefois le raisonnement des juges à une véritable faille préjudiciable dans la mesure où cumuler les mécanismes de participation à l'infraction renvoie à des scénarios et une compréhension des faits sensiblement différents. Pourtant, et malgré la reconnaissance de différences fondamentales entre ces mécanismes, les juges admettent que « le récit proposé par le Procureur et admis dans la présente décision, selon lequel Dominic Ongwen a intentionnellement commis les crimes qui lui sont reprochés, a pour *corollaire naturel et nécessairement logique* que [l'accusé] n'a pas "empêché" ou "réprimé" les crimes qu'il a lui-même commis conjointement avec d'autres personnes et en utilisant des subordonnés sur lesquels il avait, à l'époque, un commandement et un contrôle effectifs »¹⁵³⁰.

Alors qu'un cumul des mécanismes d'imputation des articles 25§3 StCPI et 28 StCPI semblait contradictoire, les juges permettent sa pratique au nom des garanties procédurales au stade de la confirmation des charges et « lorsque les éléments de preuve suffisent à étayer chacune des formes de responsabilité possibles invoquées par le Procureur pour un même comportement »¹⁵³¹. Admis *in concreto*, ce cumul semble d'ailleurs s'inscrire dans une certaine cohérence avec l'enjeu de cette phase de la procédure

¹⁵²⁷ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, préc., Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, §148.

¹⁵²⁸ *Ibid.*. Voir CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", 18 décembre 2015.

¹⁵²⁹ Les juges avancent que « les éléments de preuve indiquent bien qu'en fait Dominic Ongwen n'a pris aucune mesure pour empêcher ou réprimer la commission des crimes [...] par des forces sous son commandement et son contrôle effectifs » (CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, préc., Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, §149).

¹⁵³⁰ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, préc., Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, §147.

¹⁵³¹ *Ibid.*, §35.

qui consiste uniquement à déterminer si les éléments de preuve présentés par le Procureur suffisent à renvoyer l'affaire en jugement : ne se prononçant pas sur la culpabilité de l'accusé, le juge peut alors valablement être saisi de faits satisfaisant différents modes de participation. Il n'en demeure pas moins que ce cumul pourrait à terme altérer la subsidiarité affirmée, dans la mesure où il emporte pour conséquence une analyse concomitante et séparée¹⁵³² de mécanismes renvoyant à des visions différentes de la réalisation des faits, là où la subsidiarité implique l'alternative et donc un choix. Dès lors, le rapport de subsidiarité entre les mécanismes de participation trouverait davantage son assise dans l'affirmation complémentaire de la priorité des mécanismes de l'article 25§3(a) StCPI sur ceux de l'article 28 StCPI.

184. La priorité des mécanismes de l'article 25§3(a) StCPI sur ceux de l'article 28 StCPI. Dès l'affaire *Lubanga*, les juges estiment que « si la Chambre détermine qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que [l'accusé] est pénalement responsable en qualité de coauteur [...], elle n'aura plus, aux fins de la confirmation des charges, à déterminer si elle peut aussi analyser [...] la responsabilité [...] en tant que supérieur hiérarchique au sens de l'article 28 du Statut »¹⁵³³. Par conséquent, la Chambre considère que l'appréciation de la responsabilité de l'accusé sur le fondement de l'article 28 StCPI doit être secondaire¹⁵³⁴ à l'appréciation de la responsabilité sur le fondement de l'article 25 StCPI : l'analyse liminaire de la participation principale semble dès lors conférer une priorité aux mécanismes de l'article 25§3(a) sur ceux de l'article 28 StCPI. Dans le même sens, la Chambre Préliminaire II rappelle à l'occasion de la décision de confirmation des charges portées à l'encontre de Jean-Pierre Bemba que la responsabilité de l'accusé est mise en cause « *principalement* sur la base de l'article 25§3(a) StCPI ou, à titre subsidiaire, en sa qualité de chef militaire ou de supérieur hiérarchique »¹⁵³⁵. Plus récemment, tout en considérant que le comportement d'un individu peut satisfaire les caractéristiques d'un ou plusieurs modes de responsabilité, la Chambre de Première instance VI a estimé lors du Jugement *Ntaganda* qu'« il n'était ni approprié ni

¹⁵³² *Ibid.*, §45.

¹⁵³³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Décision relative à la confirmation des charges, §321.

¹⁵³⁴ Cette position de la Cour sera d'ailleurs confirmée lors du Jugement dans la même affaire, les juges décidant de se limiter à l'analyse de la seule participation conjointe de l'accusé (CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §978).

¹⁵³⁵ Nous soulignons. CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, préc., Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, §402.

nécessaire, sachant la responsabilité de Mr Ntaganda établie en tant que participant principal pour chacune des charges, de se prononcer davantage sur les modes des responsabilités alternatifs restants »¹⁵³⁶ – notamment la responsabilité de l'accusé en tant que supérieur hiérarchique. Dès lors, en refusant d'analyser les autres hypothèses de participation, les juges semblent établir définitivement la priorité des mécanismes de l'article 25§3(a) StCPI sur ceux de l'article 28 StCPI.

Légitimant le rapport de subsidiarité entre les mécanismes de manière technique, cette priorité accordée à la participation principale n'en revêt pas moins une forte dimension symbolique. Comme le souligne Otto Triffterer, cette priorité témoignerait de la volonté des juges de faire prévaloir la participation active¹⁵³⁷ du participant principal au détriment de celle passive du supérieur hiérarchique, et ainsi privilégier les formes de responsabilité par action intentionnelle sur celles par omission coupable ou négligence¹⁵³⁸. Si ce choix révèle de nouveau l'ambition prétorienne de stigmatiser les plus hauts responsables, il ne semble toutefois pas signifier que le supérieur hiérarchique connaît un degré de culpabilité moindre que le participant principal¹⁵³⁹. En effet, la logique précédemment retenue dans le raisonnement permettant la distinction entre participant principal et participant accessoire¹⁵⁴⁰ peut valablement s'appliquer au rapport de subsidiarité entre participant principal et supérieur hiérarchique : la priorité accordée à la participation principale n'implique pas, pour autant, l'existence d'une hiérarchie de valeur dans la culpabilité ou dans la peine. Comme affirmé lors du Jugement de Germain Katanga, « chaque mode de responsabilité présente [...] des caractéristiques et a des conséquences juridiques différentes qui traduisent diverses formes d'implication dans des activités criminelles [;] cela ne veut toutefois pas nécessairement dire que les accusés se verront reconnaître une culpabilité moindre ou se verront infliger une peine moins importante »¹⁵⁴¹. Preuve s'il en est, Jean-Pierre Bemba, avant d'être acquitté par la Chambre d'appel, avait été condamné en tant que supérieur hiérarchique à une peine de dix-huit ans

¹⁵³⁶ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, Jugement, 8 juillet 2019, §1200. Traduction libre de « it does not find it appropriate or necessary, having found Mr Ntaganda's principal liability to have been established for each of the counts charges, to reach any further finding on the remaining liability alternatives ».

¹⁵³⁷ O. Triffterer, « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility... », préc., p. 188.

¹⁵³⁸ Selon cette logique, les formes de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'inscriraient également dans un rapport de subsidiarité vis-à-vis des formes de la participation accessoire.

¹⁵³⁹ Pour une opinion divergente, voir M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, op. cit., p. 516.

¹⁵⁴⁰ Voir *supra* §153 et s..

¹⁵⁴¹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, préc., Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, §1387.

d'emprisonnement, soit une peine plus lourde que celle prononcée à l'encontre de Thomas Lubanga condamné comme participant principal conjoint à quatorze ans d'emprisonnement.

185. Érigée en principe, la subsidiarité des mécanismes de l'article 28 StCPI par rapport à ceux de l'article 25§3(a) StCPI assure une articulation plus aisée de toutes ces formes de participation à l'infraction. Bien que la possibilité d'un cumul des mécanismes au stade de la confirmation des charges trouble la lisibilité du raisonnement prétorien, la priorité manifeste de la participation principale légitime techniquement et symboliquement le principe dans son essence. Toutefois, dépassant ce souci de clarté, l'affirmation de cette subsidiarité des mécanismes invite à s'interroger davantage sur le sens et la portée de son application.

II. La subsidiarité dénoncée dans ses effets

186. Absente des prescriptions statutaires, la subsidiarité des mécanismes de l'article 28 StCPI par rapport à ceux de l'article 25 StCPI a très rapidement fait l'objet d'une reconnaissance prétorienne de principe. Sans remettre en cause son utilité théorique, sa mise en œuvre *in concreto* révèle cependant des incohérences dans ses effets, laissant à penser que cette subsidiarité pourrait finalement vider de son sens la présence au sein du Statut de cette forme *sui generis* de participation à l'infraction qu'est la responsabilité du supérieur hiérarchique.

187. Les effets collatéraux de la subsidiarité. La zone d'interaction précédemment constatée entre les formes de participation prévues à l'article 25 StCPI et les formes de la responsabilité du supérieur hiérarchique a conduit le juge à ériger en principe la subsidiarité de ces dernières vis-à-vis des premières, permettant ainsi une articulation claire entre les mécanismes. Alors que la subsidiarité assure une lisibilité d'ensemble, elle affirme également la priorité de la participation principale sur la responsabilité du supérieur hiérarchique en reléguant cette dernière à un rôle secondaire dans le raisonnement prétorien. Cette fonction auxiliaire de la responsabilité du supérieur hiérarchique limite par conséquent de manière importante les hypothèses d'application de ce mode de participation : jamais visé directement et en premier lieu, le mécanisme est finalement rarement mis en œuvre par les juges.

L'affaire *Bemba* s'avère être en effet l'unique procédure au cours de laquelle les juges apprécient en l'espèce les éléments de la responsabilité de l'accusé en tant que supérieur hiérarchique¹⁵⁴². Au-delà de l'analyse détaillée des composantes de cette forme de participation¹⁵⁴³, cette affaire permet également de prendre la mesure de l'articulation *in concreto* de cette subsidiarité, autrement dit du passage d'un mécanisme de participation à l'autre. En effet, les juges retiennent en l'espèce que, faute de preuve suffisante de son intention criminelle, la responsabilité pénale de l'accusé ne peut être établie sur le fondement de la commission conjointe de l'article 25 StCPI mais confirment les charges portées à son encontre sur le terrain de l'article 28 StCPI en tant que supérieur hiérarchique. Si à la lumière du standard de la preuve la mise en œuvre de la subsidiarité des mécanismes est indiscutable, elle produit toutefois un résultat surprenant dans l'analyse de l'élément moral attaché aux infractions reprochées : comment les juges peuvent-ils dans un premier temps affirmer que l'accusé « n'avait pas l'intention requise pour les crimes exposés »¹⁵⁴⁴ – à savoir qu'il n'était pas « conscient que les crimes commis par les soldats du MLC adviendraient dans le cours normal des événements »¹⁵⁴⁵ – et conclure dans un second temps, pour les mêmes faits, qu'il « savait que les troupes du MLC commettaient ou allaient commettre des crimes »¹⁵⁴⁶ ? Autrement dit, comment un même individu peut avoir agi sans connaissance comme auteur conjoint et avec connaissance comme supérieur hiérarchique pour un même crime¹⁵⁴⁷ ? Afin de justifier leur décision, les juges avancent, sans véritablement convaincre, que l'élément cognitif prescrit par l'article 30 StCPI s'applique uniquement à l'article 25 StCPI et qu'il est, par conséquent différent de celui prévu par l'article 28 StCPI, notamment car « l'article 30 du Statut exige que la personne ait conscience des conséquences de ses actes, qu'elle soit l'auteur principal ou le complice, ce qui ne saurait être le cas dans le cadre de l'article 28, où la personne ne participe pas à

¹⁵⁴² En effet, la Chambre Préliminaire II n'a pas confirmé les charges sur le fondement de l'article 28 StCPI à l'occasion de l'affaire *Gbagbo* ; le Procureur en fait la demande par la suite mais la Chambre de Première instance I prononce finalement l'acquittement de l'accusé en dénonçant la faiblesse des éléments de preuve sur ce point. Dans l'affaire *Ongwen*, la Chambre Préliminaire II fournit peu d'élément d'analyse technique de la confirmation des charges sur le fondement de l'article 28 SCPI – laissant ainsi aux juges de première instance une grande marge d'appréciation dans le choix du mécanisme d'imputation – et seul un mandat d'arrêt mentionnant l'article 28 StCPI a été émis dans l'affaire *Al Tuhamy*.

¹⁵⁴³ Voir §169 et s..

¹⁵⁴⁴ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 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, §372.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, §401.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, §478, §489.

¹⁵⁴⁷ K. Ambos, « Critical issues in the Bemba confirmation decision », *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 720.

la commission du crime »¹⁵⁴⁸. Le raisonnement surprend, et l'affirmation selon laquelle le supérieur hiérarchique ne participe pas à la commission de l'infraction est manifestement sujet à controverse compte tenu des discussions entourant la nature des prescriptions de l'article 28 StCPI¹⁵⁴⁹. Si cette incohérence trouve en partie son origine dans la motivation très contestable de l'analyse prétorienne¹⁵⁵⁰, elle peut également être interprétée comme un effet collatéral de la subsidiarité : face à l'impossibilité de prouver une forme de participation principale, les juges n'ont d'autre choix que de caractériser, voire forcer, la responsabilité de l'accusé en tant que supérieur hiérarchique, quitte à se fonder sur un raisonnement confinant à l'illogisme.

Garante d'une articulation d'ensemble, la subsidiarité des mécanismes connaît toutefois un revers, celui de réduire significativement le champ d'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique et de contrarier potentiellement la logique du raisonnement prétorien. Ces effets inopportuns appellent à se questionner plus largement sur le sens et la présence de cette forme de participation à l'infraction au sein du Statut.

188. La responsabilité du supérieur hiérarchique a-t-elle encore un sens au sein du Statut ? Les effets de la subsidiarité précédemment relevés participent d'un questionnement plus général concernant la pertinence de la présence du mécanisme au sein du Statut. Héritage des tribunaux pénaux internationaux, la responsabilité du supérieur hiérarchique semble trouver difficilement sa place parmi les formes de participation à l'infraction : désignée comme subsidiaire, cette forme de participation visée en dehors des prescriptions de l'article 25 StCPI pâtit finalement d'un champ d'application restreint face à la priorité accordée à la participation principale et à la théorie du contrôle sur le crime.

Si ces constatations questionnent la nécessité du mécanisme dans l'arsenal statutaire, il paraît toutefois radical de conclure à son inopportunité. Mathieu Jacquelin avance pourtant en ce sens que « le fait que la CPI soit compétente pour connaître des crimes graves, et le fait qu'elle doive, au sein même de cette catégorie, privilégier les affaires les plus graves et les conduites les plus répréhensibles, paraît justifier l'exclusion pure et simple de mécanismes de répression destinés à saisir l'omission d'une personne négligente sous prétexte qu'elle aurait objectivement contribué à l'infraction principale ou

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, §479.

¹⁵⁴⁹ K. Ambos, « Critical issues in the Bemba confirmation decision », *op. cit.*, 2009, p. 720. Voir également *supra* §163 et s..

¹⁵⁵⁰ Voir *supra* §172.

encore l'omission volontaire d'une personne qui, intervenant après cette infraction, ne saurait en principe y avoir contribué, quand bien même la personne en cause serait investie de la qualité de supérieur »¹⁵⁵¹. Il faut certes reconnaître que les configurations ici visées de la responsabilité du supérieur hiérarchique sont controversées¹⁵⁵² mais les arguments avancés en faveur de leur suppression sont plus discutables. D'une part, il est communément admis que les comportements qui ne relèvent pas d'une participation directe à la réalisation du crime comme l'omission du supérieur, peuvent présenter un degré de gravité tout aussi important qu'un acte positif ; les prescriptions de l'article 28 StCPI permettent justement d'appréhender ces comportements spectateurs¹⁵⁵³ d'individus en position d'autorité et d'éviter qu'ils restent impunis sous l'égide de l'article 25 StCPI. D'autre part, ces crimes graves sont commis dans un contexte macrocriminel particulier inscrivant la responsabilité pénale des hauts dirigeants au cœur d'une structure organisée et hiérarchisée ; dans ce contexte, la preuve d'une participation directe et volontaire s'avère difficile à rapporter car le degré de responsabilité tend à augmenter à mesure que l'on s'éloigne de la commission matérielle du crime : le mécanisme de l'article 28 StCPI agit alors comme un « filet de sécurité »¹⁵⁵⁴ visant à assurer la possibilité de combler les vides que les formes de participation de l'article 25 StCPI laissent béants.

Pour ces raisons, la responsabilité du supérieur hiérarchique trouve une légitimité théorique au sein du Statut mais sa fonction originelle semble altérée dans son application pratique. En effet, le mécanisme se révèle un moyen fort commode d'engager la responsabilité pénale des personnes à l'égard desquelles la preuve d'une participation volontaire au crime principal n'aura pu être apportée¹⁵⁵⁵ et pourrait, par conséquent, être un instrument redoutable entre les mains du Procureur¹⁵⁵⁶. Toutefois, les juges semblent avoir pris la mesure de cet écueil car, à l'occasion de la décision d'acquiescement de Laurent Gbagbo, ils écartent toute analyse sur le fondement de l'article 28 StCPI aux motifs qu'il leur est « difficile d'échapper à l'impression que le Procureur a demandé à la Chambre de considérer une éventuelle requalification pour l'article 28 davantage comme une solution de repli pour sécuriser une condamnation à tout prix que comme un effort sérieux pour fournir l'expression légale correcte des faits qui se sont produits en Côte d'Ivoire » et que

¹⁵⁵¹ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, op. cit., p. 526.

¹⁵⁵² Voir *supra* §179.

¹⁵⁵³ G. Werle, F. Jessberger, *Principles of international criminal law*, op. cit., p. 222.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*.

¹⁵⁵⁵ M. Jacquelin, *L'incrimination de génocide...*, op. cit., p. 517.

¹⁵⁵⁶ C. Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, op. cit., p. 245.

« certains arguments avancés par le Procureur sont même trompeurs au point d’être mensongers »¹⁵⁵⁷. Son éventuelle instrumentalisation ainsi canalisée, la responsabilité du supérieur hiérarchique trouve son sens et sa place parmi les prescriptions statutaires : celui d’un mécanisme finalement complémentaire permettant de couvrir les moindres recoins du champ de la participation à l’infraction dans un contexte macrocriminel.

189. Conclusion Chapitre 2 : une coexistence assurée à la faveur d’un potentiel dévoyé. Si la compréhension et l’attribution de l’omission révèlent l’existence d’une véritable zone d’interaction entre les mécanismes de l’article 25§3 StCPI et ceux de l’article 28 StCPI, l’affirmation de la subsidiarité de la responsabilité du supérieur hiérarchique garantit cependant une lisibilité d’ensemble des formes de participation prévues par le Statut. Toutefois, en privilégiant ainsi une cohérence technique, les juges éludent toute clarification des frontières substantielles et limitent considérablement les hypothèses d’application du mécanisme. Si ce choix prétorien assure ainsi à la priorité de la participation principale une certaine légitimité, il semble néanmoins détourner la responsabilité du supérieur hiérarchique de son ambition originelle.

¹⁵⁵⁷ L’analyse que la majorité a faite des éléments de preuve figure dans les motifs présentés par le juge Henderson : CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, Motifs de la décision rendue oralement le 15 janvier 2019 relativement à la « Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu’un jugement d’acquiescement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée », et à la requête en insuffisance des moyens à charge présentée par la Défense de Charles Blé Goudé, 16 juillet 2019, Annexe B, §2032.

190. Conclusion du Titre 2 : La comparaison des formes de participation de l'article 25§3 StCPI avec la responsabilité du supérieur hiérarchique de l'article 28 StCPI révèle finalement la coexistence tangible de l'ensemble des mécanismes statutaires permettant l'imputation de l'infraction. Malgré les controverses entourant sa nature et les imprécisions de la définition de ses caractéristiques propres, la responsabilité du supérieur hiérarchique s'affirme comme un mécanisme autonome. Si l'identification d'une zone d'interaction apporte une certaine confusion, elle oblige toutefois à une lecture constructive indispensable à la compréhension des prescriptions de l'article 28 StCPI. Sécurisée par l'affirmation prétorienne de leur subsidiarité, l'articulation des mécanismes trouve sa rationalité en assurant la priorité de la participation principale sur la responsabilité du supérieur hiérarchique, ainsi reléguée à un rôle complémentaire. S'inscrivant dans une logique pragmatique, ce choix prétorien légitime la place du mécanisme au sein du Statut mais laisse néanmoins penser que le juge n'a pas pris la juste mesure du potentiel de cette responsabilité pourtant initialement pensée pour appréhender spécifiquement la criminalité de système.

191. Conclusion de la Partie 2 : L'articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale. L'enjeu de coordination attaché à la notion de priorité semble trouver sa pleine mesure à l'aune de la complémentarité et de la concurrence des mécanismes d'imputation : dans sa distinction d'avec la participation principale et dans sa comparaison avec la responsabilité du supérieur hiérarchique, la priorité de la participation principale s'articule de manière fonctionnelle dans un souci de cohésion. Malgré un manque de réalisation pratique, elle se dessine et s'inscrit en effet dans un ensemble cohérent à la faveur d'un équilibre entre une approche dualiste structurante et une lecture normative expansive. Au-delà de cette articulation, dans une ambition plus symbolique, cette priorité de la participation principale s'affirme finalement par sa valeur expressive à travers la stigmatisation des rôles dans la réalisation de l'infraction.

192. De la priorité de la participation principale. « Comme il n'existe pas de certitude scientifique absolue, "illusions heureusement perdues", chaque époque élit des paradigmes pour soutenir sa quête d'intelligibilité »¹⁵⁵⁸ ; aussi, « la théorie ne doit pas développer d'espoirs démesurés quant à son impact sur le réel mais elle peut, indirectement, participer à une clarification des actions posées »¹⁵⁵⁹.

À l'origine de la recherche était un constat, celui d'une mobilisation préférentielle, par les juges et le Procureur, des formes de la participation principale parmi l'ensemble des mécanismes d'imputation devant la Cour pénale internationale. L'analyse a démontré, au-delà d'une préférence, qu'une véritable priorité était accordée à l'imputation en tant que participant principal, à la fois à travers la coordination recherchée qu'à travers son objet même. En effet, le prisme de la priorité traduit non seulement l'attractivité substantielle de la participation principale sans méconnaître l'utilité des autres mécanismes, mais renforce dans le même temps son articulation fonctionnelle avec les autres formes de participation à l'infraction, soit la participation accessoire et la responsabilité du supérieur hiérarchique. Plus encore, la priorité de la participation principale se révèle porteuse de sens en proposant une lecture cohérente de l'ensemble des mécanismes d'imputation. Née d'un jeu d'influence et d'équilibre entre une approche dualiste structurante et une lecture normative expansive, la priorité trouve en effet son essence et sa rationalité dans la consécration prétorienne du contrôle sur la réalisation du crime comme critère d'identification et de coordination dans l'appréhension de la chaîne d'imputation. Au-delà de cette cohérence technique, la priorité de la participation principale projette également son sens dans une dimension symbolique en l'inscrivant dans une portée expressive marquée par une juste caractérisation des comportements et une attribution stigmatisante de l'infraction.

Dès lors, si la notion d'imputation s'est construite en droit international pénal en adaptant les hypothèses permettant d'attribuer l'infraction à un individu, elle semble

¹⁵⁵⁸ D. Bernard, « Une allégorie de la fonction de juger en droit international pénal », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, p. 139.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p.141.

trouver, par l’affirmation de la priorité de la participation principale, l’accomplissement de l’ambition théorique qui l’anime : atteindre les individus les plus responsables et restituer la mise en œuvre d’une responsabilité pénale individuelle pour un crime commis collectivement. Porteur de clarification, l’impact de cette priorité sur le réel doit cependant être relativisé dans la mesure où l’analyse a pu relever un certain manque d’opérationnalité essentiellement lié au flou des frontières substantielles de la participation principale et à l’existence de zones d’interaction entre les mécanismes. Bien que le défi persiste ainsi sur le plan probatoire, le prisme de la priorité pourrait néanmoins servir durablement la cohérence d’une théorie de l’imputation devant la Cour pénale internationale.

Au-delà de l’approche substantielle empruntée ici, la démonstration pourrait être poursuivie pour saisir les manifestations de la priorité de la participation principale sur le plan procédural. Si certaines ont pu être identifiées, l’analyse des pratiques aurait cependant été trop réductrice par le seul prisme de la priorité : d’une part en raison de la difficulté de les discerner clairement comme cause ou conséquence de la priorité de la participation principale et, d’autre part, parce que la priorité ne saurait à elle seule les expliquer. Ainsi, la question du cumul des mécanismes d’imputation dans les charges ou celle de la requalification du mode de participation à l’infraction mériteraient d’être explorées dans une recherche à part entière qui permettrait de rendre compte, de manière incidente, de la part liée à la priorité de la participation principale. Toutefois, certains enjeux procéduraux plus globaux résonnent comme une ultime invitation à questionner cette priorité dans ce qu’elle pourrait induire sur la sélection des affaires et la répartition des compétences.

193. La priorité comme enjeu de politique criminelle ? Au-delà d’un processus permettant l’attribution de l’infraction, l’imputation s’inscrit, en droit international pénal, dans une ambition résolument politique qui lie l’efficacité du système de justice pénale internationale à sa capacité de poursuivre les individus les plus hauts placés qui assument le plus grand degré de responsabilité¹⁵⁶⁰. Érigée comme l’un des « piliers de la stratégie de poursuite du Procureur »¹⁵⁶¹, cette ambition est clairement affirmée dans la politique adoptée par le Bureau du Procureur lorsqu’il affirme, dans ses orientations stratégiques de poursuite, « concentrer ses efforts sur les crimes les plus graves et sur les personnes qui en

¹⁵⁶⁰ Nous le relevons en introduction générale, voir §2.

¹⁵⁶¹ F. Lafontaine, C. Magnoux, « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », *op. cit.*, p. 244 et s. ; pour une analyse complémentaire, voir également W. Ferdinandusse, A. Whiting, « Prosecute little fish at the ICC », *JICJ*, 2021, p.760 et s..

porte la plus grande responsabilité »¹⁵⁶². Face aux difficultés rencontrées pour atteindre ces personnes et s'assurer du succès des poursuites¹⁵⁶³, cette stratégie s'est d'ailleurs affinée, voire adaptée, puisqu'elle consiste désormais à « remonter progressivement en haut de la pyramide en menant des enquêtes et des poursuites à l'encontre d'un nombre limité de criminels de rang intermédiaire et de rang élevé pour avoir une chance raisonnable de faire condamner les principaux responsables »¹⁵⁶⁴. Dans cette ambition politique, la priorité de la participation principale pourrait se révéler un outil de performance entre les mains du Procureur. En effet, les expressions de « plus hauts responsables » ou de « principaux responsables » ne sont pas définies par le Statut ; les procureurs qui se sont succédé ont développé leur propre conception et multiplié les stratégies, révélant ainsi une des facettes de leur pouvoir discrétionnaire dans la sélection des situations relevant de la compétence de la Cour. En 2016, le Bureau a notamment publié un *Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires* dans lequel est précisé que la sélection des affaires s'opère selon « la gravité des crimes, le degré de responsabilité des auteurs présumés et les chefs d'accusation susceptibles d'être portés contre eux »¹⁵⁶⁵. En écho à ces critères, la priorité de la participation principale pourrait valablement éclairer la notion de « plus hauts responsables » à la fois dans ce qu'elle renferme de symbolique mais surtout en ce qu'elle permet une lecture cohérente de la pyramide. La priorité pourrait dès lors s'affirmer comme un véritable enjeu de politique criminelle pour le Procureur.

¹⁵⁶² CPI, Bureau du Procureur, *Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites*, 2006, p. 5. Cette position a été réaffirmée par la suite dans les orientations pour 2009-2012 : « le Bureau du Procureur a élaboré 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 et à les poursuivre en s'appuyant sur les éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête. Ainsi, le Bureau poursuivra avant tout les plus hauts responsables des crimes allégués, notamment ceux qui les auraient ordonnés, financés ou qui en auraient organisé la commission » (CPI, Bureau du Procureur, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, p. 6).

¹⁵⁶³ L'idée d'une rationalisation des activités du Bureau du Procureur pourrait être avancée, notamment car cibler les individus les plus responsables requiert un calcul prudent afin d'assurer la confirmation des charges.

¹⁵⁶⁴ CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique Juin 2012-2015*, p. 6. Animée par un objectif de transparence et de crédibilité, cette évolution intervient avec la nomination de Fatou Bensouda comme Procureur de la Cour pénale internationale et marque un tournant dans la stratégie du Bureau qu'elle portera tout au long de son mandat (CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2016-2018*, p. 16 ; CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2019-2021*, p. 22 : « Une autre stratégie pourrait également l'amener à cibler, dans un premier temps, les auteurs de crimes notoires ou de rang intermédiaire dans le but de remonter la chaîne de responsabilités et d'atteindre les principaux responsables à un stade ultérieur »). Pour une analyse précise de cette évolution, voir F. Lafontaine, C. Magnoux, « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », *op. cit.*, p. 251 et s.

¹⁵⁶⁵ CPI, Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires*, 15 septembre 2016, p. 13.

194. La priorité comme critère de répartition des compétences ? Si la Cour pénale internationale a vocation à connaître des infractions internationales les plus graves, elle n'intervient qu'à titre complémentaire¹⁵⁶⁶, c'est-à-dire en cas de carence ou d'absence de volonté des États, ce qui revient à lui reconnaître « un rôle subsidiaire par rapport à celui dévolu au juge national »¹⁵⁶⁷. Ayant une « signification essentiellement procédurale »¹⁵⁶⁸, le principe de complémentarité permet de « répartir les compétences : la CPI ne juge que si les États ne peuvent pas ou ne veulent pas juger »¹⁵⁶⁹. Il se comprend alors comme un mécanisme d'exclusion très singulier en plaçant la clé de cette répartition des compétences dans « l'aptitude (entendez la capacité) et l'attitude (entendez la volonté) des États »¹⁵⁷⁰. Ainsi, la complémentarité ne fonctionne pas comme un principe séparant ou opposant compétence nationale et internationale, mais comme un principe impliquant des interactions entre le niveau national et international¹⁵⁷¹, voire comme un partenariat¹⁵⁷². En considération de cette conception de la complémentarité, la question pourrait alors se poser de savoir si la priorité de la participation principale pourrait s'entendre d'un critère de répartition des compétences entre le juge national et le juge international. Des travaux se sont déjà intéressés à cette question d'une répartition des compétences selon la gravité de l'infractions ou le degré de responsabilité¹⁵⁷³. L'angle de l'imputation et du mode de participation à l'infraction internationale a également été exploré en vue notamment d'instaurer « un système de primauté sélective dans lequel l'intervention de la juridiction internationale sera[it] privilégiée pour certains auteurs »¹⁵⁷⁴, à savoir les hauts dirigeants

¹⁵⁶⁶ Article 1^{er} StCPI : « Le Cour est complémentaire des juridictions pénales nationales ».

¹⁵⁶⁷ A. Gogorza, « CPI, TPI, tribunaux internationalisés, juridictions nationales : quel juge pour quelle infraction internationale ? », in V. Malabat (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Éditions Cujas, Collection Actes et études, 2012, p. 63.

¹⁵⁶⁸ S. Manacorda, G. Werle, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome – Le paradigme du “Volkerstrafgesetzbuch” allemand », *RSC*, 2003, p. 504.

¹⁵⁶⁹ G. Giudicelli-Delage, « Propos introductifs. Observations sur la complémentarité », in P. Plas, D. Roets, *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la CPI*, Institut Varenne, 2018, p. 12.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, p.13.

¹⁵⁷¹ Voir en ce sens, M. Delmas-Marty, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *RSC*, 2003, p. 1.

¹⁵⁷² Cette vision renvoie à la notion de complémentarité positive, qui apparaît pour la première fois dans le rapport du Bureau du Procureur, *Informal expert paper : The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 3. Pour une analyse des origines de la notion, voir particulièrement C. Stahn, « Taking complementarity seriously : on the sense and sensibility of “classical”, “positive” and “negative complementarity” », in C. Stahn, M. El Zeidy, *The international criminal Court and complementarity, From history to Practice*, Cambridge University Press, 2011, p. 233-282.

¹⁵⁷³ A. Gogorza, « CPI, TPI, tribunaux internationalisés, juridictions nationales : quel juge pour quelle infraction internationale ? », *op. cit.*, p. 61 et s. ; S. Fernandez, *Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2016, p. 255 et s.

¹⁵⁷⁴ I. Grebenuyk, *Pour une reconstruction de la justice pénale internationale. Réflexions autour d'une complémentarité élargie*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 37 et s..

étatiques ayant conçu et dirigé le dessein criminel¹⁵⁷⁵ : la démonstration conclut toutefois, avec justesse, à l'insuffisance du critère du contrôle sur le crime pour articuler cette répartition des compétences en ce qu'il permet d'atteindre les individus les plus éloignés de la réalisation matérielle de l'infraction mais sans se limiter aux plus hauts dirigeants¹⁵⁷⁶. La réflexion autour de cette répartition entre le national et l'international pourrait cependant être poursuivie en questionnant le prisme de la priorité : l'idée serait ici d'appréhender et apprécier l'aptitude de la priorité à redessiner les contours de la compétence *ratione personae* de la Cour, et à coordonner les mécanismes d'imputation en écartant toute répartition selon une approche hiérarchique mais en s'appuyant sur la valeur symbolique dont elle est porteuse. Dans cette dynamique de partenariat, l'articulation entre les ordres juridiques ne doit pas se limiter à une articulation des compétences juridictionnelles mais embrasser plus largement les ambitions d'une œuvre commune de justice¹⁵⁷⁷ ; en ce sens, complémentarité et priorité pourraient concourir à ce dialogue en l'inscrivant dans un pragmatisme et une rationalité nécessaires à la légitimité de la justice pénale internationale et aux intérêts de la justice.

Mars 2022

¹⁵⁷⁵ Iryna Grebenuyk justifie cette approche en avançant, pour saisir l'articulation entre les ordres juridiques interne et international, que la communauté humaine des individus fondés sur la solidarité de ses membres est divisée en communauté des États. Alors, « chaque individu est à la fois le sujet du droit interne et du droit cosmopolitique. Ce droit cosmopolitique, fondé sur les valeurs protégées par l'interdiction des crimes internationaux, prime sur l'ordre juridique interne lorsque ce dernier porte atteinte auxdites valeurs. Par conséquent, lorsqu'un haut dirigeant étatique met en place un dessein criminel international, il devient automatiquement justiciable devant la Cour pénale internationale. L'implication de l'appareil étatique dans le crime international soustrait le haut dirigeant de la compétence nationale de son État au profit de celle du forum international, forum du droit cosmopolitique » (*op. cit.*, p. 39).

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 118-123.

¹⁵⁷⁷ G. Giudicelli-Delage, « Poursuivre et juger selon “les intérêts de la justice”. Complémentarité ou/et primauté ? », *RSC*, 2007, p. 473 et s. Voir également, I. Fouchard, « Les dynamiques de la justice pénale internationale à l'aune de l'émergence d'un *Jus Commune* », in M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut, C. Peruso, *Sur les chemins d'un Jus Commune universalisable*, Mare & Martin, 2021, particulièrement p. 210 et s..

**Tableau récapitulatif des mécanismes d'imputation visés par le Procureur et les juges
aux différents stades de la procédure devant la Cour pénale internationale
(Mars 2022)**

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Ali Muhammad Ali Abd-Al- Rahman, "Ali Kushayb"	Darfour, Soudan	<u>Req. 26 février 2007</u> article 25(3)(a) article 25(3)(d) <u>Req. 3 novembre 2017</u> article 25-3-a (auteur direct, auteur indirect ou co-auteur indirect article 25-3-b (ordonner) article 25-3-d article 28-a	<u>PTC II 27 avril 2007</u> <u>1er mandat d'arrêt :</u> article 25(3)(a) article 25(3)(d) <u>PTC II, 16 janvier 2018</u> <u>2nd mandat d'arrêt :</u> article 25-3-a (auteur direct, auteur indirect ou co-auteur indirect article 25-3-b (ordonner) article 25-3-d article 28-a	<u>PTC II, 29 mars 2021</u> - article 25(3)(a) (auteur direct, coauteur) - article 25(3)(b) (ordonner et encourager) - article 25(3)(c) (aide, concours, assistance) - article 25(3)(d)	<u>PTC II, 9 juillet 2021</u> - article 25(3)(a) (direct perpetration and co- perpetration) - article 25(3)(b) (ordering and/or inducing).	Programmé le 5 avril 2022	
Bahar Idriss Abu Garda	Darfour, Soudan	<u>Req. 20 novembre 2008, puis 23 février 2009</u> article 25-3-a (coauteur ou coauteur indirect)	<u>PTC I, 7 mai 2009</u> <u>Citation à comparaître</u> article 25-3-a (coauteur ou coauteur indirect)	<u>PTC I, 10 septembre 2009</u> individually criminally responsible as a co-perpetrator or as an indirect co-perpetrator under Articles 25(3) (a) and/or 25(3)(f)	<u>PTC I, 8 février 2010</u> Charges non confirmées Affaire considérée comme close tant que le Procureur ne présente pas de nouveaux éléments.		

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Omar Hassan Ahmad Al Bashir	Darfour Soudan	Req. 14 juillet 2008 auteur indirect ou coauteur indirect, au sens de l'article 25-3-a du Statut.	PTC I, 4 mars 2009 1er mandat d'arrêt auteur indirect ou coauteur indirect, au sens de l'article 25-3-a du Statut. (appel du Procureur - Arrêt du 3 février 2010) PTC I, 12 juillet 2010 2nd mandat d'arrêt article 25-3-a du Statut, en tant qu'auteur indirect ou que coauteur indirect. Omar Al Bashir est actuellement en fuite ; l'affaire reste au stade préliminaire en attendant son arrestation.				
Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud	Mali	Req. 20 mars 2018 article 25-3-a (auteur direct, coauteur direct, coauteur indirect) article 25-3-b (ordonner, encourager)	PTC I, 27 mars 2018 Mandat d'arrêt article 25-3-a (auteur direct, coauteur direct, coauteur indirect) article 25-3-b (ordonner, encourager)	PTC I, 8 mai 2019 article 25-3-a (commission directe, coaction directe et indirecte) article 25-3-b (sollicitation et encouragement) article 25-3-c (aide, concours, assistance) article 25-3-d	PTC I, 20 septembre 2019 (corr. 8 novembre 2019) article 25-3-d et pour certains crimes sous- jacents : article 25-3-a (auteur direct) article 25-3-c (sollicitation et encouragement)	Procès ouvert le 14 juillet 2020	
Ahmad Al Faqi Al Mahdi	Mali	Req. 7 septembre 2015 article 25-3-a (à titre individuel et à titre de co- perpétration directe) article 25-3-c article 25-3-d	PTC I, 18 septembre 2015 Mandat d'arrêt - 25(3)(a) (auteur direct, coauteur) - 25(3)(c) (facilité) - 25(3)(d)	PTC I, 17 décembre 2015 - article 25(3)(a) (auteur direct, coauteur direct) - article 25(3)(b) (sollicité et encouragé) - article 25(3)(c) (aide, concours, assistance) - article 25(3)(d)	PTC I, 24 mars 2016 - article 25(3)(a) (auteur direct, coauteur direct) - article 25(3)(b) (sollicité et encouragé) - article 25(3)(c) (aide, concours, assistance) - article 25(3)(d)	TC VIII, 27 septembre 2016 déclaré coupable, en tant que coauteur (25(3)(a)) du crime de guerre consistant à attaquer des biens protégés et condamné à 9 ans d'emprisonnement.	

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Abdullah Al-Senussi	Lybie	<u>Req. 16 mai 2011</u> au sens de l'article 25-3-a du Statut, en tant que coauteur indirect	<u>PTC I, 27 juin 2011</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a (coauteur indirect) Décédé ; Affaire close				
Al-Werfalli, Mahmoud Mustafa Busayf	Libye	<u>Req. 1er août 2017</u> article 25(3)(a), (b) ou (d) <u>Req. 1er mai 2018</u> crime de guerre additionnel sur le fondement de l'article 25(3)(a)	<u>PTC I, 15 août 2017</u> <u>1er mandat d'arrêt</u> article 25(3)(a) et article 25(3)(b) <u>PTC I, 4 juillet 2018</u> <u>2nd mandat d'arrêt</u> crime de guerre additionnel sur le fondement de l'article 25(3)(a) L'affaire reste au stade préliminaire dans l'attente de l'arrestation du suspect				
Mohammed Hussein Ali	Kenya	<u>Req. 15 décembre 2010</u> 25-3-a (coaction indirecte) ou 25-3-d du Statut	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> article 25-3-d du Statut	<u>PTC II, 2 septembre 2011</u> article 25-3-d du Statut	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> Charges non confirmées		
Abdallah Banda Abakaer Nourain	Darfour, Soudan	<u>Req. 20 novembre 2008</u> article 25-3-a (coauteur ou coauteur indirect)	<u>PTC I, 27 août 2009</u> <u>Citation à comparaître</u> coauteur ou coauteur indirect au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC I, 11 novembre 2010</u> Coauteur ou coauteur indirect (article 25-3-a du Statut)	<u>PTC I, 7 mars 2011</u> coauteur au sens de l'article 25-3-a du Statut	Accusé en fuite. Le procès ne peut débiter que si l'accusé est arrêté ou comparait volontairement. La CPI ne juge pas les personnes en leur absence.	

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître Requête du Procureur Décision Ch. Prélim	Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
Walter Osapiri Barasa Atteintes à l'administration de la justice	Kenya	<u>Req. 30 juillet 2013</u> Auteur direct (25-3-a)	<u>PTC II, 2 août 2013</u> <u>Mandat d'arrêt</u> Article 25-3-a (auteur direct) L'affaire reste au stade préliminaire dans l'attente de l'arrestation du suspect ou de sa comparution volontaire devant la Cour. La CPI ne juge pas les personnes en leur absence.			
Jean-Pierre Bemba Gombo	République Centrafricaine	<u>Req. 9 mai 2008</u> conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'autres personnes, en vertu de l'article 25(3)(a) du Statut <u>Req. 27 mai 2008</u> deux chefs d'accusation supplémentaires ; conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'autres personnes, en vertu de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC III, 23 mai 2008</u> <u>1er mandat d'arrêt</u> conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'autres personnes, en vertu de l'article 25(3)(a) du Statut <u>PTC III, 10 juin 2008</u> <u>2nd mandat d'arrêt</u> deux chefs d'accusation supplémentaires ; conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'autres personnes, en vertu de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 19 novembre 2008</u> article 25(3)(a) of the Statute <u>PTC II, 30 mars 2009</u> primarily pursuant to article 25(3)(a) of the Statute alternatively, pursuant to article 28(a), or, in the alternative article 28(b) of the Statute	<u>PTC II, 15 juin 2009</u> article 28(a) du Statut <u>TC III, 21 mars 2016</u> déclaré coupable, au sens de l'article 28-a des crimes contre l'humanité que constituent le meurtre et le viol, et des crimes de guerre que constituent le meurtre, le viol et le pillage, commis par ses forces pendant l'Opération de 2002-2003 en RCA. <u>TC III, 21 juin 2016</u> condamné à une peine de 18 ans d'emprisonnement	<u>AC, 8 juin 2018</u> Acquittement

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître Requête du Procureur Décision Ch. Prélim	Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel	
Jean-Pierre Bemba Gombo et autres Atteintes à l'administration de la justice	République Centrafricaine	<u>Req. 19 novembre 2013</u> - article 25-3-a du Statut en tant qu'auteurs directs ou coauteurs - article 25-3-b, pour avoir ordonné, sollicité ou encouragé la commission - article 25-3-c, pour avoir apporté son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance	<u>PTC II, 20 novembre 2013</u> <u>Mandat d'arrêt</u> - article 25-3-a du Statut en tant qu'auteurs directs ou coauteurs - article 25-3-b, pour avoir ordonné, sollicité ou encouragé la commission - article 25-3-c, pour avoir apporté son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance	<u>PTC II, 30 juin 2014</u> - article 25-3-a du Statut en tant qu'auteurs directs ou coauteurs directs ou indirects - article 25-3-b, pour avoir ordonné, sollicité ou encouragé la commission - article 25-3-c, pour avoir apporté son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance	<u>PTC II, 11 novembre 2014</u> - article 25-3-a (auteurs directs ou coauteurs) - article 25-3-b du Statut, sollicité ou encouragé la commission de l'infraction - article 25-3-c du Statut, apporté son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance en vue de faciliter la commission	<u>TC VII, 19 octobre 2016</u> Bemba, Kilolo et Mangenda ont été déclarés coupables d'avoir, en tant que coauteurs (25-3-a), commis les infractions de subornation de 14 témoins de la Défense et de production de faux éléments de preuve devant la Cour. Bemba a été déclaré coupable d'avoir sollicité (25-3-b) les faux témoignages des 14 témoins de la Défense, Kilolo coupable d'avoir encouragé (25-3-b) les faux témoignages des 14 témoins, et Mangenda coupable d'avoir apporté son aide (25-3-c) aux faux témoignages de deux témoins et apporté son concours (25-3-c) aux faux témoignages de sept témoins. Babala a été déclaré coupable d'avoir apporté son aide (25-3-c) en vue de la subornation de deux témoins. Arido a été déclaré coupable, en tant qu'auteur direct (25-3-a), d'avoir suborné quatre témoins de la Défense <u>TC VII, 22 mars 2017</u> Condamnations: - Bemba : un an d'emprisonnement et 300 000€ d'amende Musemba : 2 ans d'emprisonnement et 6 mois d'emprisonnement et 30 000 d'amende Magenda : 2 ans d'emprisonnement Arido : 11 mois d'emprisonnement Babala : 6 mois d'emprisonnement	<u>AC, 8 mars 2018</u> condamnations confirmée pour la plupart des accusations mais acquittement de Bemba, Kilolo et Mangenda de l'accusation consistant en la production d'éléments de preuve faux en connaissance de cause. <u>AC, 17 septembre 2018</u> confirmation des peines de Babala et Arido. Bemba a été condamné à un an d'emprisonnement ainsi qu'à une amende de 300 000 euros. Kilolo et Mangenda ont chacun été condamnés à une peine totale de 11 mois d'emprisonnement. Kilolo a également reçu une amende de 30 000 euros.

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Philip Kipkoech Bett Atteintes à l'administration de la justice	Kenya	<u>Req. 9 février 2015</u> article 25-3-a ou avec les articles 25-3-d ou 25-3-c du Statut	<u>PTC II, 10 mars 2015</u> <u>Mandat d'arrêt</u> - article 25-3-a (coauteur direct) - article 25-3-c (aide, concours, assistance) - article 25-3-d En attendant l'arrestation de Philip Kipkoech Bett et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				
Charles Blé Goudé	Côte d'Ivoire	<u>Req. 12 décembre 2011</u> «coauteur indirect » au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC III, 21 décembre 2011</u> <u>Mandat d'arrêt</u> «coauteur indirect » au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC I, 22 août 2014</u> article 25-3-a (coaction indirecte), 25-3-b (ordonner, solliciter ou encourager), 25-3-c (aide, concours ou toute autre forme d'assistance) ou 25-3-d du Statut	<u>PTC I, 11 décembre 2014</u> article 25-3-a (coaction indirecte), 25-3-b (ordonner, solliciter ou encourager), 25-3-c (aide, concours ou toute autre forme d'assistance) ou 25-3-d du Statut	<u>TC I, 15 janvier 2019</u> Acquittement	<u>AC, 31 mars 2021</u> confirmation de l'acquittement
Saif Al-Islam Qadhafi	Lybie	<u>Req. 16 mai 2011</u> au sens de l'article 25-3-a du Statut, en tant que coauteur indirect	<u>PTC I, 27 juin 2011</u> <u>Mandat d'arrêt</u> au sens de l'article 25-3-a du Statut, en tant que coauteur indirect En attendant l'arrestation de Saif Al-Islam Gaddafi et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Muammar Gaddafi	Lybie	<u>Req. 16 mai 2011</u> au sens de l'article 25-3-a du Statut, en tant que coauteur indirect	<u>PTC I, 27 juin 2011</u> <u>Mandat d'arrêt</u> au sens de l'article 25-3-a du Statut, en tant que coauteur indirect Décédé ; Affaire close				
Laurent Gbagbo	Côte d'Ivoire	<u>Req. 25 octobre 2011</u> « coauteur indirect » au sens de l'article 25-3-a	<u>PTC III, 23 novembre 2011</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a, en tant que coauteur indirect	<u>PTC I, 13 janvier 2014</u> article 25-3-a du Statut (sous la forme de coaction indirecte) article 25-3-b (ordonner, solliciter et encourager) article 25-3-d du Statut alinéas a) et b) de l'article 28 du Statut.	<u>PTC I, 12 juin 2014</u> article 25-3-a du Statut pour avoir commis conjointement avec des membres de son entourage immédiat et par l'intermédiaire de membres des forces pro-Gbagbo, ou en vertu de l'article 25-3-b, ou en vertu de l'article 25-3-d du Statut pour avoir contribué de toute autre manière à la commission de ces crimes. Refus de confirmer les charges sur le fondement de l'article 28 du Statut.	<u>TC I, 15 janvier 2019</u> Acquittement	<u>AC, 31 mars 2021</u> confirmation de l'acquittement
Simone Gbagbo	Côte d'Ivoire	<u>Req. du 7 février 2012</u> article 25-3-a (coauteur indirect)	<u>PTC III, 29 février 2012</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a (coauteur indirect) <u>PTC II, 19 juillet 2021</u> Mandat d'arrêt annulé				

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Paul Guicheru Atteintes à l'administration de la justice	Kenya	<u>Req. 9 février 2015</u> article 25-3-b du Statut	<u>PTC II, 10 mars 2015</u> <u>Mandat d'arrêt</u> - article 25-3-a en tant qu'auteur direct et coauteur direct - article 25-3-b pour solicitation et/ou encouragement	<u>PTC A (Article 70), 12 juillet 2021</u> - article 25-3-a, direct perpetrator or direct co-perpetrator - article 25-3-b, soliciting or inducing - article 25-3-c, aiding, abetting or otherwise assisting - article 25-3-d, contributing in any other way to the commission	<u>PTC A (Article 70), 15 juillet 2021</u> article 25(3)(a) (jointly with another person or as an individual), 25(3)(b) (soliciting or inducing), 25(3)(c) or 25(3)(d) of the Statute	Programmé le 15 février 2022	
Ahmad Muhammad Harun	Darfour, Soudan	<u>Req. 27 février 2007</u> articles 25-3-b et 25-3-d du Statut	<u>PTC I, 27 avril 2007</u> <u>Mandat d'arrêt</u> articles 25-3-b et 25-3-d du Statut En attendant l'arrestation d'Ahmad Harun et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, son affaire reste au stade préliminaire.				
Abdel Raheem Muhammad Hussein	Darfour, Soudan	<u>Req. 2 décembre 2001</u> article 25-3-a du Statut (coauteur ou coauteur indirect)	<u>PTC I, 1er mars 2012</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a du Statut (coauteur indirect) L'affaire reste au stade préliminaire dans l'attente de l'arrestation du suspect ou de sa comparution volontaire devant la Cour.				

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître Requête du Procureur Décision Ch. Prélim		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
Saleh Mohammed Jerbo Jamus	Darfour Soudan	<u>Req. 20 novembre 2008</u> article 25-3-a (coauteur ou coauteur indirect)	<u>PTC I, 27 août 2009</u> <u>Citation à comparaître</u> coauteur ou coauteur indirect au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC I, 11 novembre 2010</u> Coauteur ou coauteur indirect (article 25-3-a du Statut)	<u>PTC I, 7 mars 2011</u> coauteur au sens de l'article 25-3-a du Statut. Décès de l'accusé. Affaire close.	Décès de l'accusé. Affaire close.	
Germain Katanga	République Démocratique du Congo	<u>Req. 25 juin 2007</u> article 25-3-b du Statut	<u>PTC I, 2 juillet 2007</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a ou alternativement de l'article 25-3-b du Statut	<u>PTC I, 12 juin 2008 et 26 juin 2008</u> 25-3-a (auteur conjoint) ou à défaut article 25-3-b (ordonner)	<u>PTC I, 30 septembre 2008</u> auteur conjoint et auteur conjoint indirect au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>TC II, 7 mars 2014</u> coupable sur le fondement de l'article 25-3-d (complicité par contribution « de toute autre manière à la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert »). <u>TC II, 23 mai 2014</u> condamné à 12 ans d'emprisonnement	
Uhuru Muigai Kenyatta	Kenya	<u>Req. 15 décembre 2010</u> article 25-3-a (coaction indirecte) ou 25-3-d du Statut	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> coauteurs indirects de crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 2 septembre 2011</u> coauteurs indirects de crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut <u>PTC V (B), 5 décembre 2014</u> Retrait des charges par le Procureur (défaut du standard de la preuve) L'affaire est considérée comme close tant que le Procureur ne présente pas de nouveaux éléments de preuve.		

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Al-Tuhamy Mohamed Khaled	Libye	<u>Req. 27 mars 2013</u> articles 25-3-a, 25-3-d ou 28-b	<u>PTC I, 18 avril 2013</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25(3)(a) and (d) and article 28(b) of the Statute En attendant l'arrestation d'Al-Tuhamy Mohamed Khaled et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				
Joseph Kony	Ouganda	<u>Req. 6 mai 2005</u> article 25-3-b	<u>PTC II, 8 juillet 2005</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner ou encourager "conjointement") En attendant l'arrestation du suspect et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				
Henry Kiprono Kosgey	Kenya	<u>Req. du 15 décembre 2010</u> article 25-3-a (coaction directe, coaction indirecte) article 25-3-d (action de concert dans la poursuite d'un dessein commun)	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> article 25-3-a (coauteur indirect) article 25-3-d	<u>PTC II, 1er août 2011</u> 25-3-a (coaction indirecte)	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> Charges non confirmées		

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Thomas Lubanga Dyilo	République Démocratique du Congo	<u>Req. 13 janvier 2006</u> 25-3-a du Statut (coauteur)	<u>PTC I, 10 février 2006</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a du Statut (coauteur direct ou indirect)	<u>PTC I, 28 août 2006</u> article 25-3-a (coauteur direct ou indirect) article 25-3-d	<u>PTC I, 29 janvier 2007</u> article 25-3-a (coauteur)	<u>TC I, 14 mars 2012</u> coupable sur le fondement de l'article 25-3-a, en tant que coauteur <u>TC I, 10 juillet 2012</u> condamné à 14 ans d'emprisonnement	<u>AC, 1er décembre 2014</u> confirmation du verdict et de la peine
Raska Lukwiya	Ouganda	<u>Req. 6 mai 2005</u> article 25-3-b	<u>PTC II, 8 juillet 2005</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner "conjointement") Décédé ; Affaire close				
Callixte Mbarushimana	République Démocratique du Congo	<u>Req. 20 août 2010</u> article 25-3-a (coauteur) et, à titre subsidiaire, article 25-3-d	<u>PTC, 28 septembre 2010</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-d	<u>PTC I, 25 juillet 2011</u> article 25-3-d	<u>PTC I, 16 décembre 2011</u> Charges non confirmées		
Sylvestre Mudacumura	République Démocratique du Congo	<u>Req. 13 juin 2012</u> article 25-3-a du Statut (auteur indirect, coaction indirecte), ou, à titre subsidiaire, de l'article 25- 3-b ou de l'article 28-a du Statut	<u>PTC II, 13 juillet 2012</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner) En attendant l'arrestation de M. Mudacumura et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître Requête du Procureur Décision Ch. Prélim		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
Francis Kirimi Muthaura	Kenya	<u>Req. 15 décembre 2010</u> 25-3-a (coaction indirecte) ou 25-3-d du Statut	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> coauteurs indirects de crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 2 septembre 2011</u> coauteurs indirects de crimes au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut <u>TC V, 11 mars 2013</u> Retrait des charges par le Procureur (défaut du standard de la preuve) L'affaire est considérée comme close tant que le Procureur ne présente pas de nouveaux éléments de preuve.		
Patrice-Édouard Ngaïssona	République Centrafricaine	<u>Req. du 30 octobre 2018</u> sous scellés	<u>PTC II, 7 décembre 2018</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a (coauteur, coauteur indirect, auteur indirect) article 25-3-c (facilité la commission)	<u>PTC II, 19 août 2019</u> article 25-3-a (coauteur) article 25-3-c (aide, concours, assistance) article 25-3-d-i et ii	<u>PTC II, 11 décembre 2019</u> <u>(corr. 14 mai 2020)</u> article 25-3-c (aide, concours, assistance) article 25-3-d-i et ii	Procès ouvert le 16 février 2021	
Mathieu Ngudjolo Chui	République Démocratique du Congo	<u>Req. 25 juin 2007</u> article 25-3-b	<u>PTC I, 6 juillet 2007</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a ou alternativement de l'article 25-3-b du Statut	<u>PTC I, 12 juin 2008 et 26 juin 2008</u> 25-3-a (auteur conjoint) ou à défaut article 25-3-b (ordonné)	<u>PTC I, 30 septembre 2008</u> auteur conjoint et auteur conjoint indirect au sens de l'article 25-3-a du Statut	<u>PTC II, 18 décembre 2012</u> Acquittement	<u>AC, 27 février 2015</u> Confirmation de l'acquittement

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître Requête du Procureur Décision Ch. Prélim		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
Bosco Ntaganda	République Démocratique du Congo	<u>Req. du 13 janvier 2006</u> article 25-3-a (coauteur) <u>Req. du 14 mai 2012</u> article 25-3-a (coauteur)	<u>PTC I, 6 mars 2007</u> <u>1er Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a du Statut <u>PTC II, 13 juillet 2012</u> <u>2nd Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a du Statut (coaction indirecte)	<u>PTC II, 10 janvier 2014</u> - article 25-3-a (auteur direct, coauteur direct, coauteur indirect) - article 25-3-b (ordonner, encourager) - article 25-3-d - article 28-a	<u>PTC II, 9 juin 2014</u> - article 25-3-a (auteur direct, coauteur indirect) - article 25-3-b (ordonner, encourager) - article 25-3-d - article 28-a	<u>TC VI, 8 juillet 2019</u> coupable en tant qu' auteur direct (article 25-3-a du Statut) et en qualité de coauteur indirect (articles 25-3-a et 25-3-f du Statut) <u>TC VI, 7 novembre 2019</u> condamné à 30ans d'emprisonnement	<u>AC, 30 mars 2021</u> Confirmation du verdict et de la peine
Okot Odhiambo	Ouganda	<u>Req. 6 mai 2005</u> article 25-3-b	<u>PTC II, 8 juillet 2005</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner "conjointement") Décédé ; Affaire close				
Dominic Ongwen	Ouganda	<u>Req. du 6 mai 2005</u> article 25-3-b (ordonner)	<u>PTC II, 8 juillet 2005</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner)	<u>PTC II, 22 décembre 2015</u> - article 25-3-a (auteur direct, auteur indirect, coaction indirecte) - article 25-3-b (fait d'ordonner) - article 25-3-c (aide, concours, assistance) - article 25-3-d-i - article 25-3-d-ii - article 28-a du Statut	<u>PTC II, 23 mars 2016</u> - article 25-3-a (auteur direct, auteur indirect, coaction indirecte) - article 25-3-b (fait d'ordonner) - article 25-3-c (aide, concours, assistance) - article 25-3-d-i - article 25-3-d-ii - article 28-a du Statut	<u>TC IX, 4 février 2021</u> coupable en tant qu'auteur direct, auteur indirect et coauteur indirect (article 25-3-a) <u>TC IX, 6 mai 2021</u> condamné à 25 ans d'emprisonnement	21 mai 2021, notification de la défense de son intention de faire appel du verdict. Les délais pour le dépôt de l'acte d'appel de la Défense à l'encontre de la peine et de son mémoire d'appel sont prolongés au 28 juin 2021 et au 26 août 2021, respectivement.

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Vincent Otti	Ouganda	<u>Req. 6 mai 2005</u> article 25-3-b	<u>PTC II, 8 juillet 2005</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-b (ordonner ou encourager "conjointement") En attendant l'arrestation du suspect et son transfèrement au siège de la Cour à La Haye, l'affaire reste au stade préliminaire.				
Mahamat Saïd Abdel Kani	République Centrafricaine	<u>Req. du 30 octobre 2018</u> sous scellés	<u>PTC II, 7 janvier 2019</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a (commission indirecte, commission conjointe, commission conjointe indirecte), - article 25-3-b (ordonné, sollicité ou encouragé) - article 25-3-c (aide, concours, assistance) - article 25-3-d (contribution de toute autre manière) - article 28-a du Statut	<u>PTC II, 16 août 2021 et 27 octobre 2021 (corr.)</u> article 25-3-a (commission conjointe) article 25-3-b (ordonner, encourager) article 25-3-c (aide, concours, assistance) article 25-2-d	Audience tenue du 12 au 14 octobre 2021		
William Samoei Ruto	Kenya	<u>Req. du 15 décembre 2010</u> article 25-3-a (coaction directe, coaction indirecte) article 25-3-d (action de concert dans la poursuite d'un dessein commun)	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> article 25-3-a (coauteurs indirects) article 25-3-d	<u>PTC II, 1er août 2011</u> 25-3-a (coaction indirecte)	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> 25-3-a (coaction indirecte)	<u>TC V(A), 5 avril 2016</u> Non-Lieu et annulation des charges Cette décision n'empêche pas que soient engagées de nouvelles poursuites à l'avenir, que ce soit devant la CPI ou une juridiction nationale	

Défendants (par ordre alphabétique)	Situation	Mandat d'arrêt ou Citation à comparaître		Document contenant les charges	Décision de Confirmation des charges	Jugement et Peine	Appel
		Requête du Procureur	Décision Ch. Prélim				
Joshua Arap Sang	Kenya	<u>Req. du 15 décembre 2010</u> article 25-3-a (coaction directe, coaction indirecte) article 25-3-d (action de concert dans la poursuite d'un dessein commun)	<u>PTC II, 8 mars 2011</u> <u>Citation à comparaître</u> article 25-3-d	<u>PTC II, 1er août 2011</u> article 25-3-d	<u>PTC II, 23 janvier 2012</u> article 25-3-d-i	<u>TC V(A), 5 avril 2016</u> Non-Lieu et annulation des charges Cette décision n'empêche pas que soient engagées de nouvelles poursuites à l'avenir, que ce soit devant la CPI ou une juridiction nationale	
Alfred Yekatom	République Centrafricaine	<u>Req. du 30 octobre 2018</u> sous scellés	<u>PTC II, 11 novembre 2018</u> <u>Mandat d'arrêt</u> article 25-3-a (coauteur, auteur indirect) article 25-3-b (ordonné, sollicité, encouragé) article 25-3-c (facilité la commission) article 28-a du Statut	<u>PTC II, 19 août 2019</u> article 25-3-a (coauteur, auteur indirect) article 25-3-b (ordonné, sollicité, encouragé) article 25-3-c (facilité la commission) article 25-3-d article 28-a du Statut	<u>PTC II, 11 décembre 2019</u> <u>(corr. 14 mai 2020)</u> article 25-3-a (auteur indirect, coauteur) article 25-3-b (ordonné)	Procès ouvert le 16 février 2021	

BIBLIOGRAPHIE

I. ANTHROPOLOGIE, HISTOIRE, PHILOSOPHIE, SOCIOLOGIE

A. Ouvrages et essais

Arendt (Hannah), *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, Collection « Folio histoire », 2002, 519 pages.

Audoin-Rouzeau (Stéphane), *Une initiation – Rwanda (1994-2016)*, Seuil, 2017, 176 pages.

Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, 415 pages.

Dumas (Hélène), *Un génocide au village. Le massacre des Tutsis au Rwanda*, Seuil, 2014, 384 pages.

Hatzfeld (Jean), *Une saison de machettes*, Paris, Seuil, Collection « Points – Récits », 2003, 391 pages.

Hatzfeld (Jean), *Un papa de sang*, Paris, Gallimard, 2015, 272 pages.

Hatzfeld (Jean), *Là où tout se tait*, Paris, Gallimard, 2021, 223 pages.

Fauconnet (Paul), *La responsabilité, étude de sociologie*, 2^e éd., F. Alcan, 1920, 400 pages.

Kant (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs – Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, Vrin, 5^e éd., 1993, 280 pages.

Ricœur (Paul), *Le Juste I*, Éditions Esprit, 1995, 221 pages.

Strawson (Peter Frederick), *Les individus - Essai de métaphysique descriptive*, Seuil, 1973, 288 pages.

Truc (Gerôme), *Assumer l'humanité - Hannah Arendt : la responsabilité face à la pluralité*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Collection « Philosophie et société », 2008, 152 pages.

B. Articles et rapports

Delpla (Isabelle), « Faits, responsabilités, intelligibilité : comparer les enquêtes et les rapports sur Srebrenica », *Cultures & Conflits*, 2007, p. 119-136.

Claverie (Elisabeth), Condé (Pierre-Yves), *Civils et combattants. Formes de la guerre et épreuves judiciaires internationale*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, 2013, 159 pages.

- Claverie (Elisabeth), « Les combattants, les fétiches et le prétoire », *Cahiers d'études africaines*, 2018, 699-735
- Jakšić (Milena), « Trouver l'enfant soldat », *Terrain*, mis en ligne le 06 juin 2019, <http://journals.openedition.org/terrain/18517>.
- Hart (Herbert Lionel Adolphus), « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49, 1949, p. 171-194.
- Mazères (Jean-Arnaud), « La responsabilité est-elle dominée par l'éthique ? Recherche sur les fondements méta-éthiques de la responsabilité », in Sénat, *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001.
- Ricœur (Paul), « Le concept de responsabilité. Essai d'une analyse sémantique », in P. Ricœur, *Le Juste I*, Éditions Esprit, 1995, p. 41-70.
- Seroussi (Julien), « S'emparer des faits. Un sociologue à la Cour pénale internationale », *Grief*, 2016, p. 134-143
- Semelin (Jacques), « Qu'est-ce qu'un crime de masse ? Le cas de l'ex-Yougoslavie », *Critique internationale*, 2000, p.143-158.

II. DICTIONNAIRES

- Beauvallet (Olivier) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Paris, Berger-Levrault, 2017, 1052 pages.
- Cornu (Gérard), *Vocabulaire juridique*, 13^e édition, PUF, 2020, 1092 pages.
- Gartner (Bryan A.) (Ed.), *Black's Law Dictionary*, 11^e edition, Thomson Reuters, 2019, 2075 pages.
- Rey (Alain) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2019, 2808 pages.

III. DROIT

A. Manuels et traités

- Allen (Michael), *Textbook on criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 13^e éd., 2015, 603 pages.
- Ambos (Kai), *Treatise on International Criminal Law, Foundations and General Part*, Oxford, OUP, Vol. 1, 2013, 520 pages.
- Ascensio (Hervé), Decaux (Emmanuel), Pellet (Alain) (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, CEDIN Paris X, 2000, 1053 pages.

- Ascensio (Hervé), Decaux (Emmanuel), Pellet (Alain) (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2^e éd., CEDIN Paris X, 2013, 1280 pages.
- Ashworth (Andrew), Horder (Jeremy), *Principles of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 7^e éd., 2013, 510 pages.
- Bantekas (Ilias), *International criminal law*, Hart Publishing, 4^e éd., 2010, 604 pages.
- Bellivier (Florence), Eudes (Marina), Fouchard (Isabelle), *Droit des crimes internationaux*, Paris, PUF, 2018, 500 pages.
- Bohlander (Michael), *Principles of German criminal law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, 244 pages.
- Boulloc (Bernard), *Droit pénal général*, Dalloz, 27^e éd., 2021, 806 pages.
- Cassese (Antonio), Gaeta (Paola), Jones (John R.W.D.) (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, New York, OUP, Tome I, 2002, pages 1 à 1048.
- Cassese (Antonio), Gaeta (Paola), Jones (John R.W.D.) (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, New York, OUP, Tome II, 2002, pages 1051 à 2018.
- Cassese (Antonio), *International criminal law*, OUP, 2^e éd., 2008, 450 pages.
- Cassese (Antonio), Acquaviva (Guido), Fan (Mary), Whiting (Alex), *International criminal law : cases and commentary*, Oxford, OUP, 2011, 600 pages.
- Conte (Philippe), Maistre du Chambon (Philippe), *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 2004, 394 pages.
- De Frouville (Olivier), *Droit international pénal*, Pedone, 2012, 523 pages.
- Desportes (Frédéric), Le Guehec (Francis), *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, 1248 pages.
- Dreyer (Emmanuel), *Droit pénal général*, Paris, Lexis Nexis, 6^e éd., 2021, 1600 pages.
- Dubber (Markus D.), Hornle (Tatjana) (dir.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, Oxford, OUP, 1203 pages.
- Fernandez (Julian), Pacreau (Xavier), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2012, 1165 pages.
- Fernandez (Julian), Pacreau (Xavier), Ubéda-Saillard (Muriel), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2^e édition, 2019, 1437 pages.

- Fernandez (Julian) (dir.), *Justice pénale internationale*, Paris, CNRS Editions, 2016, 425 pages.
- Fernandez (Julian), *Droit international pénal*, 2020, LGDJ, 242 pages.
- Garraud (René), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 3, Sirey, 3^e éd., 1929.
- Glaser (Stefan), *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Établissements Émile Bruylant, Librairie Recueil Sirey, 1954, 204 pages.
- Glaser (Stefan), *Droit international pénal conventionnel*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1970, 649 pages.
- Heller (Kevin Jon), Dubber (Markus D.) (dir.), *The Handbook of comparative criminal law*, Stanford Law Press, 2011, 672 pages.
- Heller (Kevin Jon), Mégret (Frédéric), Nouwen (Sarah MH), Ohlin (Jens David), Robinson (Daryl) (dir.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, 2020, 878 pages.
- Huet (André), Koering-Joulin (Renée), *Droit pénal international*, PUF, 2005, 507 pages.
- Jescheck (Hans Heinrich), *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker und Humblot, 2^e éd., 1972, 782 pages.
- Jescheck (Hans Heinrich), Weigend (Thomas), *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, Duncker und Humblot, 4^e éd., 1988, 931 pages.
- Keiler (Johannes), Roef (David) (eds.), *Comparative concepts of criminal law*, Intersentia, 3^e éd., 2019, 375 pages.
- Klip (André), Sluiter (Goran), *Annotated leading cases of the international criminal tribunals – the ICTY 2003*, Intersentia, 2008, 912 pages.
- Lombois (Claude), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979, 688 pages.
- Merle (Robert), Vitu (André), *Traité de droit criminel*, Tome I, Paris, Editions Cujas, 7^e éd., 1997, 1068 pages.
- Mayaud (Yves), *Doit pénal général*, Paris, PUF, 7^e éd., 2021, 852 pages.
- Ortolan (Joseph), *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 3^e édition, Tome 1, 1863, 606 pages.
- Padfield (Nicola), *Criminal law*, Oxford, OUP, 10^e éd., 2016, 397 pages.
- Pin (Xavier), *Droit pénal général*, Dalloz, 13^e éd., 2021, 636 pages.
- Pradel (Jean), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2016, 910 pages.

- Pradel (Jean), *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, 832 pages.
- Rebut (Didier), *Droit international pénal*, Dalloz, 3^e éd., 2019, 820 pages.
- Robert (Jacques-Henri), *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6^e éd., 2005, 564 pages.
- Roxin (Claus), *Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, Munich, C.H. Beck, 2003, 899 pages.
- Schabas (William), *The international criminal court – A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, 1259 pages.
- Schabas (William), *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^e éd., 2011, 594 pages.
- Schabas (William), *The international criminal court – A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2^e éd., 2016, 1688 pages.
- Triffterer (Otto) (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's notes, Article by article*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 1295 pages.
- Triffterer (Otto) (dir.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, 1954 pages.
- Triffterer (Otto) (dir.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich, Beck – Hart – Nomos, 3^e éd., 2016, 2352 pages.
- Werle (Gerhard), Jessberger (Florian), *Principles of International Criminal Law*, New York, 3^e éd., OUP, 2014, 720 pages.
- Werle (Gerhard), Jessberger (Florian), *Principles of International Criminal Law*, New York, 4^e éd., OUP, 2020, 630 pages.

B. Ouvrages spéciaux, thèses

- Aksenova (Marina), *Complicity in international criminal law*, Portland, Hart Publishing, 2016, 319 pages.
- Allix (Dominique), *Essai sur la coaction – Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, LGDJ, 1976, 239 pages.
- Aumaître (Aurélien), *Le dossier de la procédure devant la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, 468 pages.
- Badar (Mohamed Elewa), *The concept of mens rea in international criminal law – The case for a unified approach*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015, 495 pages.
- Bardet (Marie), *La notion d'infraction internationale par nature – Essai d'une analyse structurelle*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2020, 592 pages.

- Bergsmo (Morten), Ling (Cheah Wui), Tianying (Song), Y. Ping (Yi) (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, Volume 3, FICHL Publication Series No. 22, 2015, pp. 837.
- Bernard (Diane), Cartuyvels (Yves), Guillaïn (Christine), Scalia (Damien), Van de Kerchove (Michel), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Antémis, 2014, 712 pages.
- Bernard (Diane), Scalia (Damien), *Vingt ans de jurisprudence internationale pénale*, Bruxelles, La Charte Professional Publishing, 2014, 262 pages.
- Bernard (Diane), *Trois propositions pour une théorie du droit international pénal*, Bruxelles, Presse de l'Université Saint-Louis, 2014, p. 258 pages.
- Bonafè (Béatrice), *The relationship between State and individual criminal responsibility for international crime*, Brill Nijhoff, 2009, 296 pages.
- Bonnet (Baptiste) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, 695 pages.
- Branco Lopez (Juan), *De l'affaire Katanga au contrat social global – Un regard sur la Cour pénale internationale*, Fondation Varennes, Collection des thèses, 2015, 546 pages.
- Broussard (Émeline), *La contribution de la Cour pénale internationale à la subjectivisation des organisations armées - Du commettant au répondant, perspectives et limites*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2019, 630 pages.
- Burchard (Christopher) (dir.), Triffterer (Otto) (dir.), Vogel (Joachim) (dir.), *The review conference and the future of the International Criminal Court*, Kluwer, 2010, 340 pages.
- Cassese (Antonio) (dir.), *Current Problems of International Law : Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict*, Giuffrè, 1975, 375 pages.
- Casey-Maslen (Stuart) (ed.), *The War report 2012*, OUP, 2013, 500 pages.
- Collectif, *La cohérence des châtements*, Paris, Dalloz, 2012, 389 pages.
- Curat (Philippe), *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles – Paris – Genève, Bruylant – LGDJ – Schultess, 2006, 806 pages.
- D'Ascoli (Sylvia), *Sentencing in international criminal law - The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, Bloomsbury Publishing, 2011, 422 pages.
- Damgaard (Ciara), *Individual criminal responsibility for core international crimes*, Berlin, Springer, 2008, 456 pages.

- Darcy (Shane), *Collective responsibility and accountability under international law*, Brill Nijhoff, 2007, 398 pages.
- De Frouville (Olivier), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Bruxelles, Anthemis, 2012, 234 pages.
- Delmas-Marty (Mireille), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992, 462 pages.
- Delmas-Marty (Mireille) (dir.), Fronza (Emanuela) (dir.), Lambert-Abdelgawad (Elisabeth) (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, 488 pages.
- Delmas-Marty (Mireille), *Les forces imaginantes du droit (IV), Vers une communauté de valeurs*, Paris, Seuil, Collection « La couleurs des idées », 2011, 423 pages.
- Delmas-Marty (Mireille), Martin-Chenut, (Kathia), Peruso (Camila), *Sur les chemins d'un Jus Commune universalisable*, Mare & Martin, 2021, 524 pages.
- Di Manno (Thierry), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 266 pages.
- Digneffe (Françoise), Morreau (Thierry) (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2006, 600 pages.
- Duffourc (Marie), *La participation à l'infraction internationale*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux IV, 2013, 650 pages.
- Fałkowska (Martyna), *Entre conformisme et émancipation : le juge pénal international face à la coutume et aux principes généraux*, Thèse dactyl., Université Libre de Bruxelles, 2017, 475 pages.
- Fernandez (Stéphanie), *Essai sur la distribution des compétences en droit pénal international*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2016, 504 pages.
- Fletcher (Georges P.), *Rethinking Criminal Law*, Boston, Oxford University Press, 2^e éd., 2000, 898 pages.
- Finck (François), *L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale*, Thèse, dactyl., Strasbourg, 2011, 452 pages.
- Finnin (Sarah), *Elements of accessory modes of liability – Article 25§3(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 234 pages.
- Fouchard (Isabelle), *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Collection des organisations internationales et des relations internationales, Bruylant-Larcier, 2013, 548 pages.

- Fucini (Sébastien), *La priorité en droit privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2019, 600 pages.
- Giudicelli-Delage (Geneviève), Lazerges (Christine) (dir.), *La minorité à contresens – Enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, 2014, 426 pages.
- Glaser (Stefan), *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, 1957, 225 pages.
- Grebenuyk (Iryna), *Pour une reconstruction de la justice pénale internationale. Réflexions autour d'une complémentarité élargie*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2018, 528 pages.
- Gréciano (Philippe) (dir.), *Justice pénale internationale – Les nouveaux enjeux de Nuremberg à la Haye*, Mare et Martin, 2016, 218 pages.
- Haveman (Roelof), Kavran (Olga), Nicholls (Julian), *Supranational criminal law: a system sui generis*, Intersentia, 2003, 370 pages.
- Heinze (Alexander), Dittrich (Viviane) (eds.), *The past, the present and the future of the International Criminal Court*, Nuremberg Academy Series n°5, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2021, 783 pages.
- Herran (Thomas), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, 406 pages.
- Jacquelin (Mathieu), *L'incrimination de génocide – Étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2012, 662 pages.
- Jackson (Miles), *Complicity in international law*, Oxford, OUP, 2015, 272 pages.
- Jacob (Patrick), *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Thèse, dactyl., Rennes, 2010, 454 pages.
- Jain (Neha), *Perpetrators and Accessories in international criminal law – Individual modes of responsibility for collective crimes*, Portland, Hart Publishing, 2014, 230 pages.
- Jessberger (Florian), Geneuss (Julia) (eds), *Why punish perpetrators of mass atrocities?*, Cambridge University Press, 2020, 408 pages.
- Jouannet (Emmanuelle) (dir.), *La politique du droit international*, Paris, Pedone, CERDIN, Collection « Doctrine(s) », 2007, 423 pages.
- Jourdain (Patrice), *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse, dactyl., Paris, 1982, 739 pages.
- Jouette (Pierre), *La détermination des peines en droit international pénal*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2021, 836 pages.

- Khalifa (Ahmed Fathy), *Les techniques d'imputation devant les juridictions pénales internationales – Réflexion sur la responsabilité pénale individuelle*, Thèse dactyl., Université de Poitiers, 2012, 542 pages.
- Knoops (Geert-Yan), *Defenses in contemporary international criminal law*, Ardsley Transnational Publishers, 2001, 297 pages.
- Lachezar (Yanev), *Theories of Co-perpetration in International Criminal Law*, Brill Nijhoff, 2018, 618 pages.
- Laperou (Béatrice), *Responsabilité civile et imputabilité*, Thèse, dactyl., Nancy, 1999, 451 pages.
- Liwerant (Odile Sara), *Crimes sans tabou, Les meurtres collectifs en jugement*, Bruxelles, Bruylant, Collection Droits Territoires Cultures, 2009, 225 pages.
- Lee (Roy) (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer, 1999, 657 pages.
- Maison (Rafaëlle), *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, 547 pages.
- Malabat (Valérie) (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Éditions Cujas, Collection Actes et études, 2012, 157 pages.
- Manacorda (Stefano), *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2008, 318 pages.
- Meloni (Chantal), *Command responsibility in international criminal law*, The Hague, TMC Asser Press, 2010, 286 pages.
- McGolderick (Dominic), Rowe (Peter John), Donnelly (Eric) (dir.), *The permanent International Criminal Court : legal and policy issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 498 pages.
- Mettraux (Guénaël), *The law of command responsibility*, Oxford, OUP, 2009, 332 pages.
- Meyrowitz (Henri), *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et l'appartenance à une organisation criminelle en application de la Loi n°10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, 514 pages.
- Nollkaemper (André), Van der Wilt (Harmen) (dir.), *System criminality in international law*, Cambridge University Press, 2009, 400 pages.
- Olásolo (Hector), *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to crimes*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, 354 pages.
- Oki (Jean-Louis), *L'imputation, mécanisme fondamental de la responsabilité des personnes publiques*, Thèse, dactyl., Bordeaux, 2017, 876 pages.

- Osiel (Marc), *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Paris, Seuil, Collection « La couleur des idées », 2006, 453 pages.
- Osiel (Marc), *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, 2009, 276 pages.
- Parizot (Raphaële), *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée – Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, 456 pages.
- Pella (Vespasien), *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'État, 2^e éd., 1926, 360 pages.
- Plas (Pascal), Roets (Damien) (dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, 168 pages.
- Rousseau (François), *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, 485 pages.
- Roxin (Claus), *Täterschaft und Tatherrschaft*, (Hamburg, Cram, de Gruyter & Co, 1^{ère} éd., 1963), Berlin, de Gruyter, 8^e éd., 2006, 820 pages.
- Scalia (Damien), *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 434 pages.
- Schabas (William), *Genocide in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^e éd., 2009, 760 pages.
- Schroeder (Friedrich-Christian), *Der Täter hinter dem Täter : ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlin, Duncker & Humbolt, 1965, 245 pages.
- Stahn (Carsten), Sluiter (Göran) (ed.), *The emerging practise of the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martins Nijhoff Publishers, 2009, 770 pages.
- Stahn (Carsten), El Zeidy (Mohamed), *The international criminal Court and complementarity, From history to Practice*, Cambridge University Press, 2011, 1292 pages.
- Stahn (Carsten), *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, OUP, 2015, 1440 pages.
- Steer (Cassandra), *Translating guilt – Identifying leadership liability for mass atrocity crimes*, TMC Asser Press, 2017, 399 pages.
- Van Sliedregt (Elies), *Individual criminal responsibility in international law*, New York, OUP, 2012, 337 pages.
- Van Sliedregt (Elies), Vasiliex (Sergei), *Pluralism in international criminal law*, Oxford, New York, OUP, 2014, 435 pages.

Vaurs Chaumette (Anne-Laure), *Les sujets du droit international pénal, Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale*, Paris, Pedone, 2009, 545 pages.

Verny (Edouard), *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 37, 2002, 442 pages.

C. Mélanges

Apprendre à douter, Questions de droit, Questions sur le droit, Études offertes à Claude Lombois, Limoges, PULIM, 2004, 919 pages.

Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale, Paris, Pedone, 1974, 346 pages.

Réciprocité et universalité : Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux, Pedone, 2017, 1374 pages.

Ackerman (Bruce), Ambos (Kai), Sikirić (Hrvoje) (eds.), *Visions of Justice – Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška*, Berlin, Duncker & Humbolt, 2016, 469 pages.

Arnold (Jörg) (dir.), Burkhardt (Björn) (dir.), Gropp Walter (dir.), Heine Günter (dir.), Koch (Hans-Georg) (dir.), Lagodny (Otto) (dir.), Perron (Walter) (dir.), Walther Susanne (dir.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2005, 1459 pages.

Tapper (Colin), (ed.), *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, 1981, 336 pages.

Vohrah (Lal Chand) (dir.), *Man's inhumanity to man: Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, 1060 pages.

D. Textes internationaux (par ordre chronologique)

1. Textes juridiques

Accord entre le Gouvernement Provisoire de la République Française et les Gouvernements des États-Unis d'Amérique, du Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, portant création du Tribunal militaire international de Nuremberg, signée à Londres le 8 août 1945, Organisation des Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, No. 251.

Proclamation spéciale du Commandant suprême des Forces alliées en Extrême-Orient portant création du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient, Organisation des Nations Unies, 19 janvier 1946. Reproduit en français dans S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 225.

Résolution 827 portant création du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, S/RES/827, 25 mai 1993.

Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, S/RES/955, 8 novembre 1994.

Texte du projet de statut de la Cour pénale internationale, A/AC.249/1998/CRP.13, 1^{er} avril 1998.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, Organisation des Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, No. 38544.

Amendements à l'article 8 (Notification dépositaire C.N.651.2010 Traités-6) et amendements concernant les articles 8 bis, 15 bis et 15 ter (Notification dépositaire C.N.651.2010 Traités-8), 29 novembre 2010. Amendements adoptés par la résolution RC/Res.6, le 11 juin 2010 à la Conférence de révision du Statut de Rome de Kampala (31 mai au 11 juin 2010).

Règlement de procédure et de preuve, *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Première session, New York, 3-10 septembre 2002 (ICC-ASP/1/3 et Corr.1), Deuxième partie.

Éléments des crimes, *Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Première session, New York, 3-10 septembre 2002 (publication des Nations Unies, N° de vente F.03.V.2 et correctif), deuxième partie B.

Règlement de la Cour, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, tel qu'amendé le 12 novembre 2018, Documents officiels de la Cour pénale internationale, ICC-BD/01-05-16.

Règlement du Bureau du Procureur, ICC-BD/05-01-09, entré en vigueur le 23 avril 2009.

2. Rapports et documents d'orientations stratégiques

Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, A/CONF.183/2/Add.1, Rome, 14 avril 1998, 177 pages.

United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court*, A/CONF.183/2/Add.1, Rome, 14th April 1998, 173 pages.

Rapport du Groupe de travail sur les peines, A/Conf.183/C.1/WGP/L.14, 4 juillet 1998.

Rapport du Groupe de travail sur les peines – Rectificatif, A/Conf.183/C.1/WGP/L.14/Corr.1, 6 juillet 1998.

CPI, Bureau du Procureur, *Rapport relatif à la stratégie en matière de poursuites*, 2006, 12 pages.

CPI, Bureau du Procureur, *Stratégie en matière de poursuites 2009-2012*, 2010, 21 pages.

CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique Juin 2012-2015*, 2013, 52 pages.

CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2016-2018*, 2015, 61 pages.

CPI, Bureau du Procureur, *Plan stratégique 2019-2021*, 2019, 44 pages.

E. Articles, contributions, notes de jurisprudence

XXXIV^e Congrès français de criminologie, *Responsables, coupables, punis ? Fragments d'un interminable débat*, Volume II « Responsabilité/Irresponsabilité Pénale », Situation 1 : Crime de masse et responsabilité individuelle, Agen, Septembre 2004, *Champ Pénal*, 2005, en ligne.

Abellán-Honrubia (Victoria), « La responsabilité internationale de l'individu », in *Recueil de l'Académie de droit international de la Haye*, 1999, 135-428.

Aksenova (Marina), « Shaping the Definition of Complicity in International Criminal Law : Tensions and Contradictions », in M. Bergsmo, C. W. Ling, S. Tianying, Y. Ping (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, Volume 3, FICHL Publication Series No. 22, 2015, pp. 629-648.

Aksenova (Marina), « The specific direction requirement for aiding and abetting : a call for revisiting comparative criminal law », *Cambridge journal of international and comparative law*, 2015, p. 88-107.

Aksenova (Marina), « The modes of liability at the ICC : the labels that don't always stick », *ICLR*, 2015, p. 629-664.

Alland (Denis), « Monisme et dualisme : retour sur les origines d'un débat », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 45-64.

Ambos (Kai), « Superior responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, 2002, p. 823-872.

- Ambos (Kai), « Some preliminary reflections on the *mens rea* requirements of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes », in L. C. Vohrah (dir.), *Man's inhumanity to man: Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, p. 11-40.
- Ambos (Kai), « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer (ed.), *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, München, Beck – Hart – Nomos, 2è éd., 2008, p. 743-770.
- Ambos (Kai), « Critical issues in the Bemba confirmation decision », *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 715-726.
- Ambos (Kai), « Command responsibility and *Organisationsherrschaft* : ways of attributing international crimes to the “most responsible” », in A. Nollkaemper, H. van der Wilt (dir.), *System criminality in international law*, Cambridge University Press, 2009, 127-157.
- Ambos (Kai), « The first judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues », *ICLR*, 2012, 115-153.
- Ambos (Kai), « The ICC and common purpose – What contribution is required under article 25(3)(d) ? », in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 592-607
- Ambos (Kai), « Article 25 – Individual criminal responsibility », in O. Triffterer, K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International criminal court – A commentary*, Beck – Hart – Nomos, 3è éd., 2016, p. 979-1029.
- Arnold (Roberta), O. Triffterer (Otto), « Article 28 », in O. Triffterer (dir.), *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3è éd., 2016, p. 1056-1106.
- Ashworth (Andrew), « The elasticity of *mens rea* », in C. Tapper (ed.), *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, 1981, p. 45.
- Bailey (Stephen), « Article 21(3) of the Rome Statute: a plea for clarity », *ICLR*, 2014, p. 513-550.
- Balboni (Marco), « La coutume entre nécessité et volonté », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, p. 269-276.
- Bantekas (Ilias), « On stretching the boundaries of responsible command », *JICJ*, 2009, p. 1197-1208.
- Beauvais (Pascal) et Khalifa (Ahmed F.), « Les modes collectifs de participation à l'infraction », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2è éd., CEDIN Paris X, 2013, p. 503-515.
- Bernard (Diane), « Une allégorie de la fonction de juger en droit international pénal », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, 171-190.

- Berster (Lars C.), « ‘Duty to act’ and ‘commission by omission’ in international criminal law », *ICLR*, 2010, p. 619-646.
- Bitti (Gilbert), « Chronique de droit pénal international », *RSC*, 2013, p. 941-970.
- Blomsma (Jeroen), Roef (David), « Forms and aspects of *mens rea* », in J. Keiler, D. Roef (eds.), *Comparative concepts of criminal law*, Intersentia, 3^e éd., 2019, p. 177-206.
- Bockelmann (P.), « L’orientation moderne des notions d’auteur de l’infraction et de participation à l’infraction », in VII Congrès de droit pénal, *RIDP*, 1956, p. 167-186.
- Bradley (Martha M.), de Beer (Aniel), « “All necessary and reasonable measures” – The Bemba case and the threshold for command responsibility », *ICLR*, 2020, p. 1-51.
- Burchard (Christoph), « Torture in the jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals – A critical assessment », *JICJ*, 2008, p. 158-182.
- Callejon (Claire), « Article 21 – Droit applicable », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 763-777.
- Cahill (Michael T.), « Inchoate crimes », in M. D. Dubber, T. Hornle, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, Oxford, OUP, p. 512-533.
- Carcano (Andrea), « Of fragmentation and precedents in international criminal law : possible lessons from recent jurisprudence on aiding and abetting liability », *JICJ*, 2016, p. 771-792.
- Carlizzi (Gaetano), « L’hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie », in S. Manacorda, E. Fronza (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc : Études des Laws Clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè Editore, 2005, p. 146-168.
- Chaumette (Anne-Laure), « Les personnes pénalement responsables », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^e éd., 2013, p. 477-487.
- Chilstein (David), « La distinction de l’auteur et du complice dans le Statut de Rome », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2015, p. 165-170.
- Clark (Roger), « The mental element in international criminal law: the Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences », *Criminal Law Forum*, 2001, p. 291-334.
- Condorelli (Luigi), « L’imputation à l’État d’un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, Volume 189, 1984, p. 9-221.

- Condoirelli (Luigi), « La définition des infractions internationales », in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, 2000, p. 241-247.
- Cryer (Robert), « General principles of liability in international criminal law », in D. McGoldrick, P. Rowe, E. Donnelly (dir.), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 233-262.
- Cryer (Robert), Hunt (Adrian), « Principle of criminal liability for collective crimes in common law countries », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 73-105.
- Curat (Philippe), « L'interprétation du Statut de Rome », *Revue québécoise de droit international*, 2007, p. 137-163.
- Damaška (Mirjan), « The shadow side of command responsibility », *The American journal of comparative law*, 2001, p. 455-496.
- Damaška (Mirjan), « What is the point of international criminal justice ? », *Chicago-Kent Law review*, 2008, p. 329-365.
- Darcy (Shane), « Imputed criminal liability and the goals of international justice », *Leiden journal of international law*, 2007, p. 377-404.
- De Andrade (Aurélien), « Les supérieurs hiérarchiques », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 1^{ère} éd., 2000, p. 201-210.
- De Frouville (Olivier), « Les tribunaux pénaux internationaux et les principes généraux du droit – Quelques commentaires », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, p. 389-393.
- De Frouville (Olivier), « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 125-140.
- De la Cuesta (Jose Luis), Blanco Cordero (Isodoro), « Résolutions des Congrès de l'Association internationale de droit pénal (1926-2014) », XIII Congrès international de droit pénal (Le Caire, 1-7 octobre 1984), *RIDP*, 2015, p. 111-128.
- Decaux (Emmanuel), « Les gouvernants », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, CEDIN Paris X, 2000, p. 183-199.
- Degan (Vladimir-Djuro), « On the Sources of International Criminal Law », *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 45-83.
- Delmas-Marty (Mireille), « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *RSC*, 2003, p. 1-12.

- Diarra (Fatoumata D.), d'Huart (Pierre), « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2012, p. 808-833.
- Dressler (Joshua), « Reforming complicity law : trivial assistance or a lesser offense ? », *Ohio State journal of criminal law*, 2008, p. 427-448.
- Dubber (Markus D.), « Criminalizing complicity – A comparative analysis », *JICJ*, 2007, p. 977-1001.
- Dumont (Hélène), « Introduction : un état de la question », *RSC*, 2012, p. 3-18.
- Dupeyron (Charles), « L'infraction collective », *RSC*, 1973, p. 357.
- Dupuy (René-Jean), « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 75-87.
- Dupuy (Pierre-Marie), « International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, OUP, Tome II, 2002, p. 1085-1099.
- Duttwiler (Michael), « Liability for omission in international criminal law », *ICLR*, 2006, p. 1-61.
- Easterday (Jennifer), « Obscuring joint criminal enterprise liability : the conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leone », *Berkeley Journal of international law publicist*, 2009, p. 37-46
- Eser (Albin), « Individual criminal responsibility », in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, New York, OUP, Tome I, 2002, p. 767-822.
- Eser (Albin), « Mental elements : mistake of fact and mistake of law », in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, New York, OUP, Tome I, 2002, p. 889-948.
- Eudes (Marina), « Le principe de légalité et les juridictions pénales internationales », in *Réciprocité et universalité : Sources et régimes du droit international des droits de l'homme – Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Pedone, 2017, p. 221-230.
- Falxa (Joana), « Le choix de la peine », in T. Herran (dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 329-342.
- Fan (Mary), « Visionary legal construction : custom, general principles and the great architect Cassese », *JICJ*, 2012, p. 1063-1079.

- Ferdinandusse (Ward), Whiting (Alex), « Prosecute little fish at the ICC », *JICJ*, 2021, p.759-781.
- Finnin (Sarah), « Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court : a comparative analysis », *International and comparative law quarterly*, 2012, p. 325-359.
- Fouchard (Isabelle), « Les dynamiques de la justice pénale internationale à l'aune de l'émergence d'un *Jus Commune* », in M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut, C. Peruso, *Sur les chemins d'un Jus Commune universalisable*, Mare & Martin, 2021, 189-203.
- Fournier (Stéphanie), « Complicité », *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, janvier 2013.
- Fronza (Emanuela), « Introduction », in M. Delmas-Marty (dir.), E. Fronza (dir.), E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de Législation Comparée, Volume 7, 2004, p. 17-22.
- Gantheret (Fiana), « Article 30 – Élément psychologique », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 895-909.
- Gardner (John), « Complicity and causality », *Criminal law and philosophy*, 2007, p. 127-141.
- Gil Gil (Alicia), « *Mens rea* in co-perpetration and indirect perpetration according to article 30 of the Rome Statute. Arguments against punishment for excesses committed by the agent or the co-perpetrator », *ICLR*, 2014, p. 82-114.
- Giudicelli-Delage (Geneviève), « Propos introductifs. Observations sur la complémentarité », in P. Plas, D. Roets, *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la CPI*, Institut Varenne, 2018, p. 11-18.
- Gogorza (Amane), « CPI, TPI, tribunaux internationalisés, juridictions nationales : quel juge pour quelle infraction internationale ? », in V. Malabat (dir.), *Juge national, européen, international et droit pénal*, Éditions Cujas, Collection Actes et études, 2012, p. 61-80.
- Goy (Barbara), « Individual criminal responsibility before the International criminal Court : a comparison with the *ad hoc* Tribunals », *ICLR*, 2012, p. 1-70.
- Greenawalt (Alexander K. A.), « What is An International Crime? », in K. J. Heller, F. Mégret, S. M. H. Nouwen, J. D. Ohlin, D. Robinson (dir.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, 2020, p. 293-315.
- Gulphe (Pierre), « La distinction entre coauteur et complice », *RSC*, 1948, p. 665-692.

- Hamdorf (Kai), « The concept of a joint criminal enterprise and domestic modes of liability for parties to a crime : a comparison of German and English law », *JICJ*, 2005, p. 208-226.
- Hamuli Kabumba (Yves), « Les éléments objectifs de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique en droit international pénal », *RSC*, 2017, p. 445-464.
- Heller (Kevin Jon), « The Rome Statute of the International criminal court », in K. J. Heller, M. D. Dubber (dir.), *The Handbook of comparative criminal law*, Stanford Law Press, 2011, p. 593-634.
- Hochmayr (Gudrun), « Applicable law in practice and theory – Interpreting article 21 of the ICC Statute », *JICJ*, 2014, p. 655-679
- Jacquelin (Mathieu), « Le dilemme des droits : l’“enfant-soldat”, victime et/ou coupable ? », in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La minorité à contresens – Enfants en danger, enfants délinquants*, Dalloz, 2014, p. 121-
- Jacquelin (Mathieu), « La criminalisation du recours aux “enfants soldats” dans les conflits armés », in P. Gréciano (dir.), *Justice pénale internationale – Les nouveaux enjeux de Nuremberg à la Haye*, Mare et Martin, 2016, p. 133-153.
- Jackson (Miles), « The attribution of responsibility and modes of liability in international criminal law », *Leiden Journal of International Law*, 2016, p. 879-895.
- Jain (Neha), « The control theory of perpetration in international criminal law », *Chicago journal of international law*, vol. 12, n°1, 2011, p. 157-198.
- Jeschek (Hans-Heinrich), « The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute », *JICJ*, 2004, p. 38-55.
- Jessberger (Florian), Geneuss (Julia), « On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir », *JICJ*, 2011, p. 853-869.
- Jordash (Wayne), Martin (Scott), « Due process and fair trial rights at the Special Court : how the desire for accountability outweighed the demands of justice at the Special Court for Sierra Leone », *Leiden journal of international law*, 2010, p. 585-608.
- Jordash (Wayne), Van Tuyl (Penelope), « Failure to carry the burden of proof : how joint criminal enterprise lost its way at the Special Court for Sierra Leone », *JICJ*, 2010, 591-613.
- Kadish (Sanford H.), « Complicity, cause and blame : a study in the interpretation of doctrine », *California Law Review*, 1985, p. 323-410.
- Khalifa (Ahmed), « Les conditions préalables à la responsabilité du supérieur hiérarchique devant les juridictions pénales internationales », *RSC*, 2010, p. 786-803.
- Kappos (Katerina I.), « Current developments at the International criminal Court », *JICJ*, 2018, p. 425-488.

- Kiss (Alejandro), « Command responsibility under article 28 of the Rome Statute » in C. Stahn (dir.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 608-648.
- Klinkner (Melanie), « Is all fair in love and war crimes trials ? Regulation 55 and the Katanga case », *ICLR*, 2015, p. 396-410.
- Lafontaine (Fannie), Magnoux (Claire), « Prosecuting “the most responsible” : the law and politics of the expectation and strategy », in A. Heinze, V. Dittrich (eds.), *The past, the present and the future of the International Criminal Court*, Nuremberg Academy Series n°5, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2021, p. 241-278.
- Laucci (Cyril), « Article 28 – Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques », in J. Fernandez (dir.), X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Pedone, Tome I, 2012, p. 863-886.
- Lazerges (Christine), « Le concept d'imputabilité dans les doctrines de Défense sociale », *RSC*, 1983, p. 315-325.
- Lazerges (Christine), « La participation criminelle », in *Réflexions sur le nouveau Code pénal*, Pedone, 1995, p. 11.
- Leblois-Happe (Jocelyne), Mathias (Eric), Pin (Xavier), Walther (Julien), « Chronique de droit pénal allemand », *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3 Vol. 73, p. 1229-1259.
- Legal (Alfred), « La complicité en matière d'imprudence », *RSC*, 1956, p. 531-534.
- Liwerant (Odile Sara), « Les exécutants », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, CEDIN Paris X, 2000, p. 211-224.
- Liwerant (Odile Sara), « La responsabilité, une catégorie criminologique ? Les rhétoriques discursives des « criminels contre l'humanité » », in F. Digneffe, T. Morreau (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 445-452.
- Liwerant (Odile Sara), « Mass murder – Discussing criminological perspectives », *JICJ*, 2007, p. 917-939
- Mabanga (Ghislain), « Mise en œuvre des compétences répressives subsidiaires de la Cour pénale internationale », *La revue des Droit de l'homme, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 décembre 2013.
- Mabanga (Ghislain), « Article 25 – Responsabilité pénale individuelle », in J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubeda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – Commentaire article par article*, Paris, Pedone, Tome I, 2^e édition, 2019, p. 1011-1062.

- Mabanga (Ghislain), « Affaire Ongwen : le verdict qui “sauve” la situation ougandaise, *La revue des Droit de l’homme, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2021.
- Malabat (Valérie), « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale », in Collectif, *La cohérence des châtiments*, Paris, Dalloz, 2012, p. 27-39.
- Malabat (Valérie), « Les modes de participation à l’infraction internationale », in T. Herran (dir.), *Les 20 ans du Statut de Rome - Bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, Pedone, 2020, p. 181-200.
- Manacorda (Stefano), Werle (Gerhard), « L’adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome – Le paradigme du “Volkerstrafgesetzbuch” allemand », *RSC*, 2003, p. 501-516.
- Manacorda (Stefano), « Foreword », *JICJ*, 2007, p. 913-915.
- Manacorda (Stefano), Meloni (Chantal), « Indirect perpetration versus joint criminal enterprise – Concurring approaches in the practice of international criminal law? », *JICJ*, 2011, p. 159-178.
- Manacorda (Stefano), « L’imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », in O. de Frouville (dir.), *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 107-123.
- Manacorda (Stefano), « Contribution à l’étude de la peine en droit international pénal », in D. Bernard, Y. Cartuyvels, C. Guillaïn, D. Scalia, M. van de Kerchove, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Antémis, 2013, p. 55-66.
- Mantovani (Ferrando), « The general principles of international criminal law : the viewpoint of a national criminal lawyer », *JICJ*, 2013, p. 26-38.
- Marguerite (Thomas), « Le recours au droit comparé par le juge répressif international : quelle légitimité ? », in T. di Manno, *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 49-68.
- Massé (Michel), « A la recherche d’un plan, peut-être même d’un titre, pour une nouvelle discipline juridique », in *Apprendre à douter, Questions de droit, Questions sur le droit, Études offertes à Claude Lombois*, Limoges, PULIM, 2004, p. 719-733.
- Massé (Michel), « De la lutte contre l’impunité à un nouveau modèle de responsabilité », in Digneffe (Françoise), Morreau (Thierry) (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 429-444.
- Maugeri (Anna Maria), « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l’effet d’exonération de l’ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris – Milan, Dalloz – Giuffrè Editore, 2003, p. 295-326.

- Mbokani (Jacques B.), « L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2017, p. 37-71.
- Mégret (Frédéric), « Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit international », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, p. 83-136.
- Meloni (Chantal), « Command responsibility – Mode of liability for the crime of subordinates or separate offense of the superior? », *JICJ*, 2007, p. 619-637.
- Militello (Vincenzo), « The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 941-952.
- Moore (Michael S.), « Causing, aiding, and the superfluity of accomplice liability », *University of Pennsylvania law review*, 2008, p. 396-452.
- Muñoz-Conde (Francisco), Olásolo (Hector), « The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in latin America and Spain », *JICJ*, 2011, p. 113-135.
- Nerlich (Volher), « Superior responsibility under article 28 ICC Statute : for what exactly is the superior held responsible? », *JICJ*, 2007, p. 665-682.
- Njoya (Raissa), « La complicité par aide et encouragement au regard de l'arrêt rendu en l'affaire Perišić : transition ou continuité », in D. Bernard, D. Scalia, *Vingt ans de jurisprudence internationale pénale*, Bruxelles, La Charte Professional Publishing, 2014, p. 115-151.
- Nollez-Goldbach (Raphaëlle), « Second verdict de culpabilité de la Cour pénale internationale dans l'affaire Katanga », *JCP G.*, n°13, 31 mars 2014, p. 624.
- Nollez-Goldbach (Raphaëlle), « Acquittement en appel de Jean-Pierre Bemba devant la CPI : une décision contestée sur la responsabilité du chef militaire », *JCP G.*, n°28, 2018, p. 1369.
- Nollkaemper (André), « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, n°3, 2003, pp. 615-640.
- Ohlin (Jens David), « Commentaire des décisions rendues par le TPIY dans l'affaire Stakić », in A. Klip, G. Sluiter, *Annotated leading cases of the international criminal tribunals – the ICT 2003*, Intersentia, 2008, p. 744.
- Ohlin (Jens David), « Joint criminal confusion », *New criminal law review*, 2009, p. 408-419.
- Ohlin (Jens David), « LJIL Symposium : Names, Labels, and Roses », *Blog Opinio Juris*, 23 mars 2012.

- Ohlin (Jens David), « Targeting the concept of intent », *Michigan journal of international law*, 2013, p. 79-130.
- Ohlin (Jens David), Van Sliedregt (Elies), Weigend (Thomas), « Assessing the control theory », *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 725-746.
- Ohlin (Jens David), « Searching for the Hinterman – In praise of subjective theories of imputation », *JICJ*, 2014, p. 325-343.
- Ohlin (Jens David), « Co-Perpetration – German Dogmatik or German Invasion », in C. Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, OUP, 2015, p. 517-537.
- Ojong (Thomas), « Un aperçu des lignes directrices de résolution des conflits de hiérarchies des normes et de juridictions dans le Statut de Rome », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, p. 351-388.
- Olásolo (Héctor), « A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law », *Criminal Law Forum*, 2007, p. 301-319.
- Olásolo (Héctor), « Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first case law of the International Criminal Court », in C. Stahn (ed.), G. Sluiter (ed.), *The emerging practise of the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 339-359.
- Olásolo (Héctor), Carnero Rojo (Enrique), « Forms of accessorial liability under article 25(3)(b) and (c) », in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of Challenges and Achievements*, OUP, 2015, p. 557-591.
- Ottenhof (Reynald), « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 2000, p. 71-83.
- Parizot (Raphaële), « Les modes de participation à l'infraction en droit pénal français et dans le Statut de Rome », in P. Plas, D. Roets (dir.), *L'adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 63-72.
- Pellet (Alain), « Applicable law », in A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones, *The Rome statute of the international criminal court : a commentary*, OUP, 2002, p. 1051-1084.
- Peterson (Ines), « Open questions regarding aiding and abetting liability in international criminal law », *ICLR*, 2016, p. 590-612.
- Peterson (Ines), « Criminal responsibility for omissions in ICTY and ICTR », *ICLR*, 2018, p. 749-787.
- Pierre (Alexia), « Le crime de masse en criminologie », *RSC*, 2015, p. 627-637.

- Picotti (Lorenzo), « L'élargissement des formes de préparation et de participation », *Revue internationale de droit pénal*, 2007, p. 355-404.
- Pigaroff (Donald K.), « Article 30 – Mental Element », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : Observer's notes, Article by article*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 1295 pages.
- Piragoff (Donald K.), Robinson (Darryl), « Article 30 – Mental element », in O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court : Observer's notes, Article by article*, Munich, Beck – Hart – Nomos, 2^e éd., 2008, p. 845-861.
- Poissonnier (Ghislain), « Première condamnation pour des délits d'atteinte à l'administration de la justice », *AJ Pénal*, Juin 2017, p. 282.
- Poissonnier (Ghislain), « Condamnation de Bosco Ntaganda pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en RDC », *AJ Pénal*, 2019, p. 501.
- Poissonnier (Ghislain), « Situation en Ouganda : la CPI condamne pour la première fois un cadre de la sinistre Armée de résistance du Seigneur », *AJ Pénal*, 2021, p. 199.
- Poncela (Pierrette), « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit*, Tome 22, « La responsabilité », Sirey, 1977, p. 131-142.
- Pourzand (Pejman), « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC*, 2014, p. 1-23.
- Prouvèze (Rémy), « Les modes individuels de participation à l'infraction (action, coaction, complicité) », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2^e éd., CEDIN Paris X, 2013, p. 491-501.
- Ramsden (Michael), Chung (Cecilia), « 'Reasonable grounds to believe' – An unreasonably unclear evidentiary threshold in the ICC Statute », *JICJ*, 2015, p. 555-577.
- Robert (Jacques-Henri), « Imputation et complicité », *JCP*, 1975, I, 2720.
- Robinson (Darryl), « How command responsibility got so complicated : a culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution », *Melbourne journal of international law*, 2012, p. 1-58.
- Robinson (Darryl), « A justification of command responsibility », *Criminal law forum*, 2007, p.633-668.
- Röling (Bernard Victor Aloysius), « The significance of the laws of war », in A. Cassese (dir.), *Current Problems of International Law : Essays on UN Law and on the Law of Armed Conflict*, Giuffrè, 1975, p. 138.

- Roth (Robert), « Responsabilité pénale individuelle pour délits collectifs : droit continental », in O. de Frouville, *Punir les crimes de masse : entreprise criminelle commune ou co-action ?*, Bruxelles, Anthemis, 2012, p. 68-71.
- Roxin (Claus), « Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193-207.
- Roxin (Claus), « Crimes as part of organized power structures », Traduction par Belinda Cooper du texte originellement publié aux *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1963), *JICJ*, 2011, 193-205.
- Saas (Claire), Trautmann (Sebastian), « Actualité de droit pénal allemand 2007 », *RSC*, 2008, p. 209-214.
- Sadat (Leila Nadya), Jolly (Jarrod M.), « Seven canons of ICC treaty interpretation: making sense of article 25's Rorschach Blot », *Leiden Journal of International Law*, 2014, p. 755-788.
- Saland (Per), « International criminal law principles », in R. Lee (dir.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer, 1999, p. 189-216.
- Sanikidze (Zurab), « The level of « contribution » required under article 25(3)(d) of the Rome Statute of the International Criminal Court », *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 221-232.
- Scalia (Damien), « Chronique de droit pénal international », *RIDP*, 2014, p. 723-748.
- Scalia (Damien), « Le sens de la peine dans la première condamnation par la Cour pénale internationale », *Études internationales*, Vol. 45, n°1, Mars 2014, p. 67-83.
- Schabas (William), « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, Numéro 4, p. 400-428.
- Schabas (William), « Article 30. Mental element/Élément psychologique », in W. Schabas, *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck – Hart – Nomos, 2è éd., 2008, p. 472-481.
- Schabas (William), « Article 25. Individual criminal responsibility », in W. Schabas, *Commentary to the Rome statute of the International Criminal Court*, München, Beck – Hart – Nomos, 2è éd., 2008, p. 421-442.
- Schaub (Olivier), « Arrêt d'appel dans l'affaire *Ngudjolo Chui* : l'attachement de la CPI à l'établissement de la vérité judiciaire », *Droit pénal*, n° 4, Avril 2015, p. 33.
- Sivakumaran (Sandesh), « Command responsibility in irregular groups », *JICJ*, 2012, p. 1129-1150.

- Stahn (Carsten), « Taking complementarity seriously : on the sense and sensibility of “classical”, “positive” and “negative complementarity » », in C. Stahn, M. El Zeidy, *The international criminal Court and complementarity, From history to Practice*, Cambridge University Press, 2011, p. 233-282.
- Stahn (Carsten), « Justice delivered or justice denied ? The legacy of the *Katanga* Judgment », *JICJ*, 2014, p. 809-834.
- Stewart (James G.), « The strangely familiar history of the unitary theory of perpetration », in B. Ackerman, K. Ambos, H. Sikirić (eds.), *Visions of Justice – Essays in Honor of Professor Mirjan Damaška*, Duncker & Humbolt, 2016, p. 325-350.
- Stuckenberg (Carl Friedrich), « Problems of subjective imputation in domestic and international criminal law », *JICJ*, 2014, p. 311-323.
- Syr (Jean-Hervé), « La responsabilité pénale, une approche sociologique », *Mélanges Raymond Gassin*, p. 489-502.
- Triffterer (Otto), « Causality, a separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute ? », *Leiden Journal of International Law*, 2002, p. 179-205.
- Triffterer (Otto), « “Command responsibility” – *crimen sui generis* or participation as “otherwise provided” ? », in J. Arnold (dir.), B. Burkhardt (dir.), W. Gropp (dir.), G. Heine (dir.), H.-G. Koch (dir.), O. Lagodny (dir.), W. Perron (dir.), S. Walther (dir.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, 2005, p. 904-924.
- Van der Wilt (Harmen G.), « The continuous quest for proper modes of criminal responsibility », *JICJ*, 2009, p. 307-314.
- Van Sliedregt (Elies), « Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide », *JICJ*, 2007, p. 184-207.
- Van Sliedregt (Elies), « Article 28 of the ICC Statute : mode of liability and/or separate offense ? », *New criminal law review*, 2009, p. 420-432.
- Van Sliedregt (Elies), « Perpetration and participation in article 25§3 of the Statute of the international criminal Court », in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, p. 499-513.
- Ventura (Manuel J.), « Two controversies in the Lubanga trial judgement of the ICC : the nature of co-perpetration’s common plan and the classification of the armed conflict », in S. Casey-Maslen (ed.), *The War report 2012*, OUP, 2013, p. 473-491.
- Venturoli (Marco), « Au-delà de la participation à l’association de type mafieux : le concours externe », *RSC*, 2017, p. 27-40.

- Vergès (Etienne), « Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale : une avancée marquante de la répression en France des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », *RSC*, 2010, p. 896-904.
- Vest (Hans), « A structured-based concept of genocidal intent », *JICJ*, 2007, p. 781-797.
- Vest (Hans), « Problems of participation – Unitarian, differentiated approach, or something else? », *JICJ*, 2014, p. 295-309.
- Vogel (Joachim), « How to determine individual criminal responsibility in systemic context : twelve models », *Cahiers de Défense sociale*, 2002, p. 151-169.
- Weigend (Thomas), « Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 999-1027.
- Weigend (Thomas), « Intent, mistake of law, and coperpetration in the Lubanga decision on confirmation of charges », *JICJ*, 2008, p. 471-487.
- Weigend (Thomas), « Superior responsibility : complicity, omission or over-extension of criminal law? » in C. Burchard (dir.), O. Triffterer (dir.), J. Vogel (dir.), *The review conference and the future of the International Criminal Court*, Kluwer, 2010, p. 67-80.
- Weigend (Thomas), « Perpetration through an organization – The unexpected career of a German legal concept », *JICJ*, 2011, p. 91-111.
- Weigend (Thomas), « Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision on confirmation of charges », *JICJ*, 2014, p. 471-487.
- Welzel (Hans), « Studien zum System des Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, p. 491-566.
- Werle (Gerhard), Jessberger (Florian), « Unless otherwise provided – Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under international criminal law », *JICJ*, 2005, p. 35-55.
- Werle (Gerhard), « Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 953-975.
- Werle (Gerhard), Burghardt (Boris), « Indirect perpetration : a perfect fit for international prosecution of armchair killers? », *JICJ*, 2011, p. 85-89.
- Werle (Gerhard), Burghardt (Boris), « Introductory note – Claus Roxin on crimes as part of organized power structures », *JICJ*, 2011, p. 191-205.
- Werle (Gerhard), Burghardt (Boris), « Les formes de participation en droit international pénal », *RSC*, 2012, p. 47-67.

- Werle (Gerhard), Burghardt (Boris), « Establishing degrees of responsibility – Modes of participation in Article 25 of the ICC Statute », in E. van Sliedregt, S. Vasiliev (ed.), *Pluralism in international criminal law*, OUP, 2014, p. 301-319.
- Wirth (Steffen), « Co-perpetration in the Lubanga trial judgment », *JICJ*, 2012, p. 971-995.
- Women's initiatives for gender justice, *Modes of liability – A review of the International Criminal Court's current jurisprudence and practise*, Novembre 2013, 150 pages.
- Yanev (Lachezar), Kooijmans (Tijs), « Divided minds in the *Lubanga* trial judgment : a case against the joint control theory », *ICLR*, 2013, vol. 13, n°4, p. 789-828.
- Yokohama (Kazuya), « The failure to control and the failure to prevent, repress and submit : the structure of superior responsibility under article 28 ICC Statute », *ICLR*, 2018, p. 275-303.
- Zappalà (Salvatore), « Les crimes d'omission », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2è éd., 2013, p. 517-528.
- Zlatic (B), « La participation criminelle et les différentes formes de culpabilité », *RIDP*, 1967, p. 157.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Les décisions sont classées par juridiction, par situation (le cas échéant), par affaire, et suivant un ordre alphabétique et chronologique.

§1. JURIDICTIONS NATIONALES

I. JURIDICTIONS FRANÇAISES

- Sur la distinction entre l’auteur et le complice :
 - Cass. crim., 17 décembre 1859, Bull. crim n°281.
- Sur la confusion entre l’auteur et le complice :
 - Cass. crim., 29 janvier 1965, n° 64-91.731, Bull. crim. n°30, *Recueil Dalloz*, 1965, p. 288, note Combaldieu.
 - Cass. crim., 30 janvier 1979, n° 78-90.287, Bull. crim. n°44 ; *Recueil Dalloz*, 1979, IR 301.
- Sur la distinction entre coauteur et complice :
 - Cass. crim., 4 août 1927, *Recueil Dalloz*, 1929, Sommaire, p. 33, note Roux.
 - Cass. Crim., 19 novembre 1943, Bull. Crim. n°129.

II. JURIDICTIONS ALLEMANDES

- Sur l’application de la théorie subjective dans la distinction auteur/complice :
 - *Badewanne Fall*, 74 RGSt 84 (1940).
 - *Stashynskij Fall*, 18 BGHSt 87 (1962).
 -
- Sur l’application de la théorie du contrôle sur le crime :
 - *Katzenkönigfall*, 35 BGHSt 347 (1988).
 - *Politbüro Fall*, BGHSt 40, (1994).

§2. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

I. COUR PENALE INTERNATIONALE

A. Situation en Côte d’Ivoire

- *Le Procureur c. Laurent Gbagbo* :
 - Décision relative à la confirmation des charges portées à l’encontre de Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, Chambre Préliminaire I, 12 juin 2014.

- *Le Procureur c. Charles Blé Goudé*
 - Decision on the confirmation of charges, ICC-02/11-02/11, Chambre préliminaire I, 11 décembre 2014.
- *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*
 - Demande de l'Accusation aux fins de notification d'une possible requalification en vertu de la norme 55-2, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, 24 avril 2015.
 - Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, 19 août 2015.
 - Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-02/11-01/15, Chambre d'appel, 18 décembre 2015.
 - Motifs de la décision rendue oralement le 15 janvier 2019 relativement à la « Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquittement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée », et à la requête en insuffisance des moyens à charge présentée par la Défense de Charles Blé Goudé, ICC-02/11-01/15, Chambre de Première instance I, 16 juillet 2019.
 - Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue par la Chambre de première instance I concernant les requêtes en insuffisance des moyens à charge, ICC-02/11-01/15 A, 31 mars 2021

B. Situation au Darfour, Soudan

- *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman :*
 - Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58§7 du Statut, ICC-02/05-01/07, Chambre préliminaire I, 27 avril 2007.
 - Mandat d'arrêt à l'encontre de Ahmad Harun, ICC-02/05-01/07, Chambre Préliminaire I, 27 avril 2007.
- *Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman :*
 - Mandat d'arrêt à l'encontre de Ali Kushayb, ICC-02/05-01/20-18-Corr-tFR, Chambre Préliminaire I, 27 avril 2007.
 - Prosecution's submission of the Document Containing the Charges, ICC-02/05-01/20-325, Chambre Préliminaire II, 29 mars 2021

- Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), ICC-02/05-01/20-433, Chambre Préliminaire I, 9 juillet 2021.
- Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir :
 - 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, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009.
 - Mandat d'arrêt, ICC-02/05-01/09, Chambre Préliminaire I, 4 mars 2009.
- Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda :
 - Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09, Chambre Préliminaire I, 28 octobre 2009.
- Le Procureur c. Abdalah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus :
 - Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-03/09, Chambre Préliminaire I, 7 mars 2011.

C. Situation au Kenya

- Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali :
 - Defence challenge to jurisdiction, admissibility and prosecution's failure to meet the requirements of Article 54, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, 19 septembre 2011.
 - Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, ICC-01/09-02/11, Chambre Préliminaire II, 23 janvier 2012.
- Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang :
 - Décision relative à la confirmation des charges conformément à l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome, ICC-01/09-01/11, Chambre Préliminaire II, 23 janvier 2012.
- Procureur c. William Samoei Ruto :
 - Prosecution's submissions on the law of indirect co-perpetration under Article 25§3(a) of the Statute and application for notice to be given under Regulation 55§2 with respect to William Samoei Ruto's individual criminal responsibility, ICC-01/09-01/11, Chambre de Première instance V, 3 juillet 2012.

- Le Procureur c. Walter Osapiri Barasa :
 - Mandat d'arrêt à l'encontre de Walter Osapiri Barasa ICC-01/09-01/13, Chambre Préliminaire II, 2 août 2013.
- Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura
 - CPI, *Le Procureur c. Francis Kirimi Mathura*, ICC-01/09-02/11, Prosecution notification of withdrawal of the charges against Francis Kirimi Muthaura, Chambre de Première instance V, 11 mars 2013
- Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta :
 - Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta, ICC-01/09-02/11, Chambre de Première instance V, 13 mars 2015.
- Le Procureur c. Paul Guicheru :
 - Décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-1 du Statut de Rome, ICC-01/09-01/15, Chambre Préliminaire II, 10 mars 2015.
 - Decision on the confirmation of charges against Paul Gicheru, ICC-01/09-01/20, Chambre Préliminaire II, 15 juillet 2021.

D. Situation en Jamahiriya arabe libyenne (Lybie)

- Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-1-tFRA, Chambre Préliminaire I, 27 juin 2011.
- Mandat d'arrêt à l'encontre de Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-01/11-2, Chambre Préliminaire I, 27 juin 2011.
- Le Procureur c. Mohamed Khaled Al-Tuhamy
 - Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled, ICC-01/11-01/13, Chambre Préliminaire I, 18 avril 2013, §12.

E. Situation au Mali

- Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi :
 - Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, 18 septembre 2015.
 - Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15, Chambre Préliminaire I, 24 mars 2016.

- Jugement portant condamnation, ICC-01/12-01/15, Chambre de Première instance VIII, 27 septembre 2016.
- *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*
- Mandat d'arrêt à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18-2, Chambre Préliminaire I, 27 mars 2018.
- Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, Chambre Préliminaire I, 13 novembre 2019.

F. Situation en Ouganda

- *Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura :*
- Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/12, Chambre Préliminaire II, 13 juillet 2012.
- *Le Procureur c. Dominic Ongwen :*
- Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Chambre Préliminaire II, 23 mars 2016.
- Trial Judgement, ICC-02/04-01/15, Chambre de Première instance IX, 4 février 2021.

G. Situation en République Centrafricaine

- *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo :*
- Décision portant ajournement de l'audience conformément à l'article 61-7-c-ii du Statut de Rome, ICC-01/05-01/08, Chambre préliminaire III, 3 mars 2009.
- Prosecution submission of amended Document containing the charges, ICC-01/05-01/08-395-Anx3, Chambre Préliminaire II, 30 mars 2009.
- 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, ICC-01/05-01/08, Chambre Préliminaire II, 15 juin 2009.
- Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/05-01/08, Chambre de Première instance III, 21 mars 2016.
- Public related version of Appellant's document support of the appeal, ICC-01/05-01/08, Chambre d'appel, 28 septembre 2016.

- Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut par la Chambre de Première instance III, ICC-01/05-01/08, Chambre d'Appel, 8 juin 2018.
- *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido :*
 - Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, 20 novembre 2013.
 - Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC-01/05-01/13, Chambre Préliminaire II, 11 novembre 2014.
 - Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/05-01/13, Chambre de Première instance VII, 19 octobre 2016.
- *Le Procureur c. Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*
 - Version publique expurgée du « Mandat d'arrêt délivré contre Alfred Yekatom », ICC-01/14-01/18-1-US-Exp, Chambre Préliminaire II, 11 novembre 2018.
 - Public Redacted Version of "Warrant of Arrest for Patrice-Edouard Ngaïssona", ICC-01/14-02/18, Chambre Préliminaire II, 7 décembre 2018.
 - Document Containing the Charges, 19 août 2019, ICC-01/14-01/18-282-Conf-AnxB1 (version publique expurgée déposée le 18 septembre 2019, ICC-01/14-01/18-282-AnxB1-Red), joint en annexe au document intitulé Prosecution's Notification of Filing of the Document Containing the Charges and List of Evidence.
 - Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Alfred Yekatom et Patrice-Édouard Ngaïssona, ICC-01/14-01/18, Chambre Préliminaire II, 11 décembre 2019 (rect. 14 mai 2020).

H. Situation en République démocratique du Congo

- *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo :*
 - Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, 20 février 2006.
 - Document de notification des charges, Article 61§3(a), ICC-01/04-01/06-356-Anx4, Chambre Préliminaire I, 28 août 2006.
 - Document de l'Accusation relatif aux questions débattues à l'audience de confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-755-Conf-Anx, 4 décembre 2006.

- Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06, Chambre Préliminaire I, 29 janvier 2007.
- Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, Chambre de Première instance I, 30 novembre 2007.
- Conclusions finales du Représentant légal des victimes a/0047/06, a/0048/06, a/0050/06 et a/0052/06, ICC-01/04-01/06-2744-Red, Chambre de Première instance I, 31 mai 2011.
- Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06, Chambre de Première instance I, 14 mars 2012.
- Mémoire de la Défense de M. Thomas Lubanga relatif à l'appel à l'encontre du « Jugement rendu en application de l'Article 74 du Statut » rendu le 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06, Chambre d'appel, 3 décembre 2012.
- Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5, Chambre d'appel, 1^{er} décembre 2014.
- Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui :
 - Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07, Chambre Préliminaire I, 30 septembre 2008.
 - Defence for Germain Katanga's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a) of the Rome Statute, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 30 octobre 2009.
 - Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 21 novembre 2012.
- Le Procureur c. Callixte Mbarushimana :
 - Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Chambre préliminaire I, 28 septembre 2010.
 - Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10, Chambre Préliminaire I, 16 décembre 2011.
 - Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre Préliminaire I le 16 décembre 2011, ICC-01/04-01/10 OA 4, Chambre d'appel, 30 mai 2012.

- *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui* :
 - Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première instance II, 18 décembre 2012.
 - Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", ICC-01/04-02/12, Chambre d'appel, 27 février 2015.
- *Le Procureur c. Germain Katanga* :
 - Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 7 mars 2014.
 - Décision relative à la peine, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première instance II, 23 mai 2014.
- *Le Procureur c. Bosco Ntaganda* :
 - Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-02/06-36-Red, Chambre Préliminaire II, 13 juillet 2012.
 - Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l'audience de confirmation des charges, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II 14 avril 2014.
 - 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 Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Chambre Préliminaire II, 9 juin 2014.
 - Jugement, ICC-01/04-02/06, Chambre de Première instance VI, 8 juillet 2019.
 - Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', ICC-01/04-02/06, Appeals Court, 30 mars 2021.

II. TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

- TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, IT-95-17/1, Chambre de Première instance, 10 décembre 1998, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Džsko Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Chambre de Première instance I, 3 mars 2000, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, IT-95-14/2-T, Chambre de première instance I, 26 février 2001, Jugement.

- TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin et Momir Talić*, IT-99-36-PT, Chambre de Première instance II, 28 mars 2001, Décision relative à la requête de Momir Talić aux fins de mise en liberté provisoire.
- TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Chambre de première instance I, 2 août 2001, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et consorts*, IT-98-30/1-T, Chambre de première instance I, 2 novembre 2001, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, Chambre de première instance II, 15 mars 2002, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Milutinović et consorts*, IT-99-37-AR72, Chambre d'appel, 21 mai 2003, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić – Entreprise criminelle commune.
- TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakić*, IT-97-24-T, Chambre de Première instance II, 31 juillet 2003, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, IT-98-32-A, Chambre d'appel, 25 février 2004, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-A, Chambre d'appel, 29 juillet 2004, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, IT-O1-48-T, Chambre de première instance I, Section A, 16 novembre 2005, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, IT-01-47-T, Chambre de première instance, 15 mars 2006, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Chambre de Première instance, 27 septembre 2006, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, IT-02-60-A, Chambre d'appel, 9 mai 2007, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Mile Mrkšić et Veselin Šljivančanin*, IT-95-13/1-A, Chambre d'appel, 5 mai 2009, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Milan Lukić et Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-A, Chambre d'appel, 4 décembre 2012, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, IT-04-81-A, Chambre d'appel, 28 février 2013, Arrêt.
- TPIY, *Le Procureur c. Blagoje Simić*, IT-95-9-A, Chambre d'appel, 28 novembre 2006, Arrêt.

- TPIY, *Le Procureur c. Popović et consorts*, IT-05-88-A, Chambre d'appel, 30 janvier 2015, Arrêt.

III. TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA

- TPIR, *Le Procureur c. Gérard Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, 13 décembre 2004, Arrêt.
- TPIR, *Le Procureur c. Aloys Simba*, ICTR-2001-76-T, Chambre de Première instance, 13 décembre 2005, Jugement.
- TPIY, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Chambre d'appel, 7 juillet 2006, Arrêt.
- TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-I, Chambre de Première instance, 13 décembre 2006, Jugement.
- TPIR, *Le Procureur c. Athanase Seromba*, ICTR-2001-66-A, Chambre d'appel, 12 mars 2008, Arrêt.
- TPIR, *Le Procureur c. Callixte Kalimanzira*, ICTR-05-88-A, Chambre d'appel, 20 octobre 2010, Arrêt.
- TPIR, *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, ICTR-01-68-A, Chambre d'appel, 16 décembre 2013, Arrêt.

IV. TRIBUNAL SPECIAL POUR LA SIERRA LEONE

- *Le Procureur c. Alex Tamba Brima* :
Judgment, SCSL-2004-16-A, Chambre d'appel, 28 février 2008.

INDEX THÉMATIQUE

Les numéros indiqués sont ceux des paragraphes.

- A -

Action concertée (contribution à une) :

- *Concorso esterno* : 135
- Contribution importante : 136
- Coordination : 134
- Criminalité de groupe : 130-132, 135
- *Mens rea* : 137

Al Bashir (Affaire) : 38, 111-113

Assistance :

- *Actus reus* : 121-124
- Contribution substantielle : 121-122
- Définition : 120
- *Mens rea* : 125-128

Attribution mutuelle :

- Définition : 31, 36-38, 92
- Plan commun : 93-95

Auteur :

Voir Participation principale

- B -

Bemba (Affaire) :

- Affaire incidente : 123, 140-141
- Affaire principale : 161 (nbp 1271), 180-171, 183

- C -

Causalité : 173, 179

Contrefactuel (raisonnement) : 97-98, 150

Commission :

Voir Participation principale

Compétence (répartition des) : 194

Complicité

Voir Participation accessoire

Contrôle

- Conjoint : 91-104
 - Indirect : 105-113, 178
 - Indirect conjoint : 111-113
 - Sur le crime (théorie du) : 63-64, 74-89, 114-115
 - Sur une organisation : 107-117
- Voir Participation principale

Conspiracy : 130

- D -

Dol

Voir *Mens rea*

- E -

Entreprise criminelle commune : 32, 131

- G -

Gbagbo (Affaire) : 183

- H -

Hiérarchie

- Des mécanismes d'imputation : 7, 148- 159
- Des contributions : 136, 136, 121-123, 150

- I -

Imputation (mécanismes d')

- Cumul : 183

- Définition : 1-3, 5
- Voir Hiérarchie (des mécanismes d'imputation)

Instigation

- Effet direct : 142
- Définition : 139
- Ordre : 143-145
- Sollicitation et encouragement : 140-142

Intention :

Voir *Mens rea*

- J -

Juste caractérisation (*fair labelling*) : 158

- K -

Katanga (Affaire) : 133, 136, 137, 149, 155

Katanga et Ngudjolo Chui (Affaire) : 36-39, 107-108, 111

- L -

Légalité (principe de) : 85-87, 157

Lubanga (Affaire) : 33, 82, 157

- M -

Mbarushimana (Affaire) : 136-137

Mens rea :

- Dol : 49-50
 - Définition : 43-48
 - Intention et connaissance : 45-46
 - Intention spécifique : 55-57, 127
 - Négligence : 58-60
- Voir Assistance, Action concertée (contribution à une)

- N -

Négligence :

Voir *Mens rea*

- O -

Omission :

- Commission par : 25, 177
- Voir Supérieur hiérarchique

- P -

Participation (modèles de) :

- Définition : 10-16
- Hybridité : 17, 151

Participation accessoire :

- Autonomie individuelle : 126, 137-138
- Emprunt de criminalité : 12, 126, 137-138

Voir Action concertée (contribution à une), Assistance, Instigation, Participation principale

Participation principale :

- Auteur derrière l'auteur (théorie de l') : 106
- Conjointe : 30-31, 33-35, 121-128
- Conjointe indirecte : 36-19, 133-138
- Contribution essentielle : 96-98
- Définition : 6
- Directe : 23-24
- Indirecte : 26-29, 140-146, 178
- Participation accessoire (distinction d'avec la) : 118-128, 133-138, 140-146, 147
- Priorité (de la) : 3, 8, 19, 117, 192
- Supérieur hiérarchique (comparaison avec le) : 176-180

Voir Contrôle

Plan commun :

Voir Attribution mutuelle

Voir Participation principale

Peine :

- Détermination : 154
- Participation (lien avec la) : 155-156

Priorité :

- Articulation : 117
- Définition : 4

Voir Participation principale,
Hiérarchie (des mécanismes
d'imputation), Subsidiarité

- R -

Requalification : 39, 133

Responsabilité pénale internationale : 1-2

- S -

Subsidiarité :

Voir Supérieur hiérarchique

Supérieur hiérarchique

- Devoirs : 171
- Qualité : 170
- Omission : 164-167, 176-180
- Responsabilité (nature de la) : 162-168, 174
- Subordonné (lien avec le) : 172-173
- Subsidiarité : 181-189

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	VII
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	IX
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION.....	1
I. Identifier la priorité de la participation principale.....	6
A. Cerner la participation principale parmi les mécanismes d'imputation.....	7
B. Discerner la priorité de la participation principale dans les mécanismes d'imputation.....	15
II. Démontrer la priorité de la participation principale.....	18
A. Mobiliser les modèles de participation.....	18
B. Appréhender la priorité de la participation principale par le décroisement des modèles d'imputation.....	23
Partie 1. Les manifestations substantielles de la priorité de la participation principale.....	31
Titre 1. La priorité par une étendue textuelle diffuse de la participation principale..	33
Chapitre 1. La relative circonscription de l'étendue objective.....	37
Section 1. Dans la participation principale individuelle.....	38
I. La commission directe.....	38
II. La commission indirecte.....	46
Section 2. Dans la participation principale conjointe.....	52
I. La commission conjointe.....	53
II. La commission conjointe indirecte.....	59
Chapitre 2. La large instabilité de l'étendue subjective.....	69
Section 1. Par l'emprunt à l'infraction.....	70
I. Le contenu de l'article 30 StCPI.....	70
A. Le texte : l'intention et la connaissance.....	71
B. L'interprétation par le juge : le dol.....	76
II. Le lien entre l'article 25 et l'article 30 du Statut.....	80
Section 2. Par le flou des contours.....	84
I. L'intention spécifique.....	84
II. La négligence coupable.....	92
Titre 2. La priorité par le recours prétorien au critère de contrôle sur le crime.....	103
Chapitre 1. L'œuvre des juges.....	105
Section 1. Le rejet des conceptions classiques.....	105
I. Le rejet d'une conception objective.....	106
II. Le rejet d'une conception subjective.....	109

Section 2. La reconnaissance d'une « troisième approche ».....	113
I. Les origines de cette troisième approche	115
A. La doctrine allemande	115
B. Une présence résiduelle en droit international	118
II. Une approche matérielle objective.....	122
Chapitre 2. La construction du critère	133
Section 1. Les éléments du contrôle conjoint.....	134
I. Aspects objectifs	134
A. Existence d'un accord ou d'un plan commun.....	135
B. Une contribution coordonnée et essentielle	143
II. Aspects subjectifs	152
A. La satisfaction aux éléments subjectifs du crime concerné	152
B. Savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels du crime résultera de la mise en œuvre du plan	153
C. Connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer sur les crimes un contrôle conjoint avec les autres coauteurs.....	157
Section 2. Les éléments du contrôle indirect	158
I. Le contrôle exercé par « l'auteur derrière l'auteur ».....	159
A. Le contrôle sur une organisation.....	160
B. Les controverses entourant le contrôle sur une organisation	163
II. Le contrôle indirect conjoint	166
Partie 2. L'articulation fonctionnelle de la priorité de la participation principale	175
Titre 1. La distinction d'avec la participation accessoire	177
Chapitre 1. Le critère de contrôle sur le crime comme critère de distinction.....	181
Section 1. Un critère efficace en cas de complicité par assistance	181
I. L'affirmation prétorienne d'une distinction objective	183
II. La consécration textuelle d'une distinction subjective	190
Section 2. Un critère fonctionnel en cas de contribution à une action criminelle concertée.....	196
I. La nature controversée de la participation à une action criminelle concertée	197
II. Une distinction structurelle intangible	202
Section 3. Un critère faillible en cas de complicité par instigation.....	221
I. Une distinction approximative en cas de complicité par sollicitation et encouragement	222
II. Une distinction superficielle en cas de complicité par ordre	227
Chapitre 2. La distinction comme hiérarchisation des mécanismes de l'article 25 StCPI ?	237
Section 1. L'injustifiable lien théorique entre distinction et hiérarchisation	237
I. La hiérarchisation, fondement de la distinction entre les degrés de contribution ?	240
II. La hiérarchisation, conséquence de l'hybridation du modèle international de participation ?	244
Section 2. La réalisation pratique d'une distinction sans hiérarchisation	247
I. L'absence de lien déterminant avec la peine	248
II. La pertinence de simplement distinguer	259

Titre 2. La comparaison avec la responsabilité du supérieur hiérarchique	267
Chapitre 1. Un mécanisme autonome	271
Section 1. La singularité de la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique.....	271
I. La nature controversée de la responsabilité du supérieur hiérarchique.....	272
II. Le caractère <i>sui generis</i> de la responsabilité du supérieur hiérarchique	276
Section 2. Des caractéristiques propres	279
I. Les devoirs spécifiques du supérieur hiérarchique.....	280
II. Les liens entre le crime du subordonné et l’omission du supérieur hiérarchique.....	288
Chapitre 2. Un mécanisme subsidiaire.....	299
Section 1. L’omission comme zone d’interaction	299
Section 2. L’articulation avec l’article 25 StCPI.....	316
I. La subsidiarité affirmée comme principe	317
II. La subsidiarité dénoncée dans ses effets	325
CONCLUSION GÉNÉRALE	333
ANNEXE	339
BIBLIOGRAPHIE	356
TABLE DE JURISPRUDENCE	385
INDEX THÉMATIQUE	395
TABLE DES MATIÈRES	398

RÉSUMÉ

La priorité de la « participation principale » dans les mécanismes d'imputation de l'infraction devant la Cour pénale internationale

En droit international pénal, la question de l'imputation de l'infraction revêt une place centrale dans la détermination de la responsabilité pénale individuelle. L'un des enjeux majeurs de la justice pénale internationale se trouve en effet dans le processus d'attribution des crimes de masse à des individus qui, bien souvent, n'ont pas matériellement commis les actes qui leur sont reprochés. Dans ce contexte systémique, se pose alors la question de savoir comment imputer à un individu un crime commis collectivement.

Alors que l'article 25§3 du Statut de la Cour pénale internationale vise indifféremment plusieurs mécanismes d'imputation, il semble toutefois s'organiser autour d'une distinction entre les individus qui « commettent » l'infraction et les individus qui ne font qu'y « contribuer ». Cette distinction fondée sur la nature de l'acte de participation permettrait ainsi de discerner une forme de « participation principale » et une forme de « participation accessoire ». Malgré l'apparente exhaustivité du texte, les juges et le Procureur de la Cour pénale internationale en font une application très circonscrite et empreinte d'un symbolisme certain : des premières décisions de mandat d'arrêt aux plus récents jugements, ces derniers ont en effet essentiellement mobilisé les formes de la « participation principale », lui accordant ainsi une préférence, une priorité. Profondément stigmatisant, ce choix invite aujourd'hui à reconsidérer l'appréhension et la compréhension de la chaîne de responsabilité et surtout, à repenser l'articulation d'ensemble des mécanismes de participation à l'infraction prévus par le Statut.

Mots-clés : Contrôle sur le crime, Cour pénale internationale, Hiérarchie de culpabilité, Imputation, Participation principale, Participation accessoire, Priorité, Responsabilité du supérieur hiérarchique.

SUMMARY

The priority of « principal participation » in the mechanisms of attribution of the crime before the International criminal Court

In international criminal law, the imputation of the crime become a central legal issue in the establishment of individual criminal liability. Indeed, the mechanisms of attribution of mass crimes to individuals who, very often, have not physically committed the acts they are being accused for, constitutes one of the major challenges faced by the international criminal justice. This systemic criminal background questions the imputation of individual liability in mass crimes.

Even though article 25§3 of the ICC Statute indistinctly provides several mechanisms of attribution, a distinction has been made between individuals who “commit” the crime and those who only “contribute” to it. This distinction based on the nature of the participation in the act enables a differentiation between a kind of “principal participation” and a kind of “accessory participation”. Through an examination of the case-law, I show that ICC judges and Prosecutor apply the article 25§3 in a narrow and somewhat symbolic manner despite the text's apparent exhaustivity. Indeed, by analysing the first arrest warrant decisions up to the most recent cases, we can see that judges have mostly used the various forms of “principal participation”, giving it a priority over the other mechanisms. I argue that this practice is deeply stigmatising, and that it invites us today to reconsider the apprehension and understanding of the whole chain of distribution liability. More than ever, we have to envisage the mechanisms of attribution as a whole and through the incidences and consequences of the priority usage of “principal participation”.

Keywords : Accessory participation, Attribution, Control over the crime, International Criminal Court, Hierarchy of blameworthiness, Principal participation, Priority, Superior responsibility.