



Original : anglais

N° : ICC-01/04-02/12

Date : 18 décembre 2012

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

**Composée comme suit : M. le juge Bruno Cotte, juge président
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
Mme la juge Christine Van den Wyngaert**

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE**

LE PROCUREUR c. MATHIEU NGUDJOLO CHUI

Public

Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut

Opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert

Décision à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. Eric MacDonald

Le conseil de la Défense

M^e Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
M^e Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes

M^e Jean-Louis Gilissen
M^e Fidel Nsita Luvengika

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparations)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

Le greffier adjoint

La Section de la détention

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

**OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE
CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT**

A. Introduction	4
B. Observations sur l'interprétation de l'article 25-3-a du Statut	7
C. L'article 25-3 comme hiérarchie des comportements blâmables	13
D. La commission conjointe et le « plan commun »	19
E. La commission conjointe et la « contribution essentielle »	23
F. La commission par l'intermédiaire d'une autre personne et la notion de « <i>Organisationsherrschaft</i> »	27
G. « La coaction indirecte »	30
H. Conclusion	34

Ceci constitue l'opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert, jointe au jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*.

A. Introduction

1. Je suis pleinement d'accord avec l'acquittement de Mathieu Ngudjolo. La présente opinion a pour objet de faire part de mes vues quant à l'interprétation de l'article 25-3-a du Statut.
2. Tout en convenant avec mes collègues qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur le droit relatif au mode de responsabilité reproché (à savoir la « coaction indirecte » en vertu de l'article 25-3-a du Statut), je relève qu'au début du procès, la Chambre a explicitement demandé aux parties et aux participants de faire connaître leurs vues sur l'interprétation que la Chambre préliminaire avait donnée de l'article 25-3-a. Or c'était la première fois qu'une chambre de première instance avait l'occasion d'exposer ses vues sur le concept nouveau qu'est la « coaction indirecte », aussi cette opinion a-t-elle pour objectif de présenter mes propres vues sur l'interprétation de l'article 25-3-a.
3. Dans leurs observations, les deux équipes de la Défense ont demandé à la Chambre de rejeter l'interprétation de l'article 25-3-a adoptée par la Chambre préliminaire¹. L'Accusation, bien qu'elle ait adhéré à cette théorie, a demandé à la Chambre « [TRADUCTION] de revoir ou d'examiner de

¹ Défense de G. Katanga, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo, Corrigendum to Defence for Germain Katanga's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a) of the Rome Statute*, 30 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1578-Corr ; Défense de M. Ngudjolo, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo*, Mémoire de la Défense de Mathieu Ngudjolo sur l'interprétation de l'article 25(3)(a) du Statut de Rome, 28 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1569.

manière approfondie » deux éléments². Dans les mémoires en clôture, les parties ont confirmé qu'à leurs yeux, la question de la bonne interprétation de l'article 25-3-a restait ouverte. La Défense de Germain Katanga a de nouveau mis en cause la validité de la théorie de la Chambre préliminaire sur la base des arguments déjà soulevés en octobre 2009³. Quant à l'Accusation, non seulement elle ne s'est pas opposée à l'idée que la Chambre puisse adopter une autre lecture de l'article 25-3-a⁴, mais elle en a elle-même prôné une interprétation quelque peu différente⁵.

4. Depuis la première Décision relative à la confirmation des charges, rendue dans l'affaire *Lubanga*, les chambres préliminaires ont invariablement eu recours à des critères tirés de ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « *théorie du contrôle exercé sur le crime* » pour interpréter l'article 25-3-a du Statut⁶. Lors du premier procès, la Majorité s'est ralliée à cette théorie, alors que le juge Fulford s'en est distancié⁷.

² Accusation, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo, Prosecution's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a)*, 19 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1541.

³ Défense de G. Katanga, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo, Public Redacted Version - Second Corrigendum to the Defence Closing Brief*, 29 juin 2012, ICC-01/04-01/07-3266-Conf (ICC-01/04-01/07-3266-Corr2-Red), par. 1111 à 1116 ; Chambre de première instance II, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo*, 21 mai 2012, ICC-01/04-01/07-T-338-CONF-ENG (ICC-01/04-01/07-T-338-Red-ENG WT), p. 18, 52 et suiv.

⁴ Chambre de première instance II, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo*, 23 mai 2012, ICC-01/04-01/07-T-340-ENG CT.

⁵ Accusation, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo, Prosecution's Pre-Trial Brief on the Interpretation of Article 25(3)(a)*, 19 octobre 2009, ICC-01/04-01/07-1541, par. 12.

⁶ Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. G. Katanga et M. Ngudjolo*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, 30 septembre 2008 (« la Décision de confirmation des charges en l'espèce »), par. 480 et suiv. ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 326 à 341 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 291 et 292 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Muthaura et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, par. 296 ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Banda et Jerbo*, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, 7 mars 2011, ICC-02/05-03/09-121-Conf-Corr-tFRA (ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA), par. 126 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7

5. La théorie du contrôle exercé sur le crime est principalement fondée sur la doctrine juridique allemande et les écrits de Claus Roxin⁸. Je conviens avec le juge Fulford que cette importation directe depuis le système juridique allemand est problématique⁹. Compte tenu de sa mission universaliste, la Cour devrait éviter de s'appuyer sur un modèle national en particulier, aussi sophistiqué soit-il¹⁰.
6. Dans la présente opinion, je souhaite moi aussi me distancier de cette théorie pour des motifs qui, en grande partie, concordent avec ceux avancés par le juge Fulford. Premièrement, à mon sens, cette théorie n'est pas conforme à l'article 22-2 du Statut et au sens ordinaire de l'article 25-3-a. Deuxièmement, je n'admets pas l'hypothèse sur laquelle elle est fondée, à savoir qu'il y aurait une hiérarchie entre les modes de responsabilité figurant aux alinéas a) à d) de l'article 25-3. Troisièmement, dans la théorie du contrôle exercé sur le crime, le plan commun apparaît comme un élément objectif et non subjectif, ce qui met abusivement l'accent sur le lien entre l'accusé et le plan commun, et non entre l'accusé et le crime. Quatrièmement, je ne vois pas sur quelle base légale reposerait l'exigence d'une « contribution essentielle ». Par conséquent, je n'accepte pas l'idée qu'il suffise, pour que la coaction soit constituée au sens de l'article 25-3-a,

du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 348.

⁷ Voir Chambre de première instance I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA (« le Jugement *Lubanga* »).

⁸ Voir Décision relative à la confirmation des charges en l'espèce, par. 480 à 486. Voir aussi Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 348, note de bas de page 425.

⁹ Voir Jugement *Lubanga*, opinion individuelle du juge Adrian Fulford, par. 8 et 10 (« l'Opinion individuelle du juge Fulford »).

¹⁰ Voir l'article 21-1-c du Statut (la Cour ne peut appliquer les « lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde » que dans la mesure où on peut en dégager des « principes généraux du droit »). Voir plus loin, par. 10.

qu'un accusé contribue à un plan commun défini dans ses grandes lignes, et non pas au crime lui-même.

7. En outre, je suis aussi en désaccord avec l'interprétation que fait la Chambre préliminaire de la commission indirecte¹¹ au motif que le concept de « commission par l'intermédiaire d'une organisation » ne trouve aucun appui dans le Statut. Je pense également que cette notion nouvelle, la « coaction indirecte »¹², telle que la Chambre préliminaire l'interprète et la définit, va au-delà des termes du Statut et qu'elle est donc incompatible avec l'article 22.

B. Observations sur l'interprétation de l'article 25-3-a du Statut

8. À l'instar du juge Fulford, je m'efforce de donner une grille de lecture qui respecte le sens ordinaire des termes du Statut. Avant de l'exposer, j'explique quelle est mon approche générale de l'interprétation de l'article 25-3-a.
9. À titre liminaire, je constate que les sources du droit sur lesquelles la Cour peut s'appuyer sont très différentes du droit appliqué par les tribunaux ad hoc, où, comme l'a reconnu la Chambre préliminaire¹³, le droit international coutumier joue un rôle bien plus important qu'à la CPI¹⁴. Alors que les

¹¹ Les charges ne se fondant dans l'affaire *Lubanga* que sur la commission conjointe, aucune chambre de première instance n'a encore interprété la commission indirecte ni la « coaction indirecte ».

¹² Voir Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 480 et suiv.

¹³ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 508.

¹⁴ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, document de l'ONU, S/25704, 3 mai 1993, par. 34 (« De l'avis du Secrétaire général, l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique les règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible

Chambres du TPIY se sont appuyées sur le droit international coutumier pour interpréter les modes de responsabilité prévus dans leur Statut¹⁵, il est fort douteux que la CPI puisse en faire autant¹⁶.

10. Aux termes de l'article 21-1-a du Statut, la Cour « applique [...] [e]n premier lieu, le présent Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ». Il n'existe malheureusement pas d'« Éléments de la responsabilité pénale » pour aider la Cour à interpréter et à appliquer les articles 25 et 28¹⁷. Le droit international (article 21-1-b du Statut) et les principes généraux dégagés des lois nationales (article 21-1-c du Statut) ne sont que des sources auxiliaires sur lesquelles il est seulement possible de s'appuyer en cas de lacune dans le Statut, le Règlement de procédure et de preuve ou les Éléments des crimes. Pour déterminer si tel est le cas, la Cour doit d'abord appliquer les règles d'interprétation applicables, telles que prévues dans le Statut et dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains États [...] adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas. »).

¹⁵ TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Milutinovic et consorts*, IT-99-37-AR72, Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – Entreprise criminelle commune, 21 mai 2003, par. 18 et 19. Voir aussi TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Brdanin*, IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007, par. 424. Voir aussi plus loin, note 77.

¹⁶ Je ne suis à cet égard pas convaincue par l'argument selon lequel la formulation « sauf disposition contraire » figurant à l'article 30-1 du Statut permettrait aux Chambres de la CPI d'appliquer le droit international coutumier pour interpréter les modes de responsabilité. Voir de façon générale Gerhard Werle et Florian Jessberger, « Unless otherwise provided: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Elements of Crimes Under International Criminal Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, p. 35 (2005); Steffen Wirth, « Co-perpetration in the Lubanga Trial », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, p. 971 (2012) (soutenant que la formulation « sauf disposition contraire » de l'article 30-1 du Statut permet de recourir largement au droit international coutumier pour déterminer la *mens rea*).

¹⁷ Voir Roger S. Clark, « Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 6, p. 231 (2008); Maria Kelt et Herman von Hebel, « General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes », in R. S. Lee (Dir. pub.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, 2001), p. 21.

11. Pour interpréter les termes désignant les différentes formes de responsabilité pénale prévues dans le Statut, la Chambre doit s'efforcer dans toute la mesure possible de leur attribuer leur « sens ordinaire », comme l'exige l'article 31-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁸.
12. J'ai conscience que les termes employés dans l'article 25-3-a renvoient à des concepts ouverts. De nombreux systèmes juridiques utilisent des termes identiques ou comparables pour décrire les nombreuses formes différentes de responsabilité pénale. A contrario, dans de nombreux systèmes nationaux, les termes tels que « commettre », « coaction » et autres sont des termes juridiques consacrés, dotés d'une signification spécifique qui peut varier d'un système à l'autre¹⁹. Il est donc extrêmement difficile de dégager le « sens ordinaire » des termes figurant à l'article 25-3-a à partir de leur usage dans les systèmes juridiques nationaux.
13. Malheureusement, les travaux préparatoires ne sont pas d'un grand secours. En fait, l'historique de la rédaction du Chapitre III du Statut montre que ce chapitre résulte d'une combinaison éclectique de sources provenant de plusieurs traditions juridiques nationales²⁰, ainsi que de quelques instruments internationaux²¹. Il n'est guère surprenant que l'article 25 ait des origines aussi diverses, si l'on songe que les États parties souhaitent

¹⁸ RTNU, vol. 1155 (1969), p. 331.

¹⁹ Voir, de façon générale, Max Planck Institute, *Participation in Crime : Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks – A Comparative Analysis*, Ulrich Sieber (Dir. pub.), à paraître.

²⁰ Voir par exemple les commentaires formulés par l'ambassadeur Per Saland, qui a dirigé à Rome le Groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal, in Roy S. Lee, *The International Criminal Court: The making of the Rome Statute* (1999), p. 199.

²¹ Par exemple, l'article 25-3-d est calqué sur la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (1997), résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur le rapport de la Sixième Commission (A/52/653)], A/RES/52/164, 15 décembre 1997, art. 2.3. Convention relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne, Journal officiel n° C 313 du 23/10/1996, art. 3.4.

manifestement trouver un compromis entre différentes traditions juridiques.

14. Qu'on le veuille ou non, à l'exception peut-être de la commission par l'intermédiaire d'une autre personne, l'article 25-3-a ne prévoit que les formes générales et traditionnelles de la responsabilité pénale. Toute tentative d'étendre la notion de « commission » aux « auteurs intellectuels » ou aux « cerveaux » des crimes internationaux se heurte donc à des difficultés juridiques et conceptuelles.

15. Il est notable, à cet égard, que les auteurs du Statut aient décidé de ne pas inclure des formes de responsabilité pénale particulières à certaines traditions juridiques, comme le fait de planifier et le complot, qui auraient pourtant pu être particulièrement bien adaptées pour poursuivre les « auteurs intellectuels » ou les « cerveaux » à l'origine d'atrocités. Cela est particulièrement vrai s'agissant de l'acte de « planifier », qui est peut-être la forme de responsabilité pénale qui dépeint le mieux le comportement des « auteurs intellectuels ». Il est éloquent qu'elle ne soit pas prévue dans le Statut²². Fait également fondamental à mon sens, il a été décidé à la Conférence de Rome de ne pas inclure de formes de responsabilité fondées

²² Cette forme de responsabilité pénale avait déjà été retenue devant d'autres juridictions internationales ainsi qu'à l'article 2-3-e du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission du droit international (1996). Voir l'article 6 de la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg ; article 71) du Statut du TPIY ; article 6 1) du Statut du TPIR. La « planification » figure également dans plusieurs versions du projet de Statut de la CPI, où il apparaît aux côtés de ce qui deviendra l'article 25-3-a du Statut. Voir, p. ex., Groupe de travail sur les principes généraux, Document sur la responsabilité pénale soumis par un groupe informel représentant différents systèmes juridiques, A/AC.249/1997/WG.2/DP.1 ; rapport de la réunion intersessions du Comité préparatoire (« le projet Zutphen ») (1997), A/AC.249/1998/L.13, p. 53 ; Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1 (1998), article 23.

sur la conscience de risques et/ou l'acceptation de ceux-ci, telles que le dol éventuel ou la négligence coupable (*recklessness*)²³.

16. Je suis fermement convaincue qu'on ne saurait avoir recours aux règles d'interprétation des traités pour combler ce que d'aucuns perçoivent comme des lacunes dans l'arsenal des formes de responsabilité pénale disponibles. Même si la « lutte contre l'impunité » est l'une des premières raisons d'être de la Cour²⁴ qui peuvent être utiles pour interpréter certaines règles de procédure ²⁵, elle ne saurait fonder une interprétation téléologique²⁶ des articles traitant de la responsabilité pénale.

17. De même, je crois qu'on ne saurait s'appuyer sur des sources de droit auxiliaires, telles qu'énumérées aux alinéas b) et c) de l'article 21-1 du Statut, pour justifier l'introduction de formes de responsabilité pénale qui vont au-delà du texte du Statut. Quelle que soit la valeur attribuée en Allemagne, et dans les autres systèmes juridiques qui ont suivi le modèle allemand, à la théorie du contrôle exercé sur le crime, se fonder sur celle-ci ne serait possible que dans la mesure où elle pourrait constituer un principe général de droit pénal au sens de l'article 21-1-c. Cependant, au vu de la fragmentation radicale des systèmes juridiques nationaux s'agissant de la définition des modes de responsabilité, il est pratiquement impossible de dégager des principes généraux à cet égard. Il est donc très peu probable

²³ Voir Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, 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, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 360 à 369. Voir aussi plus loin, par. 36 et 37, pour un examen plus approfondi de la notion de dol éventuel.

²⁴ Voir le préambule du Statut, point 5.

²⁵ Voir, par exemple, Chambre d'appel, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, 8 décembre 2009, ICC-01/04-01/06-2205-tFRA, par. 77.

²⁶ Voir Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 492.

que la théorie du contrôle se voie conférer cette qualité. En outre, même si l'on pouvait dégager des principes généraux, se fonder sur ceux-ci, même sous couvert d'appliquer les règles d'interprétation des traités, pour élargir la portée de certaines formes de responsabilité pénale constituerait une extension inacceptable de la compétence de la Cour.

18. Dernier point, et non des moindres, j'attache la plus grande importance à l'article 22-2 du Statut²⁷, qui oblige la Cour à procéder à une interprétation stricte de la définition des crimes et prohibe toute extension par analogie. Il ne fait guère de doute que ce principe fondamental s'applique avec une force égale à la définition de la responsabilité pénale²⁸. En effet, je pense que cet article l'emporte sur les méthodes conventionnelles d'interprétation des traités, telles que définies dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier sur la méthode téléologique. Si ces méthodes peuvent être tout à fait adaptées à l'interprétation d'autres parties du Statut, je considère que s'agissant des articles traitant de la responsabilité pénale des individus, le principe d'interprétation stricte et le principe *in dubio pro reo* s'appliquent en priorité.

19. Pour ce qui est de ce dernier principe, je pense que son inclusion expresse dans l'article 22-2 est une caractéristique particulièrement révélatrice du Statut. En le consacrant au Chapitre III du Statut, les États ont souhaité s'assurer que la Cour ne pourrait faire montre de la « créativité judiciaire » dont d'autres juridictions ont parfois pu être soupçonnées. De plus, ce

²⁷ L'article 22-2 du Statut dispose que « [l]a définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation ».

²⁸ Voir William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010), p. 410.

principe est une garantie essentielle assurant tant la prévisibilité que la sécurité juridique nécessaires dans tout système fondé sur la règle de droit.

20. Il faut que les intéressés aient pu savoir au moment d'adopter un certain comportement que celui-ci était incriminé en droit²⁹. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a accordé un poids considérable aux éléments d'« accessibilité » et de « prévisibilité » dans son examen du principe de la légalité des délits et des peines³⁰. Je doute que quiconque (que ce soit en RDC ou ailleurs) ait pu savoir, avant les premières interprétations formulées par la Chambre préliminaire, que l'article 25-3-a contenait une forme de responsabilité pénale aussi complexe et aussi singulière que la théorie de la « coaction indirecte », et encore moins que celle-ci reposait sur la théorie du « contrôle exercé sur le crime ».

21. Ces considérations amènent à conclure qu'il y a lieu de revoir plusieurs aspects de l'interprétation que la Chambre préliminaire et la Majorité de la Chambre de première instance ont faite de l'article 25-3-a, car ils posent un problème juridique. En outre, comme je l'expliquerai plus loin, il n'est nullement nécessaire d'adopter cette interprétation complexe.

²⁹ Article 22 du Statut. Voir aussi Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1976, 999 RTNU 171, art. 15 ; Convention européenne des droits de l'homme, 1955, 213 RTNU 221, STE 5, art. 7 ; Convention américaine des droits de l'homme, 1979, 1144 RTNU 123, Série des Traités, OEA 36, art. 9.

³⁰ CEDH, Grande Chambre, affaire *Achour c. France*, requête n° 67335/01, Arrêt (au principal), 29 mars 2006, par. 41 (« Il s'ensuit [s'agissant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme] que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ») ; CEDH, Grande Chambre, affaire *Kononov c. Lettonie*, requête n° 36376/04, Arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 mai 2010, par. 185 ; CEDH, Grande Chambre, affaire *Korbely c. Hongrie*, requête n° 9174/02, Arrêt (au principal et satisfaction équitable), 19 septembre 2008, par. 71.

C. L'article 25-3 comme hiérarchie des comportements blâmables

22. La théorie du contrôle exercé sur le crime aurait été introduite en tant que critère permettant d'opérer une distinction normative entre les auteurs principaux, au sens de l'article 25-3-a, et les complices au sens de l'article 25-3-b à 25-3-d du Statut. Le besoin qu'il y aurait d'opérer une telle distinction repose sur l'idée que l'article 25-3 établirait une hiérarchie en vertu de laquelle les auteurs principaux seraient jugés plus blâmables que les complices³¹. Si je perçois bien une différence conceptuelle entre la responsabilité pénale des auteurs principaux et celle des complices (l'une est directe et l'autre en est dérivée), je ne pense pas qu'elle se traduise nécessairement par un traitement judiciaire différent selon que l'accusé est reconnu coupable sous l'une ou l'autre forme. Le fait que les auteurs principaux soient liés plus directement à la réalisation des éléments matériels du crime que les complices n'implique pas que le rôle que tiennent les premiers doive être jugé plus blâmable *en soi*³².

23. Je ne vois rien dans le Statut ni dans les travaux préparatoires qui permettent de conclure que l'article 25-3-a serait à distinguer des autres alinéas parce qu'il porte sur un comportement qui serait plus blâmable. À l'instar du juge Fulford, je ne vois pas sur quelle base on pourrait conclure que les actes relevant de l'article 25-3-b du Statut sont moins graves que

³¹ Jugement *Lubanga*, par. 999 ; Kai Ambos, « The First Judgment of the ICC (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal issues », *International Criminal law Review*, vol. 12, p. 140 et 141 (2012), Gerhard Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », *Journal International Criminal Justice*, vol. 5, p. 957 (2007).

³² Les auteurs du Statut de Rome ont beau avoir voulu s'éloigner d'un « [TRADUCTION] concept purement unitaire » de perpétration pour se rapprocher d'un « [TRADUCTION] système plus différencié » [Kai Ambos, « The First Judgment of the ICC (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal issues », *International Criminal law Review*, vol. 12, p. 144 (2012)], cela ne signifie pas qu'ils entendaient créer une hiérarchie entre les divers alinéas de l'article 25-3.

ceux visés à l'article 25-3-a³³. En fait, je pense que, souvent, ordonner la commission d'un crime ou inciter à le commettre est au moins aussi moralement répréhensible que le commettre soi-même. Il importe peu, à cet égard, que l'on considère le fait de l'ordonner comme une forme de commission indirecte au sens de l'article 25-3-a ou comme une forme de responsabilité pénale dérivée au sens de l'article 25-3-b.

24. Le même raisonnement s'applique à l'aide et au concours visés à l'article 25-3-c du Statut. Si l'aide et le concours apportés à la commission d'un crime sont considérés comme moins graves que la commission dans certains systèmes juridiques, je ne vois dans le Statut aucune base légale fondant pareille approche. En fait, je ne vois aucune différence intrinsèque entre la culpabilité qui s'attache à l'aide et au concours et celle qui s'attache à la commission. Je ne pense pas que le fantassin qui a pris part à un massacre (article 25-3-a) est nécessairement plus blâmable que le général d'armée qui a apporté son aide et son concours à la commission du même massacre (article 25-3-c)³⁴. Je suis d'avis que le caractère blâmable du comportement d'un accusé dépend des circonstances factuelles de l'affaire plutôt que de catégories juridiques abstraites.

25. Je connais la pratique des tribunaux ad hoc à cet égard ; ils semblent montrer plus de clémence envers ceux qui ont apporté leur aide et leur

³³ Opinion individuelle du juge Fulford, par. 8.

³⁴ Il existe, dans la jurisprudence des procès tenus après la Seconde Guerre mondiale, des exemples de complices condamnés à la peine maximale. Ainsi, dans l'affaire *Zyklon B*, deux fournisseurs allemands du gaz utilisé par les nazis pour tuer leurs victimes dans les camps de concentration ont été reconnus coupables en tant que complices, condamnés à mort et exécutés. *In re Tesch, Brit. Mil. Ct. Hambourg 1946, in United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 1, p. 97. Dans cette affaire, l'Accusation a soutenu que « [TRADUCTION] fournir, en toute connaissance de cause, un produit à une branche de l'État qui l'utilisait pour exterminer en masse des ressortissants alliés civils était un crime de guerre, et que les gens qui ont fait cela étaient des criminels de guerre car ils ont donné les moyens de commettre le crime à ceux qui l'ont effectivement commis ». Id., p. 94 [non souligné dans l'original].

concours à la commission d'un crime³⁵. Il n'est cependant absolument pas certain que la CPI suivra la même approche. Les auteurs du Statut de Rome ont délibérément décidé d'inclure, s'agissant de l'aide et du concours visés à l'article 25-3-c, un élément psychologique plus strict que celui retenu pour la notion correspondante à l'article 7-1 du Statut du TPIY : l'article 25-3-c exige une *fin*, contrairement à la jurisprudence du TPIY, qui n'exige qu'une *connaissance*³⁶. En outre, même si la Cour devait suivre la pratique des tribunaux ad hoc en la matière, rien ne permet de conclure que la même clémence serait toujours appropriée en cas d'application de l'article 25-3-b ou 25-3-d du Statut.

26. Je relève aussi à ce propos que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, en prononçant une peine de 50 années d'emprisonnement à l'encontre de Charles Taylor au motif qu'il avait apporté son aide et son concours à la commission de crimes, a notamment pris en considération sa position de dirigeant³⁷. Cela montre bien que cet élément ne doit pas nécessairement se traduire par une forme particulière de participation mais qu'il peut tout aussi bien s'exprimer dans la peine fixée.

27. À l'instar du juge Fulford, je ne suis pas persuadée, contrairement à un argument avancé, que l'idée selon laquelle l'article 25-3 établit une

³⁵ Voir TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Vasiljevic*, affaire n° IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004, par. 182 ; TPIR, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Muhimana*, affaire n° ICTR-95-1B-T, Jugement et sentence, 28 avril 2005, par. 593.

³⁶ La Chambre d'appel du TPIY a considéré que l'élément psychologique de l'aide et du concours apportés était « le fait de *savoir* que ces actes aident à la perpétration du crime ». TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Blaskic*, IT-95-14-A, Arrêt, 29 juillet 2004, par. 45 et 46 ; TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Vasiljevic*, Arrêt, 25 février 2004, IT-98-32-A, par. 142 ; TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Furundzija*, Jugement, 10 décembre 1998, IT-95-17/1, par. 249. L'article 25-3-c, d'un autre côté, exige que l'*actus reus* consistant à aider ou à apporter son concours soit commis « [e]n vue de faciliter la commission [...] [d'un] crime » [non souligné dans l'original].

³⁷ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, *Sentencing Judgment*, 30 mai 2012, par. 29.

hiérarchie soit étayée par l'article 78 du Statut et par la règle 145-1-c du Règlement, qui dispose que pour fixer la peine la Cour tient notamment compte « du degré de participation de la personne condamnée »³⁸. Faute de dispositions indiquant clairement qu'il faut différencier les peines en fonction de l'alinéa invoqué de l'article 25-3, il est impossible de conclure qu'il serait obligatoire d'appliquer une peine plus clémente à certaines formes de responsabilité pénale. Je constate à ce sujet que l'obligation d'appliquer une peine plus clémente à des personnes contre lesquelles ont été retenus l'aide ou le concours à la commission d'un crime ou d'autres formes de responsabilité des complices n'est pas courante pour une majorité de systèmes juridiques et en fait est inconnue d'un grand nombre de pays du monde, quelle que soit leur tradition juridique³⁹. Elle ne saurait par conséquent être considérée comme un principe général de droit au sens de l'article 21-1-c.

28. Cela ne signifie pas que je sois contre le principe de la juste qualification des faits, qui suppose que la forme de responsabilité pénale appliquée corresponde au rôle joué par l'accusé dans la réalisation des éléments matériels d'un crime⁴⁰. Cependant, la réalité est que les différents alinéas de l'article 25-3 se recourent de façon importante et qu'il n'y a aucune raison impérieuse de croire qu'ils sont classés par ordre de gravité.

³⁸ Voir Opinion individuelle du juge Fulford, par. 9.

³⁹ Par exemple, en France, le nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, a aboli la distinction. Voir Nouveau Code pénal, art. 121-6 et 121-7. Le Code des États-Unis d'Amérique (U.S.C) rejette lui aussi expressément cette distinction. Voir 18 U.S.C, par. 2-a (« [TRADUCTION] Quiconque commet une infraction contre les États-Unis ou aide, apporte son concours, conseille, ordonne, incite ou veille à sa commission, est passible de sanctions en qualité d'auteur principal. »).

⁴⁰ Voir Jens David Ohlin, « Joint Intentions to Commit International Crimes », *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, p. 751 et 752 (2011), citant Frédéric Mégret, *Prospects for Constitutional Human Rights Scrutiny of Substantive International Criminal Law by the ICC, with Special Emphasis on the General Part* (communication de 2010 à l'occasion de l'*International Legal Scholars Workshop* tenu à la Washington University School of Law).

29. En ce qui concerne la juste qualification des faits, je suis consciente que la Cour aspire à se concentrer sur les « cerveaux »⁴¹ ou les « auteurs intellectuels »⁴² des crimes internationaux. Il est compréhensible que l'on ait intuitivement tendance à considérer que ceux-ci sont les plus blâmables dans les cas de criminalité à grande échelle. Cependant, comme je l'ai expliqué plus haut⁴³, les auteurs du Statut n'ont pas établi de formes de responsabilité pénale visant spécifiquement cette catégorie d'auteurs (ils se sont même délibérément abstenus de le prendre en considération). Toutefois, même à supposer qu'il y ait des lacunes à cet égard, il est extrêmement douteux au vu du texte du Statut et des règles d'interprétation applicables⁴⁴ que les juges puissent les combler en voyant dans l'article 25-3 un « classement hiérarchique de la responsabilité pénale » et puissent ensuite tenter de répercuter le caractère blâmable du comportement des « cerveaux » et des « auteurs intellectuels » en les qualifiant d'auteurs principaux⁴⁵. Très souvent, les actes et le comportement des chefs politiques et militaires ne coïncident pas avec la notion de responsabilité de l'auteur principal. Tenter de les qualifier à tout prix d'auteurs principaux s'avérera donc souvent problématique d'un point de vue juridique et conceptuel. Toutefois, si l'on abandonne l'idée d'une séparation stricte entre l'alinéa a) de l'article 25-3 et les autres, il n'y a aucune raison de les qualifier d'auteurs principaux dans le but d'attribuer à leur comportement le caractère blâmable qu'il mérite.

⁴¹ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Muthaura et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, par. 409 ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Banda et Jerbo, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges*, 7 mars 2011, ICC-02/05-03/09-121-Conf-Corr-tFRA (ICC-02/05-03/09-121-Conf-Corr-Red-tFRA), par. 134 a).

⁴² Voir *Décision de confirmation des charges en l'espèce*, par. 515.

⁴³ Voir *supra*, par. 15.

⁴⁴ Article 22 du Statut.

⁴⁵ Voir également *supra*, partie B.

30. En somme, je ne suis pas convaincue que ce soit la « théorie du contrôle exercé sur le crime » qui doit servir de fil rouge à l'interprétation que donne la Cour de l'article 25-3-a. Je partage l'opinion du juge Fulford et considère que la Cour doit donner de cet article une lecture qui respecte le sens ordinaire de ses termes. Je vais maintenant aborder des pistes d'interprétation possibles.

D. La commission conjointe et le « plan commun »

31. Élément central de l'interprétation que fait la Chambre préliminaire de la « commission conjointe » visée à l'article 25-3-a, le « plan commun » est considéré un élément objectif de celle-ci⁴⁶. Cependant, ce terme n'apparaît ni dans le texte du Statut ni dans les travaux préparatoires relatifs à l'article 25-3-a. Il n'est fait mention d'un dessein criminel commun existant indépendamment de la volonté individuelle d'un accusé qu'à l'article 25-3-d.

32. À mon avis, le plan commun est à classer parmi les éléments subjectifs plutôt que les éléments objectifs de la commission conjointe. Dans le contexte de l'article 25-3-a, je ne vois pas de raison de traiter le plan commun comme autre chose qu'une manifestation particulière de l'*intention*

⁴⁶ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 522 et 523 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 292 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Muthaura et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, par. 297 ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Banda et Jerbo, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges*, 7 mars 2011, ICC-02/05-03/09-121-Conf-Corr-tFRA (ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA), par. 129 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, 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, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 350.

partagée. En fait, une lecture conjointe des articles 25-3-a et 30 donne clairement à penser que l'élément psychologique de la commission conjointe est l'existence chez les coauteurs d'une intention partagée – quelle qu'en soit la forme – de commettre un crime. À mon avis, le critère devrait consister à déterminer s'il y a une coordination volontaire de l'action de chaque coauteur qui découle d'une intention partagée d'exécuter ensemble une action particulière ou d'aboutir ensemble à un certain résultat. L'action doit donc être volontairement coordonnée, cette condition permettant de distinguer la commission conjointe d'actes individuels qui coïncident de manière aléatoire. En outre, tous les coauteurs doivent au moins être conscients, de manière partagée, que dans le cours normal des événements, leurs actes conjoints auront pour conséquence la réalisation des éléments matériels d'un crime. Ce point de vue rejoint l'interprétation du juge Fulford⁴⁷.

33. Bien sûr, un plan commun peut être la preuve d'une telle intention partagée. En fait, si l'existence d'un plan commun en vue de commettre un crime est établie, cela constitue *ipso facto* la preuve de l'intention partagée des coauteurs. Toutefois, le plan commun n'est pas en soi un élément objectif indépendant. Faire de celui-ci un élément objectif risque même d'être par trop rigide car il ne sera pas toujours possible de prouver l'existence objective préalable d'un plan commun lorsque deux ou plusieurs personnes auront spontanément commis un crime ensemble de façon *ad hoc*.

34. Ce qui me gêne dans l'interprétation de la Chambre préliminaire, c'est qu'en faisant du « plan commun » un élément objectif, l'accent ne porte plus sur la question de savoir en quoi le comportement de l'accusé est lié à la

⁴⁷ Opinion individuelle du juge Fulford, par. 15 et 16-b.

commission du *crime* mais sur le rôle qu'il a joué dans l'exécution du *plan* commun. En effet, il suffit selon cette interprétation qu'un accusé contribue à la réalisation du *plan* commun, même si cette contribution n'a aucune incidence directe sur la concrétisation des éléments matériels d'un *crime*. Du fait de ce recentrage autour de la réalisation d'un plan commun, la *mens rea* et l'*actus reus* requis sont maintenant liés au plan commun et non plus au comportement effectif des auteurs physiques du crime.

35. J'estime que cela pose problème au vu de l'article 30-1 du Statut, qui relie l'élément psychologique de la responsabilité à la réalisation des éléments matériels d'un *crime*. C'est ce qui découle directement du libellé de l'article 30-1 du Statut. Dans la mesure où le plan commun consiste à commettre un crime, aucun problème ne se pose à cet égard. Si, en revanche, l'élément psychologique est lié à une contribution à un plan commun défini dans ses grandes lignes, ce qui est le cas avec la théorie du contrôle exercé sur le crime, le lien avec le crime peut presque entièrement disparaître. Lorsque cela se produit, on est bien près de traiter le mode de responsabilité comme un crime en soi et non plus comme un instrument juridique permettant de relier les actes et omissions d'un accusé aux actes d'un ou de plusieurs auteurs physiques.

36. La notion de plan commun objectif est donc particulièrement problématique lorsqu'elle est combinée à une lecture large de l'expression « dans le cours normal des événements », présente à l'article 30-2-b et 30-3 du Statut. En effet, tout dépend du fait de savoir si la commission d'un crime doit avoir été la conséquence quasi-automatique (ce que l'on appelle « le dol direct du second degré ») ou, au contraire, simplement prévisible (le dol éventuel) de l'exécution du plan. Bien que la Chambre préliminaire II ait toujours considéré que le dol éventuel ne fait pas partie du Statut et que le fait d'être

conscient qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements doit être une *quasi-certitude*⁴⁸, d'autres chambres ont un avis différent. La Chambre préliminaire I dans l'affaire *Lubanga* a explicitement admis le dol éventuel⁴⁹, et cette interprétation a permis de conclure que le plan commun n'avait pas besoin d'être criminel et ne nécessitait que la connaissance et l'acceptation du risque qu'un crime serait commis⁵⁰. La Majorité de la Chambre préliminaire dans cette affaire s'est également ralliée à cette interprétation⁵¹, bien qu'il faille relever que, formellement, le dol éventuel a été écarté⁵².

37. Pareillement, la Majorité de la Chambre de première instance dans l'affaire *Lubanga*, bien qu'elle ait souscrit au rejet du dol éventuel par la Chambre préliminaire II⁵³, a considéré que, pour déterminer ce qui advient « dans le cours normal des événements », il faut « prendre en considération les notions de “possibilité” et de “probabilité”, indissociables de celles de “risque” et de “danger”⁵⁴ ».

38. Dans l'opinion individuelle qu'il a jointe au Jugement *Lubanga*, le juge Fulford considère cela comme « inutile » et « source de confusion »⁵⁵. J'irai même jusqu'à dire que considérer le « risque » comme un des éléments

⁴⁸ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 335 et 336 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, 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-01/05-01/08-424-tFRA, 15 juin 2009, par. 360 à 369.

⁴⁹ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 351 et 352.

⁵⁰ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 344 (« élément de criminalité »).

⁵¹ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 251, note de bas de page 329.

⁵² Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 531.

⁵³ Jugement *Lubanga*, par. 1011.

⁵⁴ Jugement *Lubanga*, par. 1012.

⁵⁵ Voir Opinion individuelle du juge Fulford, par. 15.

posés à l'article 30 du Statut revient à accepter le dol éventuel⁵⁶ présenté comme un dol direct de second degré. Hormis l'intention directe, l'article 30 du Statut n'engage la responsabilité pénale que lorsque l'auteur escompte bien que les éléments matériels d'un crime « *adviendr[ont]* dans le cours normal des événements⁵⁷ ». Par conséquent, la mention d'un risque pris par l'accusé n'a pas sa place dans ce contexte.

39. En bref, en mettant l'accent non plus sur le *crime* mais sur le *plan* commun, l'interprétation de la notion de « commission conjointe » visée à l'article 25-3-a va bien au-delà de ce que permet une interprétation stricte des termes du Statut. Ma lecture du Statut m'amène à la conclusion a) qu'un plan commun « objectif » n'est pas une condition requise (même s'il peut être un élément de preuve d'une intention criminelle commune) et b) que le Statut ne prévoit pas de forme de responsabilité pénale fondée sur la simple acceptation du risque qu'un crime puisse être commis en conséquence d'un comportement individuel ou collectif. À l'instar du juge Fulford, je propose une interprétation plus proche du sens ordinaire du texte de l'article 25-3-a.

E. La commission conjointe et la « contribution essentielle »

40. La Chambre préliminaire exige du suspect et des autres coauteurs des contributions coordonnées *essentielles* aboutissant à la réalisation des éléments objectifs du crime⁵⁸. Elle exige également que la contribution de

⁵⁶ Voir Jens David Ohlin, « Joint Intentions to Commit International Crimes », *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, p. 724 (2011) (le concept de « risque substantiel » concorde avec le dol éventuel).

⁵⁷ Article 30-2-b et 30-3 du Statut [non souligné dans l'original].

⁵⁸ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 524 ; Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 346 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et autres*, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 305 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Muthaura et autres*,

l'accusé ait été une condition *sine qua non* de la commission du crime et qu'il ait eu le pouvoir d'en empêcher la commission⁵⁹.

41. L'exigence d'une « contribution essentielle » provient de la théorie du contrôle exercé sur le crime et repose sur l'idée que le coauteur doit exercer un contrôle sur la commission du crime. Sans sa contribution, le crime n'aurait pas été commis. Pour les raisons exposées plus haut, j'écarte l'idée que cette théorie puisse servir de base à l'interprétation de l'article 25-3-a⁶⁰. Je ne vois donc pas en quoi il serait nécessaire d'exiger une contribution « essentielle ».

42. Je suis d'accord avec la critique exprimée par le juge Fulford, qui estime que l'exigence d'une « contribution essentielle » n'est pas étayée par le Statut et qu'elle oblige les chambres à se livrer à des conjectures artificieuses pour savoir si le crime aurait malgré tout été commis dans l'hypothèse où l'un des accusés n'aurait pas apporté exactement la contribution qu'il a apportée⁶¹.

43. Quel devrait donc être le niveau de contribution requis ? Pour le juge Fulford, le critère devrait être le lien de causalité entre la contribution individuelle et le crime⁶². J'hésite cependant à accepter l'idée qu'il suffirait d'un simple lien de causalité entre la contribution d'un individu et le crime. La causalité est une notion élastique, aux limites notoirement difficiles à définir. Selon la définition adoptée, on pourrait considérer comme causes des contributions qui n'ont qu'un lien lâche avec le crime lui-même.

Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, par. 297.

⁵⁹ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 525.

⁶⁰ Voir *supra*, parties B et C.

⁶¹ Opinion individuelle du juge Fulford, par. 17.

⁶² Opinion individuelle du juge Fulford, par. 16-c.

44. L'élément de contribution requis dans le cadre de la commission conjointe visée à l'article 25-3-a devrait être interprété en fonction de sa formulation et de son contexte, c'est-à-dire en le comparant à l'*actus reus* des autres formes de responsabilité pénale visées à l'article 25-3. Je relève à cet égard qu'il a été dit que les alinéas c) et d) de l'article 25-3 exigeaient, respectivement, une contribution substantielle et importante⁶³. Si un tel critère quantitatif peut suffire pour ces formes de responsabilité pénale, je propose de se fonder sur un critère qualitatif pour les contributions exigées à l'article 25-3-a. En particulier, s'agissant de la commission conjointe, il doit, à mon avis, y avoir une contribution *directe* à la réalisation des éléments matériels du crime. Cette conclusion découle du concept même de commission conjointe. Au sens de l'article 25-3-a, seules les personnes qui ont conjointement commis un crime peuvent en être tenues responsables. Commettre un crime, c'est en essence en accomplir les éléments matériels. On ne peut dire d'individus qu'ils ont commis conjointement un crime que si leurs actes apportent une contribution directe en ce sens.

45. Ainsi, l'acquisition d'une arme par un meurtrier qui agit individuellement ne constitue pas un élément du crime consistant à tuer. Seul le fait de tirer sur une victime avec l'arme en question constitue le crime. La raison en est que les éléments matériels de ce crime n'englobent pas le fait d'obtenir les moyens de le commettre, que l'acquisition de ces moyens soit ou non considérée comme une « contribution essentielle ». Il n'y a pas de raison pour que ce raisonnement change selon que les personnes agissent individuellement ou conjointement. Lorsque des individus agissent

⁶³ Voir Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. C. Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10-465-Conf-tFRA (ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA), 16 décembre 2011, par. 279, 283 et 284. Voir aussi Jugement *Lubanga*, par. 997 (dans le contexte d'un paragraphe traitant de l'article 25-3-c).

conjointement, les éléments matériels du crime restent exactement les mêmes, la seule différence est qu'ils les accomplissent ensemble. Par conséquent, seuls ceux qui participent directement à la réalisation des éléments matériels d'un crime peuvent être qualifiés de coauteurs.

46. Pour être « directe », une contribution doit avoir une incidence immédiate sur la manière dont les éléments matériels du crime sont réalisés. Le caractère direct ou indirect d'une contribution ne peut être défini dans l'absolu. Le juge doit l'apprécier au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce.

47. Qu'il soit toutefois permis de signaler que l'exigence d'une « contribution directe » n'implique pas nécessairement la présence physique du coauteur sur les lieux du crime et peut, selon les circonstances de l'espèce et la nature du crime, comprendre certaines formes de planification et de coordination. En effet, certains crimes ne peuvent raisonnablement être commis sans planification ni coordination (par exemple, le déplacement d'une population civile en violation de l'article 8-2-e-viii du Statut). De même, certains moyens utilisés pour commettre les éléments matériels d'un crime exigent nécessairement une planification et une coordination (par exemple un bombardement aérien par un escadron de bombardiers). Dans tous ces cas, le trait distinctif de la contribution directe est qu'elle fait intrinsèquement partie de l'exécution effective du crime.

48. J'en conclus qu'une lecture donnant aux termes de l'article 25-3-a leur sens ordinaire n'exige pas une contribution essentielle au crime et qu'il y a une lecture plus naturelle de cet article qui donne un contenu indépendant à chaque alinéa de l'article 25-3. Ce qui m'amène à conclure qu'aux fins de la commission conjointe visée à l'article 25-3-a, la contribution doit être *directe*.

F. La commission par l'intermédiaire d'une autre personne et la notion de « Organisationsherrschaft »

49. À la différence de l'affaire *Lubanga*, où les charges se fondaient uniquement sur la commission conjointe, les charges en l'espèce se fondaient aussi sur la dernière partie de l'article 25-3-a, à savoir « commet [...] par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ». C'est la première affaire dans laquelle une chambre préliminaire a dû interpréter cette notion.

50. Conformément à son approche générale fondée sur la théorie du contrôle exercé sur le crime, développée dans la Décision sur la confirmation des charges dans l'affaire *Lubanga* en 2007⁶⁴, la même Chambre préliminaire, saisie de la présente affaire en 2008, a également en grande partie fondé son interprétation de la « commission par l'intermédiaire d'une autre personne » sur la pensée juridique allemande et les écrits de Claus Roxin⁶⁵. C'est à ce dernier que l'on attribue la notion d'*Organisationsherrschaft*⁶⁶, dont la Chambre préliminaire a indiqué qu'elle s'appliquait dans les cas où « l'auteur derrière l'auteur commet le crime par l'intermédiaire d'une autre personne, et ce, en exerçant un "contrôle sur une organisation"⁶⁷ ». La Chambre préliminaire a expliqué que « [a]ux fins de la présente décision, la démarche fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime repose sur une

⁶⁴ Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. T. Lubanga*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, par. 338 à 340.

⁶⁵ Voir Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 496 à 498, note de bas de page 659.

⁶⁶ Pour un commentaire critique de ce concept, voir Thomas Weigend, « Perpetration Through an Organisation: The Unexpected Career of a German Legal Concept », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, p. 91 (2011).

⁶⁷ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 496 et 497.

notion de “contrôle [de l’auteur principal] sur l’organisation”⁶⁸ », établissant ainsi un lien entre l’article 25-3-a et la notion d’*Organisationsherrschaft*⁶⁹.

51. Depuis qu’elle a été introduite, d’autres chambres préliminaires ont suivi cette interprétation. Tels qu’ils se sont cristallisés dans des décisions de confirmation des charges plus récentes, les éléments du critère de la « coaction indirecte » pertinents pour l’*Organisationsherrschaft* sont les suivants : « le suspect doit exercer un contrôle sur l’organisation », « l’organisation doit être un appareil de pouvoir organisé et hiérarchique » et « l’exécution des crimes doit être assurée par une obéissance quasi automatique aux ordres donnés par le suspect »⁷⁰.

52. Indépendamment de l’origine historique et de la valeur intrinsèque de l’*Organisationsherrschaft*, je pense qu’il n’est pas judicieux d’élever ce concept au rang d’élément constitutif de la responsabilité pénale au sens de l’article 25-3-a. L’article 25-3-a ne prévoit que la commission « par l’intermédiaire d’une autre *personne* ». On voit mal comment cela pourrait signifier que cette forme de responsabilité pénale s’attache également à un accusé qui a commis des crimes par l’intermédiaire d’une *organisation*. L’article 31-4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu’« [u]n terme sera entendu dans un sens particulier s’il est établi que telle était l’intention des parties ». En l’occurrence, rien n’indique que pour les États parties « *personne* » signifiait « *organisation* ». À mon avis, cette

⁶⁸ Décision de confirmation des charges en l’espèce, par. 500.

⁶⁹ Décision de confirmation des charges en l’espèce, par. 499.

⁷⁰ Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Ruto et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-01/11-373, par. 292 ; Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Muthaura et autres, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 janvier 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, par. 297.

interprétation contrevient à la règle de l'interprétation stricte posée à l'article 22-2 du Statut.

53. J'ai bien conscience que les organisations se composent de personnes. Cependant, l'interaction entre individus, même dans le contexte d'une organisation, diffère fondamentalement de l'exercice d'une autorité sur une entité aussi abstraite qu'une « organisation ». De plus, en déshumanisant la relation entre auteur indirect et auteur physique, le concept de contrôle exercé sur une organisation abaisse le degré d'influence personnelle que l'auteur indirect est tenu d'exercer sur la personne par l'intermédiaire de laquelle il commet un crime.

54. Je considère que le fait que l'auteur indirect et l'auteur physique se connaissent personnellement n'est pas une condition préalable. Ce qui importe, c'est le degré de contrôle ou d'influence de l'auteur indirect sur l'auteur physique. Les termes « commission par l'intermédiaire d'une autre personne » requièrent que le premier joue personnellement un rôle important dans l'assujettissement de la volonté du second. C'est cet assujettissement, cette domination de la volonté individuelle de l'auteur physique, qui constitue l'*actus reus* véritablement visé dans cette partie de l'article 25-3-a.

55. Si je considère que l'*Organisationsherrschaft* n'est pas un élément constitutif de la commission par l'intermédiaire d'une autre personne telle que visée à l'article 25-3-a, je n'exclus pas nécessairement que le type de contrôle sur une organisation envisagé par la Chambre préliminaire puisse être un élément important pour prouver qu'un accusé a bien dominé la volonté de certains individus qui faisaient partie de cette organisation. Cependant, dans ces cas, le degré de discipline au sein d'une organisation et le rôle qu'a

joué l'accusé pour le maintenir constituent des preuves, non des critères légaux.

56. Des preuves mettant en évidence le contrôle exercé sur une organisation peuvent également être pertinentes s'agissant « d'ordonner » (article 25-3-b). Il va sans dire que l'autorité requise dans le cadre de la responsabilité associée au fait d'ordonner sera souvent exercée au sein de la structure d'une organisation. La différence entre la commission par l'intermédiaire d'une autre personne et le fait d'ordonner réside en ceci que dans le premier cas, le degré de contrôle effectif et d'influence sur les actions et le comportement de l'auteur physique doit être bien plus élevé. En effet, dans son exposé des éléments constitutifs du fait d'ordonner, la Chambre préliminaire II n'a fait nulle mention de l'obéissance automatique aux ordres donnés⁷¹.

57. En somme, je pense que l'on ne saurait recourir à la notion d'*Organisationsherrschaft* pour interpréter la « commission par l'intermédiaire d'une autre personne » telle que prévue à l'article 25-3-a. Conformément à l'article 31-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est son sens ordinaire qu'il faut lui donner.

G. *La « coaction indirecte »*

58. Dans la Décision de confirmation des charges en l'espèce, la Chambre préliminaire I a introduit un concept qui ne figure pas à l'article 25-3-a, à savoir la « coaction indirecte », en conjuguant commission conjointe et

⁷¹ Voir Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. S. Mudacumura*, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, 13 juillet 2012, ICC-01/04-01/12-1-Conf-Exp-tFRA (ICC-01/04-01/12-1-Red-tFRA), par. 63.

commission par l'intermédiaire d'une autre personne. Elle a jugé qu'en droit, rien n'empêche de combiner ces deux formes de responsabilité⁷². En ses propres termes :

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 mutuelle⁷³.

59. En conséquence, outre les trois possibilités prévues à l'article 25-3-a (la commission, la commission conjointe et la commission par l'intermédiaire d'une autre personne), la Chambre préliminaire en a reconnu une quatrième (la « coaction indirecte »). Ainsi, la Chambre préliminaire a développé un nouvel axe pour l'attribution de la responsabilité pénale : outre l'axe horizontal (celui de la commission conjointe) et l'axe vertical (celui de la commission indirecte), elle a créé un nouvel axe, diagonal (celui de la « coaction indirecte »)⁷⁴.

60. Cette lecture combinée se baserait sur une approche « textuelle » de l'article 25-3-a, qui permettrait de comprendre le mot « ou » comme une « conjonction disjonctive inclusive »⁷⁵. Le raisonnement qui préside à cette interprétation, malgré tout mon respect pour la Chambre préliminaire, n'est pas convaincant⁷⁶.

⁷² Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 492.

⁷³ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 493.

⁷⁴ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 493.

⁷⁵ Décision de confirmation des charges en l'espèce, par. 491.

⁷⁶ La Chambre préliminaire attribue deux sens au mot « ou » : l'un est « inclusif », l'autre « exclusif ». Elle interprète ensuite le mot « ou » figurant à l'article 25-3-a comme signifiant qu'il permet la réalisation « soit d'un élément de l'alternative, soit de l'autre, voire des deux », ce qui constituerait une « conjonction disjonctive inclusive », par opposition à la « conjonction disjonctive exclusive » qui signifie la réalisation « soit d'un élément de l'alternative, soit de

61. Cette lecture combinée amène à une extension radicale de l'article 25-3-a du Statut, et à un mode de responsabilité entièrement nouveau⁷⁷. Avec l'interprétation de la Chambre préliminaire, il est possible de tenir l'accusé responsable du comportement de l'auteur physique d'un crime même s'il n'exerçait pas d'influence ou d'autorité directe sur lui ni ne partageait ses intentions.

62. J'admets qu'il soit possible de combiner différentes formes de responsabilité pénale prévues par le Statut, pour autant que chacun des éléments constitutifs de chacune des formes concernées soit établi. De ce fait, dans le cas où A et B auraient commis un crime par l'intermédiaire de C en dominant conjointement la volonté de ce dernier, je n'aurais aucun problème à conclure que A et B sont conjointement responsables du comportement de C (article 25-3-a, deuxième et troisième possibilité). De la

l'autre, mais non des deux ». Cette lecture est à mon sens erronée. « Conjonction disjonctive inclusive » est peut-être un concept connu en logique formelle, mais il est totalement étranger au langage courant. Le sens ordinaire de l'article 25-3-a en langage naturel est clairement que les trois formes de responsabilité pénale qui y sont prévues sont des possibilités distinctes et séparées. Si quelqu'un dit « Je réussirai, en tant que médecin, que juriste ou qu'administrateur », l'interprétation naturelle de cette phrase est qu'il essaiera de réussir dans l'une de ces professions plutôt que dans les trois. L'article 25-3-a n'est pas structuré autrement. La référence que fait la Chambre préliminaire au concept de conjonction disjonctive inclusive issu de la logique formelle est trompeuse et prête à confusion. La Convention de Vienne sur le droit des traités exige que les termes soient interprétés dans leur « sens ordinaire » plutôt que par le prisme de la logique formelle. En outre, je ne trouve pas convaincants les exemples donnés à la note 652 de la Décision de confirmation des charges en l'espèce. S'agissant de l'article 7, les termes « généralisée ou systématique » renvoient à un seuil minimum, un seul élément de l'expression devant être réalisé. Ainsi, l'élément de l'« attaque généralisée ou systématique » est réalisé lorsque *soit* une attaque généralisée, *soit* une attaque systématique a eu lieu ; le fait que se produise une attaque à la fois généralisée *et* systématique ne modifie pas l'objet de la conjonction disjonctive. L'exemple tiré des Éléments des crimes portant sur la torture (article 8-2-a-ii) ne me persuade pas non plus, pour les mêmes raisons.

⁷⁷ Je n'ignore pas que le TPIY a adopté, en retenant la troisième forme de l'entreprise criminelle commune, une forme de responsabilité pénale qui constitue un équivalent fonctionnel de la coaction indirecte. TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c/ Brdanin*, IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007, par. 424. Cependant, cette forme de responsabilité pénale se fonde sans conteste sur le droit international coutumier et non sur le Statut ; elle ne peut donc être utilisée par la Cour.

même manière, j'admets que d'autres formes d'attribution prévues à l'article 25-3 puissent être combinées. Il est par exemple possible d'envisager que, dans certaines circonstances, deux personnes ou plus ordonnent conjointement à un tiers de commettre un crime visé par le Statut ou l'incitent conjointement à le faire (article 25-3-a et 25-3-b). En effet, il serait trop restrictif de limiter le fait d'ordonner ou d'inciter aux cas où celui-ci n'émanerait que d'une seule personne.

63. Cependant, dans la Décision de confirmation des charges, la Chambre préliminaire donne une interprétation qui va bien au-delà d'une combinaison de formes de responsabilité relevant du sens commun. Elle crée la possibilité de confirmer des charges sur la base de la théorie de la « coaction indirecte » sans pouvoir les confirmer sur la base de la théorie de la commission conjointe ou de celle de la commission indirecte⁷⁸. Il suffit de prendre les faits (désormais largement discrédités) confirmés par la Chambre préliminaire en l'espèce pour en trouver un exemple⁷⁹.

⁷⁸ Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 168 et 169.

⁷⁹ Hector Olasolo a analysé les faits confirmés en l'espèce et commenté en ces termes l'approche de la Chambre préliminaire :

[TRADUCTION] Le succès de l'attaque [confirmée par la Chambre préliminaire contre Bogoro] dépendait par conséquent de l'action conjointe et coordonnée entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui car leurs subordonnés respectifs n'exécutaient pas les ordres donnés par l'autre [...]. Dans ces circonstances, la notion [de structure de pouvoir organisée] pouvait difficilement s'appliquer car il n'était pas possible de déterminer à quel groupe armé en particulier les auteurs directs appartenaient. En outre, la notion de coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime ne pouvait s'appliquer car aucun des membres du plan commun n'avait directement commis les crimes qui ont eu lieu au cours de l'attaque contre Bogoro [...]. *De ce fait, la Chambre préliminaire I de la CPI a appliqué la notion de commission indirecte sur la base de la structure de pouvoir organisée et du contrôle conjoint.*

Hector Olasolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishing, 2010), p. 319 et 320 [non souligné dans l'original].

64. Pour ces motifs, je pense que le concept de « coaction indirecte », au sens où l'entend la Chambre préliminaire I, n'a pas sa place dans le cadre du Statut tel qu'il est actuellement libellé. Il est fondé sur une interprétation large de l'article 25-3-a du Statut qui est incompatible avec l'article 22-2 du Statut.

H. Conclusion

65. En somme, j'émetts de fortes réserves concernant l'interprétation de l'article 25-3-a qu'a faite la Chambre préliminaire en l'espèce.

66. Je rejette l'idée qu'un comportement est nécessairement plus blâmable s'il relève de l'alinéa a) que s'il relève des alinéas b) à d) de l'article 25-3. La responsabilité d'une personne peut très bien correspondre à plusieurs dispositions de l'article 25-3.

67. À l'instar du juge Fulford, je pense que l'article 25-3 du Statut n'adopte pas la théorie du contrôle sur le crime. En particulier, je n'admets pas : i) qu'une contribution à un plan non criminel comportant un *risque* de criminalité puisse servir de base à une déclaration de culpabilité, ii) que l'article 25-3-a exige une contribution essentielle au plan commun, iii) que la commission par l'intermédiaire d'une autre personne puisse équivaloir à l'exercice d'un contrôle sur une organisation et iv) que la notion de « coaction indirecte » ait une quelconque base légale dans le Statut.

68. Je me démarque principalement de l'interprétation que fait la Chambre préliminaire de l'article 25-3-a parce que je crains qu'elle soit incompatible avec le principe de l'interprétation stricte et le principe *in dubio pro reo*. Les tribunaux pénaux ne peuvent prétendre protéger le droit fondamental d'un

accusé à un procès équitable tout en donnant des interprétations larges des articles qui définissent les modes de responsabilité.

69. Il importe de souligner qu'un retour au sens ordinaire de l'article 25-3-a ne préjuge en rien de l'applicabilité d'autres formes de responsabilité pénale. En d'autres termes, conclure qu'une conduite en particulier ne relève pas de l'article 25-3-a ne signifie pas qu'elle n'est pas criminelle (ou qu'elle est moins criminelle) aux termes d'un autre alinéa de l'article 25, ou même de l'article 28 du Statut. Par conséquent, je ne considère pas que mon interprétation de l'article 25-3-a crée un « espace d'impunité » dans le Statut.

70. L'interprétation de l'article 25-3 doit donc s'écarter de l'idée reçue, erronée, que les complices sont par nature moins blâmables que les auteurs principaux et que le caractère blâmable du comportement des chefs politiques et militaires ne peut être pleinement appréhendé qu'en les traitant comme des auteurs principaux. La réalité est que le Statut ne prévoit aucun mode de responsabilité pénale taillé sur mesure pour les « cerveaux » et les « auteurs intellectuels » de crimes. C'est un choix qui a été fait par les États parties, tout comme c'était leur décision de ne pas inscrire le dol éventuel dans le Statut. Il se peut que le Statut soit un jour modifié à cet égard. En attendant, je pense que les juges de la CPI sont liés par le sens ordinaire du libellé du Statut, strictement interprété comme le commande l'article 22-2. Il est par conséquent de notre responsabilité de donner aux termes du Statut une application aussi naturelle que possible.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

Mme la juge Christine Van den Wyngaert

Fait le 18 décembre 2012

À La Haye (Pays-Bas)