



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droits de l'Homme et Justice Internationale,
parcours Justice Pénale Internationale**

**Dirigé par MM. les professeurs Olivier DE FROUVILLE, Julian
FERNANDEZ et Didier REBUT**

2023

***Comprendre et appliquer l'article 25(3)(d)
du Statut de Rome***

Eugénie VENDROUX

Sous la direction de M. le professeur Olivier DE FROUVILLE



Master 2 Justice pénale et droits de l'Homme
Parcours Justice pénale internationale

Dirigé par MM. les professeurs Julian FERNANDEZ, Didier REBUT et Olivier DE FROUVILLE

Comprendre et appliquer
l'article 25(3)(d) du Statut de Rome

Développement d'un modèle d'attribution de la responsabilité pénale pour
contribution à un crime commis dans la poursuite d'un dessein commun

Eugénie VENDROUX

Sous la direction de M. le professeur Olivier DE FROUVILLE

2022-2023

Sommaire

Abréviations

Introduction

Partie I. Déchiffrer l'article 25(3)(d) : l'épineuse question de la responsabilité pénale pour contribution à un crime collectif

Chapitre 1. L'analyse fonctionnelle d'un mode de responsabilité négligé

Chapitre 2. La nécessaire élaboration d'un cadre normatif unifié

Partie II. Mettre en œuvre l'article 25(3)(d) : une réponse stratégique à la criminalité de masse

Chapitre 1. Punir le contributeur : distinguer l'implication individuelle du phénomène collectif

Chapitre 2. L'article 25(3)(d), un outil de la lutte contre l'impunité : deux modèles d'application pratique

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

Abréviations

<i>BdP</i>	Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale
<i>CDI</i>	Commission du droit international
<i>ChPrél.</i>	Chambre préliminaire
<i>ChPI</i>	Chambre de première instance
<i>ChApp.</i>	Chambre d'Appel
<i>CPI</i>	Cour pénale internationale
<i>CSNU</i>	Conseil de Sécurité des Nations Unies
<i>ECC</i>	Entreprise criminelle commune
<i>Statut</i>	Statut de Rome
<i>RDC</i>	République démocratique du Congo
<i>TMIEO</i>	Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient
<i>TMIN</i>	Tribunal militaire international de Nuremberg
<i>TPI</i>	Tribunaux pénaux internationaux <i>ad hoc</i>
<i>TPIR</i>	Tribunal pénal international pour le Rwanda
<i>TPIY</i>	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Introduction

« Crimes against International Law are committed by men not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the dispositions of International Law be enforced¹ ».

Le 8 août 1945, les Alliés signaient à Londres l'accord fondateur de la justice pénale internationale, en instituant le Tribunal militaire international de Nuremberg² (ci-après « le TMIN »). Si les atrocités de masse sont, dans l'Histoire, tristement sans âge, l'ambition de les réprimer au nom de l'Humanité n'est née qu'au XX^{ème} siècle. La construction de cette justice nouvelle implique de grands défis : il faut notamment identifier ceux qui porteront le blâme des horreurs d'un État ou d'un système entier. De nombreux efforts du droit international pénal se sont ainsi concentrés sur les modalités d'attribution d'une responsabilité pénale individuelle.

Les articles 25 et 28 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale³ (ci-après « le Statut » et « la CPI » ou « la Cour »), adopté le 17 juillet 1998, sont l'aboutissement de cette réflexion. Ils disposent des modes de responsabilité applicables devant la CPI. L'article 25, intitulé « Responsabilité pénale individuelle », énumère dans son troisième alinéa la quasi-totalité de ces modes, à l'exception de la responsabilité du supérieur hiérarchique, prévue à l'article 28. Il dispose :

3. 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

¹ Actes du Tribunal militaire international de Nuremberg, Allemagne, Vol. 22. H.M. Attorney General by HMSO. (Londres : 1950).

² Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal international militaire, dit « Accord de Londres portant Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg », ci-après « Charte du TMIN ». (Londres : 8 août 1945).

³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale. (Rome : signé le 17 juillet 1998 ; entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002).

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 :
 - 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.

Au sein de cet article, l'alinéa (d) a rapidement suscité une attention particulière. Qualifié de « *provision drafted without regard to basic dogmatic categories*⁴ », son manque de lisibilité a poussé certains auteurs à le considérer comme, au mieux, un appendice superflu⁵, et au pire, le dangereux signe du « *legislative over-reaching*⁶ ». L'article 25(3)(d) cristallise nombre des tensions qui entourent la responsabilité pénale internationale de l'individu, des modalités de son attribution, aux principes qui la régissent et à son adéquation aux crimes qu'elle aborde. Il sera donc l'objet du présent mémoire.

L'étude de l'article 25(3)(d) implique un travail de contextualisation préalable. Il est pertinent de retracer brièvement l'historique de la responsabilité pénale internationale, originale par la criminalité spécifique à laquelle elle s'adresse (**Section 1**). Le Statut de Rome, dernière étape de cette chronologie, apparaît comme un point de rupture, signalant une certaine fragmentation de la matière (**Section 2**). Dans ce cadre, l'article 25(3)(d), qui représente fidèlement ces enjeux et les controverses qu'ils suscitent, revêt un intérêt spécifique (**Section 3**).

⁴ Kai Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, éd. par Otto Triffterer, 2. éd. (München: Beck, 2008), sect. 28.

⁵ *Ibid.* Voir également Albin Eser, « Individual Criminal Responsibility », in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, éd. par Antonio Cassese, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones (Oxford: Oxford University Press, 2002), 803.

⁶ Jens David Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 1 (24 novembre 2005): 79.

Section 1. Contexte - La construction du droit de la responsabilité pénale internationale : l'individu face à la criminalité de masse

La construction du droit international pénal est indissociable des enjeux relatifs à la responsabilité. L'impératif de justice né face aux atrocités de masse pose nécessairement la question du coupable. Le droit international a, historiquement, les États pour seuls sujets. Cette règle s'oppose au principe fondamental du droit pénal *societas delinquere non potest*, maxime à l'ancrage libéral qui fait de l'individu le seul objet de la répression pénale. Dès lors, en droit international, le choix de personnaliser les procédures implique un important changement de paradigme. Celui-ci repose sur l'élaboration de mécanismes d'imputation propres à la criminalité internationale. L'imputation, du terme latin *imputatio*, littéralement « action de mettre en compte » ou « accusation », désigne en droit pénal « l'attribution d'un fait ou d'une chose à une personne afin qu'elle en assume les conséquences juridiques, bonnes ou mauvaises⁷ ». Elle consiste donc en l'établissement de liens entre un crime et une personne, et est au cœur de l'attribution d'une responsabilité pénale. Les atrocités de masse rendent cette pratique périlleuse.

Les chefs d'États sont les premiers sujets de ces velléités : leur immunité est contestée, dans l'objectif de sanctionner leur politique et les crimes qui en résultent. Dès 1919, le Traité de Versailles entreprend ainsi de mettre en accusation l'*ex-kaiser* Guillaume II, pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités⁸ ». Cette ambition reste toutefois lettre morte.

La période suivant la Seconde Guerre mondiale marque l'épanouissement de la justice pénale internationale. Pour les juristes, le défi à relever est aussi vaste que les crimes dont ils ont à connaître. L'équilibre entre les agissements criminels et la responsabilité personnelle est fébrile : celle-ci se dilue dans le nombre, dans les structures administratives du pouvoir et dans la passivité d'une frange de la population. Dès 1947, Karl Jaspers questionne en ce sens *La Culpabilité allemande*⁹. Il distingue la culpabilité pénale de la culpabilité politique, morale, et métaphysique. La première vise ceux qui ont directement commis des crimes ; la seconde, les hommes d'État ; la troisième, les dociles et les profiteurs ; et la dernière, ceux qui ont survécu en restant immobiles. Pour Jaspers, comme pour les Alliés, seuls les exécutants de crimes et les

⁷ François Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses (Daloz, 2009), 2.

⁸ Traité de paix entre les Alliés et les Puissances associées et l'Allemagne dit « Traité de Versailles », article 227 (Versailles : 28 juin 1919).

⁹ Karl Jaspers, *La culpabilité allemande*, Collection Arguments (Paris: Éditions de Minuit, 1990), 55.

dirigeants sont tenus de comparaître devant un tribunal. Même dans ce cadre réduit, toutefois, il existe autant de responsabilités pénales que de manières de contribuer à la commission d'un crime. Émerge alors, en filigrane, la notion de modes de responsabilité. L'article 6 de la Charte du TMIN visent tout à la fois les perpétrateurs, les organisateurs, les complices ou les provocateurs. Pour faire face à la question de la criminalité collective, il énonce explicitement que les participants à l'exécution d'un « plan concerté » ou d'un « complot » pour la commission des crimes punis par la Charte entraîne leur responsabilité pour « tous les actes commis par toutes personnes en exécution de ce plan¹⁰ ». Des dispositions similaires sont adoptées en 1945 et 1946, dans la loi n°10 du Conseil de contrôle Allié¹¹ et la Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extrême Orient¹² (ci-après « TMIEO »).

La précision et la fidélité du droit de la responsabilité pénale internationale à la réalité criminelle est donc le grand enjeu de la période post-Seconde Guerre mondiale. Par voie conventionnelle comme doctrinale se joue un travail continu de réflexion, qui cherche à réconcilier la responsabilité pénale internationale avec trois obstacles majeurs : la nature collective des crimes ; la nécessité d'un consensus entre États ; et l'impératif de respect des principes généraux du droit pénal, au premier rang desquels les principes de légalité criminelle et de culpabilité¹³. La Commission du droit international (ci-après « la CDI ») est un acteur crucial de cette construction juridique. En 1950, les « Principes de Nuremberg » dictent les fondations du droit de la responsabilité pénale internationale, en affirmant son caractère individuel et en écartant l'immunité des chefs d'États et la défense de l'ordre reçu. Ils instituent également la responsabilité du complice¹⁴. Par suite, la CDI entreprend un vaste travail de codification. Les trois versions successives des Codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, adoptés en 1954, 1991 et 1996, consacrent les principales formes de responsabilité

¹⁰ Charte du TMIN, article 6. Voir également les dispositions spécifiques aux crimes, articles 2(b) et (c).

¹¹ Loi n°10 du Conseil de contrôle Allié, « Châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix ou contre l'humanité ». (20 décembre 1945). Voir article II(1)(a) et article II(2)(d), prévoyant la répression de la « participation à un plan commun ou à une entente délictueuse » en vue de commettre un crime et la participation « à des plans ou à des entreprises concernant l'exécution d'un crime ».

¹² Déclaration spéciale du Commandant Suprême des Forces Alliées Douglas MacArthur à Tokyo, Japon (19 janvier 1946), article 5.

¹³ Le principe de légalité criminelle est traduit par la maxime *nullum crimen sine lege*. Il implique qu'il ne peut y avoir de répression pénale sans texte de loi la prévoyant explicitement, et a pour corollaires les obligations d'accessibilité et de prévisibilité de la loi. Le principe de culpabilité est transcrit par la formule *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*. En d'autres termes, il n'y a pas de peine sans faute. Cette règle engendre l'obligation, aux fins du prononcé d'une sanction pénale, de caractériser dûment l'*actus reus* - acte ou omission fautive ; et le *mens rea*, l'intention dolosive (voir Xavier Pin, *Droit pénal général 2023*, 14^e éd., Cours (Daloz, 2022)).

¹⁴ CDI, Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, établis à la demande de l'Assemblée Générale des Nations Unies, Rés. 177 (II). (1950). Principes I à IV et Principe VII.

pénale internationale : la commission, l'incitation, la complicité, la conspiration, et la tentative¹⁵. Le Code de 1991 est le premier document à distinguer explicitement la commission à titre principal des formes accessoires de responsabilité, empruntant ainsi aux droit nationaux la dichotomie auteur/complice. Les définitions de ces concepts restent toutefois floues, normatives plus que descriptives. Fort de ces précédents, toutefois, le droit pénal international poursuit sa tâche par l'adoption, en 1993 et 1994, des Statuts des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (ci-après, « les Statuts des TPI » ou, respectivement, « le Statut du TPIY » et « le Statut du TPIR »).

Les Statuts des TPI abordent chacun la question de la responsabilité pénale face aux crimes collectifs¹⁶. Ils prévoient plusieurs formes de responsabilité accessoires (comme l'aide ou l'assistance) et indirectes (la responsabilité du supérieur hiérarchique), qui visent à étendre le champ de la sanction au-delà des exécutants. Les juges des TPI se doivent d'approcher le plus finement possible des structures criminelles éparses et des chaînes de commandement multiples. Tandis que le TPIY est amené à juger principalement des militaires aux rôles et prérogatives diverses, le TPIR voit comparaître des figures politiques, maires ou ministres, aux côtés d'acteurs médiatiques, de soldats et de miliciens. Ainsi, pour remédier aux insatisfactions restantes quant à la sanction des membres des groupements criminels, la Chambre d'appel du TPIY propose, dans l'affaire *Duško Tadić*¹⁷, un concept novateur à l'application particulièrement large : l'entreprise criminelle commune. Ce mode de responsabilité, divisé en trois formes, permet d'attribuer aux membres d'un groupe poursuivant un but commun (qui implique, sans se réduire à, la commission d'un crime) la responsabilité principale de toutes les actions menées pour atteindre cet objectif ou en résultant. Le Statut de Rome, qui parachève la construction du droit de la responsabilité pénale internationale, est adopté juste avant l'introduction de l'innovante ECC dans le droit des TPI.

¹⁵ CDI, Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, *Annuaire CDI*, 1954, vol. II (1954): 149-152. CDI, Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, *Annuaire CDI* 1991, vol. II (2) (1991): 28-112. CDI, Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, *Annuaire CDI* 1996, vol. II (2) (1996): 17-60. Sur la complicité, voir article 2, Projets de 1954 et 1996 ; articles 3 et 12, Projet de 1991.

¹⁶ Voir Statut du TPIY, CSNU Rés. 823 (25 mai 1993) (ci-après « Statut du TPIY »), article 7(1); Statut du TPIR, CSNU Rés. 955 (8 novembre 1994) (ci-après « Statut du TPIR »), article 6(1).

¹⁷ TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt, IT-94-1-A (15 juillet 1999) (ci-après « TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999) »).

Section 2. Intérêt du sujet - Les modes de responsabilité dans le Statut de Rome, renouveau et fragmentation du droit de la responsabilité pénale internationale

La conférence de Rome pour l’instauration de la CPI constitue une évolution majeure pour le droit international pénal. L’ampleur du projet qu’elle porte, et le nombre de participants qu’elle réunit, sont sans précédent. Le Statut qui y est adopté s’inscrit dans le prolongement des travaux engagés depuis 1945. Il reflète toutefois une démarche innovante : il s’agit de la première fois que le texte fondateur d’une juridiction pénale internationale comporte une partie indépendante consacrée aux principes généraux du droit pénal, sur le modèle de ceux qui encadrent les droits nationaux¹⁸. Les principes généraux servent de matrice pour l’exercice, par une juridiction, d’une activité répressive. Ils dictent les règles fondamentales, applicables à tous les crimes qu’elle réprime et les individus qu’elle punit. En encadrant strictement la sanction pénale, qui ne doit être ni arbitraire, ni abusive, les principes généraux revêtent une fonction limitative et protectrice. Avant la conférence de Rome, l’impératif pratique de définition des crimes reléguait ce travail au second plan¹⁹. L’inclusion dans le Statut du Chapitre III, dédié aux principes généraux, est donc une grande avancée. Malgré la vocation réduite de ce Chapitre, qui s’applique uniquement à la Cour, certains auteurs y perçoivent un semblant de codification des principaux généraux du droit international pénal²⁰. Le Chapitre III aborde le cœur de la pratique de la CPI, en encadrant et/ou définissant des concepts clefs tels que la responsabilité, la prescription, ou l’élément moral²¹. L’influence grandissante des droits humains sur le droit

¹⁸ Voir, en droit français, l’article préliminaire du code de procédure pénale et les articles 111-1 à 111-5 du code pénal.

¹⁹ Gerhard Werle et Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, 4^e éd. (O.U.P., 2020), sect. 524 et suiv.

²⁰ Voir notamment Boris Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law », in *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court: Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Co-Organized by the AIDP YP Committee, Wolters Kluwer Law & Business, Carl Heymanns Verlag.*, éd. par Christoph Burchard, Otto Triffterer, et Joachim Vogel (Kluwer Law International, 2010); Schabas, « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 6, n° 4 (1998).

²¹ L’absence de certains principes classiques du droit pénal est notable, notamment, la présomption d’innocence, la règle de *ne bis in idem*, ou la définition, en parallèle de celle de l’élément psychologique, de l’élément matériel. Elle atteste, dans certains cas, de la difficulté de parvenir à un consensus entre États.

international pénal donne une place maîtresse aux principes de prévisibilité, d'accessibilité, et de culpabilité, tous corollaires de la maxime fondamentale *nullum crimen sine lege*.

La question de la responsabilité, à nouveau, s'est avérée particulièrement délicate. Sa définition implique de construire un ensemble normatif qui transcende les particularismes nationaux et la division entre *common law* et droit romano-germanique. Per Saland, président du groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal à la conférence de Rome, relate que près de la moitié de son temps fut consacré au seul article relatif aux modes de responsabilité. Il souligne les difficultés posées par leur détermination :

One problem was that experts from different legal systems took strongly held positions, based on their national laws, as to the exact content of the various concepts involved. They seemed to find it hard to understand that another legal system might approach the issue in another way: e.g., have a different concept, or give the same name to a concept but with a slightly different content. The issue of conspiracy is a case in point²².

Dans la lignée de ces efforts, dès le tout premier procès devant la CPI (celui de Thomas Lubanga Dyilo), les juges ont entrepris un travail normatif pointu, cherchant à préciser les conditions d'attribution de la responsabilité pénale. Par des décisions fortes, comme le rejet de l'entreprise criminelle commune, la CPI marque une véritable rupture avec le droit des TPI, et s'engage, au choix, dans un chemin de progression ou de fragmentation du droit international pénal. Ce processus est, pour une juridiction qui se veut unifier la matière, certainement discutable. Comment concevoir un droit conforme au principe de légalité, lorsque les mêmes crimes, portant le même nom, mais portés devant des juges différents, reçoivent des traitements disparates ? Véritable agrégat d'influences et de compromis, le droit de la responsabilité dans le Statut de Rome ne présente pas une interprétation linéaire. Leila Sadat et Jarrod Jolly qualifient ainsi l'article 25 de « *legal Rorschach blot, taking on a different meaning depending upon the underlying legal training, tradition, and even policy-orientation of those seeking to interpret it*²³ ». Une telle incertitude est saisissante, au regard des enjeux de la disposition. Les modes de responsabilité, par leur rôle de « *linking principles*²⁴ », jouent un rôle fondamental dans l'activité de la Cour. De fait « *[they] form an essential ingredient of the criminal law's*

²² Per Saland, « International Criminal Law Principles », in *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, éd. par Thomas H. C. Lee (Brill Nijhoff, 1999), 198.

²³ Leila Nadya Sadat et Jarrod M. Jolly, « Seven Canons of ICC Treaty Interpretation: Making Sense of Article 25's Rorschach Blot », *Leiden Journal of International Law* 27, n° 3 (septembre 2014): 758. Il s'agit d'une référence au test d'évaluation psychologique de Rorschach, élaboré par le psychanalyste du même nom en 1921. Ce test propose aux patients d'interpréter librement des tâches d'encre symétriques, et de décrire ce qu'ils y perçoivent, afin d'appréhender certains aspects de leur personnalité.

²⁴ Jens David Ohlin, « Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability », *Leiden Journal of International Law* 25, n° 3 (septembre 2012): 771-97.

*language of culpability. Although actus reus, mens rea, and attendant circumstances are important, modes of liability are the glue that holds it all together. Without them, defendants are just subjects without predicates*²⁵ ».

Ainsi, les modes de responsabilité dans le Statut de Rome sont un objet juridique complexe, qui se trouve au cœur de nombre d'enjeux fondamentaux du droit international pénal. Analyser la responsabilité devant la CPI permet d'approcher la nature particulière des crimes dont elle connaît, les difficultés de ses enquêtes, mais aussi le sens des peines et des procès, les questions de réparation, jusqu'à la fonction même qu'il convient de conférer à la Justice. En ces termes, l'article 25(3)(d), qui retient l'attention de cette étude, apparaît comme un laboratoire, permettant d'étudier tour à tour ces questions à une échelle palpable.

Section 3. Objet d'étude – La difficile interprétation de l'article 25(3)(d) du Statut de Rome

L'article 25(3)(d) prévoit une responsabilité pénale pour les contributions individuelles « de toute autre manière » au crime (ou à sa tentative) commis par un groupe de personnes agissant de concert. La responsabilité issue de l'article 25(3)(d) est la seule, dans le Statut, qui aborde explicitement le crime commis en groupe. Communément surnommée *common purpose liability* ou *contribution liability*, elle sera dans le présent mémoire désignée par l'expression « responsabilité pour contribution à un crime commis dans la poursuite d'un dessein commun », ou « responsabilité pour contribution à un crime collectif²⁶ ».

Dès le début des années 2000, l'article 25(3)(d) fait l'objet d'importants débats doctrinaux, qui portent tant sur le sens des mots qu'il emploie, que sur l'usage qui peut en être fait. L'apparente largesse de sa formulation est la source de nombreuses critiques. Albin Eser dénonce, à ce sujet, un criant « *lack of expertise in criminal theory when the provision was drafted*²⁷ ». Il n'attribue à l'alinéa (d) qu'une vertu symbolique, chargée de souligner le caractère collectif du crime international, sans pour autant y apporter une réponse sensée. De par sa nature apparemment résiduelle, cette disposition « fourre-tout » suscite de sérieux questionnements quant au champ de compétence de la CPI. Si, d'après le Préambule du Statut, la Cour est chargée de punir les « auteurs » des crimes internationaux les plus graves, la sanction du contributeur à

²⁵ Ohlin. « Second-Order Linking Principles », 772.

²⁶ L'individu responsable au titre de l'article 25(3)(d) sera, dans le présent mémoire, désigné par la forme abrégée « contributeur », qui sous-entend « contributeur au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun ».

²⁷ Eser, « Individual Criminal Responsibility », 803.

un crime collectif ne constitue-t-elle pas la limite de ses prérogatives ? Les éminents critiques de la criminalité d'emprunt, comme James Stewart²⁸, trouvent en l'article 25(3)(d) le parangon de tout ce qu'ils dénoncent. Enfin, d'autres juristes, à l'issue d'une analyse de cette disposition, n'y voient pas une erreur, mais la manifestation de notions juridiques préexistantes. Plus que tous les autres alinéas de l'article 25, l'article 25(3)(d) est le *legal Rorschach blot* par essence : il endosse, curieusement, un rôle de miroir juridique, où le lecteur voit ce qu'il veut voir. Les juristes de *common law* y lisent une forme diluée de complot, tandis que les partisans de l'arrêt Tadić y perçoivent l'ombre de l'entreprise criminelle commune. Pour ces derniers, la rupture de la CPI avec le droit des TPI prive définitivement l'article 25(3)(d) de son potentiel, le réduisant à un rôle de figuration dans le droit de la responsabilité pénale internationale.

Les difficultés d'interprétation de 25(3)(d) se reflètent sur la pratique des juges de la CPI. La jurisprudence, à ce sujet, est hétérogène et peu stable. Elle se rapporte à des comportements si différents qu'il n'est pas aisé, voire impossible, de délimiter clairement son utilité. Pour l'heure seule une des cinq condamnations prononcées par la CPI a été effectuée au titre de l'article 25(3)(d). Deux procès mobilisant cette disposition sont actuellement en cours²⁹.

L'article 25(3)(d) apparaît donc comme une curieuse friche juridique. Les controverses qui l'entourent empêchent de distinguer ce qui en fait précisément la nature, et de penser son application au regard de ce qu'est aujourd'hui la pratique de la CPI. Sa singularité, et l'utilité particulière que revêt la mention, dans l'article 25(3)(d), du crime commis en groupe, sont insuffisamment explorées. La critique de cette disposition est pertinente : elle illustre les enjeux de la responsabilité pénale internationale. Toutefois, il est nécessaire de dépasser les controverses, afin de proposer une interprétation constructive de l'article 25(3)(d). Ceci implique de délimiter, dans le droit du Statut de Rome, la place cette disposition, de déchiffrer son fonctionnement, et de comprendre la spécificité des formats de criminalité auxquels elle s'adresse. Ce travail permettra, *in fine*, de répondre à la question suivante : **face à l'enjeu que constitue, pour le droit de la responsabilité pénale internationale, l'imputation à un individu d'actes commis en groupe, comment interpréter et appliquer l'article 25(3)(d) du Statut de Rome afin d'en faire un outil de la lutte contre l'impunité ?**

²⁸ Voir notamment James G. Stewart, « The End of 'Modes of Liability' for International Crimes », *Leiden Journal of International Law* 25, n° 1 (mars 2012): 165-219.

²⁹ Germain Katanga a été condamné le 7 mars 2014 par la seconde Chambre de première instance de la CPI, sur le fondement de l'article 25(3)(d). Patrice-Édouard Ngaïssona et Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud sont actuellement mis en accusation à ce titre. L'article 25(3)(d) a toutefois été utilisé dans nombre de procédures avant le stade du procès, voir *infra*.

Afin de garantir une lecture informée de l'article 25(3)(d), cette étude mobilisera différentes sources. Un vaste corpus normatif, issu des organisations et des tribunaux internationaux, permettra d'éclairer le droit de la responsabilité pénale internationale. Le Statut de Rome fera l'objet d'une particulière exégèse. Les jurisprudences des TPI et de la CPI compléteront l'analyse par leur apport pratique. En vue d'offrir une perspective critique, il sera également pertinent d'inclure des sources doctrinales, empruntant au droit pénal et international pénal, à la criminologie, la philosophie, et, sporadiquement, aux sciences sociales.

*
* *

La proposition d'un modèle d'attribution de la responsabilité pénale pour contribution à un crime collectif implique deux ordres de questionnements successifs, permettant une réflexion progressive. Il s'agit tout d'abord de comprendre l'article 25(3)(d), et de constituer de solides fondations pour étudier, dans un second temps, son application. La réunion de ces deux éléments, passant du cadre théorique à la mise en œuvre pratique, accomplira un travail didactique, visant à explorer, le plus finement possible le potentiel et les limites de l'article 25(3)(d).

L'article 25(3)(d) doit, tout d'abord, faire l'objet d'un décryptage. Ce travail permettra de comprendre ses ancrages théoriques dans le droit de la responsabilité pénale internationale, et de définir clairement, par un protocole d'application concret, ses éléments constitutifs (**Partie I**). Une fois cette base établie, la responsabilité pour contribution à un crime collectif sera étudiée comme un outil stratégique pour la répression des atrocités de masse. Le potentiel de l'article 25(3)(d) sera ainsi confronté à la réalité de la sanction du crime international et de la lutte contre l'impunité (**Partie II**).

Partie I. Déchiffrer l'article 25(3)(d) : l'épineuse question de la responsabilité pénale pour contribution à un crime collectif

Le Statut de Rome vise à établir un système normatif autonome. Il élabore sa propre méthodologie d'imputation, c'est-à-dire qu'il détermine le raisonnement que les juges doivent suivre afin de déterminer la culpabilité, ou non, d'un accusé. Cette méthode, en doctrine, est qualifiée de *concept of crimes*. Elle consiste en une liste de questionnements successifs, qui permettent d'orienter l'activité répressive de la CPI. Ses deux composantes principales sont le crime - le fait répréhensible en toutes ses branches, contextuelles, matérielles, et morales ; et la responsabilité pénale individuelle qui s'y attache³⁰. Gerhard Werle et Florian Jeßberger élaborent plus précisément la dialectique suivante³¹ : d'abord, la démonstration du contexte de violence organisée ou de macro-violence, qui s'exprime de manière objective ou subjective ; puis les éléments matériels de l'infraction qui en forment l'apparence extérieure. Ensuite, la Cour est chargée de déterminer le *mens rea* de l'accusé, et l'applicabilité d'une éventuelle clause d'exclusion de la responsabilité. Enfin, les juges établissent, s'ils le peuvent, la culpabilité de l'accusé en se fondant sur le standard de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable ».

S'agissant d'attribution de la responsabilité pénale, le cadre est posé par l'article 25(3) du Statut. La Chambre préliminaire II de la CPI détaille les modalités d'application suivantes :

[Il est nécessaire] de constater d'abord que les faits allégués sont effectivement survenus puis, si ceux-ci sont suffisamment établis, de déterminer s'il existe un lien entre eux et le suspect. Ce n'est que lorsque l'existence d'un lien entre les faits survenus et le suspect a été démontrée (*imputatio facti*) qu'il est possible d'apprécier si ce lien engage la responsabilité pénale du suspect (*imputatio juris*)³².

Cette analyse des liens unissant l'acte au suspect s'effectue par une évaluation minutieuse de la correspondance entre les éléments de preuve apportés, et les définitions des modes de responsabilité fournies aux articles 25 et 28 du Statut³³. Ce procédé est l'objet de nombreux

³⁰ Voir le *two-pronged concept of crimes* développé dans Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law ».

³¹ Werle et Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, sect. 532 et suiv.

³² CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC-01/09-02/11 (23 janvier 2012) (ci-après « CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Muthaura, Kenyatta et Ali (2012) »): §424.

³³ CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman

questionnements et désaccords, en doctrine comme entre les juges de la Cour. Il faut souligner l'étonnant enchevêtrement des modes de responsabilité prévus dans le Statut, et la présence, parmi eux, de dispositions s'apparentant à des infractions autonomes (comme l'incitation au génocide) ou à des formes de commission (la tentative)³⁴. L'initiative des juges de la CPI de se défaire des pratiques d'imputation des TPI est également la source de vives controverses³⁵.

L'article 25(3)(d) cristallise ces débats. Les critiques dont il fait l'objet se distinguent en deux ordres. D'une part, l'utilité de cette disposition est remise en question : elle est, tour à tour, considérée comme une tentative faillie d'importer le droit des TPI, ou réduite à un rôle mineur qui ne permet pas sa pleine exploitation. D'autre part, le contenu de l'article 25(3)(d) est perçu comme insuffisamment précis, voire dangereusement flou. La responsabilité pour contribution aux crimes commis dans la poursuite d'un dessein commun ne bénéficie pas d'un encadrement juridique suffisamment stable et efficace, susceptible d'encourager sa mobilisation. Il est donc nécessaire de répondre, successivement, à ces deux problématiques.

Il sera, tout d'abord, procédé à une analyse fonctionnelle de l'article 25(3)(d). Il s'agit, par cette démarche, de déterminer du rôle joué par cette disposition dans le droit de la responsabilité pénale internationale, et, plus précisément, dans le système d'imputation du Statut de Rome. L'analyse fonctionnelle permettra de comprendre les besoins répressifs auxquels répond la responsabilité pour contribution à un crime collectif, et de distinguer sa spécificité et son utilité propre (**Chapitre 1**). Dans un second temps, il conviendra de porter sur l'article 25(3)(d) un regard normatif. Ce travail vise à conférer aux différentes composantes du mode de responsabilité qu'il prévoit un sens clair et précis, capable d'offrir aux juges de la CPI un protocole cohérent pour son emploi (**Chapitre 2**).

('Ali Kushayb'), ICC-02/05-01/20 (9 juillet 2021), ci-après « CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Abd-Al-Rahman (2021) »: §45.

³⁴ Voir notamment Eser, « Individual Criminal Responsibility », 804; Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 31.

³⁵ Voir notamment Olivier de Frouville, « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison », in *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, éd. par Olivier de Frouville, Droit et justice 99 (Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012) ; Sadat et Jolly, « Seven Canons of ICC Treaty Interpretation ».

Chapitre 1. L'analyse fonctionnelle d'un mode de responsabilité négligé

Une première lecture de l'article 25(3)(d) en révèle deux caractéristiques principales. D'une part, sa formule relative au « groupe de personnes agissant de concert » est unique dans l'article 25. La responsabilité prévue à l'alinéa (d) est donc la seule qui aborde spécifiquement la criminalité collective. De ce fait, l'article 25(3)(d) s'inscrit dans la lignée d'autres formes d'imputation précédentes ou parallèles du droit international pénal, qui toutes cherchent à appréhender, avec le plus d'efficacité possible, les structures criminelles complexes.

D'autre part, la mention « de toute autre manière » figure le caractère résiduel de la responsabilité pour contribution aux crimes commis dans la poursuite d'un dessein commun. L'article 25(3)(d) serait donc concerné par les comportements qui ne correspondent à aucun autre mode de responsabilité prévu à l'article 25.

Ces deux constats paraissent antithétiques : si la sanction de la criminalité en groupe est un impératif, son rattachement à une forme résiduelle de responsabilité du complice est étonnant. Une lecture fonctionnelle de l'article 25(3)(d) est donc essentielle, afin de replacer ce mode de participation dans le cadre plus vaste du droit de la responsabilité pénale internationale, et de comprendre la fonction qu'il y revêt. Pour ce faire, l'article 25(3)(d) doit être étudié à la lumière des autres modes de sanction de la criminalité collective (**Section 1**) ; avant d'être analysé comme une forme de responsabilité accessoire (**Section 2**).

Section 1. L'article 25(3)(d) et les théories de l'imputation collective : hérédité ou innovation ?

Les juridictions pénales internationales établies depuis les années 1940 ont toutes, successivement, cherché à élaborer des mécanismes d'imputation capables d'aborder le crime commis en groupe. Ces mécanismes sont dénommés « théories de l'imputation collective³⁶ ». Largement influencés par les droits nationaux, ils cherchent à créer une rencontre entre

³⁶ Stefano Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques », in *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction?*, éd. par Olivier de Frouville, Droit et justice 99 (Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012).

responsabilité individuelle et activité criminelle de masse, et à pallier, par des fictions juridiques, les obstacles propres à une telle échelle.

L'article 25(3)(d), à première vue, participe de cette construction normative. Sa formulation est pourtant nouvelle, inconnue du droit international pénal précédent. Il est donc pertinent de revenir sur sa genèse (§1), avant de circonscrire ses différences comme ses similarités avec les modalités modernes d'imputation collective (§2).

§1. Une étude généalogique de l'article 25(3)(d)

L'article 25(3)(d) n'est pas une invention des États parties à la conférence de Rome. Pourtant, il ne figure ni dans les projets de la CDI, ni dans les chartes et statuts des TMI ou des TPI, qui ont adopté d'autres voies pour sanctionner la criminalité collective. La forme définitive de l'article 25(3)(d) est issue de la version finale du Statut, transmise par le Comité de rédaction à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires réunie à Rome en 1998³⁷. Il s'agit d'une copie, quasiment à l'identique, de l'article 2(3)(c) de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif adoptée en 1997³⁸. Cette transposition intervient relativement tard dans le processus de négociation. La responsabilité pour contribution à un crime collectif remplace donc soudainement, juste avant la conférence de Rome, d'autres formes d'imputation négociées puis incluses dans les projets précédents. Cette rupture soudaine dans le processus de réécriture du Statut, à la faveur d'une disposition bénéficiant déjà d'une légitimité conventionnelle, ne permet pas d'établir le cheminement complet qui a mené des premières versions de l'article à sa forme définitive. Elle permet toutefois de constater un revirement entre les premières tentatives de sanction de la contribution à un but criminel commun, et la formule adoptée *in fine* dans le Statut.

Entre 1996 et 1998, les Comités préparatoires rédigent plusieurs projets de Statut : aucun ne présente de disposition clairement affiliée à l'actuel article 25(3)(d). Ils n'associent pas directement de responsabilité pénale à l'action de contribuer à la commission d'un crime par un groupe. Ils insistent, au contraire, sur l'identification d'un projet criminel préexistant, auquel l'individu adhère et participe physiquement et moralement. Ce modèle d'imputation collective est qualifié par Stefano

³⁷ Text Transmitted by Drafting Committee to Committee of the Whole, Article 23, reproduit dans Cherif Bassiouni et William Schabas, éd., « Article 25 : Individual Criminal Responsibility », in *The Legislative History of the International Criminal Court: Second Revised and Expanded Edition*, vol. 2 (Brill Nijhoff, 2016), 248.

³⁸ Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosifs, A/RES/52/1 (New York : adoptée le 15 décembre 1997 ; entrée en vigueur le 23 mai 2001).

Manacorda de « conspiratif », en référence à la *conspiracy* de common law (ou « complot », en français), définie comme l'accord de volontés en vue de commettre une infraction, que celle-ci soit ou non réalisée. Il recoupe également la pratique du TMIN, puis des TPI, qui sanctionnent le fait de planifier la commission d'un crime³⁹.

Le Comité préparatoire de 1996 inclut la planification aux formes de responsabilité accessoires⁴⁰. Une proposition criminalisant le fait de « faciliter » et/ou d'« encourager » la préparation ou la commission d'un crime est rédigée, mais elle se limite à la terminologie classique de la complicité, et n'effectue aucune distinction entre la complicité par assistance et la contribution à l'action criminelle d'un groupe⁴¹. Une disposition étonnante qualifie de participant la personne qui « *intervene without prior agreement in the perpetration of such crimes*⁴² », antécédent prometteur de l'article 25(3)(d) si ce n'est qu'il n'est applicable, dans le projet de 1996, qu'aux cas où il n'est pas possible de déterminer les implications individuelles de chacun. Entre 1997 et 1998, le même projet d'article sur la responsabilité individuelle est reproduit aux sessions de négociations⁴³. Si les autres alinéa de l'actuel article 25 trouvent des pendants dans cette version, l'alinéa (d) y est tout à fait absent. À la place de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun figure un mode de responsabilité reposant sur le nexus causal entre plan et crime. Il prévoit la sanction de l'individu qui « *[Intentionally] [participates in planning] [plans] to commit such a crime* » ou « *[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]* ». Ces deux dispositions sont subordonnées à la commission ou à la tentative du crime faisant l'objet du plan. Elles sont accompagnées d'une forme tierce, non incluse directement dans le corps du texte et dont il est mentionné qu'elle « *gave rise to divergent views*⁴⁴ ». Elle prévoit la responsabilité de celui qui « *participates in an organization which aims at the realization of such a crime by engaging in an activity that furthers or promotes that realization*⁴⁵ ». Remarquablement, cette disposition se détache de l'héritage anglo-saxon pour se rapprocher du

³⁹ Charte du TMIN, article 6 ; Statut du TPIY, article 7(1) ; Statut du TPIR, article 6(1).

⁴⁰ Draft of the 1996 Preparatory Committee, article B, reproduit dans Bassiouni et Schabas, « Article 25 : Individual Criminal Responsibility », 256.

⁴¹ Draft of the 1996 Preparatory Committee, article B(c) Proposal 3(2), reproduit dans Bassiouni et Schabas, « Article 25 : Individual Criminal Responsibility », 260.

⁴² Draft of the 1996 Preparatory Committee, article B(d)(1)(g), reproduit dans *ibid.*

⁴³ Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held 11 to 21 February 1997, article (2)(B)(b) à (d) ; Zupthen Draft, article 7(B)(a) à (d) ; Draft of the 1998 Preparatory Committee, article 23(7)(e), reproduits dans *ibid.*, 249-55.

⁴⁴ *Ibid.*, n. 190.

⁴⁵ Bassiouni et Schabas, « Article 25 : Individual Criminal Responsibility », n. 189.

modèle d'imputation collective dit « associatif⁴⁶ ». Le modèle associatif, né de la volonté de sanctionner l'adhésion à une organisation criminelle et entériné par l'article 10 de la Charte du TMIN⁴⁷, ressemble davantage à la notion française d'association de malfaiteurs. Il se concentre sur le rapport d'un individu à un groupe criminel, plutôt qu'à un projet d'infraction. L'élément intentionnel figurant dans cette troisième proposition la distingue des deux articles précédents : si la contribution est délibérée, elle n'implique pas de concertation préalable. Le lien causal entre l'acte de participation et le crime est plus direct : le plan n'est plus l'intermédiaire, l'organisation fait office de contexte. Ce lien est également plus modéré : c'est le seul emploi, dans le Projet de Statut, du verbe *promote*, qui paraît moins fort que *further*. En ce sens, cette forme accessoire de participation se rapproche davantage de l'article 25(3)(d). Celui-ci substitue toutefois au concept d'organisation celui de « groupe de personnes agissant de concert », laissant ainsi sous-entendre un collectif suivant une structure souple, voire un ensemble de personnes spontanément unis autour de la réalisation d'un but commun.

L'interruption de ces discussions par l'adoption de la formule issue de la Convention sur les attentats terroristes à l'explosif atteste des compromis diplomatiques et juridiques nécessaires à l'élaboration du Statut. Per Saland, dans ses souvenirs des négociations, souligne que l'adoption du complot constituait certainement un pas de trop vers la *common law*. À l'heure des procès de Nuremberg, Henri Donnedieu de Vabres la dénonçait déjà comme un « affront au principe de légalité⁴⁸ ». Saland explique, en effet :

Another very divisive issue throughout the Preparatory Committee meetings was conspiracy, a concept strongly advocated by common law countries but unknown in some civil law systems. We were helped by the successful negotiations in 1997 of the Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, which had been adopted by consensus. In Rome, it was easy to reach agreement to incorporate, with slight modifications, the text from the Convention which we now find in paragraph 3(d) of the Article 25 of the Rome Statute⁴⁹.

La version finale de l'article 25(3)(d) satisfait la demande des pays anglo-saxons pour un mode de responsabilité permettant la sanction des participants à un projet criminel collectif, même en

⁴⁶ Voir Manacorda, « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques ».

⁴⁷ Voir Charte du TMIN, article 10 : « Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupe ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux nationaux, militaires, ou d'occupation, en raison de son affiliation à ce groupe ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupe ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté ».

⁴⁸ Henri Donnedieu de Vabres, « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1947, 17.

⁴⁹ Saland, « International Criminal Law Principles », 199.

l'absence d'une contribution directe ou essentielle. Toutefois, en se séparant du caractère inchoatif de la *conspiracy*, elle respecte l'attachement des pays romano-germaniques au lien de causalité direct entre l'action individuelle et le résultat criminel. Ces distinctions n'empêchent pas certains auteurs, comme William Schabas, de considérer que le complot apparaît bien dans l'article 25(3)(d), qui lui fait simplement subir un changement de nature, d'infraction autonome à mode de responsabilité⁵⁰. Cette interprétation doit être questionnée : l'accord de volonté en vue de commettre un crime, central à la notion de complot, est au mieux secondaire dans la responsabilité pour contribution à un crime collectif. Celle-ci permet de sanctionner des interventions extérieures et se satisfait de la connaissance de l'ambition criminelle d'un groupe. La responsabilité naît bien d'un acte de contribution et pas de l'appartenance à un projet criminel intersubjectif. Ainsi, l'article 25(3)(d) « *expressly makes punishable conduct that commentators under domestic law in common law jurisdictions have classified as 'aiding and abetting' a conspiracy*⁵¹ ».

L'article 25(3)(d) présente également des similarités avec des modes de responsabilité du droit romano-germanique, comme le concept, appliqué en Italie, de « concours externe » à une association de malfaiteurs⁵². Dans ce cadre, l'individu mis en cause est responsable s'il a fourni une contribution matérielle (nourriture, soins, transports) aux participants à une association de malfaiteurs. L'acte de contribution détaché d'organisation préalable rapproche ces dispositions de l'article 25(3)(d). Toutefois, l'identité de l'association de malfaiteurs avec le « groupe de personnes agissant de concert », plus informel, n'est pas établie.

Dès lors, si l'article 25(3)(d) apparaît comme une innovation, il répond à une réalité criminelle qui traverse les systèmes et les traditions juridiques. Par l'adoption d'une nouvelle formule, les négociateurs du Statut de Rome n'ont pas cherché à élargir le champ de la répression, mais bien à atteindre autrement des individus qui ont toujours fait l'objet d'ambitions répressives. L'observation de la jurisprudence postérieure à la Seconde Guerre mondiale laisse entrevoir de nombreuses instances où la responsabilité prévue à l'article 25(3)(d), en une certaine forme, a été appliquée. Le magistrat anglais saisi de l'affaire *Ponzano* en 1948 déclarait déjà la possibilité et la nécessité de sanctionner le « *cog in the wheel of events leading up to the result which in fact occurred*⁵³ ». La contribution de ces simples « rouages », qui ne se devait

⁵⁰ Schabas, « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) », 97.

⁵¹ Juliet R. Amenge Okoth, « The Crime of Conspiracy in International Criminal Law » (Thèse de doctorat en droit, University of the Western Cape, 2012), 245.

⁵² Voir Code pénal de la République italienne (Codice penale), article 418.

⁵³ Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Hambourg (Allemagne), *Feurtsein and Others (Ponzano Case)* (24 août 1948) : p. 7, cité dans TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999) : §199.

pas d'être essentielle, pouvait être fournie de multiples manières. Le suspect devait simplement connaître l'intention criminelle finale du projet. Similairement, Fritz Sauckel, plénipotentiaire général pour la mobilisation de la main d'oeuvre sous le régime nazi, fut condamné par le TMIN pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, du fait de sa contribution à la politique de travaux forcés du Reich⁵⁴. Cette condamnation intervint alors même que le TMIN reconnut que Sauckel, bien qu'il ne partageât pas l'intention de maltraiter des travailleurs et n'y fût nullement favorable, avait participé en connaissance de cause à leur exploitation. Enfin, de manière plus manifeste encore, dans l'affaire *United States v. Josef Altstoetter et al.*, la juridiction militaire états-unienne retint les critères d'imputation suivants, s'agissant de la participation à un crime collectif : « *specific conduct of the individual defendant in furtherance of the [criminal] plan*⁵⁵ », « *knowledge of an offense charged in the indictment and established by the evidence*⁵⁶ » et « *[conscious participation] in the plan or [taking] a consenting part therein*⁵⁷ ». L'élément intentionnel retenu dans ces trois cas par les juridictions se rapproche grandement de celui dont dispose l'article 25(3)(d). La responsabilité pénale de l'accusé naît de la participation, même minime, à un enchaînement causal, en pleine conscience des implications criminelles qui en découlent. L'élément conspiratif est absent de ces raisonnements, l'élément associatif l'est également : la position interne ou externe au projet criminel en question est indifférente, et la responsabilité se matérialise par un acte positif. Le *mens rea* se porte sur la conduite, la participation, et ne se matérialise pas par un partage total de l'intention criminelle des responsables principaux.

L'étude généalogique de l'article 25(3)(d) atteste des multiples influences qui le constituent, toutes dirigées vers la sanction des individus apportant une contribution personnelle à un phénomène criminel collectif, sans en être à l'initiative. Ni pleinement inspiré de la *common law*, ni totalement repris de la tradition romano-germanique, l'article 25(3)(d) porte la marque du droit international : il est le produit d'un consensus diplomatique, et son élaboration est loin du travail législatif⁵⁸

⁵⁴ TMIN, *Fritz Sauckel*, Jugement (1^{er} octobre 1946).

⁵⁵ Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States v. Josef Altstoetter et al.*, Jugement (4 décembre 1947) : §1063.

⁵⁶ *Ibid.*, §1094.

⁵⁷ *Ibid.*, §1081.

⁵⁸ Des formules quasiment identiques à celles de l'article 25(3)(d) ont d'ailleurs été adoptées, selon ce même procédé, dans les Statuts des Chambres pénales spéciales des tribunaux du district de Dili et du Tribunal spécial irakien, voir Nations Unies, Administration Transitoire des Nations Unies au Timor Oriental, « Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences » (6 juin 2000) : section 14(3) ; Statut du Tribunal spécial irakien, article 15(b).

Le renouveau du droit international pénal des années 1990, symbolisé par l'établissement des TPI et de la CPI, a reconfiguré les théories d'imputation collective. Dans ce nouveau contexte juridique, l'ambition de l'article 25(3)(d) peine à prendre sa place.

§2. Responsabilité pour contribution à un crime collectif, coaction et entreprise criminelle commune : différencier les modes d'imputation collective

La fonction de l'article 25(3)(d) dans le droit de la responsabilité pénale internationale ne peut être comprise qu'au regard des deux modes d'imputation collective successivement utilisés par les TPI et la CPI pour répondre au phénomène du crime de groupe : l'entreprise criminelle commune (ci-après « ECC », dans sa forme anglophone « *JCE* ») et la co-perpétration.

L'ECC est une invention originale de la Chambre d'Appel du TPIY, dans l'affaire Tadić⁵⁹. Elle naît du constat d'une inadéquation entre les modes de responsabilité prévus par à l'article 7(1) du Statut du TPIY et le caractère collectif et organisationnel du crime de masse. L'article 7(1) se limite à des hypothèses individuelles de planification, instigation, ordre ou commission directe. Une interprétation littérale de cette disposition contrevient donc, selon la Chambre, à la mission de sanction des auteurs d'atrocité dont est investie la justice pénale internationale. Une forme alternative d'imputation propre au crime collectif doit nécessairement exister : c'est ce vide que remplit l'ECC. Le TPIY trouve ses éléments constitutifs dans une analyse inductive de la jurisprudence post-Seconde Guerre mondiale, qui sans jamais nommer l'ECC, en dessine supposément les contours. L'ECC permet l'attribution d'une responsabilité pénale individuelle sur le fondement de l'appartenance à un groupe de personnes partageant un dessein commun. Dans l'arrêt Tadić, la Chambre d'Appel en distingue trois formes⁶⁰. Toutes ont les mêmes éléments matériels : une pluralité de personnes organisées en une structure délimitée ; le partage entre elles d'un objectif ou d'un dessein commun comprenant la commission d'un crime ; et la participation du suspect à cet objectif ou ce dessein, par voie directe ou indirecte. Ce sont leurs éléments subjectifs qui les différencient. L'ECC 1 implique l'intention de commettre le crime, partagée entre tous les membres du groupe. L'ECC 2, qui vise le système concentrationnaire, nécessite une connaissance personnelle d'un système de mauvais traitements, et l'intention individuelle du suspect de

⁵⁹ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §187 et s.

⁶⁰ *Ibid.*: §220 ; §227.

promouvoir ou d'entretenir ce système. Enfin, l'ECC 3 est une forme dérivative d'ECC : elle s'attache à l'une des deux premières modalités, et permet la sanction des individus ayant eu l'intention de prendre part à l'objectif ou au dessein commun, pour des crimes qui, bien qu'ils n'en aient pas explicitement fait partie, étaient prévisibles pour l'accusé qui a choisi d'en endosser le risque.

Dans sa démonstration établissant l'existence de l'ECC, la Chambre d'Appel du TPIY s'appuie explicitement sur l'article 25(3)(d) du Statut de Rome. L'intégration de la notion de « dessein commun » dans la Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif puis dans le Statut constitue, aux yeux du TPIY, « *l'expression des vues d'un grand nombre d'États en matière juridique*⁶¹ », susceptible de participer à la construction d'une *opinio juris*. Si le TPIY reconnaît les différences entre l'ECC et la responsabilité prévue à l'article 25(3)(d) d'un point de vue définitionnel, il effectue un rapprochement entre ces deux notions. La lecture de l'alinéa (d) comme un vecteur d'introduction de l'ECC dans le système de la CPI est partagée en doctrine. Olivier de Frouville, en 2011, mentionnait le potentiel de cette disposition pour le développement d'une théorie analogue à celle de l'ECC⁶². Fletcher et Ohlin qualifiaient, quant à eux, l'article 25(3)(d) de « *statutory surrogate of joint criminal enterprise*⁶³ ».

Certainement, la responsabilité pour contribution à un crime collectif et l'ECC présentent des similarités : le rôle prédominant que joue, dans chacune de ces doctrines, la notion de « dessein commun » en est la principale. La première Chambre préliminaire de la CPI reconnaît elle-même la proximité de l'ECC et de l'article 25(3)(d), en affirmant que « *tant la responsabilité visée à l'article 25-3-d du Statut que l'entreprise criminelle commune mettent l'accent sur la criminalité de groupe et les actes commis en exécution d'un plan commun*⁶⁴ ». En outre, ces deux modes de responsabilité se satisfont d'un niveau apparemment peu élevé de contribution matérielle⁶⁵. Toutefois, la CPI s'est empressée de souligner les importantes différences opposant l'ECC à la responsabilité tirée de l'article 25(3)(d). Si la première est une forme de responsabilité principale, la seconde est uniquement accessoire. Elle s'adresse, contrairement à l'ECC, aussi bien aux contributeurs qui appartiennent au groupe de personnes

⁶¹ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §221.

⁶² Frouville, « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison », 127.

⁶³ George P. Fletcher et Jens David Ohlin, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », *Journal of International Criminal Justice* 3, n° 3 (1 juillet 2005): 546.

⁶⁴ CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10 (16 décembre 2011) (ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011) »): §282.

⁶⁵ Voir *Ibid.* Le critère de la contribution « significative » appliqué par les TPI à l'ECC sera d'ailleurs repris par la CPI, voir *infra*, Partie I - Chapitre 2 - Section 1.

agissant de concert qu'à ceux qui n'en font pas partie. La contribution au sens de l'article 25(3)(d) est portée au crime, tandis que la contribution au sens de l'ECC est apportée au dessein commun : le nexus causal est donc clairement distinct. Enfin, le *mens rea* de l'ECC repose sur la notion d'intention, quand l'article 25(3)(d) mentionne, en plus, le critère de la « connaissance ». Ces distinctions font, pour Kai Ambos, de l'article 25(3)(d) une forme inaboutie de *common purpose liability*. L'élément central de ces modes de responsabilité n'est pas le même, il existe une différence d'échelle dans l'approche qui est faite du crime : Ambos oppose, pour l'ECC, la « *prevalence to the collective element (common purpose)* » à celle, pour la responsabilité pour contribution à un crime collectif, « *[of] the individual one (individual contribution)* »⁶⁶. Certaines auteures encourageaient encore, en 2020, la CPI à adopter une interprétation de l'article 25(3)(d) le rapprochant de la troisième forme d'ECC⁶⁷. Pourtant, cette ambition sonne comme un vœu pieux. Afin de comprendre la dernière étape de l'articulation entre ECC et responsabilité au titre de l'alinéa (d), il est nécessaire d'introduire la notion de co-perpétration. L'étude de ce mode de responsabilité, privilégié par la CPI à l'ECC dans une démarche de rupture avec la jurisprudence des TPI, achève de circonscrire la place qui est aujourd'hui réservée à l'article 25(3)(d) dans le système du Statut de Rome.

L'article 25(3)(a) dispose des formes principales de perpétration devant la CPI. Parmi elles, le fait de commettre un crime « conjointement avec une autre personne ». Si une interprétation littérale de cet article laisse sous-entendre un binôme criminel, le mot « conjointement » pour les juges de la CPI porteur d'un sens étendu, qui immisce dans l'article 25(3)(a) la notion de dessein commun. Ainsi Gerhard Werle, dans son analyse de l'article 25, déduit de la formule de l'alinéa (a) la présence d'un élément subjectif consistant en « *an agreement between the co-perpetrators, which can be named a common plan, purpose or design* »⁶⁸. Les protagonistes de ce dessein commun dépassent l'apparente limitation numérique de l'article 25(3)(a). Pour la Chambre Préliminaire I dans l'affaire Lubanga :

[À] l'origine, 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

⁶⁶ Kai Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? », in *The Law and Practice of the International Criminal Court*, éd. par Carsen Stahn (Oxford University Press, 2015), 594.

⁶⁷ Susana SáCouto, Leila Nadya Sadat, et Patricia Viseur Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence: Fixing a Failed Approach », *Leiden Journal of International Law* 33, n° 1 (mars 2020): 207-41.

⁶⁸ Gerhard Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 4 (1 septembre 2007): 958.

voir imputer les contributions des autres et, en conséquence, être considérée comme un auteur principal du crime dans son ensemble⁶⁹.

Par cette interprétation, l'article 25(3)(d) perd son caractère unique. Si « conjointement » signifie « en présence d'un dessein commun », ce dessein étant précisément la composante première du « groupe de personne agissant de concert », alors l'article 25(3)(d) n'est plus le seul moyen d'aborder les groupes criminels. Cette conséquence est consacrée par la jurisprudence de la CPI, voulant que les notions de « concert » à l'alinéa (d) et de « dessein commun » à l'alinéa (a) soient fonctionnellement identiques⁷⁰. La preuve de ces deux éléments est apportée par le même faisceau d'indices⁷¹. Dans le cadre de la caractérisation de la responsabilité pour contribution à un crime collectif, ces notions s'articulent comme suit :

La Chambre note que l'existence d'un « plan commun » [...] 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 actions⁷².

La responsabilité du co-perpétrateur et celle du contributeur sont donc placées à des degrés différents. L'une est une responsabilité principale et emporte attribution mutuelle, l'autre pas. Cette distinction est logique : l'interprétation expansive donnée par la CPI de l'article 25(3)(a) la force à trouver un critère permettant de le distinguer de l'article 25(3)(d).

Dans la décision relative à la confirmation des charges portées contre Thomas Lubanga, la première Chambre préliminaire s'attèle à déterminer ce critère. Elle écarte successivement l'approche objective et l'approche subjective du critère distinctif. L'approche objective « place l'accent sur la réalisation d'un ou plusieurs éléments objectifs du crime⁷³ ». La formulation de l'article 25(3)(a), qui prévoit la responsabilité de l'auteur moral, disqualifie nécessairement cette hypothèse. L'approche subjective est assimilée par la Chambre à l'interprétation de l'ECC

⁶⁹ CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06 (29 janvier 2007) (ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007) »): §326.

⁷⁰ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §271.

⁷¹ Voir la caractérisation des éléments constitutifs des articles 25(3)(a) et (d) dans CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, Décision relative à la confirmation des charges contre Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11 (11 décembre 2014): §137-175; CPI, Chambre préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo (12 juin 2014): §231-274 (Ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo/Blé Goudé (2014) »)

⁷² CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07 (7 mars 2014) (ci-après « CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014) »): §1629.

⁷³ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007): §328.

délivrée par les TPI. Elle « 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 apportée⁷⁴ ». Pour la Chambre, l'existence de l'article 25(3)(d) atteste de l'inadéquation de l'approche subjective. La mention d'une « intention de faciliter le dessein criminel d'un groupe » dans l'article 25(3)(d)(i), qui a une valeur accessoire, empêche de penser que ce même critère subjectif puisse définir les auteurs principaux.

Face à l'insatisfaction que présentent les approches objectives et subjectives, la Chambre de première instance I se rabat sur une troisième option, qui constitue un véritable point de rupture pour le droit international de la responsabilité pénale : la notion du contrôle exercé sur le crime. Celle-ci désigne comme auteurs principaux d'un crime les individus qui « contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment⁷⁵ ». L'adoption de ce critère par la CPI est un triomphe de la doctrine allemande. Le contrôle sur le crime est issu des travaux de Claus Roxin, dont la pensée, pourtant peu traduite et donc peu accessible, est directement mobilisée par la Chambre dans la décision Lubanga⁷⁶. Les enseignements de Roxin furent introduits dans le droit international pénal par le juge allemand Wolfgang Schomburg, au cours de son mandat au TPIR. Dans une opinion dissidente rédigée dans l'affaire Gacumbisti, Schomburg entreprit de rejeter l'intégration de l'ECC au Statut du Tribunal. Il privilégia la notion de co-perpétration, qu'il définit, en citant les travaux de Roxin, par l'exercice d'un contrôle conjoint sur le crime par plusieurs coauteurs partageant un dessein commun⁷⁷. L'adoption du raisonnement de Schomburg par la CPI est probablement la décision la plus controversée de cette juridiction en matière de responsabilité pénale⁷⁸. Elle suscite un ordre de critiques important, dont toutes ne pourront être abordées ici : seules seront mentionnées celles qui servent l'analyse de l'article 25(3)(d).

Le juge Adrian Fulford, dans une opinion dissidente, a dénoncé l'importation d'une théorie aux forts ancrages domestique, au mépris de la mission universelle de la Cour⁷⁹. Malgré

⁷⁴ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007): §329.

⁷⁵ *Ibid.*: §330.

⁷⁶ Voir Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (De Gruyter, 1984) cité dans CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007): n. 425.

⁷⁷ Opinion séparée du Juge Wolfgang Schomburg sous TPIR, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbisti*, Arrêt, ICTR-2001-64-A (7 juillet 2006): §16-17, n. 30.

⁷⁸ Pour une étude critique approfondie, voir Lachezar Yanev et Tijis Kooijmans, « Divided Minds in the Lubanga Trial Judgment: A Case against the Joint Control Theory », *International Criminal Law Review* 13, n° 4 (2013): 789-828; Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt, et Thomas Weigend, « Assessing the Control-Theory », *Leiden Journal of International Law* 26, n° 3 (2013): 725-46.

⁷⁹ Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford sous CPI, Chambre de Première Instance I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06 (14 mars 2012) (ci-après « CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012) »).

les affirmations successives de la CPI sur la valeur coutumière de la co-perpétration, le choix de renoncer à l'ECC pour une théorie si peu instituée pose question. En 2012, à l'heure de la décision Lubanga, l'ECC bénéficie d'une application stable, non seulement par le TPIR, mais également par les juridictions hybrides de Sierra Leone et du Cambodge⁸⁰. Malgré son rôle de meneuse dans la justice pénale internationale et sa vocation unificatrice, la CPI a délibérément choisi de fragmenter la pratique d'imputation applicable devant les juridictions internationales. Alors qu'Hissène Habré était en 2016 condamné par les Chambres africaines extraordinaires sur le fondement de l'ECC, la CPI poursuit, seule, l'application de la co-perpétration et de la théorie du contrôle sur le crime⁸¹. L'absence d'une méthodologie harmonieuse d'attribution de la responsabilité pénale pour les crimes collectifs paraît menacer les principes de légalité et de prévisibilité, ainsi que la matière pénale internationale toute entière.

L'adoption du critère de contrôle exercé sur le crime semble en outre inapte à saisir une large partie du contentieux dont connaît la CPI. L'idée de contrôle s'adapte assez naturellement à des modèles de criminalités bureaucratiques, où la chaîne de commandement est strictement définie, comme le régime de gouvernance islamiste installé par AQMI au Mali, actuellement traité par la CPI, ou le régime du président syrien Bachar Al-Assad. C'est d'ailleurs à l'étude d'un tel régime, celui du Troisième Reich, que Claus Roxin a développé la théorie du contrôle exercé sur le crime. Elle avait vocation à permettre la sanction de bureaucrates et d'auteurs moraux, rarement directement investis dans les éléments matériels du crime⁸². Confrontée à des modes de commission plus diffus, basés sur la coexistence de plusieurs groupes, chacun menés par un chef autonome, ou par des mouvements populaires déstructurés, la notion de contrôle sur le crime perd son effet. Les situations du Darfour, de l'Ouganda, ou de la République démocratique du Congo (ci-après « RDC ») risquent de mettre en faillite la doctrine de Claus

⁸⁰ Voir Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao (the RUF accused)*, Appeal Judgment, Cas No. SCSCL-04-15-A (26 octobre 2009); pour une analyse approfondie, voir Stephen Jaques Mallesons, « Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise », in *Humanitarian Law Perspectives* (Australian Red Cross, 2010); et Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), Case File No:002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (20 mai 2010); Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de Première Instance, *Kaing Guek Eav, alias Duch*, Jugement, Case File No: 001/18-07-2007-ECCC/TC (26 juillet 2010); pour une analyse complète, notamment sur le rejet de l'ECC 3 par les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, voir Katrina Gustafson, « ECCC Tackles JCE: An Appraisal of Recent Decisions », *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 5 (1 novembre 2010): 1323-32.

⁸¹ Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, *Ministère Public c. Hissène Habré*, Jugement (30 mai 2016), pour l'argumentaire très détaillé tendant à démontrer l'intégration de l'ECC dans le droit international coutumier, voir §1865 et s.

⁸² Isabelle Delpla, « Considérations anthropologiques et philosophiques sur l'entreprise criminelle commune », in *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, éd. par Olivier de Frouville, Droit et justice 99 (Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012).

Roxin. Comme le remarque Olivier de Frouville, la seule hypothèse prolifique pour la théorie du contrôle sur le crime est celle d'une dictature⁸³.

L'approche rigide de l'article 25(3)(a) adoptée par la Cour a des conséquences importantes sur l'usage de l'article 25(3)(d). La théorie du contrôle détermine l'articulation de la responsabilité avec la co-perpétration. D'un point de vue objectif, un co-perpétrateur a, contrairement au contributeur, le pouvoir de frustrer la commission du crime : sa participation est essentielle⁸⁴. D'un point de vue subjectif, le contributeur au sens de l'article 25(3)(d) ne partage pas nécessairement le dessein commun. En outre, la définition de la co-perpétration donnée dans l'affaire Lubanga circonscrit le rôle revêtu par l'article 25(3)(d) dans l'œuvre de la CPI. La notion de contrôle est limitative, et rend la caractérisation de la co-perpétration difficile. La Cour est donc contrainte de se tourner vers l'article 25(3)(d) pour saisir toutes les hypothèses de criminalité collective n'entrant pas dans l'étroit moule des théories de Roxin. Paradoxalement, l'alinéa (d) devient donc une forme « ordinaire » de sanction des contributeurs à un but criminel commun, quand la co-perpétration demeure exceptionnelle. Des dirigeants et des chefs militaires sont mis en accusation en tant que complices plutôt qu'auteurs principaux, ce qui est précisément l'écueil que la justice pénale internationale cherche à éviter depuis sa création. Cela se traduit par une pratique courante des charges alternatives de la part du Bureau du Procureur (ci-après « BdP »), qui soumet des charges au titre de l'article 25(3)(d) à titre subsidiaire, dans le cas où les critères de la co-perpétration ne seraient pas remplis. La responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun, privée de toute individualité, devient donc une forme diluée de coaction, qui n'est définie que par la négative : elle n'est pas l'ECC, elle n'est pas la co-perpétration, elle est une catégorie résiduelle englobant des cas de criminalité diffuse, caractérisée par son absence de spécificité.

⁸³ Frouville, « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison », 140.

⁸⁴ Cette affirmation est issue d'une jurisprudence constante de la CPI, voir CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §999; CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07 (30 septembre 2008) (ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Katanga et Ngudjolo Chui (2008) »): §524-526; CPI, Chambre Préliminaire, I, *Situation en République Démocratique du Congo, 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 (28 septembre 2010) (ci-après « CPI, ChPrél.I, Décision sur l'émission d'un mandat d'arrêt contre Mbarushimana (2010) »): §30; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011)§273 ; 279; CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC-01/01-01/11(23 janvier 2012) (ci-après « CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012) »): §40; CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Muthaura, Kenyatta et Ali (2012): §401-404.

La définition de la co-perpétration telle qu'introduite dans l'affaire Lubanga a, depuis, été confirmée à de nombreuses reprises. Toute tentative de réhabilitation de l'article 25(3)(d) impliquant l'abandon de cette théorie, ou l'adoption de l'ECC par la CPI, est donc au mieux prospective, au pire utopique. Si cette disposition est vouée à gagner une place plus importante dans le système d'imputation du Statut de Rome, il est fort à parier que cette démarche sera graduelle. Il est en effet probable que la Cour accomplisse ce travail par une interprétation évolutive qui, au lieu de se faire en miroir avec l'article 25(3)(a), tentera de conférer à l'article 25(3)(d) une fonction propre. En tout état de cause, peu importe la voie empruntée, il est impératif que ce mode de responsabilité regagne son indépendance au sein du système des modes de responsabilité du Statut de Rome. Initialement pensée comme la seule disposition visant spécifiquement la criminalité collective, elle paraît une plus juste dénomination pour nombre d'hypothèses tombant aujourd'hui sous le coup de l'article 25(3)(a). En effet, « *[i]nternational crimes [...] are often committed by a great plurality of persons committed to a joint cause, and it is unclear whether describing such large-scale conspiracies as examples of co-perpetration is an accurate reflection of the facts on the ground*⁸⁵ ».

Face à ce constat, Jens Ohlin développe une proposition inspirante, dont des pistes de réflexion peuvent être tirées quant à l'article 25(3)(d). Il ne rejette pas l'intérêt de prévoir plusieurs formes de responsabilité distinctes pour traiter la participation à des crimes collectifs. Plus l'échelle d'imputation est fine, plus elle est représentative des réalités criminelles du terrain. Il propose toutefois l'adoption d'un modèle d'imputation priorisant l'étude des intentions individuelles de chaque participant à un projet criminel commun. Au sein de ce modèle, Ohlin distingue deux formes de responsabilité : « *co-perpetrating a joint criminal enterprise* » et « *aiding and abetting a joint criminal enterprise*⁸⁶ ». Le premier mode s'adresse aux participants essentiels, possédant l'intention de commettre le crime, et sans lesquels celui-ci ne peut advenir. L'utilisation de la formule « *JCE* » permet, contrairement à la co-perpétration, de souligner le caractère massif et systématique des opérations criminelles. Le second mode s'adresse aux participants secondaires, qui, par leur moindre degré de participation ou leur simple volonté d'assister le dessein commun du groupe, ne peuvent se voir imputer les actes de tous les participants. Cette dichotomie représente fidèlement ce que devrait être la division entre l'article 25(3)(a) et l'article 25(3)(d). Loin de constituer un simple pis-aller, la responsabilité issue de l'alinéa (d) permet de saisir des éléments cruciaux des structures

⁸⁵ Jens David Ohlin, « Joint Intentions to Commit International Crimes », *Cornell Law Faculty Publications*, 1 janvier 2011, 725.

⁸⁶ *Ibid.*

criminelles. Ceux-ci sont caractérisés non pas par leur rôle essentiel ou leur qualité hiérarchique, mais par leur contribution délibérée à un système violent. Les contributeurs revêtent, au contraire des co-perpétrateurs, un rôle de soutien. Leur importance n'est pas pour autant négligeable. Le succès d'une activité criminelle collective est, par définition, subordonné à sa capacité à susciter l'engagement du plus grand nombre⁸⁷. En dépassant le modèle d'Ohlin, il est possible d'affirmer que l'article 25(3)(d) ne vise donc pas nécessairement les mêmes individus, ou les mêmes formats criminels que la co-perpétration, qui est peu adaptable. L'indépendance fonctionnelle de l'article 25(3)(d) est donc indispensable à l'exploitation de son entier potentiel en tant que mode d'imputation collective.

Une fois rappelée l'utilité singulière de l'article 25(3)(d) en matière de sanction des crimes commis en groupe, il est nécessaire de questionner le second caractère qui, présentement, en restreint l'application : celui de « responsabilité la moins lourde » du Statut de Rome.

Section 2. La responsabilité résiduelle du contributeur à un crime collectif : vers une approche flexible des modes de responsabilité du Statut de Rome

Dans le droit de la responsabilité pénale internationale, l'organisation de l'article 25(3) du Statut de Rome est une innovation. Contrairement à la Charte du TMIN et aux Statuts des TPI, qui disposent de modes de responsabilité successifs, présentés en une seule phrase, le Statut de Rome articule ses modes de responsabilité selon une structure distincte. La vertu de cette syntaxe particulière a été longuement étudiée par les juges de la CPI. Si certains y voient un ordonnancement hiérarchique, d'autres refusent toute échelle de valeur entre les modes de responsabilité de l'article 25.

L'article 25(3)(d), par sa place dans l'article 25 et la formule « de toute autre manière », est perçu comme disposant de la forme de responsabilité la plus légère prévue par le Statut de Rome. Afin d'étudier ses applications potentielles, il est donc utile de questionner sa qualité résiduelle, et d'en proposer une lecture flexible. Une analyse des fondements de la responsabilité du complice dans le Statut de Rome est nécessaire (§1), avant de suggérer une interprétation de l'article 25(3) permettant une mobilisation efficace de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun (§2).

⁸⁷ Cette réflexion fera l'objet d'une analyse approfondie dans *infra*, Partie II - Chapitre 1 - Section 1.

§1. Le complice en droit international pénal : attribution unitaire ou différentielle de la responsabilité individuelle

Le *concept of crimes* de la CPI, défini en introduction du chapitre, implique l'attribution d'un ou plusieurs modes de responsabilité à chaque individu présenté à la Cour. Il s'agit, par un travail analogique, de faire correspondre les agissements et l'intention de cet individu avec les définitions de l'article 25(3) ou 28. L'intérêt de cette démarche est pluriel. Elle peut être considérée, d'une part, comme un travail strictement descriptif. Dans cette perspective, il s'agit de déterminer, en répondant par oui ou par non, si les conditions d'émergence d'une responsabilité pénale sont réunies. L'éventuelle utilisation de dénominations spécifiques, comme « contributeur » ou « co-perpétrateur », est secondaire. Elle sert seulement l'individualisation des procédures. Au contraire, il est possible de considérer l'utilisation de modes de responsabilité comme une démarche normative. Dans ce cas, il ne s'agit pas uniquement de qualifier l'existence d'une responsabilité pénale : la juridiction quantifie cette responsabilité, et la place sur une échelle de valeur. L'attribution de l'un ou l'autre des modes prévus à l'article 25(3) sert alors non seulement à qualifier ce qui est reproché au suspect, mais également à déterminer son *degré* de responsabilité. Un co-perpétrateur n'est plus simplement différent d'un contributeur, mais aussi plus responsable.

Ces deux approches correspondent à deux modèles distincts d'imputation, qui, dans la pratique, peuvent parfois se rejoindre. La perception descriptive correspond au modèle dit « unifié » d'attribution de la responsabilité pénale ; tandis que la conception normative désigne le modèle « différentiel » d'attribution⁸⁸. Pour Albin Eser, ces deux visions impliquent respectivement une « *expansive notion of perpetratorship* » et un « *narrow sense of perpetratorship*⁸⁹ ». En effet, dans le modèle unifié, tout participant à une activité criminelle, quel que soit son rôle, est considéré comme auteur principal. L'importance de sa contribution peut éventuellement être prise en compte comme une circonstance aggravante ou atténuante, mais n'influe pas sur la caractérisation de sa responsabilité. C'est par exemple le modèle utilisé en Autriche ou en Italie⁹⁰. Au contraire, dans une approche différentielle, l'attribution de la responsabilité pénale repose sur une évaluation personnalisée du rôle joué par le suspect dans l'accomplissement du crime. En fonction de cette détermination, il sera accusé comme auteur

⁸⁸ Sur la distinction entre vertu normative et vertu descriptive, voir Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law ».

⁸⁹ Eser, « Individual Criminal Responsibility », 781.

⁹⁰ Code criminel de la République d'Autriche (Strafgesetzbuch), article 18 ; Code pénal de la République italienne (Codice penale), articles 110 et 113.

principal, ou comme complice, et un régime différent lui sera applicable. Dans cette hypothèse, « *the notion of perpetrator [...] is restricted to those persons who either stand in the center of the committing of a crime or who steer it by means of predominant influence*⁹¹ ». La responsabilité du complice est dérivative : elle s'attache au crime de l'auteur principal. C'est de cette manière que procèdent les juridictions françaises ou allemandes⁹². En droit français, le rapport entre responsabilité du complice et responsabilité de l'auteur est d'ailleurs désigné par l'expression « criminalité d'emprunt ». Toutefois, si en Allemagne, l'attribution d'une responsabilité accessoire implique nécessairement un adoucissement de la peine, en France, cette atténuation n'est pas obligatoire⁹³. Deux éléments se superposent donc : la caractérisation de la responsabilité ; et les conséquences de cette caractérisation sur la peine.

Il n'existe pas, en droit international, de convention régissant l'attribution de la responsabilité pénale individuelle. Il revient aux rédacteurs des statuts et chartes de chaque juridiction, ainsi qu'à leurs juges, de choisir le mode d'imputation applicable et ses implications. Cette mission n'est pas sans enjeux. Comme le souligne Elies van Sliedregt, le développement du droit de la responsabilité pénale internationale est marqué par une « *quest for a liability theory that not only captures systemic crime but that also serves the expressive function of international criminal law ; a theory that enables 'fair labelling'*⁹⁴ ». De prime abord, l'approche différentielle semble donc particulièrement opportune en droit international. En effet, si la distinction complice/auteur est déjà pertinente dans les droits nationaux, la nature massive de la criminalité internationale en renforce seulement l'intérêt.

Le droit international pénal a connu un mouvement progressif, d'un modèle unitaire à davantage de différenciation dans l'attribution de la responsabilité pénale⁹⁵. Le TMIN emploie une approche moniste, attribuant la qualité de perpéteur à tous les participants identifiés à un acte criminel⁹⁶. Malgré l'absence de distinction explicite entre les modes de responsabilité dans

⁹¹ Eser, « Individual Criminal Responsibility », 782.

⁹² Code pénal, articles 121-4 et 121-7 ; Code criminel de la République fédérale d'Allemagne (Strafgesetzbuch), articles 25 à 31.

⁹³ Code pénal, article 121-6 ; Code criminel de la République fédérale d'Allemagne (Strafgesetzbuch), articles 29 et 49(1).

⁹⁴ Elies van Sliedregt, « The Curious Case of International Criminal Liability », *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 5 (1 décembre 2012): 1182.

⁹⁵ Pour une analyse détaillée de l'évolution des modes de responsabilité devant les juridictions pénales internationales, voir Bert Swart, « Modes of International Criminal Liability », in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, éd. par Antonio Cassese (Oxford, New York: Oxford University Press, 2009).

⁹⁶ Voir notamment Kai Ambos, « Individual criminal responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis - from Nuremberg to The Hague », in *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts.*, éd. par Gabrielle K. MacDonald et Olivia Swaak-Goldman, vol. 1 (The Hague: Nijhoff, 2000), 9; Héctor Olásolo, « Developments In The Distinction Between Principal And Accessorial Liability In Light Of The First Case Law Of The International Criminal

leurs Statuts, les TPI appliquent progressivement une méthode plus différentielle. Dès l'arrêt Tadić, les juges du TPIY perçoivent l'importance de la terminologie employée pour décrire la responsabilité pénale des individus : « 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 criminel⁹⁷ ». Toutefois, la vocation normative de cette distinction est fermement rejetée en 2002 par le TPIY dans le jugement relatif à l'affaire Krnojelac. À propos de la pratique romano-germanique de réduction de la peine des complices, la Chambre de première instance affirme qu'elle « ne reconnaît pas la nécessité en droit international de faire une telle distinction pour fixer la peine, et déclare, en particulier, que le Tribunal ne saurait la faire⁹⁸ ». La Chambre d'Appel, dans l'affaire Vasiljević⁹⁹, reverse cette interprétation. Elle est suivie par le TPIR, dans le jugement Ndindabahizi. Les TPI reconnaissent donc, d'après ces décisions, que « les modes de responsabilité peuvent alourdir [...] ou diminuer [...] la gravité du crime¹⁰⁰ », cette variation dans la gravité ayant nécessairement des conséquences sur la peine prononcée.

Le Statut de Rome propose un modèle ambivalent, à mi-chemin entre lecture unitaire et différentielle. L'article 25(3) offre une distinction terminologique claire et organisée des modes de responsabilité. Les juges de la Cour ont conféré un sens pratique à cette structure, empruntant à Gerhard Werle l'expression de « *value oriented hierarchy*¹⁰¹ ». Ils s'inscrivent ainsi dans une logique différentielle. En application du standard du contrôle exercé sur le crime, il faut donc comprendre que « *the control over the crime decreases as one moves down the sub-paragraphs*¹⁰² ». Ce choix se concentre sur l'influence de l'individu sur le crime. Il est qualifié en doctrine d'approche « normative » de l'attribution. Elle s'oppose à une approche « naturaliste », ancrée dans le droit anglo-saxon de la complicité, et concentrée sur le caractère direct du lien causal qui unit le suspect au crime¹⁰³. La démarche de différenciation qui figure

Court », in *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, éd. par Carsten Stahn et Göran Sluiter (Brill | Nijhoff, 2009), 343; Werle et Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, 192 et s.

⁹⁷ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §192.

⁹⁸ TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, Jugement, IT-97-25-T (15 mars 2002): §75.

⁹⁹ Voir TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, Arrêt, IT-98-32-A (25 février 2004): §192.

¹⁰⁰ TPIR, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Emmanuel Ndindabahizi*, Arrêt, ICTR-01-71 (16 janvier 2007): §122.

¹⁰¹ Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », 957; cité dans CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §279.

¹⁰² Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », 957.

¹⁰³ van Sliedregt, « The Curious Case of International Criminal Liability », 1183; Miles Jackson, *Complicity in International Law* (Oxford University Press, 2015), 20-26..

dans le texte du Statut n'est cependant pas pleinement aboutie. Au lieu de souscrire au modèle allemand de réduction automatique de la peine du complice, le Statut reste muet quant aux implications des distinctions qu'il établit à l'article 25(3). L'article 77, relatif aux peines applicables, ne mentionne pas les modes de responsabilité et prévoit un quantum uniforme de trente ans, voire une peine d'emprisonnement exceptionnelle à perpétuité. En ce sens, Kai Ambos qualifie le système d'imputation du Statut de Rome de « *unitarian model in a functional sense*¹⁰⁴ ». Une légère nuance doit toutefois être remarquée : l'article 78(1) du Statut, relatif à la fixation de la peine, impose à la Cour de prendre en compte la gravité du crime et la situation personnelle de l'accusé. La Règle 145(1)(c) du Règlement de Procédure et de Preuve, sur le même sujet, oblige la prise en considération « du degré de participation de la personne condamnée » et de son « degré d'intention ». L'usage du mot « degré » laisse sous-entendre une certaine inflexion différentielle. Ainsi, il est opportun de distinguer le modèle d'attribution de la responsabilité du modèle de détermination de la peine¹⁰⁵. Hans Vest résume ainsi l'hybridation des approches adoptée par la CPI : « *While the modes of participation in Article 25(3) ICC Statute reflect a differentiation model, the statutory provisions on sentencing provide for a unitary range of punishment*¹⁰⁶ ».

L'explication des différents modèles d'imputation et des degrés de responsabilité pénale retenus par la CPI est indispensable à l'étude de l'article 25(3)(d). Elle pose, en effet, le cadre de réflexion dans lequel cette responsabilité peut être amenée à évoluer. Logiquement, si l'article 25(3) implique une *value oriented hierarchy*, l'article 25(3)(d), dernière disposition relative à la participation, dispose de sa forme la moins sévère. Cette interprétation est confirmée par la CPI dans le jugement Lubanga :

Les articles 25-3-a et 25-3-d traitent tous deux de la situation où un certain nombre de personnes sont impliquées dans un crime. [...] De l'avis de la Majorité, une lecture systématique de ces dispositions mène à la conclusion 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 crime¹⁰⁷.

En appel dans la même affaire, la CPI a rappelé cette hiérarchie par la formule : « *Generally speaking and all other things being equal, a person who is found to commit a crime him- or*

¹⁰⁴ Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », 746.

¹⁰⁵ Vincenzo Militello, « The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 4 (1 septembre 2007): 941-52.

¹⁰⁶ Hans Vest, « Problems of Participation — Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else? », *Journal of International Criminal Justice* 12, n° 2 (1 mai 2014): 307.

¹⁰⁷ CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §996.

herself [under subparagraph (a)] bears more blameworthiness than a person who contributes to the crime of another person or persons [under subparagraph (b)-(d)]¹⁰⁸». Curieusement, entre ces deux décisions, la seconde Chambre de première instance de la CPI affirmait l'exact inverse dans l'affaire Katanga, en énonçant « 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 peine¹⁰⁹ ». Cette formule est ambitieuse et n'a pas été suivie dans les jurisprudences suivantes. Le jugement rendu dans l'affaire Al Mahdi rappelle, notamment, l'échelle de culpabilité établie par la décision Lubanga¹¹⁰. La Chambre d'Appel, dans l'affaire Bemba relative aux atteintes à l'administration de la justice, a depuis nuancé sa position. Selon la Chambre, l'attribution d'une culpabilité moins importante aux complices n'est pas automatique et doit être évaluée au regard des spécificités de l'espèce¹¹¹. La responsabilité à titre accessoire n'emporte donc pas nécessairement de sanction moins lourde. Le mot « résiduel » reste toutefois utilisé pour qualifier l'article 25(3)(d) dans la pratique de la CPI¹¹².

Ces extraits achèvent de démontrer pourquoi l'analyse fonctionnelle de l'article 25(3)(d) passe par une étude parallèle de son caractère collectif et de sa nature résiduelle. Ces deux éléments se rencontrent, et participent, dans un mouvement commun, à circonscrire l'article 25(3)(d) au rôle limité qu'il endosse aujourd'hui. Si la contribution « de toute autre manière » ne s'entend pas autrement que « de manière hiérarchiquement inférieure aux formats de participation prévus aux alinéas précédents », une mobilisation pertinente de l'article 25(3)(d) est difficile à envisager. Ceci s'observe d'autant plus que la CPI est régie par le principe de complémentarité, et n'a pas vocation à prendre en charge le jugement des criminels de bas-rang.

¹⁰⁸ CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5 (1 décembre 2014) (ci-après « CPI, ChApp., Décision sur l'appel du jugement Lubanga (2014) »): §462.

¹⁰⁹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1387.

¹¹⁰ CPI, Chambre de Première Instance VIII, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Jugement, ICC-01/12-01/15 (27 septembre 2016): §58.

¹¹¹ CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, 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", ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9 (8 mars 2018): §59-60.

¹¹² CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Version publique expurgée du Rectificatif de la Décision portant modification des charges confirmées le 30 septembre 2019 à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 23 avril 2020, ICC-01/12-01/18-767-Conf, ICC-01/12-01/18 (8 mai 2020) (ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020) »): §937.

Dans cette perspective, il est indispensable de proposer une lecture flexible du modèle hybride proposé par le Statut de Rome en matière de responsabilité pénale, afin de permettre, *in fine*, une existence autonome de l'article 25(3)(d).

§2. Réévaluer la place de l'article 25(3)(d) dans les modes de responsabilité du Statut de Rome

Le Statut de Rome n'opère pas seulement une distinction entre responsabilités principales et accessoires. Il identifie, aux articles 25(3)(b) à (d), différentes formes accessoires de responsabilité, dont la gravité est présentée comme décroissante. L'alinéa (b) punit le fait d'« ordonne[r], sollicite[r] ou encourage[r] » la commission d'un crime. L'alinéa (c) sanctionne les individus qui, « en vue de faciliter la commission d'un [...] crime », y apportent leur « aide, [leur] concours ou toute autre forme d'assistance ». La responsabilité issue de l'alinéa (b) présente certaines ambiguïtés au regard des notions de perpétration indirecte, prévue à l'alinéa (a), et de responsabilité du supérieur hiérarchique, mentionnée à l'article 28 du Statut. Toutefois, il n'est pas source de confusion particulière avec l'article 25(3)(d). En revanche, il existe une interrogation sur les rapports qu'entretiennent les formes de responsabilités prévues aux alinéas (c) et (d) de l'article 25(3). À première vue, ces dispositions sont très proches. Kai Ambos remarque justement que leur coexistence soulève des « *issues of delimitation*¹¹³ ». De fait, les formules « toute autre forme d'assistance », dans l'alinéa (c), et « de toute autre manière » dans l'alinéa (d), présentent d'importantes similitudes. Elles sont encore plus visibles dans d'autres traductions du Statut, comme la version anglophone, qui oppose « *otherwise assists* » to « *in any other way contributes* » ou la version hispanophone, qui utilise « *colabore de algún modo* » et « *contribuya de algún otro modo* ». Constatant ces ressemblances, Ambos interroge donc la pertinence de l'alinéa (d) dans l'ordonnancement hiérarchique du Statut :

It is also questionable if [...] subparagraph (d) is really indispensable given the wide scope of liability for an aider and abetter according to subparagraph (c). On the objective level, subparagraphs (c) and (d) are quite similar, the only difference being that (c) is concerned with individual responsibility and (d) with group responsibility. A person who contributes to a group crime or its attempt will always be liable as an aider and abetter to an individual crime in the sense of subparagraph (c)¹¹⁴.

¹¹³ Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 43.

¹¹⁴ Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 45.

L'auteur perçoit, dans l'alinéa (d), un appendice superflu. Cette lecture s'attarde trop peu sur la valeur qu'il convient de conférer au « groupe » mentionné à l'article 25(3)(d). En effet, Ambos remarque que la principale dissemblance entre les alinéas (c) et (d) est la mention, dans ce dernier, d'un format de criminalité collective. Partant du postulat logique que les rédacteurs du Statut n'ont pas entendu y inclure deux modes de responsabilité identiques, il faut conclure qu'il existe des moyens de contribuer à un crime collectif qui diffèrent de l'assistance qui peut être apportée à tout autre type d'infraction. L'existence d'un groupement criminel détermine la nature de la contribution prévue à l'article 25(3)(d)¹¹⁵. Cette interprétation est appuyée par la différence de vocabulaire utilisé pour désigner le *mens rea* dans chacun de ces modes de responsabilité. Là où l'alinéa (c) mentionne « faciliter la commission d'un crime », l'alinéa (d) utilise le même verbe, mais change son complément. Il dispose du fait de « faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe ». Il prévoit également un élément moral plus général, fondé sur la « connaissance de l'intention du groupe de commettre [le] crime ». Ces deux éléments psychologiques portent immédiatement sur les agissements et objectifs du groupe : ils sont la condition *sine qua non* de leur existence.

Tous les éléments constitutifs de la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) reposent donc sur l'idée d'un crime commis en réunion. Ce constat a des implications pour la hiérarchie qu'il convient ou non de lire dans l'article 25(3). Si la responsabilité du complice au titre de l'alinéa (c) est différente en *nature*, et pas seulement en *degré*, de celle que prévoit l'alinéa (d), alors l'échelle de valeur dont dispose l'article 25(3) n'est pas aussi rigide qu'il n'y paraît. La juste interprétation se rapproche donc de celle proposée par la seconde Chambre préliminaire dans l'affaire Katanga. La Chambre préliminaire I de la CPI, dans l'affaire Mbarushimana, souligne elle-même le paradoxe qu'une lecture hiérarchique institue : « l'article 25-3-d du Statut prévoit une forme résiduelle de responsabilité du complice [...]. Il convient également de relever que l'article 25-3-d du Statut s'inscrit dans la lutte contre la criminalité de groupe, qui implique habituellement la commission de crimes relativement plus graves¹¹⁶ ». De fait, s'il est admis que la responsabilité pour contribution à un crime collectif est une forme de complicité¹¹⁷,

¹¹⁵ Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? », 602.

¹¹⁶ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §278.

¹¹⁷ Ce positionnement fait l'objet d'une contre-argumentation pertinente dans Melissa Conway, « Ordering Individual Criminal Responsibility: Proposing a Hierarchy of the Modes of Liability », *Cambridge International Law Journal* 7, n° 1 (2018): 51-76 Selon Conway, le seul critère à considérer dans le cadre de l'attribution d'une responsabilité individuelle est la nature essentielle/substantielle/moins que substantielle de l'acte du participant dans la commission du crime. Aucun de ces degrés de participation n'est associé par défaut à un mode de responsabilité. Dès lors, Conway propose l'utilisation de l'article 25(3)(d), et non de l'article 25(3)(a), pour sanctionner les *criminal masterminds*. Elle les qualifie d'individus ayant apporté une contribution essentielle à un crime collectif.

la criminalité à laquelle elle répond empêche sa moindre gravité d'en être l'élément déterminant.

À rebours de l'interprétation livrée par Kai Ambos, il convient donc de chercher d'autres lectures de l'article 25(3), qui justifient l'apparente porosité de ses alinéas. William Schabas observe dans cet article une démarche davantage politique que juridique. Loin d'une typologie distinguant clairement les modes de responsabilité du Statut, le Statut manifeste « *an effort to codify exhaustively various forms of complicity by drawing upon concepts familiar to jurists from different legal traditions*¹¹⁸ ». Cette vision est partagée par le juge Adrian Fulford, qui affirme dans une opinion individuelle dans l'affaire Lubanga : « *by creating a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25(3) covers all eventualities*¹¹⁹ ». Dans cette optique, l'article 25(3) ne sert pas à établir des modes de responsabilité spécifiques, mais à balayer, par des dispositions successives, l'ensemble du champ de la responsabilité pénale. Un certain niveau d'enchevêtrement est donc prévisible, et il est certain que les articles 25(3)(c) et (d) couvrent, au moins en partie, les mêmes hypothèses. Ceci n'implique pas que tous les modes se valent, ou qu'ils sont nécessairement interchangeables. L'un ou l'autre des alinéas est parfois plus adapté à un type particulier de situation : la responsabilité issue de l'alinéa (d), dans le cas présent, est idoine pour aborder la criminalité collective.

Une lecture plus souple de l'article 25(3) n'implique pas de nier que les distinctions qu'il opère ont une valeur normative. La formulation même du Statut ne le permettrait pas. Gerhard Werle et Boris Burghardt identifient qu'aucun des modes de participation prévus aux alinéas (b) à (d) ne sont, par eux-mêmes, des moyens de faire survenir les éléments matériels d'un crime. Tous dépendent de la commission directe ou indirecte de l'infraction, telle que prévue à l'alinéa (a) : c'est donc la seule forme de responsabilité non-dérivée¹²⁰. Les mêmes auteurs arguent que si l'article 25(3) avait uniquement une vocation descriptive, il aurait rassemblé, dans chaque alinéa, des formes de participation similaires en apparence. Au contraire, il associe dans l'alinéa (a) des activités tout à fait différentes (commettre directement un crime et être l'auteur moral d'un crime) : leur point commun est donc nécessairement issu d'un jugement normatif¹²¹. En outre, l'adoption de modes de responsabilité différents est un moyen de respecter les droits de la défense et les principes d'équité du procès. En circonscrivant la

¹¹⁸ William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Deuxième édition, vol. 1 (Oxford University Press, 2016), 424.

¹¹⁹ Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford sous CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §7.

¹²⁰ Werle et Burghardt, « Establishing Degrees of Responsibility », 12-14.

¹²¹ Werle et Burghardt, « Establishing Degrees of Responsibility », 12-14.

responsabilité de l'accusé à un cadre clair, celui-ci connaît exactement la teneur des charges portées contre lui. Il a l'opportunité de présenter des éléments de preuves et des témoins permettant d'affiner la caractérisation de son rôle, et voit le risque d'arbitraire limité. Par l'emploi d'une dénomination spécifique, les victimes acquièrent également une meilleure compréhension des procédures. En ce sens, l'utilisation d'un modèle différentiel rend le travail de la Cour plus lisible et respecte la logique du *fair labeling*. Il n'est donc pas ici question, comme le fit James Stewart dans un article très commenté, de recommander le passage à un modèle totalement unitaire de perpétration, affublant du même nom tous les individus ayant, d'une manière ou d'une autre, participé à la commission d'un crime international¹²². Il s'agit, toutefois, de distinguer le mode de responsabilité employé de la gravité perçue de l'affaire et de la peine prononcée en conséquence. Ce n'est pas, en soi, la valeur différentielle de l'article 25(3) qui doit être contestée, mais la perception des juges qui y inscrivent une échelle de gravité, dans laquelle l'article 25(3)(d) peine à trouver une place.

La lecture hiérarchique de l'article 25(3) a été contestée en jurisprudence comme en doctrine. Ses principaux détracteurs au sein de la CPI sont les juges Adrian Fulford et Christine van den Wyngaert. Tous deux ont rédigé des opinions individuelles proposant une autre approche des modes de responsabilité du Statut de Rome¹²³. Ils font l'observation de principe qu'il n'est pas possible, *in abstracto*, d'affirmer que le fait d'ordonner la commission d'un crime (alinéa b) est moins grave que le fait d'en commettre les éléments matériels (alinéa a) ; ou que celui qui encourage la commission d'un crime (alinéa b) agit de manière plus répréhensible que l'individu qui contribue, de manière intentionnelle, à l'activité criminelle d'un groupe de personnes agissant de concert (alinéa d). La juge Van den Wyngaert relève très justement que le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a condamné l'ex-chef d'État libérien Charles Taylor à une peine de cinquante ans de réclusion criminelle pour complicité par aide ou assistance de crimes contre l'humanité et crimes de guerre¹²⁴. Ici, le mode de responsabilité retenu et la peine prononcée envoient des signaux contraires quant à la culpabilité de Charles Taylor. À ces observations matérielles s'ajoutent des considérations de procédure. Leila Sadat

¹²² James G. Stewart, « The End of 'Modes of Liability' for International Crimes », *Leiden Journal of International Law* 25, n°1 (2012): 165-219; pour une réponse à cet article, favorisant une approche différentielle, voir Miles Jackson, « The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law », *Leiden Journal of International Law* 29, n° 3 (2016): 879-95.

¹²³ Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford sous CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012); Opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert sous CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-02/12 (18 décembre 2012) (ci-après « CPI, ChPI II, Jugement Ngudjolo Chui (2012) »).

¹²⁴ Opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert sous CPI, ChPI II, Jugement Ngudjolo Chui (2012): §26.

et Jarrod Jolly ont étudié en détail la conformité des interprétations de l'article 25(3) données par la Cour avec les canons du Statut et du droit international public¹²⁵. Ils affirment que l'inclusion d'une hiérarchie dans l'article 25(3) est une erreur procédurale : toute lecture de cet article reposant sur une gradation de la responsabilité s'inscrit en violation du cadre d'interprétation posé par l'article 21 du Statut. Une telle hiérarchie ne reflète aucun principe de droit international reconnu, et complexifie à l'excès l'activité de la Cour. Sadat et Jolly, prenant l'exemple de l'article 21 lui-même, qui articule clairement les sources dont il dispose par degré d'importance, relèvent : « *in the instances where the negotiators intended a provision to embody a hierarchy, they did so quite explicitly*¹²⁶ ».

La pratique de la CPI démontre elle-même les incohérences d'une interprétation hiérarchique stricte. L'affaire Ahmad Muhammad Harun, dite « Ahmad Harun », en est un bon exemple. Ahmad Harun a occupé la fonction de ministre d'État chargé de l'Intérieur du gouvernement soudanais. Il a collaboré étroitement avec le ministère de la Défense et les services de sécurité intérieure, dans le cadre de la répression des rébellions du Darfour. En 2007, la première Chambre préliminaire de la CPI a autorisé l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun, dans le cadre de l'enquête portant sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis au Darfour depuis 2002¹²⁷. Elle retient des motifs raisonnables de croire qu'Ahmad Harun était responsable de ces crimes au titre des articles 25(3)(b) et (d) du Statut. Les éléments de faits retenus à l'appui de cette affirmation peinent à traduire une quelconque échelle de gravité entre les deux modes de responsabilité. La responsabilité de l'alinéa (b) est caractérisée par l'existence de plusieurs discours publics d'Ahmad Harun dans lesquels il encourage les milices à commettre des infractions, ainsi que par sa connaissance personnelle et le discrédit qu'il porte sur les violences commises¹²⁸. L'un de ces discours a effectivement été suivi d'un pillage. La responsabilité d'Ahmad Harun au titre de l'alinéa (d), quant à elle, est appuyée sur de nombreux facteurs. La Chambre cite une activité de coordination et de participation directe à la mise en œuvre de la politique de contre-insurrection ; le recrutement « personnel et actif » des milices Janjaweed dans le cadre de cette politique ; le financement, l'armement et le recrutement de miliciens ; la promesse de sommes

¹²⁵ Sadat et Jolly, « Seven Canons of ICC Treaty Interpretation ».

¹²⁶ *Ibid.*, 782.

¹²⁷ CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07 (27 avril 2007), ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007) ».

¹²⁸ CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007): §90-94.

d'argent à différentes tribus en échange de leur soutien actif au gouvernement, et même le fait d'ordonner le recrutement de miliciens¹²⁹ - fait qui, par lui-même, ne constitue pas une infraction, mais qui mobilise un langage hiérarchique très similaire à celui de l'alinéa (b). Au regard des éléments de preuve mobilisés par la Cour, il est difficile de concevoir qu'une activité politique de coordination et de financement de milices violentes soit par essence « moins grave » que des prises de paroles haineuses. En outre, la Chambre utilise parfois les mêmes faits pour qualifier la responsabilité d'Ahmad Harun au titre des deux modes¹³⁰. Loin d'un calcul du degré de gravité, il paraît plus plausible que les modes de responsabilité des alinéas (b) et (d) aient été employés pour leur correspondance descriptive avec les agissements d'Ahmad Harun, dans un souci de *fair labeling*. Ils peuvent donc être étayés par des faits de gravité équivalentes, voire inégales, sans remettre en question la cohérence des pratiques d'imputation devant la CPI. Marjolein Cupido, à l'issue d'analyses comparatives de l'usage des articles 25(3)(a) et (d) par la CPI, parvient à une conclusion similaire¹³¹. Elle observe que ces articles sont souvent utilisés ensemble, à propos du même individu et des mêmes faits. C'est le cas dans les affaires Katanga ou Gbagbo. Comme dans l'exemple d'Ahmad Harun, une telle pratique révélerait davantage un souci descriptif qu'une gradation dans la sévérité des faits. Relativement à l'utilisation de l'une ou l'autre des formes de responsabilité, Cupido décrit la pratique de la Cour comme suit : « *The ICC applies common purpose liability and joint perpetration in interplay with the facts of individual cases, leading to a varied and context-dependent practice*¹³² ». Certainement, de telles observations remettent en question le caractère strictement résiduel de l'article 25(3)(d), et confirment la théorie avancée par les juges Fulford et Van den Wyngaert, selon laquelle les modes de responsabilité de l'article 25(3) n'ont pas vocation à être mutuellement exclusifs¹³³. En doctrine, certains auteurs soulignent que cet article, manifestement, « *does not constitute a self-contained system of criminal participation with a coherent doctrinal grounding*¹³⁴ ». L'intégration d'un ordonnancement hiérarchique dans le système d'imputation du Statut de Rome semble, en définitive, inadapté et préjudiciable. Il est donc nécessaire de suggérer une lecture davantage horizontale de l'article 25(3), revalorisant par là même son alinéa (d).

¹²⁹ CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007): §81-89.

¹³⁰ Voir *ibid.*: §86 pour la responsabilité au titre de l'article 25(3)(d) ; §90 pour la responsabilité au titre de l'article 25(3)(b).

¹³¹ Marjolein Cupido, « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration: A Practical View on the ICC's Hierarchy of Liability Theories », *Leiden Journal of International Law* 29, n° 3 (septembre 2016): 897-915.

¹³² *Ibid.*, 914.

¹³³ Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford sous CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §7.

¹³⁴ Ohlin, van Sliedregt, et Weigend, « Assessing the Control-Theory Hague International Tribunals », 744.

Face aux ambivalences de l'article 25(3), plusieurs auteurs ont cherché à élaborer de nouvelles théories sur les types de participation à un crime. Ils ont développé, en ce sens, des moyens innovants de penser l'imputation. Ambos choisit de diviser les auteurs principaux en deux groupes. D'une part, les individus organisant les activités criminelles, le *leadership level (Führungstäter)*, et d'autre part, les individus hiérarchiquement inférieurs qui possèdent un degré de contrôle sur le crime (*Organisationstäter*) Les complices sont rassemblés en une vaste catégorie, celle des exécutants (*Ausführungstäter*)¹³⁵. Cette distinction ne semble pas à même de saisir les complexités de la criminalité collective. Son adoption reviendrait, essentiellement, à créer un nouvel ordonnancement hiérarchique des responsabilités, excessivement rigide par rapport aux multiples modalités de participation à un crime international. L'article 25(3)(d) n'y trouve que très difficilement sa place. Hans Vest, au lieu de s'adonner à un travail de classification, propose une méthodologie d'attribution originale. Il encourage « *a structured but rather flexible frame or network conceptualized for a nuanced jurisprudence* », reposant sur une appréciation *in concreto* des situations individuelles¹³⁶. Sa proposition tient à une distinction claire des notions de *mode* et de *degré* de responsabilité. Pour Vest, aucun des modes prévus à l'article 25(3) n'est inéluctablement associé à un degré spécifique de responsabilité. Ces deux éléments font l'objet d'une analyse séparée, aux résultats cumulatifs, qui permettent une juste détermination de la sentence. Bien sûr, en règle générale, les formes de perpétration principales seront affectées à des degrés de responsabilité plus élevés, et donc à des peines plus longues. Il existe forcément un certain automatisme, un quota normal d'*a priori* consistant à penser que l'auteur principal est aussi le plus responsable. Cependant, pour Vest, l'intérêt du modèle présenté se trouve dans la place qu'il laisse aux exceptions :

The provision should be read as supporting a principle of institutionalizing regular priority in the sense of higher blameworthiness of principal perpetration as opposed to secondary liability. However, this may not only imply that ceteris paribus principal perpetration seems to be more blameworthy than instigation and assistance, it simultaneously allows for exceptions. In specific cases the exact opposite might be true, if for example the person soliciting another person has acted more wrongfully and culpably than the perpetrator himself. For example, providing the indispensable means for the commission of a crime (a form of 'mere' assistance) may make an accomplice more blameworthy than a small perpetrator at the execution level¹³⁷.

Cette vision de l'imputation se rapproche de celle qu'a proposé la Chambre d'Appel en 2018,

¹³⁵ Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 11.

¹³⁶ Vest, « Problems of Participation — Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else? », 309.

¹³⁷ Vest, « Problems of Participation — Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else? », 303.

dans l'affaire Bemba et al. (pour atteinte à l'administration de la justice). Elle n'a toutefois jamais encore été appliquée à une affaire traitant de crimes internationaux comportant des charges de complicité. Une telle avancée est indispensable. Cette lecture tire profit du modèle différentiel, en permettant une définition plus fine des faits criminels et des charges. Son procédé est davantage fidèle aux règles du Statut relatives à la détermination de la peine, qui proposent une conception unitaire. Par son approche empirique, elle libère la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun d'une qualification strictement résiduelle, et permet donc de repenser son utilisation. L'article 25(3)(d) n'est donc pas le mode de responsabilité le moins grave du Statut, mais désigne un format de participation alternatif, décrivant une réalité spécifique : celle des crimes commis en groupe.

À l'issue d'une analyse fonctionnelle, l'article 25(3)(d) acquiert un rôle autonome dans le droit de la responsabilité pénale internationale. Par sa formulation unique, et la largeur de son champ d'application, il apparaît comme un outil pertinent, bien que sous-exploité, de la lutte contre l'impunité. Néanmoins, toute réflexion sur les potentiels usages de la responsabilité pour contribution à un crime collectif implique un second travail de définition. Une fois délimitée la fonction de l'article 25(3)(d) dans le droit international pénal, il s'agit d'adopter une approche normative, permettant une description claire de ses éléments constitutifs.

Chapitre 2. La nécessaire élaboration d'un cadre normatif unifié

La formulation unique de l'article 25(3)(d) du Statut de Rome a conduit la doctrine à dénoncer son manque de lisibilité. Pour certains auteurs, « *it is impossible to construct a coherent and non-redundant interpretation of Article 25(3)(d). Because of unfortunate drafting, both the required contribution and the required mental element are impossible to discern from the inscrutable language*¹³⁸ ». L'article 25(3)(d) serait donc une aberration juridique, et toute tentative d'interprétation se solderait par un échec. D'autres juristes plus optimistes, comme Alejandro Kiss, considèrent ces apparentes incohérences comme un défi, et voient en cette disposition étonnante « *una carta de invitación para elaborar una interpretación razonable de la norma*¹³⁹ ». C'est cette invitation à laquelle tente de répondre la présente étude.

La première Chambre préliminaire de la CPI a énuméré, dans l'affaire Mbarushimana, plusieurs critères constitutifs de la responsabilité pour contribution à un crime collectif :

[L]a 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 la 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 crime¹⁴⁰.

Si cet extrait dispose d'une certaine herméneutique, il n'éclaircit pas pleinement les conditions d'application de l'article 25(3)(d). Il mobilise en effet plusieurs termes dont le Statut ne fournit aucune définition, comme contribution ou dessein criminel. De fait, la CPI fait aujourd'hui encore un usage peu homogène cette disposition. Il est donc primordial de définir en détails les différentes composantes de l'article 25(3)(d).

Toute exégèse d'un mode de responsabilité prévu dans le Statut de Rome impose la mobilisation de l'article 30 de ce Statut, intitulé « Éléments psychologiques ». Cet article définit les formes de *mens rea* applicables devant la CPI, l'intention et la connaissance. Il les associe

¹³⁸ Jens David Ohlin, « Joint Criminal Confusion », *New Criminal Law Review* 12, n° 3 (2009): 406.

¹³⁹ Alejandro Kiss, « La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional », *InDret*, n° 2 (2013): 4.

¹⁴⁰ CPI, ChPrél.I, Décision sur l'émission d'un mandat d'arrêt contre Mbarushimana (2010): §39. Ces critères sont repris dans la décision sur la confirmation des charges rendue en 2011 dans la même affaire.

à trois formes distinctes d'éléments matériels : le comportement, la circonstance, et la conséquence. Le comportement « *[amounts] to the act or omission*¹⁴¹ ». La conséquence est donc « *the result of the act or omission*¹⁴² ». La circonstance est moins tangible : elle désigne une réalité particulière qui donne à l'infraction son caractère répressible¹⁴³. Par exemple, le fait de procéder à la conscription d'enfants n'est un crime de guerre que dans la mesure où la circonstance « les individus conscrits ont moins de quinze ans » existe.

En reprenant cette distinction, le présent chapitre procédera en premier lieu à une étude du comportement prévu à l'article 25(3)(d), la contribution (**Section 1**). Il examinera ensuite la circonstance qui fait la spécificité de cet article, l'existence d'un groupe de personnes agissant de concert (**Section 2**).

Section 1. Déterminer la nature de la contribution : degré, causalité, neutralité

Le mot « contribution » ne fait l'objet d'aucune définition dans le Statut de Rome. Il désigne communément la « part apportée à une œuvre commune¹⁴⁴ ». La contribution de l'article 25(3)(d) est décrite en doctrine comme « *twofold by its nature*¹⁴⁵ ». D'une part, elle « *encompasses any conduct of a person* », et de l'autre, elle constitue « *the cornerstone of the idea of result*¹⁴⁶ ». La question centrale tient donc à la tautologie suivante : à quoi, comment, et à quel point, l'acte de contribution contribue-t-il ?

Il s'agira, dès lors, de qualifier en substance le comportement du contributeur (§1), avant d'examiner le lien qui unit la contribution au sens de l'article 25(3)(d) au crime (§2).

¹⁴¹ Roger 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* 12, n° 3 (1 septembre 2001): 306.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Dans *Ibid.*, Clark qualifie la nature intangible de la circonstance par la formule « *We all know one when we see one* ». Pour une étude approfondie des éléments psychologiques associés à ces trois types d'*actus reus*, voir également Mohamed Elewa Badar, « The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective », *Criminal Law Forum* 19, n° 3 (1 décembre 2008): 473-518; Albin Eser, « Mental Elements - Mistake of Facts and Mistake of Law », éd. par Antonio Cassese (Oxford: Oxford University Press, 2002); Darryl Robinson et Donald K. Pigaroff, « Article 30 : Mental Element », in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, éd. par Otto Triffterer et Kai Ambos, 3. ed (München: Beck [u.a.], 2016).

¹⁴⁴ Lexicographie du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (ci-après « CNRTL »). Accessible sur : <https://www.cnrtl.fr/definition/contribution>.

¹⁴⁵ Zurab 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* 83, n° 1-2 (2012): 229.

¹⁴⁶ *Ibid.*

§1. La notion de contribution au sens du Statut de Rome

« **Contribue de toute autre manière** ». Le comportement du complice responsable au titre de l'article 25(3)(d) est désigné par le mot « contribution », auquel est accolé le qualificatif « de toute autre manière ». Il faut entendre, par cette formule « d'une manière différente de celles prévues aux alinéas précédents ». Gerhard Werle livre de cette disposition l'interprétation suivante : « *This catch-all provision applies to indirect forms of assistance such as financing the group that do not warrant liability for either co-perpetration or aiding and abetting [...]*¹⁴⁷ ». Le caractère indirect est une piste de réflexion pertinente : une contribution ne devrait pas revêtir une trop grande proximité avec le crime. Toutefois, il reste difficile de concevoir la mesure dans laquelle « contribuer » et « aider » peuvent renvoyer à des conduites substantiellement différentes. L'exemple d'Ahmad Harun ou de l'emploi de modes de responsabilité alternatifs, cités ci-dessus, attestent que la CPI utilise souvent les mêmes comportements pour caractériser l'un ou l'autre des modes de l'article 25(3)¹⁴⁸. S'agissant de l'article 25(3)(d), il semble donc que l'expression « de toute autre manière » se réfère aux dispositions précédentes comme un tout. L'aide, l'assistance ou le concours désignent l'association d'un comportement et d'un état d'esprit spécifique, différent de celui exigé du contributeur à l'alinéa (d).

En substance, la nature de la contribution est vaste. La seconde Chambre de première instance, dans l'affaire Katanga, donne quelques indices sur le tempérament de la contribution en affirmant qu'elle « 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)¹⁴⁹ ». Une étude de la jurisprudence laisse entrevoir un schéma plus large, comportant quatre types de contributions différentes. Toutes constituent des formes d'action. La contribution par omission, bien qu'alléguée par le BdP dans l'affaire Kenyatta, n'a pour l'heure jamais dépassé le stade de la confirmation des charges¹⁵⁰. Les actes positifs constituant une contribution au sens de l'article 25(3)(d) se distinguent donc dans les catégories suivantes : les contributions organisationnelles, les contributions matérielles, les contributions subjectives, et les contributions systémiques.

¹⁴⁷ Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », 970.

¹⁴⁸ À ce sujet, voir CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Abd-Al-Rahman (2021) : §28-29 ; 41-46.

¹⁴⁹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014) : §1635; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011) : §330 ; 339.

¹⁵⁰ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Muthaura, Kenyatta et Ali (2012) : §295.

La contribution organisationnelle participe à la création d'un contexte propice à la réalisation d'un objectif criminel. Il s'agit par exemple de la création d'alliances entre groupement militaires ou d'activités ayant pour objet la naissance ou l'entretien de liens stratégiques¹⁵¹ ; la tenue de réunions afin de structurer un mouvement contestataire¹⁵² ; la diffusion d'informations désignant des zones « cibles »¹⁵³. La contribution matérielle participe directement à l'*actus reus* du crime. Elle a un caractère concret ou incitatif, et est en ce sens proche des formes de responsabilité prévues aux alinéas (b) et (c) de l'article 25(3). La contribution matérielle peut être réalisée par la distribution d'armes aux milices ou aux civils¹⁵⁴ ; la constitution de groupes armés, le recrutement, l'entraînement et l'entretien financier et matériel des miliciens (nourriture, logement, équipement)¹⁵⁵. Elle peut également s'exercer par une voie hiérarchique. La contribution équivaut alors aux ordres, adressés à un groupe de personnes, de participer à une attaque ou à un mouvement de contre-insurrection ou de déployer des armes lourdes¹⁵⁶. La contribution subjective nourrit le *mens rea* des auteurs principaux. Elle démontre donc, de la part du contributeur, une certaine adhésion idéologique au projet criminel. Elle se manifeste par la mise à disposition de plateformes médiatiques pour les auteurs principaux et la diffusion de messages de haine¹⁵⁷ ; la diffusion de fausses informations permettant l'embrasement d'une situation¹⁵⁸ ; la valorisation publique d'une lutte ou d'un intérêt politique impliquant des actes de violence¹⁵⁹. Enfin, la contribution systémique est une modalité de participation regroupant, d'une manière ou d'une autre, toutes les formes de contribution précédemment citées. Elle tient à l'entretien subjectif ou objectif du système dans lequel s'inscrit la criminalité. Sa caractérisation par la CPI est récente : elle n'est cristallisée pour l'heure que dans l'affaire Al Hassan¹⁶⁰. Dans cette affaire, la contribution de

¹⁵¹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1671; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §178; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §225.

¹⁵² CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1670-1671.

¹⁵³ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §355.

¹⁵⁴ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1671 ; 1680 ; §105-106 CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007).

¹⁵⁵ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1671; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §177; CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007): §105-106.

¹⁵⁶ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §178; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §225.

¹⁵⁷ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §355; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §225.

¹⁵⁸ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §355

¹⁵⁹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1671; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §225.

¹⁶⁰ CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan

l'accusé se traduit par des actes matériels (participation à des sanctions violentes et à des procès arbitraires), ou moins tangibles (médiation pour convaincre des familles d'infliger à leur fille un mariage forcé, dénonciation de femmes pour adultère ou sorcellerie, campagnes de propagandes) dénonçant son assentiment à une idéologie violente et persécutoire.

L'amplitude de la notion de contribution n'implique pas qu'elle couvre exclusivement des comportements peu répréhensibles. À ce titre, l'affirmation que la responsabilité prévue à l'article 25(3)(d) « *constitutes the broadest, and thus least grave mode of participation*¹⁶¹ » doit être contredite. Il est impossible, au vu des types de contribution précités, d'affirmer qu'ils reflètent tous une gravité moindre. À cet égard, il faut préciser que la contribution n'est pas évaluée individuellement, mais bien considérée en faisceau. Le suspect doit avoir entrepris « un certain nombre d'activités qui, seules ou combinées, ont contribué à la commission des crimes¹⁶² ». Ainsi Katanga a-t-il été reconnu coupable au titre de l'article 25(3)(d) pour des actes constituant à la fois une contribution organisationnelle, subjective, et matérielle. Ces observations nourrissent l'argumentaire visant à mettre de côté toute idée de hiérarchie de culpabilité entre les modes de responsabilité.

« **À la commission ou tentative de commission d'un crime** ». Une fois déterminée la nature de la contribution, il est nécessaire d'aborder le complément d'objet de l'article 25(3)(d). Il désigne la destination de la contribution : par l'adoption de son comportement, à quoi le complice participe-t-il ? La formulation de l'article 25(3)(d) laisse planer un doute : la contribution doit-elle être dirigée vers le crime directement, ou bien plus généralement vers le dessein commun du groupe de personnes agissant de concert¹⁶³ ? Sans entrer dans les détails de la causalité attendue, qui sera abordée au paragraphe suivant, il faut s'interroger sur la volition du contributeur. Les juges de la CPI ont tranché cette question, en affirmant qu'il « est essentiel que la contribution de l'accusé soit rattachée à la commission d'un crime et non pas seulement aux activités du groupe envisagée de manière générale¹⁶⁴ ». Le crime, ici, s'entend toutefois au sens large : il s'agit bien des « crimes de l'article 5 » et non des infractions sous-jacentes qui les constituent. En effet, la CPI « n'estime pas nécessaire de procéder à l'examen du lien entre

Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, ICC-01/12-01/18 (13 novembre 2019) (ci-après « CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019) »); CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020).

¹⁶¹ Werle et Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, sect. 675.

¹⁶² CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §177.

¹⁶³ Kiss, « La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional ».

¹⁶⁴ CPI, ChPrél. II, Jugement Katanga (2014): §1632; CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020): §945.

la contribution [du suspect] et chaque fait criminel constitutif des crimes susmentionné¹⁶⁵ ». Ces explications sont satisfaisantes, en ce qu'elles suivent de manière littérale la formulation de l'article 25(3)(d). Toutefois, il demeure difficile de déterminer l'intention nécessaire chez le contributeur. Au sens de l'article 25(3)(d)(i), celui-ci doit contribuer à la commission du crime, dans l'intention non pas d'en faciliter la réalisation – le critère de l'alinéa (c) – mais de « faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe ». Il s'agira donc, dans l'application de l'article 25(3), de discerner avec précaution les différents objets des intentions du contributeur.

Lors de l'analyse d'une contribution, en vue de déterminer si elle a effectivement participé à la commission d'un crime, il n'est « pas nécessaire d'établir un lien direct entre l'auteur matériel et le comportement du complice¹⁶⁶ ». Le contributeur peut donc interagir avec un individu qui ne commet pas *l'actus reus* du crime pour lequel il est inculqué. La proximité géographique du contributeur avec le crime n'est pas non plus un critère pertinent, la justice pénale internationale portant « le plus grand intérêt aux personnes qui, tout en étant physiquement, structurellement ou causalement éloignées des auteurs matériels des crimes, [...] en ont facilité la commission depuis la position, même lointaine, qu'ils occupent¹⁶⁷ ».

« **Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas...** ». À première vue, l'article 25(3)(d) prévoit plusieurs éléments psychologiques différents : le premier, au travers du mot « intentionnelle », puis les deux suivants dans les paragraphes (i) et (ii). L'interprétation du *mens rea* du contributeur implique donc de clairement délimiter ces différentes composantes, afin de fournir une lecture cohérente de l'article 25(3)(d). Le nom auquel se rattache l'adjectif « intentionnelle » a été l'objet d'importants questionnements. Il pourrait renvoyer aux paragraphes (i) et (ii). Cette option priverait toutefois de son sens la conjonction « et », qui indique bien un effet cumulatif dans les intentions du contributeur. Il faut donc comprendre que la contribution mobilise, par elle-même, un élément intentionnel, auquel s'ajoute l'une des alternatives proposées aux paragraphes (i) et (ii). L'article 25(3)(d) dispose ainsi d'un double degré d'intentionnalité, ou « *two-fold subjective nexus*¹⁶⁸ ».

Le premier élément psychologique, attaché à l'acte de contribution, n'est pas clairement défini. Kai Ambos propose de l'interpréter de manière large, comme incluant la conséquence de l'action du contributeur. Selon lui, « *the intentionality must not be reduced to the conduct, but rather 'include an additional element, linking the contribution with the crimes alleged', i.e.,*

¹⁶⁵ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §950.

¹⁶⁶ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1635.

¹⁶⁷ *Ibid.*, §1636.

¹⁶⁸ Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? », 956.

*the contributor's intent must extend to these crimes*¹⁶⁹ ». Suivant cette lecture, le contributeur agit dans l'intention explicite de contribuer au crime. Autrement, « *the culpability nexus between the contribution and the ultimate criminal harm [would be] left vague*¹⁷⁰ ». Un tel positionnement semble s'éloigner excessivement du texte du Statut. Les dispositions relatives au nexus reliant contribution et crime se trouvent aux paragraphes (i) et (ii). Le mot « intentionnelle » étant attaché au seul terme décrivant le comportement du contributeur, il doit logiquement être lu en accord avec l'article 30(2)(a) du Statut, qui dispose : « Il y a intention au sens du présent article lorsque : a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ». Cette interprétation de l'intention est confirmée, puis expliquée par les juges de la CPI les affaires Katanga et Mbarushimana. Ils procèdent selon la méthode suivante :

Pour interpréter cet élément intentionnel, la Chambre devra donc prendre en considération les deux sous-paragraphes de l'article 25-3-d : le sens à donner au caractère intentionnel de la contribution ne doit en effet recouper ni le paragraphe (i) de cet article ni son paragraphe (ii), sous peine de rendre redondants l'un ou l'autre de ces « paragraphes, voire même les deux. Aussi la Chambre considère-t-elle que l'intention exigée par l'article 25-3-d du Statut ne s'applique qu'au comportement qui constitue la contribution et non pas à l'activité, au dessein ou à l'intention criminelle mentionnés respectivement aux paragraphes (i) et (ii) de cet article. À cet égard, la Chambre estime que, conformément au critère posé par l'article 30-2-a, l'accusé doit entendre adopter le comportement ; en d'autres termes, ses agissements doivent avoir été conscients et délibérés¹⁷¹.

Comme le souligne la première Chambre préliminaire dans l'affaire Mbarushimana, « l'application de cette seule condition peut conduire à déclarer engagée la responsabilité pénale de personnes dont les actes intentionnels ont un effet non intentionnel et important sur un groupe agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun¹⁷² ». Il est donc nécessaire de compléter cette interprétation en définissant comment le contributeur perçoit la conséquence de son action, à savoir, le fait de contribuer à un crime collectif. La Cour choisit un critère peu contraignant, moins rigide que celui proposé par Kai Ambos : « pour qu'une personne soit tenue responsable en vertu de l'article 25-3-d, elle doit à la fois : i) entendre adopter le comportement qui contribuerait au crime et ii) être au moins consciente que son comportement contribue aux activités du groupe de personnes pour les crimes desquelles sa responsabilité serait

¹⁶⁹ Kai Ambos, « Article 25 », in *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, éd. par Antonio Cassese, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones, vol. 1 (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002), 1013.

¹⁷⁰ Fletcher et Ohlin, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », 549.

¹⁷¹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1638.

¹⁷² CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §288.

engagée¹⁷³ ». L'étendue de cette conscience s'interprète au regard de l'article 30 du Statut. Celui-ci mentionne, relativement aux conséquences, la conscience qu'elles adviendront « dans le cours normal des choses ». Ceci implique, rationnellement, que le contributeur ne peut être tenu pour responsable que des actions dont il percevait qu'elles auraient un effet sur le crime. Dans l'hypothèse où un groupe criminel trouve, de manière inattendue, une utilité à l'action performée par un tiers, celui-ci ne pourra pas être considéré comme complice par contribution. Dès lors, le mot « intentionnelle » doit être interprété comme suit : le contributeur, qui entend agir comme il le fait, a conscience que l'acte qu'il commet participera, dans le cours normal des choses, à la commission ou à la tentative de commission d'un crime collectif.

Le deuxième niveau de subjectivité dont dispose l'article 25(3)(d) est divisé en deux branches alternatives. La contribution doit soit « [v]iser 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 », soit « [ê]tre faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ». Ces paragraphes font état « d'un élément psychologique différent de celui que prévoit l'article 30 du Statut¹⁷⁴ », et dérogent donc à la règle générale posée par celui-ci.

Le paragraphe (i) est le seul, dans le Statut de Rome, à employer le verbe « viser ». La formulation anglophone est plus explicite, et emploie la formule « *be made with the aim* », contre « *be made in the knowledge* » pour le paragraphe (ii). Ceci rapproche l'article 25(3)(d)(i) de l'article 25(3)(c), qui emploie un langage similaire (« en vue de faciliter » ou « *for the purpose of facilitating* »). L'élément psychologique dont dispose le paragraphe (i) est donc un critère volitif¹⁷⁵ : il implique, en plus de l'intention générale du contributeur, une intention spécifique, ou *dolus specialis*, qui se porte sur l'activité ou le dessein criminel du groupe. Certains auteurs équivalent ce *dolus* à l'intention criminelle du groupe. Ils interprètent le mot « *aim* » ou « viser » comme marquant un partage d'intention¹⁷⁶. Toutefois, cette lecture n'est pas conforme au texte du Statut, tel qu'interprété ci-dessus par la Cour. Dans l'hypothèse du paragraphe (i), le contributeur ne partage pas nécessairement l'intention du groupe, mais entend promouvoir son idéologie, la faire avancer (voir l'emploi, en anglais, du verbe très descriptif *to further*).

¹⁷³ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §288.

¹⁷⁴ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1637.

¹⁷⁵ Kiss, « La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional », 22.

¹⁷⁶ Voir notamment Elies van Sliedregt, *Individual criminal responsibility in international law*, Oxford monographs in international law (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2012), 145; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 3^e éd. (Oxford University Press, 2013), 213.

Certainement, le partage d'intention demeure une possibilité. Dans l'affaire Gbagbo, par exemple, la première chambre préliminaire affirme : « Laurent Gbagbo partageait le dessein commun du groupe qui impliquait la commission de crimes relevant de la compétence de la Cour [et], par conséquent, la contribution qu'il a apportée visait à faciliter ce dessein criminel du groupe¹⁷⁷ ». Le partage de l'intention du groupe sert donc ici à déduire l'existence d'un standard moins élevé, le fait de viser à faciliter son activité criminelle. Dans cette hypothèse, la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) se rapproche beaucoup du droit de la complicité anglo-saxon, et démantèle un peu plus l'idée que cette disposition vise uniquement des individus présentant une culpabilité réduite.

Le paragraphe (ii) de l'article 25(3)(d) dispose d'un critère cognitif, tenant à la connaissance de l'intention du groupe de commettre ou de tenter de commettre un crime. Dans ce contexte, l'intention collective constitue pour le contributeur une circonstance : sa connaissance doit donc être interprétée au regard de l'article 30(3) du Statut¹⁷⁸, qui prévoit : « Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ». Le contributeur doit donc être conscient que l'intention du groupe existait au moment où il a agi. Ce standard implique un certain degré de malléabilité : en effet, « *since the assistance is referring to a future conduct of a group of persons, substantial likelihood that a certain crime will be committed may be enough*¹⁷⁹ ». Le *dolus eventualis* n'étant pas applicable devant la CPI, il n'est toutefois pas envisageable que la connaissance du contributeur se réfère à la simple conscience d'une probabilité que le crime soit commis ou tenté¹⁸⁰. Tout rapprochement avec l'ECC 3 est donc pour l'heure exclu du champ d'application de l'article 25(3)(d)¹⁸¹. Il faut souligner que le paragraphe (ii) prévoit l'élément psychologique le plus souple du Statut de Rome. Il ne sous-entend aucune adhésion à un système idéologique de la part du contributeur, mais sanctionne le fait d'agir *malgré* l'existence d'un projet criminel¹⁸². Il peut donc être interprété au regard de la notion de risque : « *The intention to contribute co-*

¹⁷⁷ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §258.

¹⁷⁸ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §741.

¹⁷⁹ Hans Vest, « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law », *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 865.

¹⁸⁰ CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §1011; CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §335.

¹⁸¹ Voir Barbara Goy, « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the Ad Hoc Tribunals », *International Criminal Law Review* 12, n° 1 (1 janvier 2012): 69.

¹⁸² Andrea Sereni, « International Criminal Responsibility », in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, éd. par Flavia Lattanzi et William Schabas, vol. 2 (Il Sirente, 1999), 111.

*exists with the simple acceptance of the risk involved in the criminal act*¹⁸³ ». Ainsi, « *[u]nless the requisite superior-subordinate relationship exists to charge responsibility under article 28 of the Statute, 25(3)(d) liability is the only other way a person can be held criminally responsible for acting merely with knowledge of the criminal intentions of others*¹⁸⁴ ».

C'est à la lumière de ces développements que doit être comprise la nature résiduelle de l'article 25(3)(d). Selon l'expression de Barbara Goy, « *[d]espite the fact that the contribution does not meet the requirements for Article 25(3)(a)-(c) ICC Statute, criminal liability ensues because the contribution is made with a certain state of mind*¹⁸⁵ ». Une fois déterminée la substance de cette contribution, il faut interroger le lien qui l'unit au crime ou à sa tentative.

§2. La juste mesure de l'effet de la contribution sur le crime

Une étude normative de l'article 25(3)(d) du Statut de Rome impose de répondre à la question suivante : « *When do one or more contributions amount to a criminally relevant assistance ?*¹⁸⁶ ». Certainement, la formulation « fourre-tout¹⁸⁷ » de cette disposition interroge : elle fait naître un paradoxe entre l'ambition de la Cour et les actes banals auxquels elle semble s'intéresser. La Chambre préliminaire I, dans l'affaire Mbarushimana remarque à cet égard :

[Un] seuil est nécessaire pour exclure des contributions qui, dans l'esprit des auteurs du Statut, n'étaient clairement pas d'un degré ou d'une nature suffisants pour déclarer engagée la responsabilité pénale individuelle. Par exemple, de nombreux membres d'une communauté peuvent apporter des contributions à une organisation criminelle en ayant connaissance de la criminalité du groupe, surtout lorsque cette criminalité est de notoriété publique. Si on ne fixe pas de seuil au degré d'assistance, tout propriétaire, commerçant, prestataire de services (y compris publics), secrétaire, gardien ou même contribuable apportant une quelconque contribution à la commission de crimes internationaux par un groupe répondrait aux éléments requis pour voir sa responsabilité engagée en vertu de l'article 25-3-d, à raison d'une contribution infinitésimale aux crimes commis. Pour ces

¹⁸³ Marjolein Cupido, « Groups Acting With a Common Purpose », in *Modes of Liability in International Criminal Law*, éd. par Elies van Sliedregt, Jérôme de Hemptinne, et Robert Roth (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 314..

¹⁸⁴ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §274; pour une étude de l'application de ce constat à la sanction du génocide, voir Alexander K. A. Greenawalt, « Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation », *Columbia Law Review* 99, n° 8 (1999): 2259-94.

¹⁸⁵ Goy, « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court », 65.

¹⁸⁶ Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? », 602.

¹⁸⁷ Ce mot, traduction du terme anglophone « *catch-all* », est utilisé par la CPI, voir CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §354.

raisons, la Chambre estime que la responsabilité visée à l'article 25-3-d deviendrait indûment large si l'on jugeait suffisante toute contribution quelle qu'elle soit¹⁸⁸.

Il est donc primordial de définir un seuil de contribution au-delà duquel une responsabilité pénale est encourue. Contribuer « de toute autre manière » ne signifie pas « de quelque manière que ce soit ». Pour des raisons inhérentes aux moyens et à l'économie de la justice, il est inenvisageable que toute contribution à un crime international entre dans le champ de compétence de la CPI. Néanmoins, le critère permettant de différencier une contribution criminellement significative d'une contribution anodine est flou. La jurisprudence, à ce sujet, est changeante.

Il a été établi que la CPI perçoit, de manière relativement uniforme, une hiérarchie parmi les modes de responsabilité prévus à l'article 25(3) du Statut. Cette hiérarchie s'associe à des standards de participation différents, selon la forme de responsabilité attribuée à un suspect. L'auteur principal, responsable au titre de l'alinéa (a), doit apporter une contribution *essentielle* au crime¹⁸⁹. Suivant le critère coutumier, le complice par aide ou assistance fournit au crime une contribution substantielle¹⁹⁰. Selon le TPIY, une contribution est substantielle lorsqu'elle a un effet concret sur le crime, de telle sorte que sans elle, il n'aurait pas été réalisé de la même manière¹⁹¹. Dès lors, pour la seconde Chambre préliminaire de la CPI : « Si les alinéas c) et d) exigeaient tous deux une contribution « substantielle », la hiérarchie des différents modes de participation envisagée à l'article 25-3 n'aurait plus de sens. 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 reprochés¹⁹² ». Le critère d'une contribution « moins que substantielle » n'est pas normatif : il n'a été formulé de la sorte qu'à l'occasion de la décision citée. Toutefois, c'est à sa lumière qu'il faut comprendre le standard défini par la première Chambre préliminaire à l'occasion du premier emploi de l'article 25(3)(d), dans l'affaire Mbarushimana : celui de la contribution « significative¹⁹³ ». Cette notion est issue de la jurisprudence des TPI sur l'ECC, et empruntée par la CPI en raison des ressemblances que présentent les deux modes de responsabilité¹⁹⁴. Une contribution est considérée comme

¹⁸⁸ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §277.

¹⁸⁹ Voir *supra*, note 84.

¹⁹⁰ CPI, ChPI I, Jugement Lubanga (2012): §997.

¹⁹¹ TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Jugement, IT-94-1-T (7 mai 1997): §688.

¹⁹² CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §354.

¹⁹³ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §282.

¹⁹⁴ *Ibid.* Pour un historique du mot « *significant* », voir Michael G. Kearney, « Any Other Contribution? Ascribing Liability for Cover-Ups of International Crimes », *Criminal Law Forum* 24, n° 3 (2013): 331-70.

significative dès lors qu'elle affecte la survenance du crime, ou la manière dont il est commis. Une contribution significative n'est donc pas une condition *sine qua non* à la réalisation des éléments matériels de l'infraction : elle exerce seulement sur eux une influence¹⁹⁵.

Le choix de la Cour d'appliquer un critère exogène au Statut, permettant de qualifier ou non la responsabilité pénale du contributeur, a fait l'objet de critiques importantes. La juge Silvia Fernández de Gurmendi, dans une opinion individuelle rendue dans l'affaire Mbarushimana, a dénoncé la contradiction de ce critère avec la mention « de tout autre manière » dans l'article 25(3)(d)¹⁹⁶. Elle s'oppose à toute immixtion du standard de gravité, édicté pour l'appréciation de la recevabilité d'une affaire, dans la détermination de la responsabilité individuelle. Pour la juge, toute tentative de quantification des contributions sur une échelle normative fixe est vaine. En effet, « 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 par ce groupe¹⁹⁷ ». Cet argument est convaincant : en élaborant une pyramide allant de la contribution essentielle à la contribution significative, la CPI risque de confondre les contributions *neutres* et les contributions *minimales*. Une contribution minimale n'influe pas suffisamment sur la commission d'un crime : elle n'est pas pertinente dans un contexte répressif. Une contribution neutre, en revanche, est caractérisée par la « normalité » des actes qui la composent : faire un plein d'essence, mettre un logement à disposition, transporter des individus en taxi. Ces actes, à première vue banals, peuvent revêtir une certaine importance dans un contexte criminel. Le critère de la contribution significative, par un simple travail de quantification unidimensionnel, pourrait balayer ces contributions comme dérisoires. Pour remédier à ce problème, la juge Fernandez de Gurmendi propose l'abandon de toute idée de niveau de contribution, et l'analyse, en lieu et place, des liens « formels et causals », ou « *normative and causal links*¹⁹⁸ » entre la contribution et le crime. Cette approche fondée sur la causalité permet d'évaluer correctement

¹⁹⁵ Voir TPIY, Chambre d'Appel : *Le Procureur c. Vidoje Blagjević et Dragan Jokić*, Arrêt, IT-02-60-A (9 mai 2007) : §134; *Le Procureur c. Blagoje Simić*, Arrêt, IT-95-9-A (28 novembre 2006) : §85; *Le Procureur c. Tihomir Blaskić*, Arrêt, IT-95-14 A (29 juillet 2004) : §48 ; TPIR, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Jugement et sentence, ICTR-99-54A-T (22 janvier 2004) : §597.

¹⁹⁶ Opinion individuelle de la Juge Silvia Fernández de Gurmendi sous CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, 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 (30 mai 2012) (ci-après « CPI, ChApp. Décision sur l'appel de la Décision de confirmation des charges contre Mbarushimana (2012) »).

¹⁹⁷ *Ibid.* : §12.

¹⁹⁸ *Ibid.*

une contribution neutre, tout en filtrant les contributions minimales, non pas en raison de leur faible degré d'action, mais de leur absence de lien pertinent avec le crime.

D'abord minoritaire, l'approche des liens formels et causals gagne du terrain, au regard de la jurisprudence récente sur l'article 25(3)(d). Le mot « significative » a progressivement disparu des décisions, qui énoncent désormais, comme dans l'affaire Al-Hassan :

Le Statut n'exige pas que la contribution visée à l'article 25-3-d soit « importante » ou atteigne un seuil minimal. Cependant, la contribution doit être de nature à influencer sur la commission du crime. En d'autres termes, si la conduite du suspect ne produit aucun effet de causalité sur la commission des crimes, cette conduite ne peut être qualifiée de « contribution » au sens de l'article 25-3-d du Statut¹⁹⁹.

Il est notable que le langage utilisé pour décrire la contribution est quasiment identique à celui définissant le critère « significatif » des TPI. C'est en ce sens que Randle DeFalco, dans le cadre d'une analyse des standards appliqués à l'article 25(3)(d), concluait que lorsqu'une contribution devient significative, elle devient également « *normatively and causally* » liée au crime²⁰⁰. Toutefois, la mention des « effets de causalité » dans la définition de la contribution est nouvelle. Ce changement terminologique, bien que minime, est souhaitable. Il permet, d'une part, plus de fidélité au texte du Statut. Sa valeur descriptive, qui désigne un procédé (l'analyse des liens de causalité) au lieu d'un seuil fixe (la contribution significative), a un potentiel important pour l'homogénéisation de la jurisprudence de la Cour. En effet, sous le règne du critère « significatif », les chambres de la CPI ont fourni des appréciations disparates de l'influence que devait exercer la contribution au sens de l'article 25(3)(d) sur le crime. Marjolein Cupido distingue, sur cette question, deux schémas de pensée distincts²⁰¹. Dans le premier cas, illustré par les affaires Harun et Katanga, les juges ont adopté une approche contextuelle et déductive. Les contributions des suspects sont inférées de leur autorité et de leur statut hiérarchique. Ainsi, dans le cas de Katanga, la CPI « *linked the accused's contribution to the attack on Bogoro in general, whilst his involvement in the commission of specific (categories of) crimes remained indirect. He was held responsible for contributing to a legitimate military operation which he knew entailed risks of crime*²⁰² ». Au contraire, dans un second type d'affaire, la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) est interprétée par la Cour de manière

¹⁹⁹ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §249.

²⁰⁰ Randle C. DeFalco, « Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute: Thresholds of Contribution », *Journal of International Criminal Justice* 11, n° 4 (1 septembre 2013): 715-35.

²⁰¹ Cupido, « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration »; poursuivi et enrichi dans Marjolein Cupido, « Causation in International Crimes Cases: (Re)Conceptualizing the Causal Linkage », *Criminal Law Forum* 32, n° 1 (2021): 1-50.

²⁰² Cupido, « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration », 909.

stricte, « *based on a clear causal connection between the acts of the accused and the crimes charged. The Court essentially required that the accused's conduct had a direct effect on the commission of crimes specifically [...]*²⁰³ ». C'est notamment le cas de l'affaire Mbarushimana, à l'encontre duquel les charges n'ont pas été confirmées au motif que ses agissements, indirects et opérés à distance du terrain, n'avaient pas *contribué* à la commission des crimes des Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (ci-après « FDLR »). Cette décision a été contestée, dans une opinion dissidente, par la juge présidente Monageng, qui reprochait à la majorité d'avoir accordé trop d'importance à l'absence de contrôle direct du suspect sur les troupes du FDLR, alors même que cet élément n'est pas un critère d'application de l'article 25(3)(d)²⁰⁴. L'argumentaire de la juge Monageng est concluant : le critère de la contribution « significative » semble s'appliquer plus facilement aux affaires présentant une chaîne de commandement directe et une certaine proximité humaine/géographique avec le crime. Le sens de la contribution dont dispose l'article 25(3)(d) s'en trouve réduit d'autant. C'est à cette conclusion que parvient l'étude jurisprudentielle de Cupido : « *it may be easier to establish the significant contribution threshold in cases against (military) figures who were closely involved in the commission of crimes than in relation to persons who played a more remote (political) role*²⁰⁵ ». Dans le cadre de l'article 25(3)(d), la perception empirique de la causalité est donc partielle et insatisfaisante. Elle représente mal la réalité de la complicité, et risque sous-estimer l'implication de contributeurs importants dans des contextes de criminalité collective. Il paraît difficile, voire impossible, d'appliquer le même test à l'achat d'armes et aux encouragements médiatiques, au recrutement de miliciens et aux transferts de sommes d'argent. Toute analyse du lien unissant un comportement à un crime se doit de prendre en compte de multiples types d'effets. Il faut donc proposer une interprétation holistique, permettant de dévoiler les différentes formes de causalité qui peuvent rattacher un contributeur à un fait criminel.

Dans le contexte de l'article 25(3)(d), l'emploi du terme « causalité » soulève un paradoxe. En effet « *causation translates into the events happening in the physical world, while complicity results in another person's voluntary action*²⁰⁶ ». Il est donc nécessaire de penser la causalité comme un lien d'influence ou d'orientation. Il se mesure à la pertinence que revêt, pour la compréhension du crime tel qu'il a été commis, l'action du contributeur. Comme

²⁰³ Cupido, « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration », 908.

²⁰⁴ Opinion dissidente de la Juge Sanji Mmasenono Monageng sous CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011) (16 décembre 2011).

²⁰⁵ Cupido, « Causation in International Crimes Cases », 19.

²⁰⁶ Marina Aksenova, « The Modes of Liability at the Icc: The Labels That Don't Always Stick », *International Criminal Law Review* 15, n° 4 (21 avril 2015): 34.

l'explique la seconde Chambre préliminaire dans l'affaire Katanga, « *c'est l'effet que produit le comportement sur la réalisation du crime qui importe*²⁰⁷ ». La méthodologie proposée regroupe plusieurs propositions jurisprudentielles et doctrinales²⁰⁸. Toutes ont été élaborées pour suggérer une application plus juste et plus complète du terme « contribution », tel qu'utilisé à l'article 25(3)(d). Au vu de ces travaux, six critères normatifs se détachent pour l'analyse de l'influence d'une contribution sur un crime : le rôle du suspect relativement à l'objectif criminel ; les attributions fonctionnelles ou hiérarchique du suspect ; la création ou l'entretien d'un risque criminel par le suspect ; la culpabilité intentionnelle et morale du suspect ; la proximité humaine et géographique du suspect avec le crime ; le rapport du suspect aux normes comportementales et sociales. Ces éléments se recoupent, et sont parfois co-dépendants. Ainsi, la détermination du lien unissant une contribution à un crime rassemblera systématiquement plusieurs de ces critères, dans des proportions différentes. Il ne s'agit pas d'établir, pour chacun de ces axiomes, un seuil nécessaire à atteindre pour faire survenir la responsabilité pénale. Au contraire, ces éléments doivent être perçus comme cumulatifs, l'absence de l'un dans une affaire étant compensée par la prédominance de l'autre.

Rôle du suspect par rapport au projet criminel. L'évaluation du rôle du suspect par rapport au projet criminel implique de visualiser sa fonction dans la création et la promotion du « dessein commun » prévu à l'article 25(3)(d). Le suspect a-t-il un rôle d'instigation dans le dessein, ou est-t-il partisan ou exécutant ? Devant la CPI, l'exemple de la situation en Côte d'Ivoire est topique. Le dessein commun caractérisé par les juges est celui du maintien au pouvoir de Laurent Gbagbo par tous les moyens²⁰⁹. Dans cette hypothèse, Gbagbo a donc un rôle prédominant dans l'existence du projet criminel.

Attributions fonctionnelles et hiérarchiques du suspect. Ce critère implique de s'intéresser à l'influence que peut exercer un suspect du fait de sa position d'autorité dans une ou plusieurs organisation(s) criminelle(s). Une position hiérarchique élevée peut entraîner un certain nombre de déductions logiques, comme dans l'affaire Ahmad Harun. La connaissance et la participation du suspect aux stratégies de contre-insurrection au Darfour est inférée de sa fonction gouvernementale (« *There are reasonable grounds to believe that, due to Ahmad*

²⁰⁷ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1635.

²⁰⁸ Voir notamment CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §284; Opinion individuelle de la Juge Silvia Fernández de Gurmendi sous CPI, ChApp. Décision sur l'appel de la Décision de confirmation des charges contre Mbarushimana (2012); Cupido, « Causation in International Crimes Cases »; Kiss, « La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional »; DeFalco, « Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute »; Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? »

²⁰⁹ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §252.

Harun's position at the "Darfur Security desk," he was able to participate personally in key activities of the Security Committees²¹⁰ »).

Création ou entretien d'un risque par le suspect. La notion de risque est un facteur objectif pertinent dans l'évaluation des contributions neutres. En effet, il peut être considéré que « *neutral assistance may incur criminal responsibility when it clearly increases a prohibited risk that the primary party commits the respective crime²¹¹* ». Devant la CPI, qui ne reconnaît pas le complot, ce risque doit se matérialiser par la commission ou tentative de commission du crime. Cette théorie n'a pas été explicitement reconnue par la Cour, mais a influencé l'approche de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans l'affaire Bemba²¹². En outre, elle peut être perçue dans l'affaire Katanga : la Cour, au vu du contexte de violence ethnique, n'a pas systématiquement cherché à distinguer si l'assistance apportée par l'accusé visait spécifiquement une opération militaire d'opposition, ou une attaque persécutoire.

Culpabilité intentionnelle et morale du suspect. L'appréciation du *mens rea* du suspect est particulièrement pertinente dans les contextes où le dessein commun n'est pas exclusivement criminel. Il s'agit de déterminer la mesure dans laquelle le suspect, en apportant sa contribution, a cherché à promouvoir ou soutenir une activité délictueuse. Ce standard est appliqué par la CPI dans l'affaire Mbarushimana. Confrontée aux dénégations systématiques du suspect des crimes commis par le FDLR, la Chambre cherche à déterminer « i) si le Suspect savait qu'il ne disait pas la vérité, et ii) si ce faisant, il agissait dans la poursuite d'une politique des FDLR²¹³ ». En ce sens, la juge Van den Wyngaert a encouragé l'adoption du standard de la direction spécifique, élaboré par le TPIY²¹⁴. Elle affirme : « pour apprécier le caractère significatif de la contribution apportée par une personne, il y a de bonnes raisons d'examiner si l'aide qu'elle a apportée vise précisément la partie criminelle ou la partie non criminelle des activités d'un groupe²¹⁵ ».

²¹⁰ CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007): §83.

²¹¹ Vest, « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law », 864; Voir également Ambos, « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? », 603, empruntant aux travaux de Claus Roxin pour l'élaboration d'un modèle fondé sur le risque.

²¹² CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine, 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, ICC-01/05-01/08 (15 juin 2009): §425 (« la Chambre considère que pour qu'un chef soit jugé pénalement responsable au sens de l'article 28-a du Statut, il suffit de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes à l'origine des charges »).

²¹³ Opinion dissidente de la Juge Sanji Mmasenono Monageng sous CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §76.

²¹⁴ Voir TPIY, Chambre d'Appel: *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Arrêt, IT-04-81-A (28 février 2013): §25-74 ; *Le Procureur c. Nikola Sainović et al.*, Arrêt, IT-05-87-A (23 janvier 2014): §1617-1651. *Infra*, note 421.

²¹⁵ Opinion minoritaire de la Juge Christine Van Den Wyngaert sous CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §287.

Proximité humaine et géographique du suspect avec le crime. Ce critère est déjà appliqué par la CPI lorsqu'elle applique l'article 25(3)(d) : le parallèle des affaires Mbarushimana et Katanga, précité, le démontre. L'établissement d'une proximité permet de démontrer un certain niveau d'information, et une influence plus évidente du suspect sur le crime. C'est un élément important dans les charges retenues contre Joshua Sang : animateur d'une radio locale, il a joué un rôle clef dans les violences contre les populations Kikuyu, Kisii et Kamba en diffusant en direct des indications géographiques précises, orientant ses auditeurs vers les zones de violence²¹⁶. L'idée de proximité est également fondamentale dans l'affaire Al Hassan. Les contributions retenues à son encontre sont directement liées au contexte de contrôle exercé par Ansar Dine/AQMI sur la ville de Tombouctou, et aux fonctions de l'accusé dans les forces de police, permettant de « maintenir un environnement coercitif, violent et oppressant²¹⁷ » à l'égard des victimes.

Transgression et rapport aux normes comportementales et sociales. Ce critère est pris en compte par la première Chambre préliminaire dans l'affaire Mbarushimana. Elle affirme, dans son analyse de l'article 25(3)(d), s'appuyer sur plusieurs éléments, dont « 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 groupe²¹⁸ ». Il s'agit ici de penser l'imputation au regard du corps social : dans quelle mesure la participation apportée par le suspect est-elle conforme aux attentes projetées sur un individu raisonnable se trouvant dans sa situation ? À quel point a-t-il dû s'écarter des normes comportementales ? Cette évaluation permet d'aborder la question des contributions interchangeable, qui n'ont aucune valeur transgressive propre et diminuent d'autant la responsabilité du suspect. Certainement, ce critère a une limite importante, lorsqu'il est appliqué à des contextes sociaux où la criminalité est la norme. Toutefois, il reste pertinent dans des situations ambiguës, où l'intention du suspect est difficile à discerner, ou lorsque sa contribution n'est pas un acte de grand ampleur.

En proposant une analyse pluridimensionnelle de la causalité, le modèle élaboré ci-dessus saisit les différents types de participation identifiés au paragraphe précédent, qui chacun reflètent une forme particulière d'influence. Cette voie est encourageante pour l'usage de l'article 25(3)(d) : s'il existe autant de manière de contribuer à un crime collectif qu'il existe de manières d'en commettre, il est impératif que la CPI adopte le plus de flexibilité possible dans

²¹⁶ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §355.

²¹⁷ CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020): §190.

²¹⁸ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §284.

son approche de la contribution. Certainement, les standards d'influence proposés dans ce chapitre ne pourront être perçus comme une menace aux principes de légalité et de culpabilité. Loin de diluer la responsabilité pénale internationale, ou de l'affilier à des comportements d'une gravité moindre, ils proposent une représentation plus fidèle de la criminalité collective et garantissent une application uniforme et prévisible du droit.

L'analyse de la causalité parachève le portrait de la contribution, telle qu'introduite dans le Statut de Rome à l'article 25(3)(d). Afin de compléter l'analyse normative de cette disposition, il est désormais nécessaire de s'intéresser à sa seconde composante principale : le « groupe de personnes agissant de concert ».

Section 2. Identifier le groupe de personnes agissant de concert : la notion de dessein commun

Dans l'article 25(3)(d), le caractère collectif du crime est un élément essentiel. Il s'exprime, en français, par la mention « groupe de personnes agissant de concert ». Le mot « concert » désigne un « accord, [une] entente entre personnes ou groupes de personnes, généralement solidaires²¹⁹ ». Il laisse entrevoir une action coordonnée entre individus. Ce choix lexical diffère des autres traductions du Statut de Rome. Celles-ci divisent l'idée de collectivité en deux éléments distincts, articulés l'un avec l'autre : la formulation anglophone dispose d'un « *group of persons acting with a common purpose* », tandis que sa transposition en espagnol prévoit « *un grupo de personas que tengan una finalidad común* ». Dans ces versions, le groupe et son objectif ont une existence séparée. La caractérisation de l'un soumise à la condition qu'il agisse avec l'autre, c'est-à-dire que le groupe dispose d'un *common purpose* ou d'une *finalidad común*. En français, cela équivaut au « dessein commun ». Contrairement à l'expression « de concert », l'idée d'un dessein commun implique non seulement une action coordonnée, mais également une direction prédéterminée.

C'est à la lumière de ces considérations que doit s'effectuer la lecture et l'explication de l'article 25(3)(d). Ainsi, il convient dans un premier temps de caractériser le groupe de personnes (§1), avant d'approfondir la notion de dessein commun qui lui est associée (§2).

²¹⁹ Lexicographie du CNRTL. Accessible sur : <https://www.cnrtl.fr/definition/concert>.

§1. La caractérisation de l'existence d'un groupe de personnes

Le groupe de personnes agissant de concert est défini par la CPI comme « l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux personnes ou plus²²⁰ ». Dans cette perspective, le mot « groupe » acquiert une vertu métonymique : il ne sert qu'à désigner son contenu, l'objectif commun. Il est difficile de définir l'entité « groupe » d'une manière autonome. Pourtant, il s'agit bien d'une réalité matérielle, et certains attroupements ne constituent pas pour autant des groupes. Une lecture minutieuse de la jurisprudence de la CPI clarifie ses caractéristiques.

La décision Mbarushimana affirme qu'un groupe est au moins composé d'un binôme. Il faut s'interroger sur le niveau d'organisation nécessaire entre les membres du groupe. Un exemple topique de l'histoire du droit international illustre cet impératif : le cas du lynchage d'Essen²²¹. En 1944, un capitaine allemand charge ses subordonnés du transport de prisonniers de guerre anglais à travers la ville d'Essen. Il ordonne publiquement aux soldats de ne pas intervenir si la population, en croisant le convoi, devenait violente à son endroit. Les prisonniers sont lynchés et tués sur le chemin par une foule de civils. Le crime est, dans cet exemple, advenu sans aucune organisation préalable, au sein d'une cohorte déstructurée. Celle-ci peut-elle constituer un groupe au sens de l'article 25(3)(d) ? Pour répondre à ce type de questions, la CPI emprunte à nouveau à la jurisprudence des TPI. Elle applique un critère relativement souple : le groupe « peut être constitué sans que soit nécessairement démontrée l'existence d'une organisation intégrée dans une structure militaire, politique ou administrative²²² ». C'est, là encore, par l'identification d'une action coordonnée, même sans réflexion préalable, que l'existence du groupe sera établie. Dans le cas du lynchage d'Essen, la violence de la foule est le résultat d'une somme d'action individuelles, mais interdépendantes. Elles ont chacune participé à l'accomplissement d'un projet collectif : la mise à mort des prisonniers. Dans cette situation, « *the intention of each individual regarding the actions of the crowd arises somewhat spontaneously, without prior deliberation, but this does not mean that there is no intention or coordination at all. Spontaneous and intentional coordination should not be confused with no coordination at all*²²³ ». Dès lors, il paraît possible d'affirmer que les citoyens d'Essen représentent bien un groupe au sens de l'article 25(3)(d). Cependant, la CPI semble aujourd'hui,

²²⁰ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §343.

²²¹ Voir Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Essen (Allemagne), *Erich Heyer and six others (The Essen lynching case)*, Cas No. 8 (22 décembre 1945).

²²² CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1626, en référence à TPIY, Arrêt Tadić: §227; TPIY, Chambre de Première Instance III, *Le Procureur c. Jadrenko Perlić et al.*, Jugement, IT-04-74-T (29 mai 2013): Tome 1, §212.

²²³ Ohlin, « Joint Intentions to Commit International Crimes », 730.

par choix ou par manque d'opportunités, adopter une approche plutôt organisationnelle du groupe. En effet, dans l'affaire Gbagbo-Blé Goudé, la Chambre préliminaire souligne la stabilité du groupe constitué par les militants pro-Gbagbo, qui ont su se réorganiser après l'effondrement des structures officielles des Forces de défense et de sécurité²²⁴. Dès lors la pérennité d'un collectif et sa capacité à poursuivre, sur une période longue, l'accomplissement de ses missions, semble participer à l'identification du groupe au sens de l'article 25(3)(d).

Dans un second temps, il est nécessaire de déterminer l'identité des individus qui constituent le groupe. En effet, la responsabilité pénale prévue à l'article 25(3)(d) est dérivative. Elle existe du fait du lien qui unit le contributeur au crime, et donc à ses auteurs. Dans son opinion dissidente dans l'affaire Mbarushimana, la juge Monageng affirme qu'il n'est pas nécessaire que le groupe de personnes agissant de concert comprenne les auteurs physiques des crimes perpétrés²²⁵. Elle ouvre ainsi la voie à la caractérisation de groupes de co-perpétrateurs indirects, distendant d'autant plus le nexus causal prévu à l'article 25(3)(d), sur le modèle de la jurisprudence Brđanin du TPIY²²⁶. Cette interprétation a été confirmée, à plusieurs reprises, par les organes de la CPI. Pour la seconde Chambre de première instance, dans le jugement de l'affaire Katanga, « il doit être démontré que les personnes ayant commis le crime, sous l'une quelconque des formes énumérées à l'article 25-3-a, faisaient partie du groupe²²⁷ ». Elle précise qu'il est indifférent que ces personnes « constituent la totalité [du groupe] ou seulement une partie²²⁸ ». Dans l'affaire Gbagbo, la Chambre préliminaire I impose toutefois que « i) le crime soit commis (c'est-à-dire qu'il soit réalisé en ses éléments matériels) par un groupe de personnes agissant de concert ; et ii) que la personne à qui ce crime est reproché contribue à sa commission²²⁹ ». La mention « réalisé en ses éléments matériels » semble écarter l'idée que le groupe au sens de l'article 25(3)(d) puisse être exclusivement constitué d'auteurs moraux. En outre, la précision « qu'elles en constituent la totalité ou seulement une partie », apportée dans l'affaire Katanga, est notable. Elle marque la différence entre les groupes d'individus prévus aux articles 25(3)(a) et (d). Si un groupe au sens de l'alinéa (a) est nécessairement composé d'individus portant une responsabilité égale, en raison de l'identité de leur intention et de la

²²⁴ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §176.

²²⁵ Opinion dissidente de la Juge Sanji Mmasenono Monageng sous CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §55-64.

²²⁶ TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, Arrêt, IT-99-36-A (3 avril 2007).

²²⁷ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1628.

²²⁸ *Ibid.*: §1624.

²²⁹ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §172.

qualité de leur contribution ; un groupe au sens de l'alinéa (d) peut désigner une entité plus étendue, regroupant différents types de participants aux niveaux de culpabilité disparates.

La dernière étape importante de la définition du groupe implique de questionner la place qu'y occupe le contributeur. Pour Antonio Cassese, « *the gist of Article 25(3)(d) is the regulation [...] of a [...] mode of responsibility [consisting] in the fact that a person outside the criminal group committing (or attempting to commit) a crime contributes to the perpetration of such crime without being a member of the criminal group*²³⁰ ». Cette opinion est partagée²³¹, probablement parce qu'elle permet de marquer une différence claire entre les concepts de responsabilité pour contribution à un crime collectif, d'une part, et d'ECC ou de co-perpétration d'autre part. Toutefois, une telle interprétation crée un vide juridique peu compréhensible, identifié par la première Chambre préliminaire dans l'affaire Mbarushimana :

[S]i la responsabilité visée à l'article 25-3-d se limitait aux personnes étrangères au groupe, toute personne ayant, en connaissance de cause, apporté une contribution non essentielle à des crimes pourrait être déclarée coupable si elle était étrangère au groupe, mais pas si, en tant que membre du groupe, elle apportait une contribution identique. Cela aboutirait à des résultats contraires à toute interprétation littérale, systématique ou téléologique des principes consacrés dans le Statut en matière de responsabilité pénale individuelle²³².

Les chambres de la CPI ont dès lors affirmé que l'article 25(3)(d) s'applique sans égard à l'appartenance du contributeur au groupe de personnes agissant de concert. Il est possible que le contributeur soit un membre du groupe. Les charges initialement retenues contre Abd-Al-Rahman au titre de l'article 25(3)(d) portaient d'ailleurs l'intitulé : « Ali Kushayb a, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, contribué...²³³ ». Cette formulation permet de souligner que, si les juges de la CPI reconnaissent avec tant de facilité le positionnement interne d'un contributeur, la différence entre les responsabilités au titre des alinéas (a) et (d) se trouve bien dans la nature de la contribution, plutôt que dans l'importance statutaire du suspect.

La matérialité du groupe de personnes dont dispose l'article 25(3)(d) est peu dense. Bien qu'il existe quelques caractéristiques exogènes, permettant de dessiner l'apparence de ce groupe dans l'espace, il reste avant tout défini subjectivement par l'ambition commune de ses

²³⁰ Cassese, *International Criminal Law*, 213.

²³¹ Voir notamment Kevin Jon Heller, « Lubanga Decision Roundtable: More on Co-Perpetration », *Opinio Juris* (blog), 16 mars 2012, <http://opiniojuris.org/2012/03/16/lubanga-decision-roundtable-more-on-co-perpetration/>.

²³² CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §274.

²³³ CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun ('Ahmad Harun') et Ali Muhammad Abd-Al-Rahman ('Ali Kushyab')*, Mandat d'arrêt contre Ali Kushayb, ICC-02/05-01/07 (27 avril 2007). La décision de confirmation des charges contre Abd-Al-Rahman n'a toutefois pas retenu l'article 25(3)(d).

membres. À ce titre, il est intéressant d'étudier la pratique de la CPI, lorsqu'elle est amenée à caractériser l'existence d'un groupe de personnes agissant de concert. Les juges, dans cette démarche, se reposent fréquemment sur d'autres concepts du Statut de Rome traduisant une certaine collectivité ou coordination. Ainsi, dans l'affaire Mbarushimana, la première Chambre préliminaire affirme qu'au vu des éléments de preuve avancés par le BdP, elle ne dispose pas de motifs substantiels de croire qu'une attaque générale et systématique contre la population civile a été menée par le FDLR. Ce constat est d'une utilité double. D'une part, il permet à la Cour de rejeter la qualification de crimes contre l'humanité, puisque l'attaque générale et systématique en est l'élément contextuel principal. D'autre part, il lui permet de déduire qu'en l'absence d'une telle attaque, elle ne dispose pas de motifs substantiels de croire que le FDLR constituait un groupe de personnes agissant de concert²³⁴. Les éléments constitutifs du crime contre l'humanité, décrits à l'article 7, se confondent donc avec ceux de l'article 25(3)(d), confirmant ainsi le caractère métonymique du groupe. Similairement, dans l'affaire Katanga, la Chambre de première instance rappelle que la milice ngiti constituait une « organisation » au sens de l'article 7 du Statut, et un « groupe armé organisé » au sens de l'article 8²³⁵. Pour qualifier la responsabilité de l'accusé au titre de l'article 25(3)(d), la Chambre renvoie directement à son analyse de l'existence d'une politique d'attaque générale et systématique.

Le groupe de personnes agissant de concert apparaît donc comme une notion fongible, servant avant tout de support à l'introduction du concept de « dessein commun » dans l'article 25(3). C'est à l'étude de celui-ci qu'il convient dès lors de s'appliquer.

§2. Le reflet du crime collectif : l'action concertée et le dessein commun

L'expression « dessein commun » est issue de la jurisprudence des TPI sur l'entreprise criminelle commune. Pour la Chambre d'Appel du TPIY, dans l'arrêt Tadić, « l'existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration²³⁶ » est l'un des éléments constitutifs de l'ECC. La définition du dessein commun a été affinée par les TPI, puis intégrée dans le système de la CPI par ses juges. Si ceux-ci soulignent les différences qui opposent l'ECC aux modes de responsabilité du Statut de Rome, ils affirment toutefois, dans le jugement Katanga : « rien ne s'oppose à ce que la définition de l'expression "dessein commun", telle que l'ont adoptée les tribunaux *ad hoc*,

²³⁴ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §291.

²³⁵ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1654.

²³⁶ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §227.

puisse, pour l'essentiel, être retenue, dans la mesure où, de surcroît, la définition qu'ils en ont donnée est basée sur une analyse de la coutume internationale²³⁷ ». La Chambre de première instance insiste que cet emprunt ne constitue pas une application du droit des TPI, mais bien une méthode d'interprétation « systémique » visant à compléter sa lecture du Statut par des sources alternatives²³⁸. La responsabilité pénale issue du dessein commun est, effectivement, installée dans le droit international coutumier²³⁹. En atteste notamment sa mobilisation fréquente par les tribunaux hybrides. Elle présente une utilité non négligeable, du fait de sa grande fluidité : c'est d'ailleurs ce qui la distingue du complot anglo-saxon²⁴⁰.

Le mot dessein porte une forte connotation volitive. Il désigne la « conception par l'esprit d'un but à atteindre, d'une fin à réaliser²⁴¹ ». Il doit donc être interprété au regard de l'article 30 du Statut. Au vu du triptyque d'éléments matériels décrits dans cet article, pour le groupe, la commission du crime représente une conséquence. Dès lors, il faut considérer que le groupe « entend causer cette conséquence ou est conscient que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». Dans cette seconde hypothèse, le groupe perçoit avec « *a virtual certainty* » la commission du crime à venir²⁴². Conformément à la jurisprudence des TPI, le crime ne constitue donc pas forcément l'objectif premier du groupe : il peut, alternativement, être pour le collectif un moyen ou une fin. Cette lecture est soutenue par la formulation du paragraphe (i) de l'article 25(3)(d), qui utilise le verbe « comporter » pour inscrire le crime dans le cadre de l'activité ou du dessein du groupe. Les Chambres de la CPI ont suivi cette interprétation littérale, et affirmé que « [l]e plan commun doit comporter un élément de criminalité, mais pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime²⁴³ ». Une formulation plus précise, et légèrement plus restrictive, est adoptée dans le jugement Katanga :

La Chambre considère que le dessein doit être celui de commettre le crime ou doit comporter l'exécution de celui-ci. Il ne doit pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Le groupe ne doit pas non plus poursuivre un objectif uniquement criminel pas plus qu'il n'est exigé que son objectif final soit criminel²⁴⁴.

²³⁷ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1625.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Voir *Ibid.* ; *Supra*, Partie I – Chapitre 1 – Section 1 – §1.

²⁴⁰ Frouville, « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison ».

²⁴¹ Lexicographie du CNRTL. Accessible sur : <https://www.cnrtl.fr/definition/dessein>.

²⁴² CPI, ChApp., Décision sur l'appel du jugement Lubanga (2014): §447.

²⁴³ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007): §344; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §271.

²⁴⁴ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1627; voir également CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §301.

Ces deux standards peuvent vraisemblablement être considérés comme équivalents : ils sont rassemblés, au sein de la même phrase, par la seconde Chambre préliminaire dans l'affaire Kenyatta²⁴⁵. En tout état de cause, l'élément criminel du dessein ne doit pas être trop officieux. Autrement, il serait impossible de caractériser les éléments intentionnels nécessaires à l'application de l'article 25(3)(d). En ce sens, la juge Van den Wyngaert propose une approche stricte, garantissant l'identification de l'élément criminel du dessein : « la composante criminelle doit faire à tel point partie intégrante du plan commun [...] qu'éviter le qualificatif "criminel" n'ajoute rien à la description du dessein commun requis²⁴⁶ ». Il est pertinent de relever que, même en présence d'un objectif criminel, celui-ci ne doit pas nécessairement correspondre à un crime relevant de la compétence de la Cour. Cette observation est par exemple utile dans le cadre des violences post-électorales dont la CPI a eu à connaître en Côte d'Ivoire. Si l'objectif premier d'un groupe est la manipulation d'un scrutin ou le maintien forcé d'un dirigeant au pouvoir - qui ne constituent pas des crimes de l'article 5 du Statut -, sa réalisation peut entraîner la commission de crimes contre l'humanité.

Dans la pratique de la Cour, les juges ont ainsi caractérisé tout à tour des desseins communs exclusivement criminels, et des ambitions mixtes. Dans chacun de ces formats, l'infraction a un rôle différent. Dans les affaires Katanga ou Ahmad Harun, l'objectif et le crime se confondent : il s'agit d'attaquer les villageois Hema de Bogoro ; ou d'attaquer les populations civiles du Darfour²⁴⁷. Dans cette catégorie se trouvent notamment les crimes internationaux ancrés dans une haine ethnique. Dans l'affaire Al Hassan, l'ambition est politico-criminelle : elle vise la mise en œuvre d'un nouvel appareil de pouvoir dans la ville de Tombouctou, et la contrainte par la violence des populations locales²⁴⁸. Ici, le crime imbibe la volonté politique, mais ne représente pas la totalité du projet de ses auteurs. Enfin, dans l'affaire Gbagbo, l'aspiration est avant tout politique. La violence résulte de l'acceptation d'un risque ou d'une pratique aux fins du maintien de Laurent Gbagbo au pouvoir²⁴⁹. La formule de la

²⁴⁵ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Muthaura, Kenyatta et Ali (2012): §399 (« le plan commun doit comporter un élément de criminalité, ce qui signifie qu'il doit impliquer la commission d'un crime reproché au suspect »).

²⁴⁶ Opinion minoritaire de la Juge Christine Van Den Wyngaert sous CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §286.

²⁴⁷ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1654; CPI, ChPrél. I, Décision sur l'émission d'une citation à comparaître contre Abd-Al-Rahman (2007): §76.

²⁴⁸ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §957.

²⁴⁹ Sur la notion de risque associée au dessein commun, voir dans CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Lubanga (2007): §344 : « 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 ».

première Chambre préliminaire est révélatrice : « conserver le pouvoir par tous les moyens, y compris par l'emploi de la force contre des civils²⁵⁰ ». La stricte définition de la place que revêt la criminalité dans le dessein commun sert de garde-fou pour l'application de l'article 25(3)(d). Le crime doit être une conséquence désirée, ou tout du moins prévisible suivant le cours normal des choses. Il convient donc de circonscrire la responsabilité du contributeur aux seuls actes envisagés par les membres du groupe. Ainsi, « 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 groupe²⁵¹ », et ne pourront pas entraîner l'attribution d'une responsabilité pénale sur le fondement de l'alinéa (d). Cette affirmation écarte un peu plus toute possibilité d'introduction de l'ECC 3 dans la pratique de la CPI.

L'existence d'un dessein commun est démontrée par un faisceau d'indices, énumérés par le TPIY et subséquemment appliqués par les juges de la CPI. Sa caractérisation « suppose que l'on précise à la fois le but criminel poursuivi, sa portée, en indiquant notamment son champ spatio-temporel ainsi que le type, l'origine ou les caractéristiques des victimes visées, enfin l'identité des membres du groupe, même s'il n'est pas nécessaire que chaque personne soit nommément identifiée²⁵² ». Le dessein commun doit donc revêtir un certain niveau de spécificité : il doit paraître, au moins en partie, réalisable ; ne pas constituer un souhait purement spéculatif. Cette exigence permet à nouveau de limiter la responsabilité des membres du groupe comme de leurs complices à un champ de transgression concevables.

La notion de dessein commun a une forte connotation relationnelle. Elle sous-entend une certaine intersubjectivité entre les membres du groupe, qui construisent ensemble une ambition. De fait, la façon la plus évidente de faire naître un dessein commun est de s'accorder collectivement. Toutefois, cette entente préalable ne constitue pas une condition *sine qua non* à la caractérisation du dessein. En effet, son existence « pourra se déduire de l'action concertée menée ultérieurement par le groupe de personnes concernées²⁵³ ». Selon la formulation de l'arrêt Tadić, il « peut se concrétiser de manière inopinée²⁵⁴ ». Ainsi, un dessein commun n'est pas nécessairement équivalent à un plan commun : celui-ci constitue l'une des multiples formes que peut revêtir le dessein. La CPI est d'ailleurs particulièrement précautionneuse quant à la

²⁵⁰ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §231.

²⁵¹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1630.

²⁵² *Ibid.* §1626, voir TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, Arrêt, IT-99-36-A: §430 .

²⁵³ CPI, *Ibid.*: §1626.

²⁵⁴ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §227.

distinction de ces deux notions²⁵⁵. Cette souplesse dans la caractérisation du dessein commun est opportune. Elle permet de saisir des situations où la criminalité collective n'est pas issue d'une structure rigide, et offre au Statut une portée plus importante s'agissant des épisodes de violence spontanée. La flexibilité du dessein commun existe également lorsqu'il naît d'une conciliation explicite. En effet, il n'est pas limité aux objectifs annoncés par le groupe, mais s'étend à leurs activités et leurs pratiques : le but commun est évolutif. Le dessein commun est ainsi distinct d'un projet politique ou militaire : il dépasse le domaine prospectif, et se matérialise dans le réel. C'est l'idée développée par la première Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire Krajišnik. Elle distingue les crimes « initiaux » des crimes « ajoutés » :

Preuve est faite d'un accroissement de ces moyens lorsque les membres dirigeants de l'entreprise criminelle commune, informés des nouveaux types de crimes commis pour réaliser l'objectif commun, ne prennent aucune mesure efficace pour prévenir d'autres crimes de ce genre et poursuivent l'objectif commun. [...] Avec l'acceptation de nouveaux crimes et la contribution constante à la réalisation de l'objectif vient l'intention, de sorte que ces crimes engagent la responsabilité des membres de l'entreprise criminelle commune pour participation à une entreprise de première catégorie²⁵⁶.

Cette idée a été mobilisée par les juges de la CPI, dans le cadre de l'application de l'article 25(3)(d). Dans l'affaire Al Hassan, la première Chambre préliminaire affirme ainsi : « La Chambre relève avant tout que, dans son analyse du but poursuivi par les membres d'Ansar Dine/AQMI et de sa portée, elle ne doit pas s'arrêter aux objectifs et normes affichés par ces groupes, mais elle doit se fonder sur la réalité telle qu'elle est dessinée par les éléments de preuve²⁵⁷ ». Au regard des faits de l'affaire, la Chambre choisit donc d'inclure au dessein commun d'Ansar Dine/AQMI la perpétration de viols collectifs, au motif que l'objectif officiel de promotion des mariages forcés servait de « paravent » pour la commission de crimes sexuels.

La caractérisation du dessein commun s'effectue donc dans un cadre souple, adaptable à différents formats de criminalité. À cet égard, le raisonnement de la première Chambre préliminaire dans l'affaire Blé Goudé est illustratif :

La Chambre relève qu'en l'espèce, le plan commun était de nature générale et sa mise en œuvre a été accomplie par une organisation qui présentait à la fois une structure formelle

²⁵⁵ CPI, Chambre Préliminaire II : *Situation en République Centrafricaine II, Le Procureur c. Alfred Yékatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/14-01/18 (20 décembre 2019): §60; *Situation en République centrafricaine II, Le Procureur c. Mahamat Said Abdel Kani*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/14-01/21-218-Red (9 décembre 2021): §46.

²⁵⁶ TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, Jugement, IT-00-39-T (27 septembre 2006): §1098. Cette conclusion a toutefois été infirmée en appel, bien que la Chambre ait convenu de la nature évolutive du but commun.

²⁵⁷ CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020): §182.

et une structure informelle, composées de différents éléments, de différentes chaînes de commandement et de dispositifs d'activation distincts. En outre, il ressort des preuves disponibles que l'attaque contre la population civile qui a découlé de la mise en œuvre de ce plan n'a pas pris la forme d'une opération unique, unifiée et coordonnée, mais d'opérations violentes multiples et distinctes principalement liées entre elles par la coordination d'ensemble exercée par Laurent Gbagbo et par l'objectif global de maintenir celui-ci au pouvoir à tout prix, y compris par l'emploi de la violence contre des civils²⁵⁸.

Un intérêt particulier est porté par les juges au contexte dans lequel les crimes se sont déroulés. Celui-ci peut aider à affirmer l'existence d'un dessein commun, comme dans l'affaire Katanga, où la seconde Chambre de première instance définit l'objectif de la milice ngiti au moyen d'une description précise de l'attaque du village de Bogoro. L'heure matinale de l'assaut, la destruction et le pillage systématique des maisons des habitants Hema, attestent pour la Chambre de l'existence d'un dessein commun entre les membres de la milice²⁵⁹. D'autres éléments de faits peuvent également être pris en considération par les juges dans la qualification du dessein. Dans les affaires mobilisant l'article 25(3)(d), les Chambres de la CPI ont par exemple examiné la nature des relations unissant les membres d'un groupe²⁶⁰ ; la tenue de réunion entre les membres d'un groupe²⁶¹ ; les activités d'organisation, de repérages et l'élaboration de stratégies pour parvenir à un objectif criminel²⁶² ; l'intention, déclarée publiquement ou en privé, de la personne ayant l'initiative d'un groupe²⁶³ ; l'adhésion à une organisation porteuse d'un projet idéologique²⁶⁴ ; la réaction de la population civile face aux activités d'un groupe et l'existence d'une politique de répression²⁶⁵. Il est remarquable que la plupart des desseins communs caractérisés devant la CPI s'entendent donc en un sens classique, comme un accord explicite résultant d'une organisation claire entre individus.

Une fois délimitée la notion de dessein commun, il faut s'interroger sur l'intention que doit avoir le contributeur à son endroit. Les paragraphes (i) et (ii) de l'article 25(3)(d) prévoient un régime différent. Le (i) adopte la formule « comporte l'exécution d'un crime » tandis que le (ii) dispose de « l'intention du groupe de commettre ce crime ». Il faut donc en déduire que le niveau de précision avec lequel le contributeur envisage le crime collectif diffère selon le

²⁵⁸ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §146.

²⁵⁹ CPI, ChPrél. II, Jugement Katanga (2014): §1655-1657.

²⁶⁰ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §254; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Blé Goudé (2014): §139.

²⁶¹ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §302.

²⁶² *Ibid.*: §303; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §254.

²⁶³ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §352; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Gbagbo (2014): §254.

²⁶⁴ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §956.

²⁶⁵ *Ibid.*: §959.

paragraphe qui est utilisé²⁶⁶. Lorsque le contributeur agit avec l'intention spécifique de « faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe », il ne connaît pas nécessairement la nature du crime prévu. Toutefois, au vu de la volition particulière qu'impose l'application du paragraphe (i), il est peu probable qu'un individu souhaite promouvoir l'objectif criminel d'un groupe sans se figurer précisément cet objectif. La jurisprudence de la Cour confirme cette réflexion. Dans l'affaire Sang, l'intention du suspect au sens du paragraphe (i) a été démontrée par sa participation à des réunions visant à l'organisation des attaques sur les populations Kikuyu, Kisii et Kamba. Il était donc pleinement informé de la substance de ces attaques²⁶⁷.

A contrario, dans les cas où s'applique l'article 25(3)(d)(ii), le contributeur doit avoir une connaissance spécifique du crime prévu par le groupe de personnes. En effet, au vu de la formulation du paragraphe (ii), et de l'emploi du pronom démonstratif « ce », la seconde Chambre préliminaire affirme dans l'affaire Katanga :

La connaissance de [l'intention du groupe] devra être démontrée pour chacun des crimes spécifiques et la connaissance d'une intention criminelle générale ne s'avérera pas suffisante pour prouver, comme l'exige l'article 25-3-d-ii du Statut, que l'accusé savait que le groupe avait l'intention de commettre chacun des crimes qui faisaient partie du dessein commun. Pour pouvoir s'en voir attribuer la responsabilité en tant que complice, la connaissance de l'accusé devra être déduite des faits et des circonstances pertinents et rattachée à l'intention du groupe [...] de commettre les crimes spécifiques²⁶⁸.

L'application de l'article 25(3)(d)(ii) implique donc l'existence d'un « *direct subjective link between the accused and the crimes for which he stands trial*²⁶⁹ ». La caractérisation de la connaissance, comme celle du dessein commun, s'effectue au regard du contexte. Ainsi, la connaissance de Germain Katanga des intentions de la milice ngiti est déduite non seulement son rôle dans l'organisation de la milice, mais également de sa connaissance de « la manière de faire la guerre qui avait cours en Ituri à l'époque des faits et des souffrances qui en résultaient pour la population civile » ainsi que de « l'idéologie anti-Hema qui animait et mobilisait » les combattants ngiti de Walendu-Bindi²⁷⁰. Curieusement, c'est également sur le fondement du paragraphe (ii) qu'est retenue la responsabilité d'Al Hassan, pourtant pleinement intégré, en

²⁶⁶ Voir notamment Eser, « Individual Criminal Responsibility », 803; Werle, « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute », 871; Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 30.

²⁶⁷ CPI, ChPrél. II, Décision sur la confirmation des charges contre Ruto, Kosgey et Sang (2012): §354.

²⁶⁸ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1642.

²⁶⁹ Cupido, « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration », 905.

²⁷⁰ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1685 ; 1688.

tant que chef de la police islamique, au fonctionnement du groupe Ansar Dine/AQMI. Un raisonnement contextuel similaire à celui de l'affaire Katanga est mobilisé, s'appuyant notamment sur les relations interpersonnelles d'Al Hassan avec les membres du groupement, et sa connaissance personnelle de la culture et des pratiques habituelles des citoyens de Tombouctou²⁷¹ Il faut donc remarquer qu'il existe « *[a] considerable overlap between the evidentiary factors for establishing a common purpose and those for determining that the accused possessed the requisite mens rea*²⁷² ».

Au vu de ces considérations, il faut aborder les hypothèses où un individu contribue à un projet criminel collectif après la réalisation dudit projet, par exemple, en enterrant des corps après un massacre²⁷³. Les rédacteurs du Statut, après avoir abordé la question, n'en ont pas fait mention dans le texte final²⁷⁴. Cette décision entraîne aujourd'hui une dérogation, en un sens plus sévère, aux standards d'intention imposés au contributeur. Selon une jurisprudence constante depuis les TPI, la responsabilité pour une contribution *ex post* « dépend de la preuve d'une entente préalable (au moins implicite) entre le groupe agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun et le suspect, à savoir que le suspect apporterait une contribution particulière²⁷⁵ ». Elle exige donc un niveau d'intersubjectivité élevé entre le contributeur et le groupe. Cette rigidité doit être questionnée : elle est susceptible de créer un espace d'impunité autour des individus intervenant, parfois par des actes de grande ampleur, après la commission matérielle d'un crime. De toute évidence, au vu des dommages judiciaires, humains et mémoriels causés par la dissimulation de crimes de masse et de charniers, il est impératif de construire une forme de responsabilité capable d'appréhender ces situations.

*
* *
*

La juste application de l'article 25(3)(d) se heurte à deux obstacles épistémologiques. Le premier concerne la fonction de cet article dans le droit de la responsabilité pénale

²⁷¹ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §1005-1008.

²⁷² Cupido, « Groups Acting With a Common Purpose », 333.

²⁷³ Pour une analyse approfondie de cette question, voir Kearney, « Any Other Contribution? »

²⁷⁴ Voir « Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held From 11 to 21 February 1997 », A/AC.249/1997/L.5 (12 Mars 1997): 21 n. 9 (« *It was pointed out that the commentary to the ILC draft Code of Crimes [...] implicitly also includes aiding, abetting or assisting ex post facto. This presumption was questioned in the context of the ICC. If aiding, etc., ex post facto were deemed necessary to be criminalized, an explicit provision would be needed* »)

²⁷⁵ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Al Hassan (2019): §947; CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Mbarushimana (2011): §287; TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, Jugement, IT-02-60 (17 janvier 2005): §731.

internationale. L'article 25(3)(d), innovation du Statut de Rome, est tiraillé entre les héritages des différentes théories de l'imputation collective. L'abandon de l'ECC par la CPI, au profit de l'étroite notion de co-perpétration, a fait de l'article 25(3)(d) une disposition au sens confus, sans utilité autonome. Ce constat est amplifié par la tendance des juges de la CPI à lire, dans l'article 25(3), un ordonnancement hiérarchique, dans lequel l'alinéa (d) désigne la forme de participation la moins grave. Il est pourtant la seule disposition à traiter explicitement du crime collectif. Afin d'exploiter pleinement ce potentiel, il est impératif que la CPI insuffle une certaine souplesse à son approche de la responsabilité pénale. Ceci implique d'aborder avec flexibilité les liens qui unissent mode de participation et degré de culpabilité. L'article 25(3)(d) doit être mobilisé pour incriminer la contribution du complice à une entreprise criminelle collective, sans être constamment ramenée aux limites de la co-perpétration, ou au souvenir immatériel de l'ECC.

Le second obstacle auquel est confrontée la responsabilité pour contribution à un crime collectif suit naturellement le premier, et consiste en une importante lacune définitionnelle. L'article 25(3)(d) ne bénéficie pas d'un cadre normatif suffisamment clair pour en permettre un usage ambitieux. L'exégèse de cette disposition confirme pourtant sa grande adaptabilité. La notion de « contribution » couvre de nombreux comportements, associés au *mens rea* le moins exigeant du Statut. La circonstance que constitue le « groupe de personnes agissant de concert » est à même de saisir différents types de criminalité collective, par une caractérisation moins rigide que celle imposée à l'article 25(3)(a).

À l'issue de cette première analyse, la fonction de l'article 25(3)(d) dans le droit de la responsabilité pénale internationale est clairement délimitée. Un cadre d'application cohérent et étendu permet d'envisager une utilisation fructueuse de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun. Dès lors, c'est à sa mise en oeuvre qu'il s'agit désormais de s'intéresser.

Partie II. Mettre en œuvre l'article 25(3)(d) : une réponse stratégique à la criminalité de masse

En 1963, Hannah Arendt publiait un compte-rendu du procès d'Adolf Eichmann, qui aboutit en 1961 à sa condamnation à mort. Son ouvrage, intitulé en français *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, aborde les paradoxes inhérents au jugement des crimes internationaux. Il dévoile la réalité de la criminalité collective, et met à mal le mythe de la folie nazie, qui aurait justifié par une psychose générale les horreurs du Troisième Reich. La Cour du district de Jérusalem, au travers du procès d'Eichmann, s'est chargée d'aborder un système criminel complexe, composé, en plus des idéologues, de bureaucrates, d'individus obéissants ou carriéristes²⁷⁶. Eichmann, qui n'est pas accusé d'avoir commis un seul crime de ses mains, aurait d'ailleurs affirmé « *I have the most profound conviction that I am being made to pay here for the glass that others have broken*²⁷⁷ ». Hannah Arendt clôt son ouvrage par un plaidoyer imaginaire à l'encontre d'Eichmann. Elle y affirme :

Supposons, pour les besoins de la cause, que seule la malchance a fait de vous un instrument consentant dans l'organisation du meurtre de masse ; il reste encore le fait que vous avez exécuté, et donc soutenu activement, une politique de meurtre de masse. Car la politique et l'école maternelle ne sont pas la même chose ; en politique obéissance et soutien ne font qu'un. Et puisque vous avez soutenu et exécuté une politique qui consistait à refuser de partager la terre avec le peuple juif et les peuples d'un certain nombre d'autres nations [...] nous estimons qu'on ne peut attendre de personne, c'est-à-dire d'aucun membre de l'espèce humaine, qu'il veuille partager la terre avec vous. C'est pour cette raison, et pour cette raison seule, que vous devez être pendu²⁷⁸.

Dans ces réquisitions, Arendt réconcilie l'impératif d'une sentence maximale avec la simple contribution, presque'hasardeuse, à un projet criminel collectif. Ces deux éléments ne lui paraissent pas antithétique, le *mens rea* de l'organisation criminelle se confond avec celui du participant. Si la philosophie choisit ce paradigme, le droit, en revanche, doit aborder la question sous un autre prisme. L'impératif moral de la sanction ne peut suffire à justifier la répression judiciaire. Celle-ci doit être conforme aux principes cardinaux du droit pénal, porter les intérêts des droits humains, et assurer l'équité de la procédure. Il s'agit là du plus vaste défi du droit de

²⁷⁶ Alette Smeulers, « Perpetrators of international crimes: Towards a typology », in *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, éd. par Alette Smeulers et Roelof Haveman, Series Supranational criminal law 6 (Antwerp ; Portland: Intersentia : Distribution for the USA and Canada, International Specialized Book Services, 2008).

²⁷⁷ Cité dans Stewart, « The End of 'Modes of Liability' for International Crimes ».

²⁷⁸ Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem: rapport sur la banalité du mal*, trad. Anne Guérin, Collection folio Histoire 32 (Paris: Gallimard, 1991, 1^{ère} éd. 1966), 481.

la responsabilité pénale internationale : comment imputer l'action d'une foule, voire d'un État, à quelques individus choisis ? Comment identifier ceux dont la condamnation serait à la fois juste, et nourrirait l'œuvre de la justice pénale internationale ?

L'article 25(3)(d) s'adresse spécifiquement à la violence collective, et permet la sanction d'individus qui n'ont ni exécuté le crime, ni n'en ont partagé l'intention. Il doit donc être lu au prisme de ces questionnements. Jusqu'alors, la CPI a mobilisé cette disposition dans les mêmes affaires, et parfois pour les mêmes faits, que tous les autres modes. Si cela a permis, dans un premier temps, de définir plus précisément le contenu de cette disposition et d'affirmer son importance, il est peut-être nécessaire de dépasser cette application limitée. En effet, au lieu de considérer la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun comme un moyen de punir les mêmes individus moins sévèrement, il faut interroger sa portée autonome, et le sens propre qu'elle peut revêtir pour la justice internationale. Dans cette seconde partie, l'article 25(3)(d) est donc appréhendé comme un outil sous-estimé, qui se trouve être le mieux adapté, dans le système du Statut de Rome, pour saisir la complexité des phénomènes de criminalité collective. Cette approche permet d'inscrire l'article 25(3)(d) dans la réalité du droit international pénal, face à ses ambitions premières : la fin de l'impunité, la prévention des violences de masse, et la protection des victimes et de leurs communauté.

De par sa formulation, l'article 25(3)(d) cristallise toute l'antinomie entre criminalité collective et responsabilité individuelle. En prévoyant la sanction d'un « simple contributeur » au *mens rea* modéré, cette disposition semble toucher à la limite de ce qui est répressible. Dès lors, la légitimité juridique de la responsabilité pour contribution à un crime collectif doit être réévaluée, pour justifier son emploi (**Chapitre 1**). Une fois ce fondement établi, l'article 25(3)(d) pourra être appréhendé sous un angle pratique, comme un instrument de la lutte contre les atrocités de masse. Sur la base d'exemples concrets, une démonstration didactique achèvera de donner à cette disposition un sens nouveau devant la CPI (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Punir le contributeur : distinguer l'implication individuelle du phénomène collectif

L'exceptionnalité de la violence de masse justifie l'existence d'un droit international pénal. Là où les infractions domestiques choquent la conscience de la société, c'est l'intérêt de l'Humanité toute entière qui se dresse devant la criminalité internationale. En atteste, d'ailleurs, l'expression *hostis humani generis*, littéralement « l'ennemi du genre humain », d'abord utilisée pour désigner les pirates en haute mer, puis mobilisée à propos des auteurs d'atrocité²⁷⁹. La justice pénale internationale, si elle s'adresse à de tels défendeurs, revêt nécessairement un caractère unique, une forme d'*ultima ratio*. Le juge Robert H. Jackson déclarait d'ailleurs, à l'ouverture du procès de Nuremberg : « *The common sense of mankind demands that law shall not stop with the punishment of petty crimes by little people. It must also reach men who possess themselves of great power and make deliberate and concerted use of it to set in motion evils which leave no home in the world untouched*²⁸⁰ ».

Face à cette ambition, l'idée de punir les contributeurs à un crime collectif, paraît au mieux dérisoire, au pire, dangereuse. Larry May dénonçait, relativement aux TPIY, « *the plight of some of the Bosnian Serb "small fry", now in jail at The Hague, who had no hint that their acts, as unspeakable as they may be, were even remotely likely to land them in jail*²⁸¹ ». Cette affirmation, bien que contestable en l'espèce²⁸², est représentative de la critique qui peut être opposée à la responsabilité pour contribution à un crime collectif : celle-ci serait vidée de son sens par la trop faible importance des participants qu'elle punit. Il est donc primordial, afin de proposer un modèle d'application cohérent de l'article 25(3)(d), d'aborder cette controverse.

²⁷⁹ Pour une analyse approfondie de la notion d'*hostis humani generis*, voir David Luban, « The Enemy of All Humanity », in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, éd. par Kevin Jon Heller et al. (Oxford University Press, 2020).

²⁸⁰ « Déclaration Introductive Du Juge Robert H. Jackson Devant Le TMIN (21 Novembre 1945) », Robert H Jackson Center, consulté le 24 mai 2023, <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>

²⁸¹ Larry May, *Crimes against humanity: a normative account*, Cambridge studies in philosophy and law (Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2005), 109.

²⁸² L'usage de l'expression *small fry* est ancrée dans les critiques entourant les débuts du TPIY, et la perception que les accusés avaient relativement peu d'autorité sur les crimes commis – notamment Duško Tadić. Dans les faits, la grande majorité des défendeurs devant le TPIY occupaient des fonctions militaires ou politiques importantes. Le cas de Dražen Erdemović, soldat, fait exception. Plusieurs gardiens de camps ou de prisons ont également été accusés, comme Predrag Banović, Goran Jelisić et Haradin Bala. Ils ont toutefois été condamnés comme perpétrateurs de crimes graves, à des peines parfois élevées. Claude Jorda, président du TPIY entre 1999 et 2002, avait affirmé à ce sujet : « *The very nature of the conflict in the Balkans meant that the Tribunal was dealing with major figures of war. Camp commanders were not "small fry" that could be ignored. Over the last several years, the Tribunal had had some "big fish" »* (voir *press briefing* du 3 février 2000, <https://press.un.org/en/2000/20000203.ictybrf.doc.html>, consulté le 15 août 2023).

Il convient tout d'abord d'étudier la tension qui oppose l'attribution d'une responsabilité pénale individuelle au phénomène de criminalité collective. L'article 25(3)(d) constitue, dans ce cadre, un instrument de compromis permettant d'allier, du mieux possible, justesse factuelle et rigueur juridique (**Section 1**). Dans un second temps, il s'agira de s'interroger sur la légitimité que revêt la sanction du contributeur. Si la criminalité fait système, comment justifier la punition de ceux qui n'en sont pas à l'origine, qui y apportent seulement une participation secondaire ? L'article 25(3)(d), loin de dépasser la limite du répressible, représente à ce titre un outil de narration précieux, qui permet de questionner avec une précision nouvelle les dynamiques de perpétration des crimes internationaux (**Section 2**).

Section 1. Mieux saisir la criminalité collective : une lecture systémique de l'article 25(3)(d)

Les particularités de la criminalité internationale sont l'objet d'un important corpus doctrinal en criminologie, en philosophie et en droit. Tous ces travaux interrogent la construction de la justice pénale internationale, qui cherche à apporter une réponse individualisée à des phénomènes de masse. Il est nécessaire d'inscrire l'article 25(3)(d) dans ce contexte rhétorique. En effet, en ce qu'il est la seule disposition du Statut de Rome à s'engager explicitement dans la sanction du crime de groupe, cet article s'inscrit dans une longue lignée de questionnements et de débats, interrogeant le sens même de cette démarche. Il faut donc, pour proposer une interprétation cohérente de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun, maîtriser les enjeux que comporte l'attribution d'une responsabilité pénale personnelle.

Les notions de communauté, d'organisation et de groupe imprègnent le droit international pénal. Celui-ci est marqué par une tension pérenne entre les échelles individuelles et collectives (§1). De cette ambivalence naissent les théories de l'imputation collective, comme une solution permettant d'aborder, par le truchement de procès pénaux, le contexte plus général du crime. L'article 25(3)(d), qui porte cet héritage, doit permettre à la CPI de s'y rattacher (2§).

§1. La répression individuelle du crime systémique

La caractéristique principale du crime international est son ancrage profond dans la notion de collectif. En effet, « *although the degree of collectivization (whether among*

*aggressors, bystanders, or victims) will differ in each case of mass atrocity, this type of violence never fully disengages from the collective*²⁸³ ». Le génocide des Tutsis du Rwanda a ainsi fait près d'un million de morts en quatre-vingt-dix jours. Le nombre de participants aux atrocités est estimé entre cent-soixante-dix et deux-cent-dix mille personnes²⁸⁴. L'atrocité de masse est spéciale en ce qu'elle dépasse les frontières de la transgression dite « normale »²⁸⁵. Elle n'est pas confinée à un cercle restreint, dans une intersubjectivité maîtrisée. Au contraire, le crime international puise dans la structure sociale dans son ensemble. Athanasios Chouliaras identifie ainsi trois éléments déterminants de la criminalité internationale : la condition *sine qua non* de l'existence d'un groupe ; l'instrumentalisation de la violence par les individus s'identifiant à ce groupe, pour atteindre un objectif politique, économique ou social ; et les manifestations collectives du crime dans sa réalisation (nombre de victimes ; étendue géographique ; mobilisation des institutions)²⁸⁶.

Ce format unique est décrit, dans la recherche, par les notions de crime organisationnel ou de crime systémique. La notion d'interaction y est cruciale²⁸⁷ : l'atrocité de masse est une forme de criminalité relationnelle, qui implique un grand nombre d'actions parallèles, conjointes ou coordonnées. Il ne s'agit pas uniquement d'un agrégat de transgressions individuelles : il existe ce que Fletcher qualifie de « *we-intentions* » dans la commission de crimes de masse²⁸⁸. Pour Fletcher, qui présente une vision « romantique » de la responsabilité, l'action individuelle ne doit être comprise qu'en référence au groupe. Quasi-systématiquement dans l'histoire du droit international pénal, cette *we-intention* résulte d'une force organisationnelle, qui donne l'impulsion du crime. Longtemps, il s'est agi des États. Arendt affirmait ainsi, à l'étude des crimes d'Adolf Eichmann, qu'il « [ont] été commis, et ne

²⁸³ Mark A. Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity », *Northwestern University Law Review*, n° 539 (2005): 571.

²⁸⁴ Voir Scott Straus, « How many perpetrators were there in the Rwandan genocide? An estimate », *Journal of Genocide Research* 6, n° 1 (1 mars 2004): 85-98. Cette estimation ne comprend pas les individus ayant dénoncé des Tutsi aux milices Hutu, ni ceux ayant assisté aux massacres sans intervenir.

²⁸⁵ Il faut entendre le mot « normal » au sens que lui confère Émile Durkheim dans *Les règles de la méthode sociologique* (1894). Le crime, pour Durkheim, est normal au sens où il ressort du domaine physiologique et non pathologique du comportement vivant. Toutefois, il identifie des formes anormales de crime : « C'est ce qui arrive quand, par exemple, il atteint un taux exagéré ».

²⁸⁶ Athanasios Chouliaras, « Discourses on international criminality », in *Collective violence and international criminal justice: an interdisciplinary approach*, éd. par Alette Smeulers, Series Supranational criminal law (Antwerp ; Portland [Or.] : Portland, OR: Intersentia, 2010), 67-68.

²⁸⁷ Voir notamment Charles Tilly, *The Politics of Collective Violence*, Cambridge Studies in Contentious Politics (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

²⁸⁸ George P. Fletcher, « The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt », *Yale Law Journal* 111, n° 7 (2002 2001): 1536. Cette notion de *we-intentions* est étayée par la recherche en sciences sociales, notamment dans l'ouvrage fondateur de Gustave Le Bon, *La psychologie des foules* (1895), où il aborde la « conscience collective ».

pouvai[ent] être commis que sous le couvert d'une *loi* criminelle et par un *État* criminel²⁸⁹ ». Aujourd'hui, ce moteur peut se trouver dans des structures moins officielles, des groupes armés organisés, des organisations terroristes, voire des groupes ethnique menés par une élite identifiable. L'adossement de faits criminels à une superstructure sociale et politique est la caractéristique première du crime systémique. André Nollkaemper définit ainsi cette notion par deux affirmations distinctes, mais interdépendantes. D'abord, c'est une modalité infractionnelle dans laquelle les auteurs de crime s'inscrivent tous au sein du même collectif. Mais c'est, encore davantage, « *a situation where collective entities order or encourage international crimes to be committed, or permit or tolerate the committing of international crimes*²⁹⁰ ». Cette idée se retrouve dans le Statut de Rome et les Éléments des crimes de la CPI, qui abordent, s'agissant des crimes contre l'humanité, « la politique d'un État ou d'une organisation », ou utilisent le terme « attaque systématique²⁹¹ ».

Ce constat a des implications importantes pour la construction du droit international. D'une part, le rattachement perpétuel de la criminalité au collectif ajoute un intermédiaire dans le processus de répression. Il faut comprendre le résultat criminel - le meurtre, le viol - non seulement au regard de son auteur, mais également de la structure qui le précède. Cela implique, pour chaque transgression individuelle, d'interroger les prescriptions, la configuration de la norme. L'équation comporte donc aussi bien les instigateurs, comme Saddam Hussein, Adolf Hitler ou Slobodan Milošević, qui sont à l'origine de cette structure ; que ceux qui la peuplent, les exécutants, les bureaucrates, les fanatiques et les individus contraints. Toute tentative de détermination d'une culpabilité personnelle ne peut être faite qu'au regard de la matrice qui entoure l'individu, c'est-à-dire, du groupe. Reprenant l'exemple rwandais, il n'est pas possible d'évaluer la responsabilité de Jean-Paul Akayesu, bourgmestre de la commune de Taba, sans comprendre les dynamiques du *Hutu Power*, les pressions des milices Interahamwe, le climat génocidaire porté par la Radio Libre des Mille Collines. D'aucuns argueront même qu'il n'est pas envisageable de sanctionner Akayesu sans inscrire ses actes dans le contexte plus large du tissu social rwandais, dans ses influences coloniales et l'histoire de ses violences ethniques²⁹². Penser la violence de masse comme un phénomène systémique est crucial pour comprendre les

²⁸⁹ Arendt, *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, 455.

²⁹⁰ André Nollkaemper, « Introduction », in *System Criminality in International Law*, éd. par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ (Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009), 54.

²⁹¹ Statut de Rome et Éléments des crimes de la CPI, article 7.

²⁹² Voir par exemple Mark A. Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law* (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2007); Martti Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials », *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6, n° 1 (2002).

enjeux de sa répression. Celle-ci n'a pas toujours adopté la forme qu'elle revêt aujourd'hui : le droit international pénal moderne est le résultat d'une négociation constante entre deux pôles, l'individuel et le collectif²⁹³.

Le droit international pénal, à l'origine, consacre une attention importante à la sanction collective. Si le crime international, dont le paradigme est alors le crime contre la paix, est un crime d'État, c'est donc celui-ci qui doit être tenu pour responsable. Vespasien Pella publie, en 1925, un ouvrage fondateur dont le titre dévoile l'ambition première de la justice internationale : *La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*. Il y recommande, en réaction aux crimes d'un État, des mesures de sanction globales atteignant, par ricochet, presque toutes les couches de la société. Cette approche étatique de la répression est représentée par le Traité de Versailles, qui fait preuve d'une ferme volonté de sanction collective à l'égard de l'Allemagne. Les figures de l'Empereur, de la Nation et de sa souveraineté sont fongibles, leur criminalité est égale. Ce « modèle de Versailles » est repris ensuite par la CDI, qui s'interroge sur la responsabilité des États bien avant de se pencher sur celle des individus commettant des atrocités de masse²⁹⁴. Il marque également la période post-Seconde Guerre mondiale, durant laquelle l'Allemagne est soumise à un plan de contrôle général, le Protocole de Potsdam. Dans la partie du Protocole réservée aux « Principes politiques », les Alliés affirment la nécessité de « *[c]onvaincre le peuple allemand qu'il a subi une défaite militaire totale et qu'il ne peut fuir les conséquences d'actes dont il est responsable, étant donné que ses méthodes de guerre sans pitié et la résistance fanatique nazie ont détruit l'économie allemande et rendu inévitables le chaos et la souffrance*²⁹⁵ ». Cette ambition est étonnante. Elle semble en totale opposition avec les règles qui, dans le même temps, émergent à Nuremberg. Toutefois, il est pertinent de la souligner : elle expose, avec une grande clarté, les enjeux qui agitent la responsabilité pénale internationale.

Le Tribunal de Nuremberg est le berceau de la responsabilité pénale individuelle. Pour la première fois, devant cette juridiction, l'individu est un sujet du droit international. Sa subjectivité est directe, elle ne connaît aucun intermédiaire. Il s'agit pour le TMIN, de « lever

²⁹³ Gerry Simpson, « Men and Abstract Entities: Individual Responsibility and Collective Guilt in International Criminal Law », in *System Criminality in International Law*, éd. par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ (Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009), 116.

²⁹⁴ Voir notamment la théorisation du crime d'État, portée devant la C.D.I. par Roberto Ago et Gaetano Arangio-Ruiz. Pour un historique précis du « modèle de Versailles », voir Simpson, « Men and Abstract Entities: Individual Responsibility and Collective Guilt in International Criminal Law »; Andrea Gattini, « A Historical Perspective: From Collective to Individual Responsibility and Back », in *System Criminality in International Law*, éd. par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ (Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009).

²⁹⁵ Protocole de la Conférence de Potsdam (Berlin: 1^{er} août 1945), Principe 3-II.

le voile étatique²⁹⁶ », selon le principe que « *certain acts are universally criminal because they are directly criminalized by international law itself, regardless of whether states criminalize them*²⁹⁷ ». Dans son approche de la responsabilité, le TMIN adopte une perspective fermement libérale, suivant laquelle « *the only true units of action in the worlds are individuals, not groups*²⁹⁸ ». De ce fait, le principe de légalité criminelle revêt une place prédominante. Ce principe recoupe, selon Cassese, deux notions²⁹⁹. D'une part, il se matérialise par un ferme refus de la sanction collective. L'appartenance de l'individu à un groupe n'entraîne pas, sans acte délibéré de sa part, de responsabilité. Ainsi, si la Charte du TMIN reste attachée à une certaine responsabilité du groupe, notamment par la désignation d'organisations criminelles au titre de son article 9, le Tribunal affirme toutefois que cette prérogative « *should be exercised in accordance with well settled legal principles, one of the most important of which is that criminal guilt is personal, and that mass punishments should be avoided*³⁰⁰ ». D'autre part, à l'ère de la justice pénale moderne, le principe de culpabilité guide toutes les procédures. La responsabilité n'est pas seulement attribuée sur des fondements objectifs, mais implique une participation mentale à l'infraction. La légalité criminelle, en droit international, est ainsi confrontée à des enjeux particuliers qui la distinguent de son équivalent domestique. Elle doit maintenir l'équilibre entre « *the preservation of justice and fairness towards the accused and taking into account the preservation of world order*³⁰¹ ». Ces acquis sont au fondement des juridictions pénales internationales qui succèdent au TMIN. Les TPI, puis la CPI, sont uniquement compétents à l'égard des personnes physiques, sans préjudice à la responsabilité des États en droit international public³⁰².

Ce mouvement conceptuel, du collectif vers l'individu, a plusieurs ramifications. Il illustre d'abord la dynamique, abordée plus haut, de désignation concrète d'un *hostis humani*

²⁹⁶ Hervé Ascensio, « Crime de masse et responsabilité individuelle », in *Le tribunal pénal international de La Haye: le droit à l'épreuve de la « purification ethnique »*, éd. par Juristes sans frontières, Collection Logiques juridiques (Paris: Harmattan, 2000), 122.

²⁹⁷ Kevin Jon Heller, « What Is an International Crime: (A Revisionist History) », *Harvard International Law Journal* 58, n° 2 (2017): 4.

²⁹⁸ George P. Fletcher, « Collective Guilt and Collective Punishment », *Theoretical Inquiries in Law* 5, n° 1 (11 février 2004): 163.

²⁹⁹ Cassese, *International Criminal Law*, 136.

³⁰⁰ TMIN, Jugement (1 octobre 1946): 82.

³⁰¹ TPIY, ChApp., Arrêt Tadić (1999): §405.

³⁰² Statut de Rome, articles 25(1) et (3) ; Statut du TPIR, article 5 ; Statut du TPIY, article 6. Durant la Conférence de Rome, la France avait toutefois proposé l'introduction d'une forme de responsabilité pénale des personnes morales dans le Statut (voir *infra*, Partie II - Chapitre 2 - Section 2 - §1). Pour un exemple de mobilisation parallèle du mécanisme individuel du droit international pénal et collectif du droit international public, voir Cour internationale de justice (ci-après « CIJ »), *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, (26 février 2007).

generis. La procédure s'individualisant, il est nécessaire de choisir ceux qui, parce que leur implication est particulièrement grave, ou parfois simplement parce qu'ils sont plus facilement accessibles à la justice, comparaitront devant le Tribunal. À cet égard, il est intéressant de relever que les défendeurs de Nuremberg ont été désignés avec le collectif en mémoire, dans une démarche « *inspired by the underlying idea of the maximum representation of all the different segments of German society which had underpinned the Nazi dictatorship*³⁰³ ». Dès ses origines, la responsabilité pénale internationale n'a donc pas uniquement vocation à punir le plus coupable, mais également à sanctionner la qualité systémique du crime, en abordant ses différentes branches. Outre sa vertu pratique, l'identification d'individus responsables a également un sens symbolique. Hersch Lauterpacht remarquait sur ce point : « *There is cogency in the view that unless responsibility is imputed and attached to persons of flesh and blood, it rests with no one*³⁰⁴ ». L'attribution d'une responsabilité pénale personnelle apparaît comme un impératif pour la reconstruction des sociétés post-confliktuelles : la culpabilité individuelle pacifie le corps social et met fin aux dynamiques de lutte intergroupe. Il s'agit, selon la formule de Danner et Martinez, de briser le cycle de culpabilité collective, capable de nourrir des vagues incessantes de conflits³⁰⁵. Dans son premier rapport aux Nations Unies, en 1994, le Président du TPIY Antonio Cassese soulignait l'importance de cette démarche :

The role of the Tribunal cannot be overemphasized. Far from being a vehicle for revenge, it is a tool for promoting reconciliation and restoring true peace. If responsibility for the appalling crimes perpetrated in the former Yugoslavia is not attributed to individuals, then whole ethnic and religious groups will be held accountable for these crimes and branded as criminal. In other words, "collective responsibility" - a primitive and archaic concept - will gain the upper hand; eventually whole groups will be held guilty of massacres, torture, rape, ethnic cleansing, the wanton destruction of cities and villages. The history of the region clearly shows that clinging to feelings of "collective responsibility" easily degenerates into resentment, hatred and frustration and inevitably leads to further violence and new crimes.³⁰⁶

Cassese décrit ici la vertu transitionnelle de la justice pénale internationale : elle vise à la fois à dire le droit dans un cadre équitable, et à engager un processus social de réconciliation³⁰⁷.

³⁰³ Gattini, « A Historical Perspective: From Collective to Individual Responsibility and Back », 145.

³⁰⁴ Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (Archon Books, 1968), 41.

³⁰⁵ Allison Marston Danner et Jenny S. Martinez, « Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law », *California Law Review* 93, n° 1 (2005): 20.

³⁰⁶ « Report of the international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 ». Assemblée Générale, quarante-neuvième session, A/49/342 (29 août 1994): §16.

³⁰⁷ Dans Danner et Martinez, « Guilty Associations », les auteures remarquent, à ce propos, la mention innovante du « processus de réconciliation nationale » dans le Statut du TPIR et de la « restauration » dans celui du TPIY.

Dès lors, le droit de la responsabilité pénale internationale apparaît comme constamment tiraillé entre, d'une part, l'axiome d'une autonomie personnelle, et donc d'une responsabilité individuelle, et de l'autre, la nécessité d'aborder le problème collectif, de percevoir l'individu comme un vecteur du groupe. La criminalité systémique fait naître, devant les tribunaux pénaux internationaux, un paradoxe qui semble irréconciliable : « Parce qu'il est massif et généralisé, le crime contre l'humanité réclame, plus que n'importe quel autre crime, d'être sanctionné. Mais il est, pour ces mêmes raisons, plus difficile, voire impossible à juger³⁰⁸ ». Face à ce dilemme, le choix de d'individualisation opéré à Nuremberg présente des dangers. En se concentrant sur la responsabilité individuelle, la justice pénale internationale offre une représentation incomplète de la réalité criminelle. La démarche de « rendre commensurables des choses qui ne le sont pas³⁰⁹ » masque nécessairement, au sein des tribunaux, une partie du narratif de l'atrocité. Ainsi, ne faire comparaître que le plus haut dirigeant cache le soutien massif qu'il a reçu ; tandis que l'unique accusation des exécutants fait d'une ambition partagée l'acte d'obéissance d'un seul homme. Cet effet pervers peut être en partie modéré par des formes d'implication collective, comme la désignation d'organisations criminelles exercée par le TMIN. Toutefois, l'altération de la réalité criminelle dans le cadre des procès internationaux demeure une problématique sérieuse. Elle soulève, en doctrine, deux remarques principales. La première tient au très discuté « mythe de l'innocence collective », qui consiste, par la désignation de boucs-émissaires, à laver tout le système criminel de sa responsabilité personnelle³¹⁰. La justice pénale internationale s'engage alors dans une dangereuse « dérive sacrificielle³¹¹ ». Deuxièmement, Mark Drumbl discerne, dans la manœuvre d'individualisation, une certaine malhonnêteté intellectuelle qui atteint le sens de la justice : « *It may be terribly convenient to place blame for mass violence on selected evildoers, instead of offering a fuller explication of the myriad political, economic, historical, and colonial factors that facilitate the violence. But in the end this offers little more than a very partial print of justice*³¹² ». De manière

³⁰⁸ Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner: pour une justice internationale* (Paris: Odile Jacob, 2002), 281. Le « crime contre l'humanité » est ici employé au sens du droit français, comme incluant le génocide. À ce sujet, voir également Adolfo Ceretti, « Collective violence and international crime », in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, éd. par Antonio Cassese (Oxford, New York: Oxford University Press, 2009).

³⁰⁹ Garapon, *Ibid.*, 281.

³¹⁰ Laurel E. Fletcher et Harvey M. Weinstein, « Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation », *Human Rights Quarterly* 24, n° 3 (2002): 573-639; Alette Smeulers, « Punishing the Enemies of All Mankind », *Leiden Journal of International Law* 21, n° 4 (décembre 2008): 581.

³¹¹ Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, 280.

³¹² Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law*, 153.

plus virulente encore, Immi Tallgren dépeint l'hypocrisie d'un système qui ne regarde que l'individu pour ne pas voir le collectif :

By focusing on individual responsibility, criminal law reduces the perspective of the phenomenon to make it easier for the eye. Thereby, it reduces the complexity and scale of multiple responsibilities to a mere background. We are not discussing state responsibility, we are discussing criminal law. We are not really discussing a crime of aggression, we are busy discussing a rape or murder. We are not really discussing nuclear weapons, we are discussing machete knives used in Rwanda. We are not much discussing the immense environmental catastrophes caused by wars and the responsibility for them, we are discussing the compensation to be paid by an individual criminal to individual victims. Thereby the exercise which international criminal law induces is that of monopolizing violence as a legitimate tool of politics, and privatizing the responsibility and duty to compensate for the damages caused.³¹³

Ces dénonciations appellent la nuance. Le propre de la justice pénale n'est pas de permettre une étiologie globale de la criminalité, mais bien de prononcer des sanctions individuelles. En ce sens, un certain aveuglement aux ancrages sociaux et politiques du crime est inévitable³¹⁴. Toutefois, les enjeux de ce réductionnisme sont particulièrement délicats en droit international pénal. La capacité de ce droit à reproduire des pensées dominantes ou des vérités partielles été maintes fois dénoncées³¹⁵. Par sa mission, sa portée et son symbolisme, la justice pénale internationale entretient, peut-être davantage que les droits répressifs nationaux, une confusion entre vérité politique de la vérité judiciaire.

Cette analyse pluridisciplinaire du crime international et de sa sanction est indispensable à la poursuite de l'étude de l'article 25(3)(d). Comprendre le contexte dans lequel naît l'imputation révèle la place prédominante du collectif, et les risques posés par une approche trop timide de son influence. L'article 25(3)(d), en ce qu'il s'adresse précisément au groupe criminel, renferme les dynamiques du crime systémique. Aussi, il est impératif de l'y confronter. Il ne s'agit pas d'adopter une approche utopiste de la responsabilité pénale internationale, présentant l'alinéa (d) comme un outil échappant à tous les écueils de

³¹³ Immi Tallgren, « The Sensibility and Sense of International Criminal Law », *European Journal of International Law* 13, n° 3 (1 avril 2002): 594.

³¹⁴ Voir, à ce sujet, Olivier de Frouville, « Le droit de l'Homme à la vérité en droit international : à propos de quelques « considérations inactuelles » », in *La vérité*, éd. par Olivier Guerrier, Les colloques de l'Institut universitaire de France (Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2013), sur l'impératif de tendre vers une distinction entre le le Droit – qui aborde nécessairement des situations individuelles – de la Politique qui aborde les crimes dans leur ensemble et attribue aux parties à la violence des rôles généraux.

³¹⁵ Voir, dans des perspectives différentes : Doris Buss, « Performing Legal Order: Some Feminist Thoughts on International Criminal Law », *International Criminal Law Review* 11, n° 3 (2011): 409-24; Christopher Gevers, « Africa and International Criminal Law », in *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, éd. par Kevin Jon Heller et al. (Oxford University Press, 2020); Tor Kvever, « International Criminal Law: An Ideology Critique », *Leiden Journal of International Law* 26, n° 3 (septembre 2013): 701-23.

l'individualisation. Toutefois, l'équité des procédures, la clarté, et la portée des jugements internationaux imposent de représenter fidèlement l'atrocité de masse. Aujourd'hui, l'approche de commission adoptée par la CPI est peu adaptée à la nature du crime systémique, alors même que « *the collective and organizational nature of international criminality is really only captured when those at the top are prosecuted*³¹⁶ ». Cette réalité pose une charge importante sur le BdP, et néglige les possibilités qu'offre la justice pénale internationale. Il est donc nécessaire de s'extraire de la logique verticale jusque-là adoptée par la CPI pour traiter du crime systémique, afin de se concentrer une modalité horizontale de responsabilité, où le lien s'effectue entre les porteurs du système et ceux qui, sans en être à l'initiative, le soutiennent sciemment. C'est à cette démarche que s'intéresse le paragraphe suivant.

§2. L'approche contextuelle/organisationnelle de la criminalité : retour à l'imputation collective

Le crime systémique adopte une structure réticulaire, irréductible à une action ou une intention. Cela complique, *de facto*, l'identification de ce qui est punissable. Les juristes, confrontés à cette question, ont proposé plusieurs pistes. Certains perçoivent, dans l'exception des juridictions pénales internationales, l'impératif qu'elles constituent un dernier recours. Selon eux, « *finding an individual liable for an international crime carries with it the strongest possible internationally available demonstration of a unified condemnation, the imposition of (international) criminal liability should be understood as an ultima ratio measure, reserved for extreme cases*³¹⁷ ». Suivant cette vision, seuls les dirigeants des organisations criminelles sont éligibles à la sanction pénale internationale. D'autres, au contraire, encouragent un retour à la sanction collective. Dans leur perception, les dangers de l'individualisation sont insurmontables, et seule l'introduction du groupe comme un agent responsable permet d'accomplir les objectifs du droit international³¹⁸. Ces théories puisent dans les ressources existantes en sciences sociales, qui cherchent à conférer une *agency* propre aux organisations. Le retour à la sanction collective implique, nécessairement, une diminution du rôle conféré aux procès pénaux internationaux. Les modalités privilégiées ressemblent, aux choix, aux sanctions politiques et économiques de grande ampleur, telles que celles prononcées par le Conseil de

³¹⁶ van Sliedregt, « The Curious Case of International Criminal Liability », 1175.

³¹⁷ Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law », 86.

³¹⁸ Voir Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law* et l'idée de « *fictionalized agency* »: 41; Fletcher, « The Storrs Lectures »; Pour un modèle de sanction collective des groupements, voir Mark Osiel, *Making sense of mass atrocity* (New York: Cambridge University Press, 2009).

Sécurité de l'ONU à l'encontre de l'Irak en 1990, ou à l'adoption de mesures communautaires déjudiciarisées, sur le modèle des commissions de vérité et de réconciliation.

Aucune de ces options ne paraît pleinement satisfaisante. D'une part, le jugement des seuls plus hauts responsables tombe dans les écueils précités d'un réductionnisme judiciaire, qui bafoue la réalité du crime collectif. À cela, il faut ajouter qu'il existe un véritable désir, de la part des victimes, de voir celles et ceux avec qui ils ont eu un contact direct comparaître devant un tribunal. La sanction de ceux qui ont causé les dommages matériels, blessé et tué, est fondamentale dans l'œuvre d'une justice réparatrice³¹⁹. En outre, d'un point de vue pratique, l'accès aux hauts dignitaires est souvent difficile, et les juridictions ont davantage de chance d'exercer leur compétence sur des individus moins importants. En atteste l'échec de la CPI, qui juge actuellement l'ancien chef Janjaweed Abd-Al-Rahman, à voir comparaître Omar Al-Bashir, l'ex-Président du Soudan. D'autre part, la voie de la sanction collective ne paraît pas non plus adaptée. Elle semble strictement incompatible avec les acquis libéraux qui guident l'idée de répression. Dans son étude de *La culpabilité allemande*, Karl Jaspers, critiquait déjà vivement les instincts de punition collective. Il démontrait un ferme attachement à l'autonomie personnelle en affirmant :

On ne peut pas faire d'un peuple un individu. Un peuple ne peut pas périr héroïquement, il ne peut pas être criminel, ni agir moralement ou immoralement ; seuls les individus issus de lui le peuvent. Un peuple envisagé comme un tout ne peut être ni coupable ni innocent, ni au sens d'une culpabilité criminelle, ni au sens politique (ici, il ne peut s'agir que de la responsabilité des citoyens d'un État), ni au sens moral. Lorsqu'il s'agit de porter un jugement, la catégorie « peuple » est toujours injuste ; elle présuppose une fausse substantialisation, - elle a pour conséquence que l'être humain individuel se trouve dépouillé de sa dignité³²⁰.

Cette révolte morale se ressent, par exemple, à l'étude des graves dommages causés à la population civile par les sanctions collectives imposées à l'Irak³²¹. Indéniablement, un projet de justice qui allie respect des droits humains et volonté transitionnelle ne peut uniquement s'exprimer par la punition d'un groupe. Si les voies moins violentes, suggérant un rétablissement du dialogue social, sont certainement indispensables, il semble que ce travail soit à même d'accompagner, plutôt que de se substituer à, des procédures judiciaires.

La sanction collective et la punition du seul dirigeant apparaissent donc comme des voies peu aptes à relever le défi de la criminalité systémique. Entre ces deux extrêmes, les

³¹⁹ Fletcher et Weinstein, « Violence and Social Repair », 628.

³²⁰ Jaspers, *La culpabilité allemande*, 55.

³²¹ Voir United Nations Population Fund, « Iraq - Reproductive Health Assessment », (4 novembre 2003).

juristes ont entrepris de trouver des théories de la participation permettant une meilleure compréhension des formats d'infraction diffus. Ces « *doctrines of criminal participation*³²² » sont, dans le droit international pénal, les modes de responsabilité. Leur objectif est de « *turn an individualistic criminal law into one better equipped to address the activities of individuals within groups*³²³ ». Pour ce faire, il faut adopter une lecture intersubjective du crime collectif, l'étudier comme une dynamique et analyser le contexte de sa commission. Il s'agit donc d'une approche « organisationnelle » de la responsabilité pénale³²⁴. L'objectif est de former un certain consensus entre l'individualisation de la sanction et la punition collective. Dans sa longue étude consacrée à l'attribution de la responsabilité pénale dans les contextes organisationnels, Christopher Harding parvient à la conclusion suivante :

This [...] model combines an element of individual responsibility, in that ultimately an individual is held responsible, with an element of organisation and organisational context, in that the route to individual responsibility lies through some significant participation in the activities of the organisation. This is a model, therefore, in which the existence of the organisation and the performance of a certain role within the structure of the organisation are paramount for purposes of allocating responsibility to the individual in question. As such, this model thus addresses something of the significance and complexity of organisations in contemporary life and responds to the perception that a number of activities comprise elements of both the individual and the organisational, both of which need to be accommodated within a satisfactory model of moral and legal responsibility³²⁵.

L'approche organisationnelle de la responsabilité pénale paraît extrêmement bien adaptée aux problématiques de la justice internationale. En atteste, notamment, sa mobilisation par le TPIY, dans la création de l'ECC. Le cœur de cette approche est le recours à la notion de groupe, qui comble l'écart trop prégnant entre, d'un côté, le défendeur, et, de l'autre, le cadre social qui précède et absorbe son crime. Dans cette perspective, le « groupe » ne doit pas être entendu comme le « peuple » tout entier, mais bien comme la superstructure sociale et/ou politique qui a permis la commission d'atrocités de masse. Il convient d'aborder les forces motrices du crime, et non, sur le « modèle de Versailles », une Nation dans son ensemble. Ainsi, l'approche organisationnelle implique, pour le droit international pénal, un mouvement conceptuel : « *[i]n order to make the project of international criminal justice possible, crime is prosecuted relative to a discrete group engaged in the kind of common criminal purpose [...] International criminal*

³²² SáCouto, Sadat, et Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence », 209.

³²³ Saira Mohamed, « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell: Reconciling Mass Atrocity and the Criminal Law », *The Yale Law Journal* 124, n° 5 (2015): 1649.

³²⁴ Swart, « Modes of International Criminal Liability », 89.

³²⁵ Christopher Harding, *Criminal Enterprise: Individuals, Organizations and Criminal Responsibility* (Routledge, 2013), 259.

*law has oriented itself toward these discrete smaller groups precisely because the larger groups - nations and states - cannot be the appropriate objects of criminal responsibility*³²⁶ ». Le groupe joue, dans ce schéma, le rôle de « *proxy for the intent of the larger collective*³²⁷ ».

L'application de ces réflexions aux méthodes d'imputation aboutit, concrètement, à l'existence d'un « *mixed system of individual-collective responsibility in which the criminal enterprise or organisation as a whole serves as the entity upon which attribution of criminal responsibility is based*³²⁸ ». Le raisonnement juridique soulève la question du système, dans l'objectif d'y placer un individu et, *in fine*, de lui infliger une sanction à la mesure du rôle qu'il y a pris. Ceci n'implique pas de déresponsabiliser les accusés, ou de tomber à l'excès dans le relativisme. Georges Fletcher souligne justement, à ce sujet : « *The claim is not that the climate of opinion causes the crime, but rather that creating an orthodoxy of hate deprives people of their second-order capacity to rein in their criminal impulses*³²⁹ ».

Dans le système du Statut de Rome, l'article 25(3)(d) est le moyen trouvé par les rédacteurs pour mobiliser l'approche organisationnelle. Les rapports entretenus par cet article avec les autres théories de l'imputation collective ont déjà été analysés, afin mettre fin au mythe d'une disposition-substitut, sans identité propre. Ensuite, la notion de « groupe de personnes agissant de concert » a été éclairée, pour faciliter sa caractérisation. Au vu de ces acquis, il faut dès lors proposer une lecture de la contribution qui l'inscrit pleinement dans la mission de sanction des crimes systémiques. La CPI, par son interprétation de l'article 25(3)(a) et son refus persistant de mobiliser l'ECC, s'éloigne dangereusement des théories organisationnelles, qui semblent pourtant seules capables de traiter le crime collectif fidèlement. Toutefois, un retour total à l'entreprise criminelle commune ne semble ni possible, ni souhaitable. Une argumentation en faveur d'un modèle strictement différentiel, où l'appréciation de la responsabilité s'effectue au regard des liens unissant la contribution d'un individu au crime commis, a été développée dans la première partie de cette étude. Comme le relève Mark Osiel, catégoriser tous les participants à une infraction collective comme auteurs principaux « *risk[s] distorting the process by which episodes of state-sponsored mass atrocity occur, and so distort the history such trials can teach*³³⁰ ». De manière générale, les objectifs d'une « bonne » imputation collective peuvent donc être résumées aux éléments suivants : aborder la

³²⁶ Fletcher et Ohlin, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », 547.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ Ambos, « Article 25 - Individual Criminal Responsibility », sect. 11.

³²⁹ Fletcher, « The Storrs Lectures », 1543.

³³⁰ Mark Osiel, « Modes of Participation in Mass Atrocity », *Cornell International Law Journal* 38, n° 3 (2005): 5.

nature systémique du crime, par la prise en compte directe et explicite de la notion de collectif et par une narration contextuelle de la perpétration ; distinguer les individus en fonction de leur place dans le système criminel ; respecter les garanties de légalité et de prévisibilité du droit. La responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun est, dans le Statut, le meilleur outil pour parvenir à ce résultat.

Deux éléments caractéristiques de la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) doivent être abordés pour motiver plus allant cette position. D'une part, la théorie du contrôle exercé sur le crime offre une perspective limitée sur l'*agency* des participants non-principaux à la criminalité collective. Sous l'influence de la doctrine allemande, la caractérisation de la responsabilité principale implique généralement de considérer que les exécutants ont une autonomie moindre, amputée par leur statut de faible importance. Une lecture hiérarchique du crime international est évidemment nécessaire : elle représente une facette importante des crimes de masse. Cependant, l'intérêt de l'article 25(3)(d) réside dans le fait qu'il n'implique pas l'idée de subordination. Il donne l'occasion d'explorer la responsabilité d'individus considérés hors de la défense de l'ordre reçu, et permet d'exploiter pleinement le potentiel des approches organisationnelles de la responsabilité : « *[it] lets us view those engaged in criminal conduct, jointly and voluntarily, as evidencing a variety of relationships that are more multifarious, though equally pernicious, than that of domination-subordination*³³¹ ». En ce sens, et il s'agit là du second élément à aborder s'agissant de l'article 25(3)(d), la responsabilité dont il dispose permet de sanctionner les maillons du système, les éléments qui lui permettent de tenir debout. En doctrine, l'expression « rouages dans la machine » est souvent utilisée pour décrire ces individus qui, sans être à l'origine de la collectivité criminelle, en sont les appuis. Loin des encouragements à ne sanctionner que les hauts dirigeants, approcher les rouages par la voie répressive paraît indispensable. De fait, James E. Waller identifie, dans une analyse psychosociale du crime collectif, une réalité aussi grave qu'essentielle : « *There is one unassailable fact behind this ignoble litany of human conflict and suffering. Political, social or religious groups wanting to commit mass murder do. Though there may be other obstacles, they are never hindered by a lack of willing executioners*³³² ». L'idée de crime systémique implique un schéma pyramidal, et donc une base large et engagée. L'exemple du camp de concentration est souvent utilisé pour illustrer ce phénomène. Dans sa justification de l'ECC, Antonio Cassese

³³¹ Osiel, « Modes of Participation in Mass Atrocity », 6.

³³² James E. Waller, « The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Genocide and Mass Killing », in *Ordinary People as Mass Murderers: Perpetrators in Comparative Perspectives*, éd. par Olaf Jensen et Claus-Christian W. Szejnmann, The Holocaust and Its Contexts (London: Palgrave Macmillan UK, 2008), 147.

réclame l'attribution d'une responsabilité aussi bien au commandant, qui dirige le camp, qu'aux officiers qui fouillent les détenus pour les priver de leurs biens ou à ceux qui rationnent leur nourriture et les surveillent³³³. De ces individus, Cassese affirme : « *by fulfilling their administrative or other operational tasks, they contribute to the commission of crimes. Without their willing support, crimes could not be perpetrated. Thus, however marginal their role, they constitute an indispensable cog in the murdering machinery*³³⁴ ». Si Cassese emploie le mot « indispensable », il ne s'agit pas de l'interpréter au sens littéral, comme « essentiel » ou « qui ne peut être remplacé par autre chose ». Il convient davantage de considérer l'action des rouages de la machine comme indispensables au sens d'un élément « qui ne saurait manquer, puisqu'[il] appartient inévitablement à l'image que l'on se fait de quelque chose³³⁵ ». Ce sont bien ces participations, celles qui sont *nécessaires*, en ce sens qu'elles ne peuvent pas ne pas être, que l'article 25(3)(d) paraît en mesure de saisir.

L'article 25(3)(d), au lieu de servir à juger des perpétrateurs principaux dont la responsabilité au titre de l'alinéa (a) n'est pas suffisamment étayée, pourrait donc permettre, au travers du dessein commun, d'appréhender des profils nouveaux, qui demeurent pour l'heure hors de la portée du droit. Il ne doit pas servir à appréhender des contributions « moins graves », ou à étendre verticalement le champ de la responsabilité pénale internationale. Au contraire, il est opportun de le mobiliser pour élargir ce champ de manière horizontale, et de saisir, par ce biais, des composantes périphériques qui participent à l'entretien des structures criminelles. La volonté d'aborder le crime international par un questionnement du contexte et la prise en compte de tous ses embranchements n'est pas une totale innovation. Bien qu'elle peine à être appliquée devant la CPI, elle est ancrée dans une politique existante depuis le mandat du premier procureur, Luis Moreno-Ocampo. À l'ouverture de l'enquête sur la situation en RDC, celui-ci déclarait sa volonté d'étendre son enquête aux entreprises profitant de l'appropriation par la force des mines de métaux rares et de diamants de l'Ituri, en affirmant que leurs représentants « *could also be authors of the crimes, even if they are based in other countries*³³⁶ ». Plus tard, il affirmait, de manière encore plus révélatrice : « *If the alleged business practices continue to fuel atrocities, these would not be stopped even if current*

³³³ Cassese, *International Criminal Law*, 181-83.

³³⁴ Cassese, « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », 112.

³³⁵ Lexicographie du CNRTL. Accessible sur : <https://www.cnrtl.fr/definition/indispensable>.

³³⁶ Deuxième Assemblée Générale des États parties au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, Rapport du Procureur de la CPI, Monsieur Luis Moreno-Ocampo (8 septembre 2003): 4.

*perpetrators were arrested and prosecuted*³³⁷ ». Cet engagement à aborder toute l'histoire du crime, et pas seulement ses manifestations les plus directes, est pour l'heure resté lettre morte. Toutefois, il semble être la plus grande chance de la CPI de se rapprocher d'une analyse complète et objective de la criminalité systémique. Certainement, comme le souligne le procureur Moreno-Ocampo, les crimes commis en RDC vont au-delà de l'attaque du village de Bogoro par la milice de Germain Katanga, leur réalisation et leur pérennité a d'autres liens, mobilise d'autres acteurs. En pénalisant ces contributeurs à la hauteur de leur participation, c'est donc bien la construction des systèmes criminels qu'il s'agit de bouleverser.

La responsabilité issue de l'article 25(3)(d) est ainsi un moyen de retrouver, devant la CPI, l'essence des théories de l'imputation collective. Cette disposition propose une accalmie dans la tension permanente entre les niveaux *macro* et *micro*, qui élargit les perspectives de la justice internationale. Il est désormais nécessaire d'engager une analyse plus personnelle du contributeur dans le cadre du crime systémique, afin de justifier sa comparution devant la CPI.

Section 2. L'article 25(3)(d), vecteur de réconciliation entre réalité criminelle et répression judiciaire

L'approche organisationnelle du crime impose d'examiner les liens unissant les participants à un crime international à la société qui les entoure. Cette démarche est particulièrement cruciale lorsqu'il s'agit de sanctionner les « rouages », qui ont un rapport d'obéissance, d'ignorance ou d'intérêt avec le crime. Bien que ces liens ne constituent pas une intention criminelle directe, ils ne sont pas irréconciliables avec une sanction pénale.

Ainsi, si la contribution au sens de l'article 25(3)(d) n'est pas nécessairement déviante, sa criminalisation demeure tant nécessaire que justifiée (§1). L'usage de cette disposition par la CPI participe pleinement à la fonction narrative du droit international pénal (§2).

§1. Au-delà de la déviance : criminaliser la contribution banale

En sciences sociales, la criminalité est analysée au prisme de la notion de déviance. L'approche fonctionnaliste de la déviance interroge l'environnement dans lequel elle émerge :

³³⁷ BdP, « Communications received by the office of the Prosecutor of the ICC », Communiqué de presse, n°PIDS.0099.2003 (16 juillet 2003): 4.

un comportement déviant naît de la déconnexion entre la fin et les moyens disponibles à un individu. La déviance est donc le produit de facteurs sociaux intériorisés, qui la formatent et la conditionnent³³⁸. L'approche interactionniste, développée par Howard Becker et Erving Goffman, ne s'intéresse pas uniquement aux racines de la transgression³³⁹. Elle y ajoute l'idée de stigmatisme. Dans cette perspective, le caractère déviant d'une action dépend de sa perception extérieure. Ce n'est pas l'acte, par lui-même, qui est déviant : un comportement devient déviant dans le regard d'autrui. La déviance, est, en outre, un processus plus qu'un événement : l'individu déviant reconstruit progressivement sa propre perception de son comportement, pour préserver son image de lui-même. Becker parle, à cet égard, de « carrière déviante ».

Ce raisonnement s'applique sans heurts à l'échelle domestique. Toutefois, sa préhension disparaît lorsqu'il est transposé au contexte international. Saira Mohamed propose une étude approfondie de ce qu'elle appelle « le paradoxe de la déviance » en droit international pénal³⁴⁰. Elle identifie deux dynamiques sociales propres à l'atrocité de masse. En premier lieu, les individus qui participent à la commission de crimes internationaux, loin de se comporter de manière stigmatisante, font la même chose que des centaines d'autres personnes³⁴¹. En second lieu, contrairement à la criminalité domestique, les crimes internationaux sont souvent « *prosocial in nature*³⁴² », c'est-à-dire dirigés vers le soutien, et non la violation, d'une norme dominante dans la communauté où ils adviennent. En ce sens, la criminalité systémique est un « *normalized social project*³⁴³ ». Il existe donc une singularité dans le fait que ces actes ne sont pas déviant dans le cadre spatio-temporel dans lequel ils s'inscrivent, mais demeurent évidemment déviant au regard des normes de *jus cogens* et des droits humains³⁴⁴. Cette idée est véhiculée par l'important corpus doctrinal relatif aux crimes d'obéissance, les infractions dans lesquelles les perpétrateurs et participants croient ou ont des raisons de croire que « *the[ir] action is authorised, expected, and at least tolerated and probably approved by the*

³³⁸ Voir Robert King Merton, « Social Structure and Anomie », *American Sociological Review* 3 (1938): 672-83.

³³⁹ Voir Erving Goffman, *Stigma* (Prentice-Hall Inc., 1963); Howard Becker, *Outsiders : Studies in the Sociology of Deviance* (Free Press of Glencoe, 1963).

³⁴⁰ Mohamed, « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell », 1628-89.

³⁴¹ Pour une étude psychosociale, voir Waller, « The Ordinarity of Extraordinary Evil » ; voir également les études de psychologie éclairant les rapports individuels à l'obéissance et à l'autorité dans la lignée de Stanley Milgram, *Obedience to authority: an experimental view* (1974).

³⁴² Mohamed, « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell », 1642.

³⁴³ Mark A. Drumbl, « Accountability for System Criminality », *Santa Clara Journal of International Law* 8, n° 1 (2010): 375.

³⁴⁴ Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law*, 8; Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity », 548.

*authorities*³⁴⁵ ». Cette croyance provient d'une transformation de l'univers moral et culturel entourant les participants, qui ne peuvent plus discerner l'interdit ou la violence avec la même facilité. La perception de la violence est donc profondément contextuelle. Germain Katanga déclarait par exemple, interrogé sur sa conscience des violences perpétrées contre les civils en RDC : « la guerre ne se fait pas comme en Europe. C'est en Europe que les gens se protègent dans leur maison. Chez nous, c'est le contraire. Si vous restez dans la maison, on va mettre le feu sur la maison et puis [...] vous brûlez là-dedans³⁴⁶ ». Dans son étude du procès d'Eichmann, Hannah Arendt consacre de nombreuses pages à l'étude de cette problématique. Elle identifie un système dans lequel « *exceptions and rules, deviance and normality, criminality and lawfulness have become inverted*³⁴⁷ ». Ce constat est le fondement de la rhétorique de la banalité du mal : l'atrocité est banale en ce que « *the phenomenon of evil deeds, committed on a gigantic scale, [cannot] be traced to any particularity of wickedness, pathology, or ideological conviction in the doer*³⁴⁸ ».

Ces considérations sont cruciales à l'étude de l'article 25(3)(d). Celui-ci, contrairement aux formes de responsabilité principales, n'a pas pour cible les individus qui ont provoqué la transformation de la norme, mais ceux qui l'appliquent ou profitent du déséquilibre social qu'elle fait naître. Dans ces circonstances, la qualification de l'intention peut sembler compliquée : Martti Koskeniemi écrivait que dans les cas de « banalité de mal », il n'existe plus de *mens rea*³⁴⁹. Dans cette affirmation, il faut donc comprendre que le *mens rea* est perçu comme une intention de transgresser, qu'il se pense au regard du contexte social. Cette approche réduit le contributeur à son rôle de « rouage dans la machine », et fait obstacle à toute démarche qui souhaite approcher, par le droit, un système criminel entier. Deux exemples d'affaires portées devant les juridictions pénales internationales éclairent les enjeux de ces observations. Premièrement, le cas de Dražen Erdemović, qui comparaît en 1996 devant le TPIY pour crime contre l'humanité, en raison de sa participation au massacre de Srebrenica. La problématique de cette affaire tient à ce qu'Erdemović, très jeune soldat au moment du massacre, a d'abord refusé d'exécuter les prisonniers bosniaques. Se voyant menacé de subir le même sort qu'eux,

³⁴⁵ Herbert C. Kelman, « The Policy Context of International Crimes », in *System Criminality in International Law*, éd. par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ (Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009), 7; Voir également Smeulers, « Perpetrators of international crimes: Towards a typology ».

³⁴⁶ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §518.

³⁴⁷ David Luban, « State Criminality and the Ambition of International Criminal Law », in *Accountability for Collective Wrongdoing*, éd. par Tracy Isaacs et Richard Vernon, 1^{re} éd. (Cambridge University Press, 2011), 62, analysant Arendt, *Eichmann à Jérusalem: rapport sur la banalité du mal*.

³⁴⁸ Hannah Arendt, « Thinking and moral considerations: a lecture », *Social Research* 38, n° 3 (1971): 159.

³⁴⁹ Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials », 8.

il est forcé de fusiller soixante-dix individus. Son procès a fait émerger d'importants débats sur la notion de contrainte, qui, *in fine*, touchaient à la question suivante : « *If Erdemović did the same thing a reasonable person would have done in the same situation - then how can a criminal conviction and prison sentence be justified ?*³⁵⁰ ». S'il est admis que tout individu, à la place d'Erdemović, se serait soumis à la volonté de ses supérieurs, alors l'absence de déviance de l'accusé s'entend de ce qu'il n'existe plus d'*agency*. Il a suivi la seule voie qui lui était offerte, n'a exercé aucun type de choix, et a agi par survie. La notion de transgression ou de stigmatisme est secondaire. Le cadre moral d'Erdemović ne passe par aucun processus de reconfiguration : il identifie dès qu'il en reçoit l'ordre que l'action qui lui est demandée est un crime. Au contraire, l'absence de déviance prend un sens tout autre lorsqu'elle est appliquée au cas d'Adolf Eichmann. Après son arrestation, celui-ci déclare : « *Despite conscientious self-examination, I have to conclude in my own defense that I was neither a murderer nor a mass murderer. [...] I carried out with a clear conscience and faithful heart the duty imposed upon me. I was always a good German, I am today a good German and shall always be a good German*³⁵¹ ». Eichmann caractérise, par cette affirmation, tout le paradoxe de son crime : il s'est comporté en « bon Allemand » précisément parce qu'il a participé à tuer, par devoir, mécaniquement, bureaucratiquement. Il n'est pas déviant : ses actions correspondent précisément au cadre normatif dans lequel il évolue - celui du Reich -, et il s'y conforme sans question. Contrairement à Erdemović, Eichmann ne reconnaît pas que l'action qui lui est demandée est un crime. Pour Hannah Arendt, l'inscription d'Eichmann dans un contexte normatif violent ne l'exonère pas. Elle l'accuse d'« absence de pensée », ou « *thoughtlessness* » dans sa version originale, un état d'esprit qui selon elle peut « faire plus de mal que tous les mauvais instincts réunis qui sont peut-être inhérents à l'homme³⁵² ». En adoptant cette position, Hannah Arendt ne cherche pas à réduire la responsabilité individuelle d'Eichmann, au contraire. Pour la philosophe, juger Eichmann en tout ce qu'il a de normal est essentiel puisque, par ce procédé, « tous les rouages de la machine, si insignifiants soient-ils, redeviennent, dans un

³⁵⁰ Mohamed, « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell », 1658. L'affaire Erdemović a provoqué de nombreux débats sur la valeur de la contrainte comme moyen de défense. Dans une opinion individuelle, le juge Antonio Cassese a refusé de tenir les soldats à un standard d'héroïsme, et a proposé des critères d'évaluation de la contrainte prenant notamment en considération l'existence d'un choix, pour Erdemović, entre sa propre mort et le fait de participer à un massacre qui aurait de toute façon eu lieu. La Chambre d'Appel a toutefois décidé que la contrainte ne permettait pas d'exonérer un soldat accusé de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre impliquant le meurtre d'innocents. Voir TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, Arrêt, IT-96-22-A (7 octobre 1997).

³⁵¹ Smeulers, « Punishing the Enemies of All Mankind », 981.

³⁵² Arendt, *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, 495.

tribunal, des coupables, c'est-à-dire des êtres humains³⁵³ ». Cette opération permet à la fois d'affirmer la réalité du système, et de replacer l'individu en son sein, non comme un simple produit social - un objet - mais comme un acteur - un sujet, qui a volontairement abdiqué de sa capacité de réflexion. Dès lors, il faut considérer que, subjectivement, « *Eichmann was found guilty, not for succumbing to immoral temptation or being a depraved deviant, but instead for conscientiously observing the flawed mores of the Third Reich*³⁵⁴ ». Ces positionnements doivent surpasser ceux, proposés par Martti Koskenniemi ou Itamar Mann, qui associent à l'absence de pensée l'échec de caractérisation d'un *mens rea*³⁵⁵. L'idée que « *being thoughtless is marked by the lack of independent decision*³⁵⁶ » retire dramatiquement, au prétexte de la violence ambiante, toute subjectivité à l'individu, et entretient une dangereuse confusion entre la transgression morale et l'intentionnalité juridique. Face à ce relativisme, il convient, comme le fait David Luban, de distinguer fermement ces deux concepts : « *banality of evil refers to the perpetrator's motives, and motives are irrelevant in criminal law. Mens rea deals with intent and knowledge, not motive, and nobody suggested that Eichmann acted unintentionally or lacked knowledge of what he was doing or the consequences to his victims*³⁵⁷ ».

Théoriquement, l'article 25(3)(d) doit servir à sanctionner les individus ressemblant à Eichmann, et non à Erdemović. Bien que les deux fassent partie intégrante de la réalité du crime systémique, la fonction descriptive de cette disposition est pleinement mobilisée lorsqu'elle s'adresse à ceux qui entretiennent la structure criminelle, qui participent à l'édification du système et en renforcent la prégnance. Ce faisant, la responsabilité pour contribution à un crime collectif doit donc parvenir à un équilibre fragile. D'une part, elle doit servir, par son champ d'application et la flexibilité de ses critères, à interroger la base de la criminalité systémique. Cela implique, ainsi que l'a établi la section précédente, une approche organisationnelle et contextuelle de la responsabilité. *In fine*, l'article 25(3)(d) permettra donc d'approcher des contributions neutres³⁵⁸. D'autre part, l'article 25(3)(d) doit respecter les exigences du principe

³⁵³ Arendt, *Eichmann à Jérusalem : rapport sur la banalité du mal*, 497.

³⁵⁴ David Luban, « Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law », *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1 janvier 2011, 61; Voir également Alette Smeulers et Wouter Werner, « The Banality of Evil on Trial », in *Future perspectives on international criminal justice*, éd. par Carsten Stahn et L. J. van den Herik (The Hague, Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2010).

³⁵⁵ Koskenniemi, « Between Impunity and Show Trials »; Itamar Mann, « Eichmann's Mistake: The Problem of Thoughtlessness in International Criminal Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 33, n° 1 (2020): 145-82.

³⁵⁶ Mann, *Ibid.*, 157.

³⁵⁷ Luban, « Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law », 638-39.

³⁵⁸ Pour une critique approfondie de la justice pénale internationale sur ce point, voir Mann, « Eichmann's Mistake »; Alette Smeulers, « Why Serious International Crimes Might Not Seem 'Manifestly Unlawful' to Low-level Perpetrators: A Social-Psychological Approach to Superior Orders », *Journal of International Criminal*

de légalité, même lorsqu'il permet la sanction d'individus dont l'environnement présentait comme légal et/ou moral la commission de crimes. Certains auteurs voient dans cet impératif une tension quasi-irréconciliable. L'article 25(3)(d) est, selon eux, un objet dangereux, ouvrant le champ de la répression à des personnes se contentant de vivre dans un cadre criminogène³⁵⁹. Jens Ohlin s'interroge sur les communautés où sévissent des mafias. Les membres de ces communautés connaissent l'existence de la mafia, y sont peut-être même habitués. Toutefois, pour Ohlin, les commerçants qui fournissent aux membres de la mafia certaines commodités neutres et interchangeable (des denrées alimentaires, de l'essence, voire même, selon l'auteur, un logement) ne doivent pas être confrontés au risque de sanction. En l'état, cette situation paraît peu plausible. En effet, en abordant l'article 25(3)(d) comme un outil de lutte contre le crime systémique, il ne s'agit pas de multiplier les occasions répressives. Trois arguments permettent d'écarter les risques d'atteinte aux principes cardinaux du droit pénal.

Premièrement, le texte du Statut de Rome ne permet pas de tels débordements. L'article 25(3)(d) existe dans un cadre clairement délimité, servant lui-même à distinguer le champ de compétence de la CPI. Celui-ci est restreint aux crimes d'une particulière sévérité, dont les juridictions nationales n'ont pu ou n'ont voulu connaître³⁶⁰. L'appréciation de la responsabilité pénale individuelle n'intervient qu'après la détermination de la gravité d'une affaire et l'établissement de la matérialité des faits. Dans ce contexte, « *[i]t is, thus, already the first tier of the two-tiered test for imposing criminal liability under the ICCSt, which secures the warranted ultima ratio effect*³⁶¹ ». Deuxièmement, le travail normatif développé dans le chapitre précédent confirme que l'article 25(3)(d) n'a pas vocation à s'appliquer à des comportements excessivement peu graves ou banals. L'élément psychologique du contributeur implique une certaine prise avec la réalité criminelle. Aussi bien le dessein commun que le comportement du contributeur sont soumis à un seuil de caractérisation raisonnable, qui ne laisse pas douter de leur matérialité. La contribution doit présenter des liens normatifs influençant la commission du crime : dans l'exemple d'Ohlin, le commerçant ne deviendrait suspect que dans la mesure où les transactions qu'il réalise ont un effet clair sur le crime, et qu'il est au moins conscient de cet effet. Certainement, l'hypothèse de la banalité du mal implique l'application de standards psychologiques plus faibles, et bouscule l'image

Justice 17, n° 1 (1 mars 2019): 105-23; Eser, « Mental Elements - Mistake of Facts and Mistake of Law » réclamant une interprétation étendue de l'erreur de droit, incluant les circonstances où le participant à un crime ne réalisait pas l'illégalité de son action.

³⁵⁹ Ohlin, « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise », 79.

³⁶⁰ Voir Statut de Rome, articles 17 à 19.

³⁶¹ Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law », 87.

traditionnelle de la justice pénale internationale, qui vise les *hostis humani generis* et le mal radical kantien. Toutefois, dans le cadre limité du Statut de Rome, il est suffisant de s'en tenir à l'affirmation, développée ci-dessus, que l'« absence de pensée » n'équivaut pas à l'absence de *mens rea*. Cette interprétation est fidèle à l'intention des rédacteurs du Statut, qui ont, par principe, disqualifié les moyens de défense reposant sur la « normalité » des crimes au moment de leur commission³⁶². En l'état, l'élément moral prévu à l'article 25(3)(d), bien qu'il soit le plus faible du Statut de Rome, est cohérent avec l'ampleur des situations auxquelles il s'applique. De fait, l'argument d'un manque de prévisibilité de la répression ne paraît pas sincère. Lorsque May dénonce « *the plight of Bosnian small fry* », qui n'auraient pu envisager de comparaître devant le TPIY au moment où ils apportaient leur concours à un crime, il confond, d'une part, la croyance honnête en la licéité d'une action, avec, de l'autre, la conviction, aussi rationnelle soit-elle, de pouvoir échapper à la sanction. À cet égard, il faut replacer au centre du débat la particulière sévérité des faits qui concernent la CPI :

The more egregiously awful the conduct is intrinsically, the more it signals its own probable legal prohibition, and the less reasonable the defendant's expectation of innocence or impunity – doubly so because murder, rape, torture, and beatings are central domestic-law crimes in every legal system in the world. The Bosnian guards who gang-raped and tortured their captives may have expected to get away with it – but that is different from a reasonable expectation of impunity³⁶³.

En dernier lieu, l'acceptation d'un *mens rea* modéré pour les formes subsidiaires de responsabilité pénale internationale tient peut-être, simplement, à un choix de politique juridique. Comme énoncé, le fait qu'un individu compareaisse devant la CPI implique déjà une gravité indéniable. Il existe, probablement, une certaine incertitude s'agissant de la conscience qu'avait le contributeur de son propre comportement. Une large partie de cette incertitude, presque la totalité, est anéantie par les diverses garanties procédurales et l'herméneutique stricte des juges de la CPI. Le risque d'arbitraire, première justification au principe de légalité, paraît extrêmement limité. En tout état de cause, pour ce qui est du restant d'incertitude, il faut reconnaître qu'une lutte efficace contre l'impunité passe par une attention renforcée portée au respect des droits humains, et à la sanction de ceux qui les violent. En ce sens, Luban conclut :

The human-rights-law mode of reading pure ICL statutes – filling gaps and resolving ambiguities in favor of victims of human rights violations - simply has far more to

³⁶² Sur ce point, voir l'article 33(2) du Statut de Rome qui dispose que « l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est manifestement illégal ».

³⁶³ David Luban, « Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law », in *The Philosophy of International Law*, éd. par Samantha Besson et John Tasioulas (Oxford: Oxford University Press, 2010), 21.

*recommend it than the principle of lenity. These statutes, after all, deal with the great crimes, and the gray zone at their margins is bad enough that we should welcome any inhibition the criminal law creates on people choosing to inhabit them*³⁶⁴.

Ceci semble d'autant plus important que la CPI adopte une position d'autorité dans la justice pénale internationale. Le droit qui y est construit bénéficie d'un certain rayonnement, et influence celui des États. Il est donc souhaitable que l'interprétation du Statut de Rome délivrée par les juges de la CPI soit la plus protectrice possible des droits humains, et investisse avec ambition le champ de la lutte contre l'impunité³⁶⁵.

Au regard de cette analyse, la sanction des « rouages dans la machine » bénéficie d'une solide légitimité. L'obstacle que constitue, à première vue, le paradoxe de la déviance, se résout par un cadre procédural permettant le respect des principes cardinaux du droit pénal, et s'inscrit naturellement dans l'œuvre de la justice pénale internationale. Si la *raison d'être* de la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) est donc désormais éclaircie, il est, pour finir, nécessaire d'explorer sa vertu narrative, qui ne doit pas être sous-estimée.

§2. L'apport des théories expressivistes à l'utilisation de l'article 25(3)(d)

Dans le préambule du Statut de Rome, ses États parties affirment leur détermination à « mettre un terme à l'impunité » des auteurs de crimes internationaux et à « concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes ». La justice pénale internationale, comme la justice pénale domestique, n'a donc pas pour seule fonction de juger les individus qui lui sont présentés. Au sein de cette activité de jugement s'incorpore une vertu sociale, qui transcende les cas particuliers. La philosophie du droit pénal lui reconnaît, historiquement, deux fonctions distinctes. D'une part, la fonction dissuasive, qui considère la punition comme un outil normatif permettant de décourager la commission de crimes futurs. D'autre part, la fonction rétributive, qui associe la punition à un juste rétablissement de l'équilibre moral, à hauteur de la culpabilité individuelle. Dans cette perspective, contrairement à l'approche dissuasive, la sanction ne sert aucun projet social : sa seule fin est l'individu jugé. À l'une ou l'autre de ces composantes s'ajoutent des ambitions sociétales. Inspirées de la rhétorique durkheimienne, celles-ci postulent que la désignation d'individus criminels permet au corps social de s'unir autour de

³⁶⁴ Luban, « Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law », 23.

³⁶⁵ Burghardt, « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law », 88.

normes communes, et ainsi de « faire société »³⁶⁶. Le paradoxe de la déviance identifié dans le paragraphe précédent impose de questionner le sens de la punition prononcée au titre de l'article 25(3)(d). Quelle valeur peut en effet posséder un jugement international prononcé à l'encontre d'un *small fry* ou d'un rouage dans la machine, ayant contribué au crime de trop loin, ou avec trop peu d'intention, pour qu'il soit permis de le considérer comme un auteur principal ? Si la conclusion du paragraphe précédent, à savoir que la punition du contributeur n'est pas injuste, est admise, cette justification par la négative ne saurait suffire. Il faut attribuer à l'emploi de l'article 25(3)(d) une vertu alignée avec l'objet de la justice pénale internationale.

La dissuasion est clairement affichée comme un objectif par le Statut de Rome. Il existe néanmoins de sérieux doutes quant à la matérialité d'un tel effet. La dissuasion repose sur l'hypothèse que, lorsqu'un individu sera tenté de commettre un crime, le risque de punition pourra l'en détourner. Cette logique peine à s'appliquer aux auteurs de crimes internationaux. La participation à une atrocité de masse est si profondément contextuelle qu'elle ne peut être pensée au regard d'une hypothétique sanction future. L'individu, face au phénomène de criminalité de masse, ne reçoit pas les messages normatifs distinguant le bien du mal, le risque de la sécurité, de la même manière qu'un criminel de droit commun³⁶⁷. En outre, la dissuasion est « *most effective on persons who are motivated by narrow self-interest rather than see themselves as sacrificing self-interest for broader goals*³⁶⁸ ». Ainsi, la dissuasion peut fonctionner sur les contributeurs adoptant un comportement de « profiteurs » au regard des crimes internationaux (par exemple, les commerçants de *blood diamonds* dont Moreno-Ocampo réclamait la sanction). Pour les autres profils criminels, ses perspectives de succès restent toutefois assez limitées.

La rétribution, bien qu'en meilleure posture, a elle aussi été remise en cause par les observateurs du droit international pénal. Si la nécessité d'une punition n'est pas niée, toute idée de proportion ou de retour à l'équilibre est heurtée par l'ampleur des atrocités de masse. Hannah Arendt écrivait ainsi à Karl Jaspers : « *Ces crimes, me semble-t-il, ne peuvent plus être abordés juridiquement, et c'est dû à leur monstruosité. Il n'y a plus de sanctions adaptées à ces*

³⁶⁶ Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Quadrige (Paris: Presses universitaires de France, 2013); Appliqué au champ de la justice pénale internationale dans Salif Nimaga, « An International Conscience Collective? A Durkheimian Analysis of International Criminal Law », *International Criminal Law Review* 7, n° 4 (1 janvier 2007): 561-619.

³⁶⁷ Mark Osiel, « Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity », *Human Rights Quarterly* 22, n° 1 (2000): 118-47; Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials »; Luban, « Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law ».

³⁶⁸ Deirdre Golash, « The Justification of Punishment in the International Context », in *International criminal law and philosophy*, éd. par Larry May et Zachary Hoskins, ASIL studies in international legal theory (Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2010), 211.

*crimes ; pendre Goering est certes nécessaire, mais parfaitement inadéquat. Cela veut dire que cette faute, contrairement à toute faute criminelle, dépasse et casse tous les ordres juridiques*³⁶⁹». Si la sanction du plus dirigeant revêt une certaine absurdité, celle du contributeur peine à se détacher d'une idée strictement rétributive de la justice. Face à l'immensité du crime, la reconnaissance de cascades de responsabilité trouble nécessairement la mesure des culpabilités individuelles.

Face à ces deux constats, il est tentant de se reposer sur le caractère symbolique de la sanction, sa capacité à faire naître une cohésion sociale. Toutefois, là encore, la doctrine adopte un positionnement critique. Les modes de responsabilité sont présentés comme un outil excessivement impersonnel et déconnecté du réel, impropres à créer un quelconque lien autour du prononcé d'une sanction. James Stewart remarquait, à ce titre : « *when the ICC indicts former President Laurent Gbagbo as an indirect co-perpetrator, the BBC places the mode of liability in parentheses to mark the technocratic reference to legalese that only a small elite (who has no personal stake in the injustice) is likely to understand*³⁷⁰ ». Certainement, le caractère unique et innovant de la responsabilité prévue à l'article 25(3)(d), ainsi que son absence apparente d'ancrage dans le droit coutumier, en fait la première cible de telles réflexions. Le risque identifié par Stewart est celui d'une disjonction entre, d'une part, la réalité criminelle et ses protagonistes, et de l'autre, les procédures judiciaires devant la CPI. Ce phénomène, pathologisé par Mark Drumbl sous le nom de *disconnect*, rompt les liens entre « *[the work of international tribunals] and the societies whose health they are to nurture*³⁷¹ ». Cet écueil est dangereux : il réduit drastiquement les bénéfices de l'approche organisationnelle du crime et de la responsabilité. Il n'est pas question, pour éviter un tel danger, de renoncer tout à fait à l'utilisation de modes de responsabilité : la présente étude a largement argumenté en faveur du modèle différentiel et de la vertu d'une distinction fine des formats de participation. Toutefois, la perspective de *disconnect* encourage un travail judiciaire le plus intelligible possible, fondé sur la narration, et, au-delà d'un emploi technique de l'article 25(3)(d), sa mobilisation comme un outil descriptif des rouages du système criminel. À défaut, la fonction transitionnelle ou réparatrice des procès pénaux internationaux, abordée à la section précédente, restera définitivement inaccessible.

³⁶⁹ Hannah Arendt et Karl Jaspers, *Correspondance: 1926-1969*, trad. par Eliane Kaufholz-Messmer, Bibliothèque philosophique (Paris: Payot & Rivages, 1995), 100.

³⁷⁰ Stewart, « The End of 'Modes of Liability' for International Crimes », 212.

³⁷¹ Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity », 602.

Les théories expressivistes du droit international pénal peuvent apporter une réponse pertinente à la quête de sens de l'article 25(3)(d). L'expressivisme est un courant de pensée mobilisé dans plusieurs disciplines, du droit à la philosophie et la sociologie³⁷². Il repose sur l'attribution d'un sens à toute action. La performativité des discours et la construction de narratifs sont centrales dans l'expressivisme. Nombre d'auteurs ont appliqué ces théories au travail des juridictions pénales internationales, comme un moyen de trouver « *an intermediate path between the deontological road of retribution and the consequentialist road of deterrence*³⁷³ ». Pour Martti Koskeniemi, l'expressivisme constitue un dernier recours, l'ultime justification d'un système judiciaire qui peine à offrir autre chose que des procès-spectacles³⁷⁴. D'autres voient en ces procès-spectacles des « *theaters of ideas*³⁷⁵ », des occasions discursives riches permettant de construire une vérité, de justifier l'attribution d'une responsabilité pénale, et d'entamer un travail de reconstruction sociale. Plusieurs auteurs identifient le potentiel réparateur du dialogue naissant dans les procès³⁷⁶. Ils sont abordés comme des lieux de confrontation entre différents cadres moraux et normatifs, dans l'objectif de faire émerger une histoire officielle. Celle-ci dispose d'une force illocutoire : elle crée une vérité en identifiant, parfois grossièrement, les champs du bien et du mal³⁷⁷. Ce procédé permet de distinguer, d'un côté, la criminalité systémique, et de l'autre, les formes alternatives d'organisation, de pouvoir et de domination. Par le truchement du procès, « *political violence is no longer beyond good and evil, insulated as raison d'État or Kriegersraison. Now it is crime. The deeds have been translated from the realm of politics to the realm of law*³⁷⁸ ». En ce sens, David Luban attribue à la justice pénale internationale une fonction de « *norm projection* », qui vise précisément l'annihilation de la violence politique. Dans cette perspective, les modes de responsabilité du Statut de Rome, en qualifiant les comportements des participants aux atrocités de masse, rétablissent l'emprise du droit sur des individus qui ont construit, ou agit dans un cadre normatif justifiant la violence. Adossé à ces considérations, l'article 25(3)(d) gagne en

³⁷² Pour une analyse générale de l'expressivisme en droit international pénal, voir Barrie Sander, « The Expressive Turn of International Criminal Justice: A Field in Search of Meaning », *Leiden Journal of International Law* 32, n° 4 (décembre 2019): 851-72.

³⁷³ Diane Marie Amann, « Group Mentality, Expressivism, and Genocide », *International Criminal Law Review* 2, n° 2 (2002): 120.

³⁷⁴ Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials ».

³⁷⁵ Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (New Brunswick: Transaction, 2000), 3.

³⁷⁶ Jose Alvarez, « Rush to Closure: Lessons of the Tadić Judgment », *Michigan Law Review* 96, n° 7 (1 juin 1998): 2031-2112; R. A. Duff, « Authority and responsibility in international criminal law », in *Philosophy of International Law*, éd. par John Tasioulas et Samantha Besson (Oxford: Oxford University Press, 2010), 589-604.

³⁷⁷ Anette Bringedal Houge, « Narrative Expressivism: A Criminological Approach to the Expressive Function of International Criminal Justice », *Criminology & Criminal Justice* 19, n° 3 (1 juillet 2019): 277-93..

³⁷⁸ Luban, « State Criminality and the Ambition of International Criminal Law », 79.

valeur : il participe, par son aptitude à décrire les infractions collectives, à identifier, puis à condamner, la participation à un système criminel.

Saira Mohamed applique les théories expressivistes aux individus qui ne sont pas déviants, et cherche à conférer à cet exercice indispensable une vertu narrative. Elle insiste sur la nécessité de reconnaître que « *ordinariness and criminality can reside in the same person*³⁷⁹ » : selon Mohamed, ce questionnement est fondamental à toute étiologie du crime international. Dans cette perspective, le droit ne se contente pas de distinguer la transgression de la conformité. L'investir de cette unique mission viderait de son sens l'application de l'article 25(3)(d), telle qu'elle a été décrite ci-dessus. Confrontées à des individus coupables de *thoughtlessness*, les juridictions se livrent à un travail prospectif, à l'énonciation d'une volonté. Ainsi, « *courts serve as sites of storytelling, providing both an opportunity to derive insights into how individuals choose to perpetrate crimes and an occasion for articulating how we hope people will behave in the most hopeless of circumstances*³⁸⁰ ». Cette projection de normes de comportement souhaitées est qualifiée par Mohamed d'« *aspirational expressivism* ». Cette théorie est un appui didactique, permettant à la fois de légitimer la sanction des contributeurs à un crime collectif, et d'explorer les modalités de participation aux atrocités de masse :

Recognizing the capacity for criminal law to punish deviations from aspirational standards not only provides a normative justification for prosecutions and convictions of seemingly ordinary individuals, but also creates a space for criminal judgments to assist in understanding how mass atrocity takes place. If international criminal courts admit that the defendants before them were drawn to violence by social forces rather than straining to insist that there was something deviant about the offenders, judges could use the trial process and the decisions they produce to explore how ordinary people came to commit horrific acts. [...] Examining the motivations of individual perpetrators has far more promise for contributing to an end to atrocities than do prison sentences meted out to a handful of offenders with no attempt to comprehend how they metamorphosed from ordinary people to extraordinary criminals³⁸¹.

Cette perspective novatrice exprime clairement l'intérêt que revêt la sanction du contributeur, et élimine les obstacles théoriques s'opposant à sa mise en œuvre. Les apports principaux du travail de Saira Mohamed pour l'étude de l'article 25(3)(d) se trouvent dans l'attention portée à la narration de la participation ; à la reconnaissance du paradoxe de la déviance ; et à l'affirmation d'un standard de *mens rea* relativement peu élevé. Toutefois, dans son étude, Mohamed identifie, comme défendeur paradigmatique de l'*aspirational expressivism*, Dražen

³⁷⁹ Mohamed, « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell », 1679.

³⁸⁰ *Ibid.*, 1633.

³⁸¹ *Ibid.*, 1637.

Erdemović. Il faut donc souligner que la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun propose une adoption modérée de cette théorie, en ce que, conformément aux paragraphes précédents, elle vise bien la sanction des agents apportant un soutien délibéré à un système criminel, et pas ceux qui agissent sous sa contrainte directe.

Les théories expressivistes illustrent avec une particulière justesse les bénéfices de l'article 25(3)(d). Toutefois, le présent mémoire ne saurait tomber dans une perception utopique de la justice pénale internationale, réduisant à une vertu narrative la crédibilité d'un système. Une application organisationnelle, contextuelle et expressiviste de l'article 25(3)(d) est à même de maximiser son potentiel, et d'en faire un outil prolifique pour les juges de la CPI. Sa grande adaptabilité à la criminalité systémique réduit les risques de rupture entre la réalité criminelle et la répression judiciaire. Toutefois, le simple fait que la responsabilité pour contribution à un crime collectif existe dans du système du Statut de Rome implique un certain degré de *disconnect*. En effet, la CPI bénéficie d'un pouvoir de contrainte très limité. De par sa soumission à la volonté des États ou du Conseil de Sécurité de l'ONU, il demeure très difficile, voire impossible, d'affirmer que la CPI est en mesure de se saisir de l'intégralité d'un système criminel. En atteste, par exemple, la décision très controversée du BdP de limiter son enquête sur la situation en Ouganda aux crimes de l'Armée de Résistance du Seigneur³⁸². En outre, la critique TWAIL du droit international pénal offre des éclairages pertinents quant aux éventuelles relations de domination que peut être amenée à reproduire la CPI en accomplissant sa mission de justice³⁸³. Dès lors, l'article 25(3)(d) doit être perçu comme un outil permettant une meilleure compréhension du nombre limité de cas qui, *in fine*, parviennent aux juges de la Cour. S'agissant précisément de la vertu expressiviste des actions menées devant la CPI, une certaine distance entre les procédures judiciaires et la communauté lésée est inévitable. Certainement, les procès internationaux sont utiles, et apportent une forme de réparation aux sociétés qu'ils concernent. Ils permettent aux victimes d'accéder à une reconnaissance salutaire ; de punir certains responsables et d'en identifier d'autres ; et de laisser la population se confronter à sa possible complicité ou son obéissance³⁸⁴. Toutefois, les procès ne peuvent suffire : l'importante littérature consacrée aux autres modalités d'établissement de la vérité après des crimes de masse en atteste. Ainsi, sans que le présent mémoire ne permette d'y accorder le temps nécessaire, il faut souligner la richesse des théories de la justice

³⁸² Sur cet exemple, voir Golash, « The Justification of Punishment in the International Context ».

³⁸³ Pour une vue générale de la critique TWAIL du droit international pénal, voir le symposium *TWAIL Perspectives on ICL, IHL and Intervention* dans *American journal of international law* 109 (2015-2016).

³⁸⁴ Fletcher et Weinstein, « Violence and Social Repair », 57; voir également Delmas-Marty, « Violence and Massacres ».

transitionnelle³⁸⁵. Elles ont pour ambition d'aborder, de la manière la plus exhaustive possible, les différentes problématiques, politiques, sociales, judiciaires ou culturelles, que font émerger l'atrocité de masse, afin d'offrir une paix durable aux populations. Louis Joinet, en 1997, articulait cette démarche autour des piliers suivants : le droit à la vérité, à la justice, à la réparation, et *in fine*, la garantie de non-répétition de la violence³⁸⁶.

Pour Mark Drumbl, cette voie est la solution au *disconnect* qui émerge dans le procès pénal international : il réclame donc d'accorder une place grandissante aux formes de réparation traditionnelles³⁸⁷. Laurel Fletcher et Harvey Weinstein présentent la justice transitionnelle comme la clef de lecture indispensable à une approche organisationnelle du crime et de la responsabilité : leur travail est donc particulièrement pertinent aux présents développements. Fletcher et Weinstein proposent « *an ecological model of social reconstruction* », qui allie les procès pénaux à un panel de politiques publiques, de mesures mémorielles et de réponses communautaires, visant à aborder tous les embranchements (et donc, toutes les conséquences) du crime systémique³⁸⁸. Dans ce cadre, l'article 25(3)(d) peut jouer un rôle important, en renforçant la vertu des procédures pénales internationales. Toutefois, pour aborder avec finesse le phénomène de criminalité systémique, un relai national demeure indispensable.

L'article 25(3)(d) bénéficie désormais d'un solide ancrage dans la mission du droit international pénal. Sous une lumière nouvelle, il apparaît comme l'outil idoine pour saisir deux composantes caractéristiques de la criminalité internationale : sa nature systémique, irréductible à l'individuel, et, par là-même, son caractère « normal », c'est-à-dire non nécessairement déviant. Cet acquis achève le travail définitionnel nécessaire à la réhabilitation de l'article 25(3)(d). Il s'agit, désormais, d'investir le champ de la pratique de la CPI, et de proposer, par deux exemples topiques, des applications concrètes de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun.

³⁸⁵ Pour une vue générale, voir Ruti Teitel, *Transitional Justice*, (Oxford: Oxford University Press, 2002).

³⁸⁶ Louis Joinet, « Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Rapport final révisé en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (2 octobre 1997).

³⁸⁷ Drumbl, « Accountability for System Criminality »; Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity ».

³⁸⁸ Fletcher et Weinstein, « Violence and Social Repair ».

Chapitre 2. L'article 25(3)(d), un outil prometteur de la lutte contre l'impunité : deux modèles d'application pratique

Une analyse fonctionnelle, normative, puis théorique de l'article 25(3)(d) a établi sa capacité à saisir un aspect unique de la commission des crimes internationaux. Cette observation a permis de conclure qu'il était opportun, par le biais de la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun, d'étendre *horizontalement* le champ de la répression pénale, de manière à sanctionner les contributions « normales », qui permettent l'entretien des systèmes criminels. Cette ambition se traduit de deux manières distinctes. D'une part, l'article 25(3)(d) peut être mobilisé pour mieux réprimer des violences déjà abordées par la CPI mais qui, parce qu'elles sont considérées comme opportunistes, demeurent dans un certain espace d'impunité. La vertu narrative de ce mode de responsabilité, et l'attention portée au contexte dans son application, peuvent aider à éclairer les dynamiques sociales et collectives qui entourent la commission de ces violences. Par ce biais, il sera peut-être plus aisé de les considérer comme punissables, et d'y fournir une réponse adéquate. D'autre part, l'article 25(3)(d) peut être utilisé pour saisir des situations qui demeurent pour l'heure tout à fait hors de la portée de la Cour. La commission est aujourd'hui envisagée très étroitement par les juges de la CPI. Les profils des défendeurs sont peu variés, et les liens qui les unissent aux crimes s'inscrivent majoritairement dans un rapport hiérarchique, administratif ou militaire. Les développements précédents dénoncent le caractère réductionniste d'une telle approche. Ainsi, la responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun peut être l'occasion d'aborder d'autres formes de liens criminels, d'autres modalités de participation et d'autres manières de faire évoluer les projets criminels collectifs.

Ces deux modèles d'application seront successivement abordés par le biais d'exemples concrets. Dans un premier temps, la question du crime opportuniste sera traitée au regard du défi que représente, pour la CPI, la juste sanction des violences sexistes et sexuelles (**Section 1**). L'enjeu des formats de participation jusqu'alors insaisissables pour la Cour sera illustré par le cas des contributions commerciales et économiques aux crimes internationaux (**Section 2**).

Section 1. L'article 25(3)(d) au défi de la répression des crimes sexuels et à caractère sexiste

Dans les années 1990, les conflits de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda ont alerté la communauté internationale sur la réalité des violences sexistes et sexuelles en temps de guerre³⁸⁹. La critique féministe du droit international a joué un rôle fondamental dans ce travail d'éveil collectif, en suggérant de nombreux moyens d'atteindre l'objectif de la *gender justice*³⁹⁰. Catharine MacKinnon, en 1994, en soulignait les enjeux dans un article fondateur. Abordant les viols de masse perpétrés par les troupes serbes en Bosnie et en Croatie, MacKinnon remarquait : « *The rapes in the Serbian war of aggression against Bosnia-Herzegovina and Croatia are to everyday rape what the Holocaust was to everyday anti-Semitism: both like it and not like it at all, both contiguous with it and a whole new departure, a unique atrocity yet also a pinnacle moment in something that goes on all the time*³⁹¹ ». Cette formulation incisive identifie que les crimes sexuels et sexistes, commis à grande échelle, ne peuvent être totalement séparés des dynamiques sociales qui les précèdent et les constituent. L'impératif d'une lecture contextuelle de la violence est un défi pour la justice pénale internationale, qui peine pour l'heure à saisir les particularités de la criminalité sexuelle et de genre.

Une dangereuse disparité s'est installée dans le droit international pénal entre, d'une part, la réalité des violences sexistes et sexuelles, et de l'autre, les outils de la répression, et notamment les modes de responsabilité (§1). Face à cette insuffisance, une mobilisation étendue de l'article 25(3)(d), portée par de récents progrès jurisprudentiels, pourrait participer à une meilleure sanction de ce type de criminalité (§2).

³⁸⁹ Cette formule est utilisée indistinctement de celle qu'adopte la CPI, « crimes sexuels et à caractère sexiste ». Ces crimes sont définis par la CPI comme regroupant les infractions sexuelles énumérées aux articles 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) et 8(2)(e)(vi) du Statut, ainsi que les crimes « commis contre des personnes, de sexe masculin ou féminin, en raison de leur appartenance sexuelle et/ou du rôle d'ordre social qui leur est dévolu à ce titre ». Voir BdP, « Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste » (Juin 2014).

³⁹⁰ Le terme *gender justice* est défini au regard du travail développé par Nancy Fraser. L'accomplissement de cette justice passe par la restructuration des cadres normatifs générant les inégalités de genre, suivant les trois piliers d'action que sont la redistribution (réponse aux injustices matérielles), la reconnaissance (établir l'égalité dans la perception et le rôle statutaire des individus dans le corps social) et la représentation (créer de nouvelles structures de participation pour favoriser l'inclusion des populations opprimées dans un processus démocratique), voir Nancy Fraser, *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World* (New York: Columbia University Press, 2009).

³⁹¹ Catharine MacKinnon, « Turning Rape into Pornography: Postmodern Genocide », in *Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina*, éd. par Alexandra Stiglmayer (Lincoln: University of Nebraska Press, 1994).

§1. Les défis de l'attribution d'une responsabilité pénale aux participants à un crime sexuel ou à caractère sexiste

La volonté de poursuivre les auteurs de violences sexuelles en temps de guerre naît concomitamment à justice pénale internationale moderne. La loi n°10 du Conseil de contrôle mentionne le viol comme infraction sous-jacente du crime contre l'humanité³⁹² ; tandis que le TMIEO condamne en 1948 le Général Matsui pour les viols commis à Nankin par les soldats placés sous ses ordres³⁹³. Le développement du droit international des droits humains, à la seconde moitié du XX^{ème} siècle, s'accompagne d'une reconnaissance progressive des discriminations et des violences sexistes et sexuelles, en temps de paix ou de conflit³⁹⁴. Dans les années 1990, les TPI sont donc mieux armés pour cerner la complexité de ces violences, et proposent davantage d'outils pour y répondre. Le travail jurisprudentiel des TPI est un pas de géant dans la lutte contre la criminalité sexuelle et sexiste en droit international. Le TPIR en 1998, reconnaît le viol comme un instrument autonome des politiques génocidaires ; tandis que le TPIY, la même année, en fait une forme de torture³⁹⁵. L'adoption du Statut de Rome en 1998 approfondit encore cette démarche. Les incriminations y sont plus nombreuses, incluant notamment la grossesse, la stérilisation ou la prostitution forcée, ainsi que l'opportune mention « toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable », conférant à la CPI un champ de compétence étendu³⁹⁶. L'introduction de la persécution pour des motifs sexistes est également une innovation prometteuse. Elle induit une définition statutaire ambiguë et un tant soit peu restrictive du mot « sexe », étonnamment traduit en anglais par le terme « *gender* » dans le même article : « l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société³⁹⁷ ». Loin de se concentrer uniquement sur la répression, le Statut de Rome propose une protection renforcée des victimes de violences sexuelles et sexistes, dont la particulière

³⁹² Loi n°10 du Conseil de contrôle Allié, article II(1)(a).

³⁹³ TMIEO, *Iwane Matsui*, Jugement (4 novembre 1948).

³⁹⁴ Christine Chinkin, « Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice », in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, éd. par Antonio Cassese (Oxford, New York: Oxford University Press, 2009), 75.

³⁹⁵ TPIR, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, ICTR-96-4-T (2 septembre 1998); TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Zdravko Mucić et al.* (« *Affaire Čelebići* »), Jugement, IT-96-21 (16 novembre 1998).

³⁹⁶ Statut de Rome, articles 7(1)(g), 7(1)(h), 8(2)(b)(xxii) et 8(2)(e)(vi).

³⁹⁷ Statut de Rome, article 7(3). L'étroitesse de cette définition s'explique avant tout par les réticences des États religieux, à la tête desquels le Vatican, lors de la Conférence de Rome. En pratique, le BdP mentionne que le terme « sexe » doit être entendu au sens de « genre », et renvoie aux « aux caractéristiques sexuelles biologiques et aux constructions et critères sociaux utilisés pour définir la masculinité et la féminité, notamment les rôles, comportements, activités et attributs qui leur sont assignés ». Voir BdP, « Document de politique générale relatif au crime de persécution liée au genre » (Décembre 2022).

vulnérabilité est prise en compte³⁹⁸. La Cour est tenue de respecter une parité de genre dans ses rangs, et de consulter, sur ces questions, des experts spécialement nommés. Le Statut de Rome offre donc, à première vue, un cadre répressif complet et efficace pour les violences sexuelles et sexistes.

En pratique, la lutte contre la criminalité sexuelle et à caractère sexiste est présentée par le BdP comme une priorité. Deux documents de politique juridique successifs, datés de 2014 et 2022, détaillent l'ambition du Procureur, qui s'engage à « tenir compte des questions à caractère sexiste et de leur analyse dans tous les domaines de son travail³⁹⁹ ». Si cette ambition d'une « démarche soucieuse des questions sexospécifiques⁴⁰⁰ » est honorable, le bilan de la CPI dans ce domaine reste pour l'heure timide. Le Procureur a présenté des charges pour violences sexuelles et sexistes dans onze des dix-sept affaires ayant fait l'objet d'une audience de confirmation des charges⁴⁰¹. Seules deux sont parvenues à une condamnation, dans les affaires Bosco Ntaganda et Dominic Ongwen. Les premières années d'activité de la Cour ont été jalonnées d'échecs très décriés. Les affaires Lubanga, Katanga, Bemba ou Gbagbo en sont l'illustration. Depuis quelques années, une légère amélioration laisse entrevoir une meilleure appréhension de la criminalité sexuelle et sexiste par les juges de la CPI⁴⁰². Il est toutefois pertinent de s'interroger sur les raisons qui font de cette forme particulière de violence un défi coriace pour la Cour. Cette difficulté s'explique au moins en partie par les possibilités restreintes d'accès aux preuves et aux témoins, explicables par le stigmate que placent ces crimes sur leurs victimes. Il faut également souligner plusieurs échecs de la part du BdP. Dans certains cas, comme les affaires Lubanga ou Al Mahdi, le fait de ne pas présenter de charges pour violences sexuelles et sexistes découle d'un choix stratégique. Dans d'autres, comme par exemple Mbarushimana ou Muthaura, l'introduction d'éléments de preuves trop faibles sur les crimes sexuels et sexistes a compromis l'argumentaire du Procureur. Tant l'accès aux preuves

³⁹⁸ Voir notamment Statut de Rome, articles 54(1) et 68(1) ; Règlement de procédure et de preuve, règles 16(1)(d), 17(2)(a)(iv) et (b)(iii), 63(4), 70, 71, 72, 86, 88, 94 et 112(4).

³⁹⁹ BdP : « Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste » (Juin 2014) : 6 ; « Document de politique générale relatif au crime de persécution liée au genre » (Décembre 2022)

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Le Procureur a présenté des charges pour crimes sexuels et/ou à caractère sexiste dans les affaires Mathieu Ngudjolo Chui ; Germain Katanga ; Callixte Mbarushimana ; Bosco Ntaganda ; Jean-Pierre Bemba Gombo ; Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ; Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé ; Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohamed Hussein Ali ; Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud ; Alfred Yékatom et Patrice-Édouard Ngaïssona et Dominic Ongwen. Il ne l'a pas fait dans les affaires Thomas Lubanga ; Bahr Idriss Abu Garda ; Abdallah Banda ; William Ruto, Joshua Sang et Henry Kosgey ; Ahmad Al-Faqi Al-Mahdi et Mahamat Saïd Abdel Kani.

⁴⁰² Natacha Bracq, « Sexual and Gender-Based Violence: What Legacy for the New ICC Prosecutor? », in *Contemporary International Criminal Law Issues: Contributions in Pursuit of Accountability for Africa and the World*, éd. par Takeh B. K. Sendze et al. (The Hague, the Netherlands: Asser Press, 2023).

que la pratique du BdP sont indéniablement pertinents dans l'étude des violences sexuelles et sexistes devant la CPI. Toutefois, leur analyse dépasse le cadre du présent mémoire. Dès lors, c'est à un troisième écueil auquel est confrontée la Cour qu'il convient de s'intéresser.

Outre les considérations pratiques et procédurales, la critique féministe du droit international pointe du doigt d'importants retards idéologiques, empêchant une juste compréhension de la violence sexuelle et sexiste en droit international. Une mauvaise prise en compte des rapports sociaux sous-tendant la notion de genre est, selon ce courant, à l'origine d'une sous-évaluation systématique de la violence sexiste et sexuelle. Ces infractions sont rarement considérées comme suffisamment graves par elles-mêmes, et ne sont susceptibles d'être reconnues qu'en étant associées à d'autres infractions de gravité supérieure⁴⁰³. Ce préjugé s'explique, en partie, par la difficulté qu'ont les institutions judiciaires à se représenter justement la victimisation des femmes, nourrissant ainsi la rhétorique du « crime opportuniste », et privant les juges de toute réflexion sur le *mens rea* des auteurs ou leur éventuelle stratégie criminelle⁴⁰⁴. La violence sexuelle et sexiste est ainsi réduite à une transgression uniquement liée au contexte de militarisation ou aux conditions de vie des soldats. Réduite à un « débordement » et reléguée à la sphère privée, la criminalité sexuelle et sexiste devient impersonnelle et donc, impossible à juger. Ceci obscurcit également la réalité des violences perpétrées contre les hommes, les garçons, ou les minorités sexuelles, qui peinent à se conformer à l'étroit moule du viol de guerre⁴⁰⁵. D'autre part, certaines auteures expliquent la difficulté des juridictions internationales à saisir la criminalité sexuelle et sexiste comme une manifestation autonome de violence par la tendance à rattacher constamment les victimes à leur communauté⁴⁰⁶. Le crime sexuel ou sexiste est lu comme une atteinte à l'honneur, il est donc aussi collectif qu'individuel. La doctrine identifie le réflexe qu'ont les juridictions

⁴⁰³ Patricia Sellers, « Sexual Violence and Peremptory Norms: The Legal Value of Rape », *Case Western Reserve Journal of International Law* 34, n° 3 (1 janvier 2002): 18.

⁴⁰⁴ Charlotte Bunch, « Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights », *Human Rights Quarterly* 12 (1 janvier 1990): 491; Sur le « viol opportuniste », voir également Chile Eboe-Osuji, « Rape And Superior Responsibility: International Criminal Law In Need Of Adjustment », in *Protecting Humanity*, éd. par Chile Eboe-Osuji (Brill Nijhoff, 2010), 141-64; Kelly Askin, « Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles », *Berkeley Journal of International Law* 21, n° 2 (2003).

⁴⁰⁵ Carol Smart, « Law's Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse », *Journal of Law and Society* 17, n° 2 (1990): 194-210; Pour une étude approfondie, voir Valerie Oosterveld, « Sexual Violence Directed against Men and Boys in Armed Conflict or Mass Atrocity: Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals », *Journal of International Law and International Relations* 10 (2014): 107-28; Heleen Touquet et Ellen Gorris, « Out of the Shadows? The Inclusion of Men and Boys in Conceptualisations of Wartime Sexual Violence », *Reproductive Health Matters* 24, n° 47 (1 mai 2016): 36-46.

⁴⁰⁶ Doris Buss, « The Curious Visibility of Wartime Rape: Gender and Ethnicity in International Criminal Law », *Windsor Yearbook of Access to Justice* 25, n° 1 (2007): 3-22.

internationales de recourir à l'idée d'altérité lorsqu'elles sont confrontées aux violences sexuelles et sexistes. La victime est nécessairement visée parce qu'elle est associée, par le perpétreur, à un groupe *autre* qu'il souhaite blesser ou anéantir⁴⁰⁷. L'ambition d'aborder ces violences comme des outils stratégiques est certainement louable : elle représente une réalité indéniable de la criminalité de masse. Toutefois, elle est également limitative, en ce qu'elle ne permet pas une juste représentation du contexte dans lequel s'inscrivent inévitablement les crimes sexistes et sexuels. De fait, « *rape understood primarily as a crime against a nation was rape as an aberrant crime; a product of a violent, nationalist conflict, and unrelated to pre-conflict patterns and practices of inequality*⁴⁰⁸ ».

Ces observations apportent à l'étude des modes de responsabilité des clefs de lecture précieuses. De manière générale, les simples exécutants sont rarement assez importants pour se trouver devant la CPI. Les plus hauts responsables militaires ou politiques, qui comparaissent habituellement devant la Cour, n'ont souvent que peu de liens directs avec le crime sexuel ou sexiste⁴⁰⁹. Habituellement, celui-ci se trouve confondu dans un mouvement criminel diffus, qui comporte plusieurs formes de violence au soutien d'un projet politique, religieux, ou territorial. Ainsi, « *sexual violence - even when widespread - often occurs because it is tolerated and permitted rather than explicitly ordered or planned*⁴¹⁰ ». Ce constat a d'importantes conséquences sur la manière dont sont perpétrés les crimes sexuels et sexistes à grande échelle. Dans l'analyse des viols collectifs commis au Darfour, Kelly Askin remarquait en effet que « *once it becomes clear that superiors do not disapprove of sexual violence, the opportunistic rapes typically become more public, more frequent, and more vicious, growing indistinguishable from and becoming part of the organized rapes committed, at least in part, to inflict widespread terror and harm on the targeted group*⁴¹¹ ». La juste appréhension de cette réalité est périlleuse pour les juridictions internationales. L'interprétation étroite de la commission délivrée par la CPI rend les modes de responsabilité du Statut de Rome

⁴⁰⁷ Gozde Turan, « The identity of 'the other' for sexual violence victims: is there anything new in sexual violence prosecutions before the International Criminal Court? », *Journal of Gender Studies* 26, n° 6 (décembre 2017): 662-74.

⁴⁰⁸ Buss, « The Curious Visibility of Wartime Rape », 10.

⁴⁰⁹ Patricia Wildermuth et Petra Kneuer, « Addressing the Challenges to Prosecution of Sexual Violence Crimes before International Tribunals and Courts », in *Understanding and Proving International Sex Crimes*, éd. par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre (Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012), 126. Voir toutefois la condamnation d'Hissène Habré en 2016 pour viol en tant qu'auteur principal. Il a été acquitté en appel des faits dénoncés à l'audience de première instance par l'une des témoins.

⁴¹⁰ SáCouto, Sadat, et Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence », 128-29.

⁴¹¹ Kelly Askin, « Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur », *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 1, n° 1 (1 juillet 2006): 14.

partiellement inadaptés à ces infractions⁴¹². Cette inadéquation a deux facettes distincte. D'une part, les articles généralement utilisés pour imputer à un individu des crimes qu'il n'a pas directement commis ne sont pas en mesure de saisir justement la criminalité sexuelle et sexiste. D'autre part, le *mens rea* des modes de responsabilité, qui implique devant la CPI un degré d'intentionnalité et de certitude important, sont encore plus difficiles à caractériser pour ces crimes. En effet, comme le remarquait Patricia Sellers : « *Do you know how hard it is to prove that it was virtually certain that the sexual violence would occur? On the other hand, one could almost say that, as a matter of fact, sexual violence is a virtual certainty. When has it not occurred in armed conflict ?*⁴¹³ ». Ces difficultés se vérifient pour presque chacun des modes prévus par le Statut. Ainsi, à l'exception des cas de commission directe, l'article 25(3)(a), à l'aune de la théorie du contrôle exercé sur le crime, est peu adapté à la réalité de la violence sexuelle et sexiste. L'article 25(3)(b) se heurte au même obstacle. Bien que ces deux alinéas puissent être mobilisés dans des cas spécifiques, où le défendeur est personnellement impliqué dans le crime et présente un degré d'autorité élevé sur ses exécutants, ils ne sauraient être considérés comme l'outil par défaut de la répression des crimes sexuels et sexistes.

La responsabilité du supérieur hiérarchique au titre de l'article 28 du Statut rencontre également des difficultés d'application. Chile Eboe-Osuji en identifie deux principales⁴¹⁴. La première est l'élément d'immédiateté dont dispose l'article 28 (« commettaient ou allaient commettre ») quant à la commission des crimes. Cette formule est problématique : elle n'exige pas du supérieur qu'il mette en place en tout temps des mesures raisonnables visant à prévenir la commission de crimes sexuels et sexistes, alors que ceux-ci représentent un risque majeur dans la quasi-totalité des conflits. À ce titre, il faut également remarquer que la responsabilité du supérieur hiérarchique pose une difficulté particulière, en ce qu'elle se concentre « *on an accused's failure to control sexual violence, rather than their personal contribution to it*⁴¹⁵ ». En second lieu, Eboe-Osuji souligne l'obstacle que représente l'absence d'obligation, pour un supérieur, de punir les actes commis par ses subordonnés avant la prise de ses fonctions.

⁴¹² Bracq, « Sexual and Gender-Based Violence: What Legacy for the New ICC Prosecutor ? »; Federica Ceccaroni, « Sexual Crimes as Weapons of War: New Trajectories towards a More Effective Gender Justice at the International Criminal Court. », *Giurisprudenza Penale* 2 (2020).

⁴¹³ Patricia V. Sellers et Louise Chappell, « Gender, conflict-related violence and justice: Patricia V. Sellers in conversation with Louise Chappell », *Australian Journal of Human Rights* 25, n° 3 (2 septembre 2019): 364.

⁴¹⁴ Chile Eboe-Osuji, « Superior Responsibility for the Rape of Women during Armed Conflicts », in *International law and sexual violence in armed conflicts*, par Chile Eboe-Osuji, International humanitarian law series 35 (Leiden ; Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012).

⁴¹⁵ Sarah Schwartz, « Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law », *University of New South Wales Law Journal* 40, n° 1 (2017): 66.

L'exigence d'une coïncidence temporelle entre l'autorité du supérieur et la commission des crimes est un héritage controversé du TPIY, dans l'affaire Hadžihasanović⁴¹⁶. Elle crée une impunité lourde de conséquences autour de la violence sexuelle et/ou sexiste : l'absence de sanction peut être interprétée par les soldats comme une certaine tolérance, voire un encouragement, à commettre ce genre de crimes. À cela, il faut ajouter que le standard de connaissance du supérieur militaire (« savait ou aurait dû savoir ») est appliqué avec une particulière rigidité à la violence sexuelle ou sexiste⁴¹⁷. Pour l'heure, les échecs de l'article 28 en cette matière sont caractérisés, devant la CPI, par l'affaire Bemba. Elle a suscité, en doctrine, de nombreuses critiques soulignant le manque de compétence des juges de la Cour en matière de criminalité sexuelle et sexiste⁴¹⁸.

Enfin, les possibilités de l'article 25(3)(c) face à la criminalité sexuelle et sexiste sont peu étudiées devant la CPI. La complicité a été mobilisée par les TPI pour juger de tels cas, mais le *mens rea* du complice y est moindre que celui prévu par le Statut de Rome. En effet, là où les TPI n'imposent que la connaissance, par le complice, de ce que sa participation porte assistance au crime⁴¹⁹, le Statut de Rome exige « l'intention de faciliter ». Le caractère précis et direct de cet élément volitif, qui est plus exigeant que le *mens rea* général prévu à l'article 30 du Statut, restreint les possibilités d'applications de l'alinéa (c) en matière de criminalité sexuelle et sexiste. En effet, il est envisageable qu'un soldat qui, sachant que des membres de son groupe entendent perpétrer des violences sexuelles dans une maison, fait le guet devant la porte ou empêche la victime de recevoir de l'aide, puisse être considéré comme complice au titre de l'alinéa (c). Toutefois, cette hypothèse implique une grande proximité physique avec le

⁴¹⁶ Dans l'affaire *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović et Amir Kubura*, voir Chambre d'Appel, Décision relative à l'exception d'incompétence (Responsabilité du supérieur hiérarchique), IT-01-47-AR72 (16 juillet 2003); Chambre de Première Instance II, Jugement, IT-01-47 (15 mars 2006) puis, devant la CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/05-01/08: §418.

⁴¹⁷ TPIR, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, Jugement, ICTR-98-44A-T (1^{er} décembre 2003). Cette décision a été vivement critiquée par la juge Arlette Ramaroson dans une opinion dissidente.

⁴¹⁸ Voir Susana SáCouto et Patricia Viseur Sellers, « The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes? », *William & Mary Bill of Rights Journal* 27, n° 3 (2019), dénonçant le fait que la Chambre d'Appel se soit satisfaite de la mise en œuvre, par Bemba, de mesures d'enquête générales sur les crimes commis par ses troupes, sans s'intéresser à l'efficacité de ces dispositions s'agissant spécifiquement des violences sexuelles et sexistes.

⁴¹⁹ Voir, à ce sujet, l'évolution de la jurisprudence du TPIY, Chambre d'Appel : *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Arrêt, IT-04-81-A ; *Le Procureur c. Nikola Šainović et al.*, Arrêt, IT-05-87-A. L'arrêt rendu dans l'affaire Perišić avait affirmé, en 2013, que le standard de la « direction spécifique » du comportement du complice vers le crime était un critère indispensable pour la caractérisation de la complicité par aide ou assistance. Cette interprétation rigide a été renversée un an après, dans l'affaire Šainović. Par une analyse extensive de la pratique des TPI, mais également des juridictions post-Deuxième Guerre mondiale et des droits nationaux, la Chambre d'Appel a rejeté le standard de la direction spécifique, pour retenir de la double connaissance du complice (i) des intentions criminelles de l'auteur ; (ii) de ce que ses actes participent à la commission du crime.

crime, et davantage que de l'indifférence à sa commission. Ainsi, « *even though the prosecution has increasingly paid attention to SGBC in the charges, the judges' reluctance to ease the burden on the prosecutor has resulted in pursuing only a limited set of such crimes – those to which the defendant could be clearly linked*⁴²⁰ ». Face à ce constat, qui laisse émerger un dangereux espace d'impunité autour de la criminalité sexuelle et sexiste en droit international, l'article 25(3)(d) doit être mobilisé.

Pour pallier les déficiences de la justice pénale internationale en matière de violences sexuelles et sexistes, plusieurs auteurs recommandent d'en adopter une lecture sociale et contextuelle. Il s'agit d'approcher ces crimes comme le produit de facteurs complexes, à la fois structurels et conjoncturels. L'atrocité de masse n'apparaît alors pas seulement comme un moment de rupture, mais également comme l'expression paroxystique de dysfonctionnements sociaux préexistants⁴²¹. Ces réflexions forment un parallèle intéressant avec celles développées au chapitre précédent sur l'article 25(3)(d) dans le contexte du crime systémique. Il faut préciser que, si les crimes sexuels et sexistes sont au moins partiellement l'expression d'un système, toute tentative d'individualisation est vouée à dénaturer quelque peu la réalité criminelle. La juste représentation de l'ancrage social des crimes sexuels et sexistes est difficile, et la responsabilité de l'individu ne doit pas être noyée dans une foule de preuves générales détachées de son implication⁴²². Toutefois, la mise en œuvre d'une approche efficace des violences sexuelles et sexistes par les juridictions internationales demeure impérative. Ainsi, face à l'écueil du « crime opportuniste » ou de la violence uniquement stratégique, l'article 25(3)(d) offre des perspectives d'application pertinentes.

L'intuition encourageant l'emploi des théories de l'imputation collective en matière de crimes sexuels et sexiste n'est pas neuve. Les TPI ont fait, dans ce domaine, un usage important de l'ECC, qui a permis d'obtenir des condamnations représentatives de la réalité sociale du terrain⁴²³. La troisième forme d'ECC a été particulièrement mobilisée. Cet usage « *challenged*

⁴²⁰ Liana Georgieva Minkova, « (In)Compatible Visions of Justice? Personal Culpability and Gender Justice at the ICC », *Politics & Gender* 18, n° 1 (mars 2022): 77..

⁴²¹ Voir par exemple Sara E Davies et Jacqui True, « Reframing Conflict-Related Sexual and Gender-Based Violence: Bringing Gender Analysis Back In », *Security Dialogue* 46, n° 6 (1 décembre 2015): 495-512; Caroline Fournet, « The Adjudication of Sex Crimes Under International Criminal Law: What Does Gender Have to Do with It? », in *Women and Transitional Justice: The Experience of Women As Participants*, par Lisa Yarwood (Taylor & Francis Group, 2012).

⁴²² Doris Buss, « Performing Legal Order », 416.

⁴²³ Voir notamment TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Vlastimir Dordević*, Jugement, IT-05-87/1-A (27 janvier 2014); TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, Décision relative aux exceptions préjudicielles d'incompétence soulevées par Radovan Karadžić, IT-95-18-AR72.1 19/ 55 BIS' (25 juin 2009); TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Nikola Šainović*, Jugement, IT-05-87-A ; TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, Jugement, IT-98-33 (2 août 2001).

the misconception that sexual violence committed in the context of conflict or mass violence was often isolated, unrelated to the other crimes, or the unfortunate acts of lone corrupt soldiers », puisque, pour caractériser l'ECC 3, « *evidence of SGBV crimes had to be appraised together with other concurrent criminal conduct rather than be viewed as an abnormality*⁴²⁴ ». Dans ces affaires, les TPI ont procédé à une interprétation contextuelle des violences sexuelles et sexistes. L'abandon de cette rhétorique par la CPI pose un véritable risque en termes d'impunité. Bien que la responsabilité issue de l'article 25(3)(d) ne soit pas identique à l'ECC, notamment en ce qu'elle ne reconnaît pas le *dolus eventualis*, son caractère flexible, son élément psychologique modéré et sa particulière adéquation aux structures criminelles non-linéaires semble pouvoir remplir cette mission devant la CPI.

Pour l'heure, l'application de l'article 25(3)(d) en matière de crimes sexuels et sexistes est hétérogène. Néanmoins, de récents progrès jurisprudentiels sur ce point laissent entrevoir de grandes avancées pour la *gender justice*. Une étude comparative de ces précédents permettra de définir plus clairement le rôle que peut jouer l'article 25(3)(d) dans la lutte contre l'impunité en matière de violences sexuelles et sexistes.

§2. L'article 25(3)(d) dans la répression des crimes sexuels et à caractère sexiste : un lecture sociale du dessein commun

L'usage de l'article 25(3)(d) en matière de violences sexuelles et sexiste est illustré par deux affaires. La première est l'affaire Katanga, ouverte dans le cadre de la situation en RDC. Germain Katanga, commandant présumé de la Force de résistance patriotique en Ituri et des milices ngiti de Walendu-Bindi, a été condamné le 7 mars 2014, au titre de l'article 25(3)(d), du crime contre l'humanité de meurtre, ainsi que des crimes de guerre de meurtre, attaque contre une population civile, destruction de biens et pillage, commis lors de l'attaque du village de Bogoro en 2003. Il a été acquitté des charges de viol, d'esclavage sexuel, et de conscription de mineurs de quinze ans. Le traitement réservé aux violences sexuelles et sexistes dans cette affaire a fait l'objet de très vives critiques, dénonçant la sévérité des juges et l'incapacité de la Cour à se saisir correctement des problématiques liées au genre⁴²⁵. La seconde affaire est celle

⁴²⁴ SáCouto, Sadat, et Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence », 214.

⁴²⁵ Voir notamment Kelly Askin, « Katanga Judgment Underlines Need for Stronger ICC Focus on Sexual Violence », *International Justice Monitor* (blog), 10 mars 2014, <https://www.ijmonitor.org/2014/03/katanga-judgment-underlines-need-for-stronger-icc-focus-on-sexual-violence/>; Brigid Inder, « A critique of the Katanga Judgment » (Expert Panel: Prosecuting Sexual Violence in Conflict - Challenges and Lessons Learned, Global Summit to End Sexual Violence in Conflict, Londres, 11 juin 2014) ; Carsten Stahn, « Justice Delivered or Justice Denied? », *Journal of International Criminal Justice* 12, n° 4 (septembre 2014): 809-34; Linnea Kortfalt, « Sexual

d'Al Hassan, ouverte dans la situation au Mali. Membre du groupe islamiste Ansar Dine, affilié à Al Qaïda au Maghreb islamique, il est suspecté d'être le commandant *de facto* de la police islamique du groupement. En 2019 et en 2020, les charges contre Al Hassan ont été confirmées puis modifiées. Il existe donc des motifs substantiels de croire qu'il est responsable, au titre de l'article 25(3)(d), de nombreux crimes parmi lesquels le crime contre l'humanité d'autres actes inhumains prenant la forme de mariage forcé, esclavage sexuel, viol, et persécution pour des motifs sexistes, et les crimes de guerre de viol et d'esclavage sexuel, commis à Tombouctou entre 2012 et 2013. Le procès d'Al Hassan est en cours depuis juillet 2020. Contrairement à l'affaire Katanga, l'affaire Al Hassan s'inscrit dans les récents progrès de la CPI en matière de violences sexuelles et sexistes, poursuivis depuis la condamnation de Bosco Ntaganda en 2019. Il s'agit notamment de la première opportunité qu'auront des juges de première instance de la CPI de se prononcer sur la persécution pour motifs sexistes.

Ces deux affaires démontrent un usage disparate de l'article 25(3)(d), cristallisé autour de l'interprétation de la notion de dessein commun. Les considérations développées au paragraphe précédent soulignent les spécificités de la criminalité sexuelle et sexiste, qui est inséparable des dynamiques sociales entourant la question du genre. En ce sens, l'inscription de violences sexuelles et sexistes dans un dessein commun est particulièrement épineuse : pour reprendre la formule de Catharine MacKinnon, il n'y a pas besoin de prévoir « *something that goes all on the time* ». Une brève analyse du jugement Katanga, ainsi que des décisions de confirmation et de modification des charges contre Al Hassan, est nécessaire pour illustrer ce propos. Un travail comparatif appuiera, par suite, une proposition d'application de l'article 25(3)(d) en matière de violences sexuelles et sexistes.

Dans l'affaire Katanga, la seconde Chambre préliminaire fournit une définition changeante du dessein commun de la milice ngiti de Walendu-Bindi. Elle le caractérise d'abord comme l'ambition « [d']effacer de Bogoro non seulement les éléments militaires de l'UPC, mais aussi la population civile, majoritairement hema, qui s'y trouvait⁴²⁶ » et qui était assimilée à l'UPC. Cette formulation est ensuite remplacée par « mais aussi, et à titre principal, les civils hema qui s'y trouvaient⁴²⁷ », puis immédiatement par « objectif tendant à reconquérir Bogoro à travers l'élimination de sa population civile⁴²⁸ ». La place du conflit ethnique dans le dessein commun est donc floue, et dépend de l'étape du raisonnement auquel se trouve la Cour.

Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court », *Nordic Journal of International Law* 84, n° 4 (2015): 533-79.

⁴²⁶ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1042.

⁴²⁷ *Ibid.*: §1155 ; 1654.

⁴²⁸ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1655.

S'agissant des crimes sexuels et sexistes, la seconde Chambre préliminaire reconnaît sans difficulté la matérialité des faits de viol et d'esclavage sexuel allégués par l'Accusation. Après examen des éléments de preuves, ces crimes sont établis « au-delà de tout doute raisonnable », tout comme le fait qu'ils aient été commis intentionnellement « à la suite des combats qui se sont déroulés à Bogoro, [...] par des combattants venant des camps de la milice ngiti de Walendu-Bindi » placés sous l'autorité de Katanga⁴²⁹. Toutefois, la Chambre acquitte l'accusé de ces charges au motif qu'il n'est pas établi que ces crimes appartenaient au dessein commun du groupe de personnes agissant de concert au sens de l'article 25(3)(d), et que Katanga ne pouvait donc en avoir eu connaissance, selon le critère du paragraphe (ii). Ceci se déduit, pour la Chambre, de trois observations⁴³⁰ : elle ne constate pas que « l'effacement du village de Bogoro passait obligatoirement par la commission de tels actes » ; ne trouve pas de preuve que les combattants ngiti avaient commis de tels faits avant l'attaque de Bogoro ; et ne peut établir que « les actes de viol et de réduction en esclavage sexuel ont été commis en nombre et de façon répétée ». Par ailleurs, les juges soulignent que les victimes de ces crimes « ont précisément vu leur vie 'épargnée'⁴³¹ » parce qu'elles affirmaient ne pas appartenir à l'ethnie Hema. Il est remarquable, d'ores et déjà, que la Chambre applique à une infraction sous-jacente le critère contextuel quantitatif de l'attaque « générale et systématique », ajoutant ainsi une exigence supplémentaire qui n'est pas prévue par le Statut⁴³². En outre, la Chambre attache de l'importance au nombre réduit de témoins (trois), sans considérer le nombre de crimes qu'elles dénoncent (au moins dix-sept). Au vu de la formulation changeante du dessein commun, les observations de la Cour sur l'appartenance ou non des victimes à l'ethnie Hema interrogent. Les victimes ont également toutes relaté que les hommes les ayant agressées ne les croyaient pas lorsqu'elles affirmaient ne pas être Hema⁴³³. L'utilisation du mot « épargnée » pour décrire leur sort laisse entendre une évaluation comparative des crimes commis, et ne prend pas en compte la possibilité que les soldats ngiti aient considéré le viol et le meurtre comme des moyens équivalents de heurter la population civile.

⁴²⁹ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §999 ; 1013 ; 1019 ; 1023.

⁴³⁰ *Ibid.*: §1663.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² Voir Kortfalt, « Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court »; Kai Ambos, « Sexual Offences in International Criminal Law », in *Understanding and Proving International Sex Crimes*, éd. par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre (Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012), 148, affirmant « *A single act of sexual violence may suffice in this regard if a linkage between the act and the context exists* ».

⁴³³ Inder, « A critique of the Katanga Judgment », 7. Voir CPI, ICC-01/04-01/07-T-213-Red-ENG: 24-26; ICC-01/04-01/07-T-139-Red-FRA: 11-12, 61, 64; ICC-01/04-01/07-T135-Red-FRA: 58-59.

La Chambre aboutit, par une curieuse formulation, au constat suivant :

Bien que les actes de viol et de mise en esclavage aient fait intégralement partie du projet de la milice de s'en prendre à la population civile principalement hema de Bogoro, la Chambre ne peut toutefois pas conclure, sur la base des éléments de preuve dont elle dispose, que l'objectif criminel poursuivi le 24 février 2003 comprenait nécessairement la commission des crimes spécifiques prévus aux articles 7-1-g et 8-2-e-vi du Statut⁴³⁴.

Les crimes sexuels et sexistes commis à Bogoro semblent donc être considérés comme des actions opportunistes, envisagées par la milice sans mobiliser d'intention stratégique. Plusieurs failles sont identifiables dans le raisonnement de la Cour, laissant penser à une application de l'article 25(3)(d) « *with a lack of gender-competence*⁴³⁵ ». La Chambre refuse, d'une part, de considérer le *dolus directus* du second degré pour les crimes sexuels allégués, alors qu'elle procède de cette manière pour attribuer à Katanga la responsabilité des pillages et des destructions de biens. Ceci est d'autant plus étonnant que la Chambre préliminaire avait utilisé l'argument du « cours normal des choses » pour confirmer ces charges contre l'accusé, en mobilisant des éléments de contexte démontrant la grande fréquence des crimes sexuels et sexistes en Ituri⁴³⁶. De plus, par l'emploi de la mention « comprenait nécessairement », la Chambre place un poids supplémentaire sur le viol et l'esclavage sexuel, qui doivent être considérés comme indispensables à l'accomplissement du projet collectif pour en faire partie. Cette interprétation est loin de l'habituelle flexibilité entourant la caractérisation du dessein commun. Elle induit également une certaine supériorité des autres crimes commis à Bogoro. En effet, « *this reasoning implies that physical destruction (e.g. pillaging) carried greater weight in the purpose than the destruction of community structures through acts of sexual or gender-based violence*⁴³⁷ ». Ceci s'inscrit en totale contradiction avec la jurisprudence relative aux effets dévastateurs de la criminalité sexuelle et sexiste, et leur utilisation fréquente dans des conflits ethniques ou territoriaux⁴³⁸. Le raisonnement qui veut que la destruction de propriété soit à même de faire fuir les habitants de Bogoro, mais que la violence sexuelle le soit moins,

⁴³⁴ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1664.

⁴³⁵ SáCouto, Sadat, et Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence », 227.

⁴³⁶ CPI, ChPrél. I, Décision sur la confirmation des charges contre Katanga et Ngudjolo Chui (2008): §567-568, affirmant que Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui « *knew that, as a consequence of the common plan, rape and sexual slavery of women and girls would occur in the ordinary course of the events* », notamment du fait de la récurrence des violences sexuelles et sexistes en Ituri, dont avaient connaissance les suspects comme les soldats ; leur familiarité avec ces pratiques au vu de leur cadre de vie ; le fait que de tels crimes aient été perpétrés auparavant dans des opérations de milices et la connaissance personnelle, par les suspects, de l'identité des commandants s'en étant le plus souvent rendus coupables.

⁴³⁷ Stahn, « Justice Delivered or Justice Denied? », 821.

⁴³⁸ Voir notamment les décisions rendues par le TPIY dans les affaires *Dragoljub Kunarać et al.* ; *Milimir Stakić* ; *Miroslav Kvočka et al.* et le TPIR dans *Jean-Paul Akayesu* ; *Sylvestre Gacumbitsi*.

n'est pas limpide. Enfin, la Chambre poursuit son interprétation rigide en exigeant un nexus causal particulièrement étroit entre la contribution de Katanga et les crimes sexuels et sexistes commis. L'emploi, par la milice, des armes fournies par Katanga joue un rôle clef dans la détermination de sa responsabilité pour les crimes de meurtre ou de destruction de biens. Pour autant, cette participation n'est pas considérée comme suffisante s'agissant des crimes sexuels et sexistes. De fait, « *the Judges made an explicit connection between the type of contribution to the plan and the types of crimes committed* », soulevant la question de « *what form of contribution the Court would require for the proof of the intent to commit sexual violence, in order for this crime to be considered part of the common purpose*⁴³⁹ ». Ainsi, l'approche du dessein commun délivrée par la seconde Chambre préliminaire dans l'affaire Katanga démontre ce que certaines auteures ont qualifié d'« *appalling double standard [which] perpetuates the view that rape is a byproduct of war, instead of an instrument of warfare*⁴⁴⁰ ». Il est en effet difficile de saisir la raison pour laquelle les crimes sexuels et sexistes sont soumis l'exigence d'une organisation explicite et distincte, là où les autres crimes se satisfont d'une préparation commune et plus floue. En ce sens, si la justice pénale remplit une fonction expressiviste, la CPI dans l'affaire Katanga livre une vérité partielle, qui n'est pleinement représentative ni de l'attaque de Bogoro, ni de la réalité de la violence sexuelle et sexiste en Ituri⁴⁴¹.

En 2019 puis en 2020, la seconde Chambre préliminaire de la CPI se défait progressivement de l'héritage de l'affaire Katanga, en proposant une interprétation contextualisée et systémique des violences sexuelles et de genre dans l'affaire Al Hassan. Certainement, le crime de persécution pour motif sexiste figurant dans les charges oblige une approche *macro* : il a toutefois le mérite de démontrer que la CPI est capable d'offrir une lecture plus juste des problématiques liées au genre. Dans cette affaire, le dessein commun identifié par la Cour est celui d'« instaurer à Tombouctou et dans sa région un nouvel appareil de pouvoir fondé sur l'idéologie religieuse d'Ansar Dine/AQMI » et de contraindre, par la force ou les menaces, la population civile à s'y soumettre⁴⁴². Contrairement à l'affaire Katanga, la Cour délivre une interprétation évolutive de ce dessein commun, qui permet d'y inclure le crime de

⁴³⁹ Ceccaroni, « Sexual Crimes as Weapons of War: New Trajectories towards a More Effective Gender Justice at the International Criminal Court. », 5.

⁴⁴⁰ Askin, « Katanga Judgment Underlines Need for Stronger ICC Focus on Sexual Violence ».

⁴⁴¹ Mélissa Beaulieu Lussier, « The new crimes of rape and sexual slavery against child soldiers at the ICC: a feminist perspective on the expressivist potential » (Thèse de doctorat en droit, Montréal, McGill University, 2018), 42; Pour une étude approfondie de la violence sexuelle et sexiste en Ituri, voir Maria Eriksson Baaz et Maria Stern, « The Complexity of Violence: A Critical Analysis of Sexual Violence in the Democratic Republic of Congo (DRC) », Sida Working Paper on Gender Based Violence (Stockholm: Swedish International Development Cooperation Agency (Sida), 2010).

⁴⁴² CPI, Décision de confirmation des charges contre Al Hassan: §957.

viol au regard non pas de l'organisation officielle d'Ansar Dine, mais de sa réalité criminelle et idéologique. Ainsi, pour affirmer que le crime de viol appartient au dessein commun du groupe, la Chambre relève la réification des femmes dans le groupe, qui sont perçues comme une commodité devant dispenser des services sexuels aux combattants⁴⁴³. Elle examine, en outre, les sévices subis par les femmes au sein de leurs mariages, qu'elle extrait de la sphère privée pour les intégrer pleinement au projet politique d'Ansar Dine⁴⁴⁴. L'analyse de la contribution d'Al Hassan suit cette logique. Au lieu de chercher à établir un lien causal direct en exigeant des participations spécifiques, la Chambre retient que « M. Al Hassan a contribué à créer, à promouvoir et à maintenir un environnement coercitif, violent et oppressant à l'égard des femmes, qui a résulté dans la commission des crimes subis par les femmes de Tombouctou⁴⁴⁵ ». Pour caractériser le *mens rea* d'Al Hassan au titre de l'article 25(3)(d)(ii), la Chambre relève sa connaissance générale du projet idéologique d'Ansar Dine et des modalités de sa mise en oeuvre ; et déduit sa connaissance spécifique des faits de viol de sa position d'autorité dans la police islamique⁴⁴⁶.

L'interprétation du dessein commun effectuée par la Chambre dans l'affaire Al Hassan fait donc preuve d'une particulière flexibilité, très encourageante pour une lutte effective contre les violences sexuelles et sexistes en droit international. La question de la connaissance, par le contributeur, des intentions criminelles du groupe, se nourrit d'une étude approfondie du contexte, qui rapproche la vertu de l'article 25(3)(d) pour ces crimes de celle de l'ECC 3. En ce sens, des auteures soulignent que le standard de « *virtual certainty* » devant la CPI peut être prouvé par les mêmes moyens que celui des conséquences « naturelles et prévisibles » des TPI⁴⁴⁷. Considérer que les crimes sexuels et sexistes sont une quasi-certitude plutôt qu'une simple éventualité semble également plus fidèle à la réalité des oppressions fondées sur le genre en temps de conflit. En effet, « *in most situations of mass violence and oppression, rape and other common forms of sexual violence will not be mere foreseeable consequences; rather, they should be considered integral parts of the destruction, of the physical and mental violence intentionally inflicted on the targeted group*⁴⁴⁸ ». Ne pas apprécier selon les mêmes règles la place des viols ou de l'esclavage sexuel et celle des autres crimes dans les projets criminels

⁴⁴³ CPI, ChPrél. I, Décision de modification des charges contre Al Hassan (2020): §183.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, §183 ; §186.

⁴⁴⁵ *Ibid.*: §190.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, §194-196.

⁴⁴⁷ SáCouto, Sadat, et Sellers, « Collective Criminality and Sexual Violence », 239.

⁴⁴⁸ Askin, « Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur », 21.

collectifs « *would distort the historical record and ignore the gravity and potency of the[se] crimes*⁴⁴⁹ ». Ainsi, dans l'affaire Kvočka, le TPIY a déduit l'élément moral de l'accusé de sa connaissance de l'incarcération de nombreuses femmes par des gardes violents, souvent ivres, et en mesure d'agir sans conséquences⁴⁵⁰. La particulière vulnérabilité des prisonnières dans cette situation rendait la commission de viols naturelle et prévisible. Dans l'affaire Ntaganda, la Cour a utilisé un raisonnement similaire, voir même plus général, dans l'analyse des crimes de conscription de mineurs de quinze ans et de viol et d'esclavage sexuel sur ces mineurs. Elle a conclu que : « dans le contexte qui existait à l'époque en Ituri, la commission de ces crimes n'était pas simplement un risque qu'ils acceptaient, mais bien qu'ils avaient prévu, avec une certitude virtuelle, que de tels crimes seraient commis⁴⁵¹ ».

Pour l'heure, l'utilisation de l'article 25(3)(d) en matière de crimes sexuels et sexiste semble se diviser en deux modèles distincts. Ceux-ci évoluent le long du spectre de l'intégration du crime au dessein commun. D'une part, le « modèle Katanga », dans laquelle la violence sexuelle et sexiste est perçue comme opportuniste, et donc hors du dessein. Il s'applique aux structures criminelles souples, de faible ampleur géographique ou temporelle, et dans laquelle les crimes sexuels sont des instruments, et non des objectifs. L'analyse de ces crimes mobilise exclusivement, dans ce modèle, le *dolus directus* du second degré. Paradoxalement, la Cour exige une charge de la preuve importante, et cherche à caractériser un seuil élevé de causalité et d'intention. Elle ne délivre pas d'interprétation contextuelle. À l'opposé s'érige le « modèle Al Hassan ». La structure criminelle est davantage rigide et/ou bureaucratique, le projet criminel est temporellement ou géographiquement étendu et les violences sexuelles et sexistes en sont partie intégrante. Elles interviennent donc de manière délibérée (*dolus directus* du premier degré, comme le mariage forcé dans l'affaire Al Hassan), ou, parce que le dessein commun est évolutif, dans le cours normal des choses (*dolus directus* du second degré, comme le viol dans la même affaire). Ici, la Cour requiert un lien moins direct entre le contributeur et le crime, et fournit une analyse sociale et contextuelle. Pour une application optimale de l'article 25(3)(d), il est nécessaire de rapprocher ces deux modèles, pour éviter une interprétation

⁴⁴⁹ Askin, « Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur », 21.

⁴⁵⁰ TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Kvočka et al.*, Jugement, IT-988-30/1 (2 novembre 2001): §327.

⁴⁵¹ CPI, Chambre de Première Instance IV, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Jugement, ICC-01/04-02/06 (8 juillet 2019): §811. Bosco Ntaganda a été condamné en 2019 comme co-perpétrateur indirect, sur le fondement de l'article 25(3)(a). Toutefois, dans la mesure où le dessein commun au titre des alinéas (a) et (d) sont perçus par la Cour comme fonctionnellement coextensibles, l'étude de l'un peut être mobilisée dans l'analyse de l'autre.

inéquitable des violences sexuelles et sexistes en fonction des caractéristiques de chaque affaire. Certainement, la lisibilité de l'administration d'Ansar Dine rend le travail de la Cour plus aisé. Toutefois, il n'est pas tolérable que les guérillas et/ou conflits de milices, largement répandus, ne bénéficient pas d'un même effort contextuel. La criminalité sexuelle et sexiste n'existe pas à la même échelle dans tous les conflits⁴⁵² : il faut donc, systématiquement, interroger les raisons de son existence et le rôle qu'elle joue dans la criminalité collective, en posant en droit la question suivante : « *why SGBV as opposed to another form of strategic or opportunistic violence is used to achieve these ends*⁴⁵³ ». Dans leur analyse approfondie du conflit de l'Ituri, Maria Baaz et Maria Eriksson Stern ont identifié de nombreux facteurs à prendre en compte dans l'étude des violences sexuelles et sexistes dans la région : « *learned behaviours, (failed) military integration processes, hostile civil-military relations, militarised ideas of masculinity, experiences of imagined (and real) marginalisation and (imagined) needs of reasserting power and authority*⁴⁵⁴ ». Elles perçoivent le recours aux crimes sexuels et sexistes comme un processus d'application de normes apprises et/ou renforcées par la violence ambiante. Ces raisonnements sont la clef de la juste application de l'article 25(3)(d) aux violences sexuelles et sexistes. Le jugement à intervenir dans l'affaire Al Hassan pourrait être déterminant dans cet objectif. Il faut espérer que l'approche contextuelle de la Chambre préliminaire soit suivie par la Chambre de première instance. Le cas échéant, l'article 25(3)(d), spécifiquement en son paragraphe (ii), pourrait investir l'espace laissé vide par l'abandon de l'ECC 3 par la CPI, et participer activement à la lutte contre l'impunité en matière de crimes sexuels et sexistes.

La responsabilité pour contribution au crime commis dans la poursuite d'un dessein commun peut donc jouer un rôle majeur dans la meilleur répression de crimes déjà affichés par la CPI comme une priorité, mais qui soulèvent encore un certain nombre de difficultés. Toutefois, son potentiel ne s'arrête pas à ces terrains connus : l'article 25(3)(d) pourrait, en effet, être mobilisé utilement dans la lutte contre la participation économique et commerciale aux atrocités de masse.

⁴⁵² Pour une étude des implications de l'existence des violences sexuelles et sexistes à des degrés différents en temps de conflit, voir Elizabeth Jean Wood et al., éd., « Rape during War is not Inevitable: Variations in Wartime Sexual Violence », in *Understanding and Proving International Sex Crimes* (Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012).

⁴⁵³ Davies et True, « Reframing Conflict-Related Sexual and Gender-Based Violence », 497.

⁴⁵⁴ Baaz et Stern, « The Complexity of Violence », 57.

Section 2. L'article 25(3)(d), une voie vers la sanction des acteurs économiques pour contribution à des crimes de masse

Les atrocités de masse entretiennent, historiquement, des liens étroits avec la sphère économique. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, les ravages des concessions d'exploitation du caoutchouc dans l'État indépendant du Congo étaient dénoncés, mêlant les crimes coloniaux du Royaume de Belgique à un vaste schéma commercial. En 2021, le Président des États-Unis, Joe Biden, signait le *Uyghur Forced Labor Prevention Act*, une loi visant à empêcher l'accès des biens produits dans le cadre de la politique génocidaire du Xinjiang au marché états-unien⁴⁵⁵. Pourtant, à l'exception des tribunaux militaires institués après la Seconde Guerre mondiale, aucune juridiction pénale internationale ne s'est saisie de ces ramifications spécifiques du crime international. La participation des acteurs économiques aux atrocités de masse n'est que trop peu considérée comme une forme de criminalité à part entière, justifiant la mobilisation d'un appareil répressif. Elle se trouve souvent reléguée au champ du droit privé et des infractions réglementaires. La place croissante des entreprises dans la gouvernance internationale impose un changement de paradigme, et un meilleur contrôle de leurs activités. Les avantages de la mise en œuvre d'une responsabilité pénale internationale des personnes morales n'entrent pas dans le champ du présent mémoire. Toutefois, la création d'un cadre répressif à plusieurs échelles présente un intérêt majeur dans la lutte contre l'impunité. Il est donc pertinent d'étudier, en parallèle de mesures collectives, les possibilités de sanctions individuelles des acteurs économiques pour leur participation à des crimes internationaux.

La répression des contributions économiques aux atrocités de masse s'inscrit dans un important héritage doctrinal et jurisprudentiel, que la CPI peine à honorer (§1). L'article 25(3)(d) représente pourtant un outil idoine pour engager de telles procédures, et répondre aux impératifs actuels de la lutte contre l'impunité (§2).

⁴⁵⁵ « An Act to ensure that goods made with forced labor in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of the People's Republic of China do not enter the United States market, and for other purposes ('Uyghur Forced Labor Prevention Act') », Pub. L. No. Public Law No: 117-78 (2021).

§1. La complicité des acteurs économiques et commerciaux en droit international pénal

L'idée d'une criminalité propre aux acteurs économiques et commerciaux naît en 1939, dans les travaux du sociologue Edwin Sutherland sur le « *white-collar crime*⁴⁵⁶ ». Progressivement, la doctrine s'intéresse aux interactions entre la criminalité d'État et la criminalité économique, et dessine les contours du « *state corporate crime* ». Il est défini par Ron Kramer et Raymond Michalowski comme un ensemble d'« *illegal or socially injurious actions that occur when one or more institutions of political governance pursue a goal in direct cooperation with one or more institutions of economic production and distribution*⁴⁵⁷ ». Christopher Burchard applique cette idée de criminalité interactionnelle, entre les acteurs politiques et les acteurs économiques, aux atrocités de masse relevant de la justice pénale internationale. Il élabore le concept de « *corporate-political core crime* », ou « criminalité politico-économique », qu'il définit comme des « *core criminal activities of one or more actors of political governance that are also (and thus not exclusively) enabled, exacerbated or facilitated by (arguably socially injurious but not yet necessarily criminalized) policies or practices of a corporate actor in pursuit of its own economic, political and other interests*⁴⁵⁸ ». Cette formule identifie trois points importants dans la participation des acteurs économiques à la criminalité de masse : la multiplicité des formes que peuvent revêtir leur contribution ; la tension entre criminalisation et condamnation morale des pratiques ; et l'absence de motivation criminelle. En ce sens, il est aisé d'assimiler la criminalité des acteurs économiques au cadre plus général de la criminalité systémique. L'étude de la criminalité économique mobilise la même lecture organisationnelle de l'infraction, de la transgression et de la responsabilité que celle de la criminalité systémique⁴⁵⁹. La participation des acteurs commerciaux aux atrocités de masse soulève des questions relatives à l'*agency* des individus : la chaîne de commandement ou la bureaucratie du crime systémique se transpose à l'organisation complexe et décentralisée des entreprises transnationales. De ce fait, la question de la déviance émerge également. La

⁴⁵⁶ Edwin H. Sutherland, *White Collar Crime* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949).

⁴⁵⁷ Ronald C. Kramer, Raymond J. Michalowski, et David Kauzlarich, « The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corporate Crime », *Crime & Delinquency* 48, n° 2 (avril 2002): 272.

⁴⁵⁸ Christoph Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate-Political Core Crime': Initial Enquiries Concerning the Rome Statute », *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 925.

⁴⁵⁹ Maurice Punch, « Why Corporations Kill and Get Away with It: The Failure of Law to Cope with Crime in Organizations », in *System Criminality in International Law*, éd. par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ (Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009), 88.

sphère économique reconstitue un cadre normatif avec ses règles et ses objectifs : dans cette perspective, le revendeur de diamants issus de mines appropriées par des milices violentes ou le dirigeant d'entreprise ayant recours à des travailleurs forcés est un « *homo oeconomicus who follows the logic of financial profit rather than that of humanity*⁴⁶⁰ ». De prime abord, de nombreuses contributions économiques aux atrocités de masse sont des contributions neutres. La faible criminalisation de ces pratiques s'explique donc par le fait que de telles poursuites « *may reach so far into the realm of ordinary and "legitimate" commercial activity*⁴⁶¹ ».

Malgré une analyse extensive de la criminalité économique en doctrine, celle-ci peine à prendre sa place devant les tribunaux internationaux. Comme mentionné précédemment, les TPI et la CPI ne sont compétents qu'à l'égard des personnes physiques. Lors des négociations du Statut de Rome, la France avait émis une proposition d'article prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales. Son engagement était conditionné à la condamnation préalable d'une personne physique contrôlant ladite personne morale, et ayant agi en son nom et avec son consentement dans le cadre de ses activités⁴⁶². Cette disposition, très loin de la maxime « *Crimes against International Law are committed by men not by abstract entities* », n'a pas convaincu les États Parties. Aujourd'hui, malgré une certaine reconnaissance des enjeux économiques de la criminalité internationale par le BdP⁴⁶³, l'activité de la CPI est limitée aux profils politiques et militaires. Cette autolimitation de la compétence de la Cour est à déplorer. En effet, la responsabilité pénale individuelle des acteurs économiques et commerciaux a un potentiel indéniable dans la lutte contre l'impunité, en ce qu'elle s'adresse non pas aux piliers idéologiques de la violence, mais à ses piliers matériels qui la financent et lui permettent, au moins partiellement, de fonctionner. La justice ne sert donc plus uniquement un rôle répressif, mais investit pleinement une vertu préventive, en poursuivant les « *commercial crimes that fuel armed violence in a bid to extinguish ongoing hostilities, as distinct from simply punishing acts of rape, torture and murder once the violence has run its course*⁴⁶⁴ ». La réticence de la CPI à se saisir du crime politico-économique n'est pas ancrée dans l'historique du droit international pénal, ni représentée par l'application actuelle qu'en font les juridictions domestiques. En effet,

⁴⁶⁰ Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate–Political Core Crime' », 928.

⁴⁶¹ William Schabas, « Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices », *International Review of the Red Cross* 83, n° 842 (juin 2001): 451.

⁴⁶² United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Working Group on General Principles of International Criminal Law. « Working paper on article 23, Paragraphs 5 and 6 », A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2 (Rome: 3 juillet 1998).

⁴⁶³ Voir *supra*, Partie II - Chapitre 1 - Section 1 - §1, sur la reconnaissance par le Procureur Moreno-Ocampo des enjeux commerciaux du conflit en Ituri.

⁴⁶⁴ James G. Stewart, « Atrocity, Commerce and Accountability: The International Criminal Liability of Corporate Actors », *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 1 (1 mars 2010): 316.

les Alliés ont fait un usage prolifère de la Loi n°10 du Conseil de Contrôle en cette matière. La jurisprudence qui en résulte éclaire les enjeux de la rencontre entre criminalité étatique et pratiques économiques⁴⁶⁵. L'impact grandissant des droits humains et des problématiques de responsabilité sociale dans la gouvernance d'entreprise encouragent aujourd'hui une nouvelle mobilisation juridique autour des contributions financières aux crimes internationaux. Dès lors, c'est au seul héritage des années 1940, puis des ambitieuses décisions nationales du XXI^{ème} siècle, qu'il faut se référer en matière de *corporate-political core crimes*.

En Allemagne, cinq procès ont abordé les implications commerciales et économiques dans le régime nazi⁴⁶⁶. Celles-ci prenaient la forme d'approvisionnement en matières premières ou en armes utilisées dans la guerre d'agression ; d'exploitation de travailleurs forcés et d'usage de biens expropriés ou de territoires occupés. Les affaires IG Farben et Bruno Tesch traitaient notamment de la distribution au Reich de gaz Zyklon B, utilisé pour exterminer les détenus des camps de concentration. L'enjeu de ces procès tenait à la possibilité d'utilisation neutre du Zyklon B, pour le traitement des infestations dans les camps de détention. La caractérisation du *mens rea* des fournisseurs de gaz imposait donc la démonstration d'une connaissance personnelle des implications criminelles de leurs transactions. Ceci s'est avéré particulièrement difficile, dans la mesure où les acteurs économiques évoluent généralement dans des espaces différents de ceux qu'occupent les individus portant le projet criminel. Leurs relations sont banalisées par le cadre commercial. Dans l'affaire Tesch, la grande implication de l'accusé dans l'entreprise Testa, dont il était totalement propriétaire, a permis d'établir sa connaissance de l'usage destructeur du Zyklon B⁴⁶⁷. Le fait que Tesch ait été informé des quantités de gaz transmises à Auschwitz, et, qu'en parallèle, il ait eu des raisons de penser que le camp maltraitait sévèrement ses prisonniers, a permis au tribunal de caractériser sa contribution au crime en connaissance de cause. Un raisonnement similaire a été adopté en 2005 par la Cour de district de La Haye, aux Pays-Bas, dans le cas de Frans van Anraat. Cet homme d'affaires néerlandais, à la tête de l'entreprise FCA Contractor, s'était imposé entre 1984 et 1988 comme l'unique fournisseur du régime irakien de Saddam Hussein en thiodiglycol, un ingrédient clef dans la

⁴⁶⁵ Florian Jeßberger, « On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial », *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 783-802..

⁴⁶⁶ Il s'agit des affaires *The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*, dite « IG Farben » ; *The United States of America vs. Alfred Krupp, et al.* et *the United States of America vs. Ernst von Weizsäcker, et al.*, dite « le procès des Ministères », devant le Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg ; et de l'affaire *Bruno Tesch and two others*, dite « affaire du Zyklon B », devant le Tribunal militaire britannique siégeant à Hambourg.

⁴⁶⁷ Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Hambourg (Allemagne), *Bruno Tesch and two others (The Zyklon B case)*, Case No. 9 (8 mars 1946): p. 100-101. Voir notamment la formule du juge militaire : « *When you realise what kind of man Dr. Tesch was, it inevitably follows that he must have known every little thing about his business* ».

fabrication du gaz moutarde. Il fut accusé de complicité de crime de guerre et de génocide. La connaissance de Van Anraat de l'usage réservé à ses marchandises a été longuement étudiée par la Cour de La Haye. À partir de la jurisprudence des TPI, celle-ci a établi deux standards différents, pour le crime de génocide et le crime de guerre. Le génocide étant caractérisé par l'existence d'une intention spécifique (la destruction en tout ou en partie d'un groupe protégé), la complicité de génocide impose la connaissance, par le complice, du *dolus specialis* de l'auteur principal. En l'espèce, la Cour de La Haye n'a pas été en mesure de déterminer que Van Anraat était informé de la campagne de destruction du peuple kurde menée par Saddam Hussein, qui reçut peu d'attention internationale avant 1988⁴⁶⁸. Toutefois, s'agissant du crime de guerre, l'élément psychologique du contributeur est moins exigeant. La Cour de La Haye a donc affirmé que Frans Van Anraat savait personnellement que les produits vendus à l'Irak pourraient être utilisés à des fins illégales. Les juges ont déduit cette connaissance des restrictions internationales en matière d'exports chimiques vers le Moyen-Orient et l'Irak, dont l'accusé était informé ; de ses démarches pour camoufler la nature et/ou la destination de ses produits ; de sa conscience que ceux-ci pouvaient être utilisés dans la fabrication de gaz moutarde ; et de son savoir quant à l'utilisation de ce gaz en Iraq. Le haut degré d'implication de Van Anraat dans les transactions a donc joué là aussi un rôle clef dans l'établissement de sa responsabilité. Celle-ci a été établie sur le fondement de son acceptation du risque élevé de commission de crimes de guerre, la Cour affirmant ainsi :

[A] person who supplies chemicals of which he knows that they will be used for the production of poison gas by a country that is engaged in a long-lasting war that was also started by that same country, justifies the conclusion that he consciously accepted the chance that the poison gas to be produced would also end up on the battlefield⁴⁶⁹.

Ce raisonnement a été à nouveau mobilisé par la justice néerlandaise en 2017 et 2019, dans l'affaire relative à Guus Kouwenhoven. Celui-ci fut condamné pour complicité de crimes de guerre, au titre de sa participation, par le biais de relations commerciales avec Charles Taylor et de fourniture d'armes à son régime, aux exactions commises au Libéria. Pour caractériser son *mens rea*, la Cour d'Appel de Bois-le-Duc s'est reposée sur une intention conditionnelle caractérisée par la connaissance et l'acceptation d'un risque : « *The defendant consciously*

⁴⁶⁸ Cour de district de La Haye (Pays-Bas), *Public prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat*, Sentence, 09/751003-04 (23 décembre 2005): §8.

⁴⁶⁹ *Ibid.*: §11.

*accepted (took into the bargain) the probability that war crimes and/or crimes against humanity would be committed*⁴⁷⁰ ».

L'affaire IG Farben s'est vue compliquée par l'ampleur de la corporation et la complexité de sa hiérarchie. Contrairement à Testa, IG Farben était, dans les années 1940, un large groupement d'intérêt économique, présentant une organisation complexe. Les difficultés rencontrées dans l'attribution d'une responsabilité pénale individuelle dans cette affaire sont donc susceptibles de représenter plus fidèlement certaines problématiques actuelles. Ainsi que l'exposait le jugement du Tribunal militaire, « *[i]f not actually marching with the Wehrmacht, [IG] Farben at least was not far behind. But translating the criminal responsibility to personal and individual criminal acts is another matter*⁴⁷¹ ». Dans l'incapacité d'établir une quelconque connaissance personnelle de la part des défendeurs, le Tribunal a déduit que « *neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put*⁴⁷² ».

Dans les affaires Rasche, incluse dans le « Procès des Ministères », et Friedrich Flick, les contributions examinées par le tribunal étaient financières, et non industrielles. Les défendeurs étaient accusés, par leur appartenance et/ou leur soutien pécuniaire au « Cercle Keppler » et à diverses entreprises employant des travailleurs forcés, d'avoir participé aux exactions commises par la SS. Là encore, l'argumentaire de la Défense évoluait autour de la neutralité des contributions : dans le cas de Flick, parce qu'il affirmait ne pas connaître l'emploi destiné à ses versements ; et dans le cas de Rasche, parce qu'il avait seulement accordé des prêts dans le cadre de son activité de banquier à Dresde, sans déroger aux pratiques habituelles de sa profession. S'agissant de Flick, le Tribunal a utilisé une forme d'imputation proche du modèle associatif, en affirmant : « *An organization [la SS] which on a large scale is responsible for such crimes can be nothing else than criminal. One who knowingly by his influence and money contributes to the support thereof must, under settled legal principles, be deemed to be, if not a principal, certainly an accessory to such crimes*⁴⁷³ ». Cette rhétorique est largement transposable à la criminalité actuelle. Il est d'ailleurs pertinent de souligner sa grande

⁴⁷⁰ Cour d'Appel de Bois-le-Duc (Pays-Bas), Section criminelle, *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Judgment, 20-001906-10 (21 avril 2017): §L.2.5.

⁴⁷¹ Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Carl Krauch et al. (The IG Farben Trial)*, Judgment (30 juillet 1948): §1152.

⁴⁷² *Ibid.*: §1068.

⁴⁷³ Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Friedrich Flick, et al.*, Judgment (22 décembre 1947): §1216.

ressemblance avec la logique de la Cour de Cassation dans l'affaire Lafarge Holcim⁴⁷⁴, société mise en examen en France pour complicité de crime contre l'humanité : « *le versement en connaissance de cause d'une somme de plusieurs millions de dollars à une organisation dont l'objet n'est que criminel suffit à caractériser la complicité par aide et assistance*⁴⁷⁵ ». Toutefois, dans l'affaire Rasche, le Tribunal militaire états-unien a adopté une logique moins proactive, et soulevé une difficulté quant à l'intention de l'acteur économique offrant des services « normaux » à des organisations criminelles :

The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does [Rasche] stand in any different position than one who sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchandiser of any other commodity. [...] Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime⁴⁷⁶.

Ces considérations font écho à celles, développées aux chapitres précédents, sur la légitimité de la sanction des contributeurs au sens de l'article 25(3)(d). Elles s'inscrivent dans la tension opposant la perspective des droits humains à celle de l'économie néo-libérale. Toutefois, et c'est là tout l'enjeu de la répression des contributions économiques à des crimes de masse, il semble que la balance penche progressivement en faveur des droits humains et donc, d'un élargissement de la condamnation morale à la condamnation juridique. Un nouveau recours à l'affaire Lafarge éclaire ces considérations : la Cour de cassation y écarte toute défense tenant au comportement « normal » de l'acteur économique. Elle affirme, de fait : « *Il n'importe [...] que le complice agisse en vue de la poursuite d'une activité commerciale, circonstance ressortissant au mobile et non à l'élément intentionnel*⁴⁷⁷ ». Cette affirmation confirme que, dans le cas d'une contribution financière à un crime, le *mens rea* du contributeur peut s'entendre

⁴⁷⁴ La société Lafarge SA, aujourd'hui Lafarge Holcim, est mise en examen pour complicité de crime contre l'humanité et mise en danger de la vie d'autrui (Cour d'Appel de Paris, Chambre de l'Instruction, 18 mai 2022). Certains de ses dirigeants, dont le directeur général Eric Olsen, ont été mis en examen pour financement d'entreprise terroriste, mise en danger de la vie d'autrui et violation d'embargo entre 2017 et 2018. Certaines de ces mises en examen ont aujourd'hui été levées. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation dans cette affaire représente une avancée considérable dans le droit de la complicité en matière de *corporate criminal core-crimes*, et est donc pertinente dans la présente étude.

⁴⁷⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, n° 19-87.367 (Publié au bulletin) (7 septembre 2021): §81.

⁴⁷⁶ Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker, et al. (The Ministries trial)*, Judgment (11 avril 1949): §622.

⁴⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, n° 19-87.367 (Publié au bulletin): §82.

d'une connaissance des intentions criminelles de son interlocuteur, associée à une certaine indifférence quant à leur réalisation⁴⁷⁸.

Aujourd'hui, de nombreuses affaires relatives à la criminalité politico-économique sont en cours devant les juridictions nationales, sur le fondement de la compétence universelle et personnelle active⁴⁷⁹. Certaines cumulent les poursuites contre des personnes morales et des personnes privées, d'autres n'investissent que l'un de ces deux fronts. En France, au moins cinq enquêtes ou instructions sont ouvertes pour des cas de participations commerciales et économiques aux crimes commis en Syrie, au Darfour, en Libye ou en Égypte⁴⁸⁰. Les formes de participation mises en cause sont multiples, allant de la fourniture de logiciels d'espionnage, au financement ou à l'armement et l'approvisionnement en matières premières et composantes chimiques. En Suède, deux dirigeants de l'entreprise Lundin Energy sont mis en examen pour complicité de crime de guerre pour leur implication dans le conflit au Soudan⁴⁸¹. Il est allégué que l'entreprise et ses dirigeants ont fourni des sommes importantes à l'armée et aux milices locales, afin qu'elles expulsent les populations des zones d'exploitation, entraînant de nombreuses exactions dans le même temps. La multiplication de ce type de dossiers atteste d'une indéniable sensibilisation du droit international pénal aux ancrages économiques de la criminalité de masse. Certaines de ces affaires concernent des situations qui sont actuellement traitées par la CPI, et confirme que de tels cas sont susceptibles d'être de son ressort. Dès lors, il est impératif que la Cour investisse cet espace d'impunité, et s'engage au côté des États dans la lutte contre les *corporate political core crimes*. Ceci permettrait de poursuivre le travail engagé à Nuremberg, pour tenter d'aborder, dans leur ensemble, les systèmes criminels.

Il s'agit donc, désormais, de s'intéresser à l'adéquation des modes responsabilité du Statut de Rome avec l'implication commerciale dans les atrocités de masse. L'article 25(3)(d) apparaît, à cet égard, comme un outil indispensable.

⁴⁷⁸ Hamilton, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », 26.

⁴⁷⁹ Toutes les informations suivantes sont issues de TRIAL International, « Universal Jurisdiction Annual Review 2023 » (17 avril 2023). Des procédures de ce type sont en cours en France (p. 30, 32, 39, 46, 49), en Suède (p. 77), en Suisse (p. 83, 86).

⁴⁸⁰ Voir notamment les affaires BNP Paribas, Nexa Technologies et Amesys, *infra*, §2 ; l'affaire Lafarge, *supra* dans ce paragraphe. Le 25 décembre 2021, Salah Habib, ressortissant franco-syrien et dirigeant de l'entreprise Yona Star, a été mis en examen pour entente en vue de commettre des crimes contre l'humanité et complicité de crime contre l'humanité et crimes de guerre. Les faits concernent l'approvisionnement de l'armée syrienne en équipement et composantes chimiques, directement utilisées pour l'oppression et la surveillance de la population. Voir *Ibid.*, 49.

⁴⁸¹ L'enquête a été ouverte en 2010, suite à la transmission aux autorités suédoises d'un rapport de la *European Coalition on Oil in Sudan* dénonçant les implications de Lundin Energy. Son directeur général, Alex Schneider, ainsi que son président Ian Lundin, ont été mis en examen en 2021. Leur procès s'ouvrira en septembre 2023 devant la Cour de District de Stockholm (voir <https://trialinternational.org/latest-post/lundin-petroleum/>, consulté le 15 août 2023).

§2. L'application fructueuse de l'article 25(3)(d) à la criminalité politico-économique

En théorie, rien ne s'oppose à ce que la CPI se saisisse des contributions économiques aux crimes internationaux. Cette pratique est néanmoins cruellement sous-théorisée, et la compatibilité des dispositions du Statut de Rome avec la réalité de la criminalité politico-économique a été longuement questionnée. En matière d'attribution de la responsabilité pénale, l'efficacité de la répression tient à un double test : il faut tout d'abord établir « *the factual relationship between the provision of material, goods or services and the perpetration of an international crime* », puis affirmer que « *the business leader [acted] at least with knowledge that an international crime will be committed by the principal perpetrator*⁴⁸² ». Il faut donc étudier la mesure dans laquelle les modes de responsabilité prévus à l'article 25(3) du Statut sont capables d'assurer cette mission.

De prime abord, les modes de responsabilité des dirigeants et supérieurs hiérarchiques, soit les articles 25(3)(a) et 28, mais aussi 25(3)(b), ne paraissent pas adaptés au format des relations commerciales. S'agissant de l'alinéa (a), le critère du contrôle exercé sur le crime s'entend de manière directe, et n'est pas satisfait par une dépendance financière ou matérielle des perpétrateurs envers les acteurs économiques. Le *mens rea* de l'acteur commercial sera, par ailleurs, rarement positivement lié au crime : la jurisprudence précitée atteste que ce contentieux fait souvent face à une forme d'indifférence sans volition criminelle. L'article 28 implique une relation de subordination directe entre les auteurs physiques du crime et le mis en cause, qui peine à se matérialiser par des contrats. Ces réflexions se transposent à l'étude de l'article 25(3)(b) : tous deux ne semblent applicables que si les exécutants sont également salariés de l'entreprise, à un échelon hiérarchique inférieur à celui du défendeur. Par ailleurs, l'élément psychologique de l'alinéa (b) exige une intention délibérée de voir le perpétrateur commettre le crime⁴⁸³. Ainsi, tant la responsabilité à titre principal que la responsabilité du supérieur hiérarchique/la responsabilité pour instigation peuvent être envisagées dans un nombre restreint de situations, où l'acteur économique a une implication personnelle et intentionnelle dans le crime. C'est le cas, par exemple, de l'exploitation d'esclaves ou de travailleurs forcés, du déplacement et des violences envers les populations pour accéder à des ressources, ou du pillage. Toutefois, ces hypothèses ne représentent pas les implications économiques les plus courantes dans la criminalité de masse.

⁴⁸² Vest, « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law », 853.

⁴⁸³ Eser, « Individual Criminal Responsibility », 797.

La possibilité du recours à l'article 25(3)(c) dans la sanction des participations économiques aux crimes internationaux a été plusieurs fois suggérée en doctrine⁴⁸⁴. Le critère de la contribution « substantielle » ne paraît pas inaccessible au regard de l'importance que peuvent avoir les relations commerciales dans la commission d'atrocités. Toutefois, comme pour l'exemple des violences sexuelles et sexistes, les propositions de recours à l'alinéa (c) reposent sur l'adoption, par la CPI, de l'élément psychologique modéré appliqué par les TPI à la complicité⁴⁸⁵. Devant la Cour, l'utilisation d'article 25(3)(c) implique que le complice ait non seulement conscience que son acte participe à la commission d'un crime, mais également qu'il souhaite voir ce résultat advenir⁴⁸⁶. Ainsi, la responsabilité du complice par aide ou assistance ne correspond pas à la neutralité des contributions économiques, qui sont très majoritairement fournies par dessein de lucre⁴⁸⁷. Si le mobile du complice n'est pas pertinent à la détermination de son *mens rea*, « *in commercial cases there will rarely be evidence of anything other than the supplier's pecuniary interest in making a sale*⁴⁸⁸ ». Burchard souligne, à cet égard, qu'il n'existe pas de « *psychological or motivational overlap between, on the one hand, the principal offender, and, on the other hand, a corporate financier, supplier of beneficiary of core crimes*⁴⁸⁹», rendant donc l'article 25(3)(c) peut être apte à saisir la problématique du crime politico-économique. Là encore, il est possible que certains cas de contributions économiques et commerciales soient adaptés aux exigences de l'alinéa (c). Les affaires Ephrem Nkezabera ou Pierre Kayondo, devant les juridictions belges et françaises, illustrent figurativement cette possibilité. Ces deux ressortissants rwandais ont été mis en cause pour leur importante contribution financière aux milices Interahamwe ainsi qu'à la Radio Télévision libre des Mille Collines, principal outil de propagande du Hutu Power⁴⁹⁰. Dans ce telles hypothèses, il serait plus aisé de déduire une intention directe de la part du bailleur de fonds. Toutefois, pour peu que sa participation soit plus lointaine du crime, sa responsabilité pénale risquerait de ne plus être identifiable.

⁴⁸⁴ Andrea Reggio, « Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen for Trading with the Enemy of Mankind », *International Criminal Law Review* 5, n° 4 (2005): 623-96; Caspar Plomp, « Aiding and Abetting: The Responsibility of Business Leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court », *Utrecht Journal of International and European Law* 30, n° 79 (2014): 4-29.

⁴⁸⁵ Voir *Supra*, Partie II – Chapitre 2 – Section 1 - §2, note 421.

⁴⁸⁶ Eser, « Individual Criminal Responsibility », 801.

⁴⁸⁷ Lydia de Leeuw, « Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute », *State Crime Journal* 5, n° 2 (2016): 244..

⁴⁸⁸ Hamilton, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », 12.

⁴⁸⁹ Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate–Political Core Crime' », 941.

⁴⁹⁰ La cour d'assises de Bruxelles a condamné Ephrem Nkezabera par défaut à trente ans de détention pour crime de guerre. Il est décédé après avoir fait opposition à sa condamnation. Les allégations contre Pierre Kayondo font l'objet d'une information judiciaire en France.

La responsabilité prévue à l'article 25(3)(d), par sa flexibilité et sa grande adaptabilité au contexte de crime systémique, permet de contourner les obstacles posés par les autres modes de responsabilité. Il faut toutefois souligner que les problématiques posées par l'intention spécifique de l'alinéa (c) se poseront sans doute avec la même acuité à l'article 25(3)(d)(i). En effet, le fait de « viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel » d'un groupe implique une certaine adhésion idéologique à ses objectifs. L'article 25(3)(d)(ii) est donc plus à même de saisir les participations commerciales ou économiques à un crime international. L'étude de la jurisprudence des tribunaux militaires Alliés et des juridictions nationales confirme que la répression du crime politico-économique exige l'application d'un élément psychologique modéré, tenant à la simple connaissance. Or, il a été établi que l'article 25(3)(d)(ii) était, outre l'article 28, le seul moyen de parvenir à cette fin. En ce sens, comparativement à l'alinéa (c), « *intentional contribution to a group may in practice be easier to prove than purposeful contribution to the crime*⁴⁹¹ ». Il est nécessaire de tester cette intuition, en suivant le modèle d'application de l'article 25(3)(d) établi aux chapitres précédents.

La définition du groupe de personnes agissant de concert ne pose pas d'enjeu spécifique au crime politico-économique. L'existence de relations commerciales implique toutefois un certain degré d'organisation du groupe, qui sera sans doute fréquemment un État ou un groupe armé organisé. En RDC, le groupe armé M23, notamment placé sous l'autorité de Bosco Ntaganda avant sa remise à la Cour, s'est rendu coupable de nombreuses exactions, financées par une participation active au trafic d'or. Plusieurs entreprises, dont la société sud-africaine AngloGold Ashanti, ont été identifiées par les ONG comme des partenaires commerciaux actifs du groupement⁴⁹². Au Myanmar, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a dénoncé les liens étroits unissant la Tatmadaw avec l'industrie minière, les sociétés d'armement et d'autres sociétés de production de tabac, de distribution ou de bâtiment, participant à des joint-venture avec les entreprises publiques birmanes⁴⁹³. Ce système lucratif est accusé de financer les crimes

⁴⁹¹ Marina Aksenova, « Corporate Complicity in International Criminal Law: Potential Responsibility of European Arms Dealers for Crimes Committed in Yemen A Global Reckoning: Answering Calls for Change », *Washington International Law Journal* 30, n° 2 (2021 2020): 267.

⁴⁹² Human Rights Watch, « The Curse of Gold: Democratic Republic of Congo », 2005; Ruben de Koning et l'équipe d'Enough, « Striking Gold: How M23 and its Allies are Infiltrating Congo's Gold Trade » (Enough, octobre 2013); Voir également Brandon Prosansky, « Mining Gold in a Conflict Zone: The Context, Ramifications, Lessons of AngloGold Ashanti's Activities in the Democratic Republic of the Congo », *Northwestern Journal of International Human Rights* 5, n° 2 (2007).

⁴⁹³ Mécanisme d'enquête indépendant pour le Myanmar, « The economic interests of the Myanmar military » (Conseil des droits de l'homme (quarante-deuxième session), 5 août 2019); Voir également Tomas Hamilton et Gabriele Caon, « Corporate Accountability for Atrocity Crimes in Myanmar: Business Complicity in the Investigations of the UN Fact-Finding Mission », *Amsterdam Law School Research Paper*, n° 2022-10 (1 mai 2023).

du Tatmadaw, parmi lesquelles la persécution du peuple Rohingya. Le contributeur, au sens de l'article 25(3)(d), doit être conscient de l'existence du groupe, et du fait qu'il agit de concert dans la poursuite d'un dessein commun comportant l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Dès lors que la transaction commerciale est directe, le contributeur est tout du moins informé de l'identité de son interlocuteur. Dans certains cas, ceci implique nécessairement la connaissance de l'activité criminelle du groupe. Ainsi, dans l'affaire Lafarge Holcim, il ne peut être argué que les responsables des versements à l'État Islamique ignoraient sa vocation criminelle. Du reste, des éléments de contexte tels que l'existence d'un embargo, d'une condamnation de la part du Conseil de Sécurité de l'ONU, d'une enquête de la CPI ou une importante couverture médiatique des violences commises par le groupement peuvent aider à établir cette connaissance⁴⁹⁴.

Le comportement du contributeur peut adopter un grand nombre de formes. Dans le cas des *corporate political core-crimes*, elles seront généralement matérielles, voire organisationnelles. Hans Vest établit une typologie des soutiens économiques et commerciaux qui peuvent être apportés à un crime⁴⁹⁵. Il distingue tout d'abord les « *perfectly legal services* », qui ne sont pas répressibles à moins d'être fournis par connivence (par exemple, les soins prodigués par un hôpital ne pourront être punis, sauf s'ils avaient pour objectif de faciliter ou dissimuler des pratiques de torture). Vient ensuite l'approvisionnement en « *per se completely harmless goods* », souvent des biens fongibles ou facilement remplaçables, comme de l'argent. Cette situation est illustrée par l'affaire Rasche du tribunal militaire international états-unien, précitée ; ou par l'actuelle mise en cause de la BNP Paribas et de certains de ses dirigeants pour le financement du régime soudanais⁴⁹⁶. Les entreprises peuvent, en troisième lieu, fournir des produits dangereux, comme des armes ou des composantes chimiques nocives. Ces biens peuvent avoir un usage neutre, mais leur vente implique toutefois un certain degré de conscience quant à leurs possibles dérives. Les affaires relatives au Zyklon B illustrent cette hypothèse. Un autre exemple, plus actuel, est celui de la société anglo-danoise G4S, et des sociétés françaises Amesys et Nexa⁴⁹⁷. G4S est une société de sécurité privée, impliquée dans la surveillance des points de contrôle et des prisons de haute sécurité israéliennes. Elle est accusée de jouer un rôle clef dans le maintien de l'occupation des territoires palestiniens et des crimes y afférents.

⁴⁹⁴ de Leeuw, « Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute », 247.

⁴⁹⁵ Vest, « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law », 860.

⁴⁹⁶ TRIAL International, « Universal Jurisdiction Annual Review 2023 », 39.

⁴⁹⁷ Pour les affaires Amesys et Nexa, voir *Ibid.*, 39. Pour une tentative d'application de l'article 25(3)(d)(ii) au cas de G4S, voir de Leeuw, « Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute ».

Amesys et Nexa sont des entreprises spécialisées dans les logiciels de surveillance des télécommunications. Leurs dirigeants ont été mis en cause pour leur participation, par le biais de leurs services, à la torture sévissant en Égypte et en Libye, sous les régimes du Général Al-Sisi et de Mouammar Kadhafi. Enfin, Vest observe que les entreprises peuvent être directement impliquées dans des activités criminelles, citant notamment l'exploitation de mines gérées par des groupes violents ; ou la fourniture de services liés à l'activité criminelle, comme les fours crématoires installés par l'entreprise J. A. Topf & Söhne dans les camps d'extermination nazis. La grande flexibilité de la notion de « contribution » est opportune dans le cas des crimes politico-économiques, qui suivent des modèles extrêmement divers. Certains auteurs affirment que la contribution, pour être pénalement répréhensible, devrait nécessairement consister en un acte illégal ou effectué en violation d'une réglementation internationale⁴⁹⁸. Cette interprétation est excessivement limitative. La criminalité systémique, et à son échelle la criminalité économique, se caractérisent par la perpétuelle tension qu'elles entretiennent entre normalité et transgression. De fait, nombre de pratiques commerciales peu vertueuses reposent sur l'existence de vides juridiques ou de justifications dérogatoires pointues. Dans les exemples cités, quasiment aucune des contributions fournies n'était explicitement prohibée. Ainsi, dans l'intérêt de la lutte contre l'impunité, il faut comprendre que « *'contributing' also encompasses the facilitation of merely contextual and general conditions that ultimately feed into the commission of a crime by a group*⁴⁹⁹ ».

Divers facteurs devront être pris en compte dans l'évaluation des liens causals et normatifs unissant la contribution au crime. Christopher Burchard, dans son analyse des crimes politico-économiques, établit une matrice permettant d'évaluer la proximité ou l'éloignement normatif entre le comportement d'un acteur économique et la commission d'un crime international⁵⁰⁰. Celle-ci repose sur quatre considérations successives : « *the objective causation continuum* », c'est à dire le nombre de maillons dans la chaîne causale entre le crime et la contribution, et l'importance de celle-ci dans le résultat criminel ; « *the individual motive* », soit le degré d'adhésion idéologique du contributeur au dessein criminel ; « *the organizational theory* », compris comme l'ampleur du contrôle du contributeur sur la structure commerciale à laquelle il appartient et les transactions qu'elle effectue ; et « *the normative corruption* », qui évalue « *the integration or independence of a business actor in or from a political unit [...] that condones the commission of core crimes* ». L'exemple d'une contribution pleinement intégrée

⁴⁹⁸ de Leeuw, « Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute ».

⁴⁹⁹ Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate-Political Core Crime' », 942.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, 923-25.

à un système politique serait, entre autres, celle des dirigeants d'IG Farben au régime nazi. L'influence du contributeur peut porter tant sur la survenance du crime que sur la manière dont il est commis : en l'absence d'engagement idéologique et/ou d'implication personnelle de l'acteur économique et commercial, cette seconde hypothèse semble probable. Tomas Hamilton illustre la détermination de l'impact de la contribution sur le crime par l'exemple suivant :

In a hypothetical scenario where an individual supplies a State with weapons used by its army to unlawfully relocate a population of a certain ethnic group, for instance, the armed forces may have access to sufficient weaponry such that the supplier's conduct has no bearing on whether the crimes are going to occur. The supply of weapons is thus immaterial to whether the force element of the crime is made out, since the army was able to relocate the population even without the additional supplies. However, the hypothetical scenario might posit that the shipment of weapons is proven to have increased the degree of force used in the relocation, or alternatively, that the type of weapon used altered the manner in which the force is exercised. The shipment would now be considered sufficiently proximate, in the causal sense⁵⁰¹.

L'auteur remarque, à cet égard, que la fourniture d'armes est considérée comme une contribution au sens de l'article 25(3)(d) dans de nombreuses affaires. Il est donc curieux que ce raisonnement, que la Cour maîtrise déjà, n'ait pas encore été transposé aux acteurs économiques.

L'intention première attachée à l'acte de contribution ne soulève pas de problème : aucune des pratiques citées ne peut être commise par accident. Toutefois, il faut être en mesure de déterminer que le contributeur, au moment de son action, était conscient que celle-ci participerait, dans le cours normal des choses, à la commission d'un crime international. Ceci rejoint les considérations déjà énoncées sur la connaissance qu'a le contributeur de l'activité criminelle du groupe avec lequel il interagit. Certainement, cet état de conscience de la part du contributeur sera plus aisé à établir dans le cas où il fournit des biens ou services plus directement susceptibles d'être mobilisés pour un but criminel. Un nombre réduit d'intermédiaires entre le contributeur et le groupe assistera également cette détermination : un échange personnel et individualisé à propos du produit renforcera la conviction que le contributeur en connaissait la destination.

Certainement, le problème le plus épineux que rencontre l'application de l'article 25(3)(d) aux *corporate-political core crimes* est celui du degré de spécificité de l'information dont dispose le contributeur. En effet, le paragraphe (ii) de l'article impose une connaissance spécifique du crime envisagé par le groupe de personnes. Dans le cas d'une contribution

⁵⁰¹ Hamilton, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », 18.

économique à une atrocité de masse, les hypothèses où le contributeur est directement et précisément informé de l'activité criminelle de son partenaire commercial sont rares. Autrement dit, Saddam Hussein n'a pas personnellement contacté Frans Van Anraat pour le renseigner sur l'usage du thiodiglycol dans l'Anfal, et Bruno Tesch ne se trouvait pas à la Conférence de Wannsee. Pour autant, est-il possible d'affirmer que ces deux défendeurs ne disposaient pas d'une connaissance suffisamment précise des desseins criminels de leurs interlocuteurs ? Certains auteurs voient en ce point l'échec de l'article 25(3)(d) en matière de criminalité politico-économique⁵⁰². Le fait que cette disposition soit applicable aux individus extérieurs au groupe de personnes agissant de concert implique toutefois un certain degré de malléabilité de ce standard psychologique. Il faut souligner à nouveau que l'interprétation que fait la CPI du paragraphe (ii) de l'article 25(3)(d) est largement appuyée sur le contexte dans lequel intervient la contribution⁵⁰³. Ainsi si « la connaissance d'une intention criminelle générale ne s'avérera pas suffisante⁵⁰⁴ », un compromis consistant en la connaissance d'un certain nombre de potentialités criminelles définies et limitées peut d'avérer utile. C'est, dans une certaine mesure, le standard qu'utilise le TPIY dans l'application de la complicité⁵⁰⁵. La seconde Chambre de première instance affirmait, dans le jugement de l'affaire Furundžija :

Il n'est pas nécessaire que le complice connaisse le crime précis qui est projeté et qui est effectivement commis. S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, il a eu l'intention de le faciliter et il est coupable de complicité⁵⁰⁶.

Certains auteurs proposent l'application de ce test dit des « *essential matters* » à l'article 25(3)(d)(ii), exigeant dès lors du contributeur « *[the] knowledge of the basic factual contours of the crime with which she is charged, rather than necessarily having knowledge of the legal elements of a particular form of criminality*⁵⁰⁷ ». Cette interprétation semble s'inscrire dans la lignée de l'héritage de Nuremberg, et forme un parallèle satisfaisant avec les pratiques domestiques, qui chacune reconnaissent le rôle clef que joue l'acceptation du risque criminel. En outre, l'ampleur du crime relevant de la compétence de la CPI, et la gravité de l'affaire menant un acteur économique ou commercial à comparaître devant la CPI, rend la

⁵⁰² Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate–Political Core Crime' », 944.

⁵⁰³ Voir *supra*, Partie I - Chapitre 2 - Section 2 - §2 ; Partie II - Chapitre 2 - Section 1 - §2.

⁵⁰⁴ CPI, ChPI II, Jugement Katanga (2014): §1642.

⁵⁰⁵ Hamilton, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », 24.

⁵⁰⁶ TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, Jugement (10 décembre 1998): §246.

⁵⁰⁷ Hamilton, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », 24.

caractérisation de sa connaissance moins compliquée qu'il n'y paraît. En effet, « *establishing knowledge of the end use should generally be less difficult because of the scale and nature of the assistance*⁵⁰⁸ ». Ceci implique probablement de reconnaître que les contributeurs éloignés du crime par une multiplicité de filiales ou de transactions ne relèveront pas de la compétence de la CPI. Toutefois, ce constat est pleinement en accord avec la mission de la Cour et son ambition de ne juger que les crimes les plus graves. En matière de *corporate-political core crimes*, la justice pénale internationale ne peut pas porter tout le fardeau. Si l'article 25(3)(d)(ii) est un outil idoine pour lutter contre cette forme nébuleuse de complicité aux atrocités de masse, elle ne peut intervenir qu'*ex post*, et dans les cas de violations les plus sévères du droit international. En ce sens, il est indispensable d'encadrer, aux échelles domestiques et internationales, les pratiques des entreprises et des acteurs privés, par la mise en oeuvre d'un cadre efficace de gouvernance globale autour de ces questions. Seule la mobilisation parallèle d'outils complémentaires, empruntant à différentes branches du droit et faisant appel à diverses formes d'obligations, de régulations et de contraintes, sera en mesure de lutter pleinement contre l'impunité en matière de criminalité politico-économique⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Schabas, « Enforcing International Humanitarian Law », 450.

⁵⁰⁹ Burchard, « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate–Political Core Crime' », 934.

Conclusion

L'article 25(3)(d) a longtemps été considéré comme un objet de curiosité au sein du Statut de Rome. Consensus politique entre pays de *common law* et de droit romano-germanique, disposition fantôme masquant l'héritage des TPI ou erreur juridique menaçant la légalité criminelle, la responsabilité pour contribution à un crime collectif n'est pensée qu'au regard de ce qu'elle aurait pu être ou de ce qu'elle n'est pas. Elle cristallise les tensions entourant les choix jurisprudentiels de la CPI, qui s'inscrivent en rupture avec le droit de la responsabilité pénale internationale. La décision des juges de la Cour d'abandonner l'ECC au profit de la co-perpétration et de la théorie du contrôle exercé sur le crime a été maintes fois dénoncée. Elle résulte en une interprétation rigide et peu adaptable de la commission. Toutefois, un revirement de jurisprudence en faveur de l'ECC ne paraît aujourd'hui pas plausible. La CPI doit donc s'efforcer de construire un droit de l'imputation cohérent et efficace. Dans cette réalité, nombreux considèrent que l'article 25(3)(d), privé de son potentiel d'introduction de l'ECC dans le Statut de Rome, est voué à un rôle de figuration. Certains déconseillent son usage, voire recommandent sa reformulation⁵¹⁰. Ce pessimisme est inopportun. La responsabilité issue de l'article 25(3)(d) répond à un besoin pérenne de la justice pénale internationale, qui, depuis sa création, cherche à réconcilier le crime de masse à la responsabilité individuelle. Devant la CPI, l'article 25(3)(d) est le seul mode de responsabilité explicitement adressé à la criminalité de groupe. Ainsi, il faut tâcher d'y percevoir l'avenir de l'imputation collective devant la CPI. Cette nouvelle lecture implique de mobiliser plusieurs sources, qui, sans empiéter sur la substance de l'article 25(3)(d), éclairent sa vocation et confirment son potentiel. Il est pertinent d'étudier ce mode de responsabilité au regard de la jurisprudences des tribunaux internationaux antérieurs, ainsi que de la sociologie et de la criminologie des atrocités de masse. Par ce faisceau d'informations, ce format de participation apparaît comme le meilleur outil dont dispose la CPI pour aborder la problématique du crime systémique.

La réévaluation de l'article 25(3)(d) implique un travail didactique, divisé dans le présent mémoire en trois étapes successives : une analyse de la fonction de cette disposition dans le droit de la responsabilité pénale internationale ; une définition normative délimitant son champ d'application ; et un questionnement théorique, puis pratique, sur la légitimité et l'utilité de la sanction des contributions à un crime collectif. L'étude fonctionnelle de l'article 25(3)(d) a confirmé son caractère innovant, et encouragé l'adoption d'un modèle hybride d'imputation

⁵¹⁰ Ohlin, « Three conceptual problems with the doctrine of joint criminal enterprise », 89.

décorrélant mode et degré de responsabilité. La CPI doit tendre vers une pratique d'attribution différentielle et contextuelle, où la culpabilité est évaluée *in concreto*. L'article 25(3) du Statut offre un panel d'options parfois enchevêtrées, visant à dessiner, avec le plus de précision possible, le schéma du crime international. Dans ce cadre, l'alinéa (d) joue un rôle complémentaire des formes de responsabilité de l'auteur moral, du co-perpétrateur ou de l'exécutant, capable d'aborder les embranchements de la criminalité collective.

Cette utilisation de l'article 25(3)(d) est indispensable à l'effectivité des procédures devant la CPI. Le droit de la responsabilité pénale internationale connaît un tiraillement perpétuel entre les échelles macro et micro, le collectif et l'individu. Cette tension est inhérente à la nature même du crime international, assimilé aux concepts de crime organisationnel ou de crime systémique. L'atrocité de masse est une vaste entreprise, reposant sur diverses formes de soutien populaire, militaire, administratif ou financier. La participation individuelle à de telles formes de criminalité revêt donc deux caractéristiques qui lui sont spécifiques : l'absence de déviance du participant, qui agit dans un cadre normatif bouleversé, et l'ancrage collectif de son comportement, qui est difficilement réductible à un acte ou une intention personnelle. La particulière flexibilité de la notion de contribution saisit avec justesse ces dynamiques, afin de les faire entrer dans le champ de la répression. L'attention portée au groupe permet à l'article 25(3)(d) de créer une échelle palpable et concrète à laquelle rendre la justice. Cette disposition est un outil descriptif, participant à une narration fidèle de la perpétration des crimes internationaux. Loin de constituer une criminalisation à l'excès des comportements « normaux » ou de bousculer les principes cardinaux de la répression, l'article 25(3)(d) doit être perçu comme l'opportunité, pour la justice pénale internationale, d'élargir son champ d'application de manière horizontale. Si nombre d'auteurs se sont attelés à décrire les menaces posées par l'article 25(3)(d) aux principes de légalité criminelle et de culpabilité, celles-ci semblent peu susceptibles de se matérialiser devant la CPI. Les multiples filtres procéduraux précédant l'attribution d'un mode de responsabilité, l'amplitude factuelle des crimes de l'article 5 et la rigoureuse herméneutique des juges protègent largement les défendeurs des éventuelles atteintes portées à leurs droits. Du reste, il faut souligner l'importance de la mission de la CPI, y compris au regard des victimes, et la particulière gravité des crimes dont elle connaît. Ceux-ci rendent impérative une interprétation ambitieuse des modes de responsabilité, au risque d'entretenir un espace d'impunité aux marges de la pratique de la Cour.

L'élaboration d'un cadre normatif stable pour la mise en oeuvre de l'article 25(3)(d) nourrit ces réflexions, et permet de visualiser plus concrètement le potentiel de cette disposition négligée. *In fine*, les critères suivants ont été définis.

S'agissant, premièrement, du comportement adopté par le contributeur :

(i) Une contribution positive est apportée par le contributeur. Elle peut être matérielle, subjective, organisationnelle ou systémique. La notion de contribution est large, et permet de saisir de nombreux formats de participation. Les juges de la CPI n'ont que peu de limites à l'interprétation qui lui est conférée, et pourront facilement l'adapter aux situations dont ils ont à connaître.

(ii) Le contributeur agit délibérément. Il a conscience que, dans le cours normal des choses, son action contribuera à la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour par un groupe de personnes agissant de concert. La caractérisation du *mens rea* du contributeur n'est pas obstruée par la banalité de son comportement. Elle repose sur une ferme distinction entre l'attente rationnelle d'impunité et la croyance honnête en la légalité d'une action.

(iii) Le contributeur agit :

(i) Avec un *dolus specialis* visant la promotion de l'activité ou du dessein criminel du groupe de personnes. Ceci n'implique pas nécessairement que le contributeur partage les intentions du groupe ; ou

(ii) En connaissance de l'intention criminelle du groupe de personnes. Dans ce cas, le contributeur agit malgré l'existence d'un risque criminel, qu'il perçoit avec un degré de certitude modéré, adapté à l'action future d'un groupe de personnes extérieures.

(iv) Aux termes de l'analyse d'un faisceau de critères normatifs divers, comprenant entre autres le rôle du contributeur par rapport au projet criminel ; ses attributions fonctionnelles ; son implication dans la création ou l'entretien d'un risque criminel ; sa culpabilité mentale ; sa proximité avec le crime et son rapport à la norme de l'individu raisonnable, il est établi que la contribution a influencé crime, qu'il s'agisse de sa survenance ou de la manière dont il a été perpétré. Les liens unissant la contribution au crime bénéficient d'une étude *in concreto*, qui prend notamment en en considération les dynamiques sociales régissant le conflit et la ou les communautés dans lequel il s'inscrit ; la vulnérabilité des victimes ; les attaches économiques et commerciales du crime commis ou tenté.

S'agissant, ensuite, des circonstances entourant la contribution :

- (i) Un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis ou tenté.
- (ii) Ce crime ou cette tentative est imputable à un groupe d'au moins deux personnes. Il ne doit présenter aucune organisation particulière. Le contributeur n'en fait pas nécessairement partie. Le groupe comprend, sans forcément s'y réduire, les auteurs matériels du crime.
- (iii) Le groupe agit dans la poursuite d'un dessein commun. Il peut se matérialiser *a priori*, par exemple par un plan concerté, ou se déduire *a posteriori* d'une action coordonnée. Le dessein comprend, sans nécessairement viser, la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Les membres du groupe doivent envisager cette commission avec une quasi-certitude. Tant l'existence du dessein que son contenu doivent être caractérisés au regard du contexte dans lequel le crime est commis ou tenté. Le dessein est évolutif, et prend en compte, outre l'accord de volonté des participants, la réalité de la commission des crimes. Le standard de la quasi-certitude doit être analysé au regard du cadre politique, économique et social dans lequel le crime est commis ou tenté. Il prend en considération les différentes modalités de commission des infractions dont dispose le Statut de Rome, et peut être atteint au renfort d'analyses contextuelles et sociétales de la violence dans les communautés concernées.
- (iv) Le contributeur :
 - (i) Lorsqu'il agit avec un *dolus specialis* visant la promotion de l'activité du groupe, ne connaît pas nécessairement la nature du crime prévu.
 - (ii) Lorsqu'il agit en connaissance de l'intention criminelle du groupe, doit en connaître plus précisément la teneur. Sa connaissance est, similairement à celle du dessein commun, déduite du contexte.

Deux exemples pratiques ont permis, à l'issue des considérations théoriques, d'ancrer l'article 25(3)(d) dans le travail de la Cour et sa mission de lutte contre l'impunité. Premièrement, la répression des crimes sexuels et à caractère sexiste est un défi de taille pour la CPI. Si la politique du BdP l'affiche comme une priorité, la critique féministe du droit international a souligné à de nombreuses reprises les lacunes du raisonnement juridique appliqué à ce type de violences. Peu de condamnations ont été obtenues, et les procédures ont parfois été menées au détriment de la juste représentation de la réalité des victimes de

criminalité sexuelle et sexiste de masse. L'article 25(3)(d) peut servir, dans ce cadre, à combler partiellement le vide créé par l'abandon de l'ECC 3 devant la CPI. L'interprétation contextuelle, sociale et concrète proposée ci-dessus offre de meilleures perspectives de sanction des violences sexuelles et sexistes qui, si elles sont immensément répandues en temps de conflits, peinent à être considérées comme une forme de criminalité autonome, organisée et instrumentale dans les projets criminels collectifs. De manière plus prospective, l'article 25(3)(d) a dans un second temps été proposé comme une voie vers la sanction de la criminalité politico-économique. La nature systémique du crime international implique, plus que jamais, un fort engagement commercial pour en soutenir les dépenses et en permettre le développement. Si les juridictions nationales et le TMIN ont, de part et d'autre, participé à la répression des piliers économiques de la criminalité internationale, la CPI peine pour l'heure à suivre cette ambition. Indépendamment des considérations politiques à l'origine d'un tel retard, il faut souligner que la Cour est en mesure de se saisir des contributions financières et commerciales aux atrocités de masse. L'article 25(3)(d), de par son *mens rea* modéré et la multiplicité des comportements qu'il aborde, est l'outil idoine pour s'engager dans cette nouvelle sphère de la lutte contre l'impunité.

À l'issue de cette analyse, l'article 25(3)(d) réinvestit sa place dans les théories de l'imputation collective, qui forment le cœur de la responsabilité pénale internationale. La CPI, confrontée à l'immobilisme de son Statut et à la pérennité de sa jurisprudence, doit s'efforcer d'insuffler une détermination proactive à la lutte contre l'impunité en matière de crimes systémiques. Les États, comme les éventuelles futures juridictions hybrides, doivent bénéficier d'une jurisprudence ambitieuse, cherchant à illustrer au maximum la réalité de l'atrocité de masse. Un tel travail dépasse la vocation répressive de la Cour. Il faut espérer qu'il participe, à son échelle, à la reconstruction des sociétés, aux réparations apportées aux victimes, et à la transition démocratique. Les jugements à intervenir dans les affaires Ngaïssona et Al Hassan, qui tous deux mobilisent l'article 25(3)(d), sont déterminants. L'intégration de considérations sociales et organisationnelles dans le raisonnement des juges concernant l'attribution d'une responsabilité pénale doit devenir automatique, au risque pour la CPI de payer le prix fort de sa décision de rompre avec l'historique du droit de la responsabilité pénale internationale.

Bibliographie

1. Sources doctrinales

a. Manuels

- Ascensio, Hervé, Emmanuel Decaux, et Alain Pellet, éd. *Droit international pénal*. 2^e éd. Paris: Pedone, 2012.
- Bellivier, Florence, Marina Eudes, et Isabelle Fouchard. *Droit des crimes internationaux*. 1^{re} édition. Thémis. Droit. Paris: Presses universitaires de France, 2018.
- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. 3^e éd. Oxford University Press, 2013.
- Cassese, Antonio, Damien Scalia, Vanessa Thalmann, et Marie-Laurence Hébert-Dolbec, éd. *Les grands arrêts de droit international pénal*. 2^e éd., 2021. Grands arrêts. Paris: Dalloz, 2021.
- Fernandez, Julian. *Droit international pénal*. 2^e éd. Manuel. Paris-La Défense: LGDJ, 2022.
- Frouville, Olivier de. *Droit international pénal: sources, incriminations, responsabilité*. Paris: A. Pedone, 2012.
- Maison, Rafaëlle. *Justice pénale internationale*. Droit fondamental. Paris: PUF, 2017.
- Pin, Xavier. *Droit pénal général 2023*. 14^e éd. Cours. Dalloz, 2022.
- Rebut, Didier. *Droit pénal international*. 4^e. Précis. Paris: Dalloz, 2022.

b. Monographies

- Arendt, Hannah. *Eichmann à Jerusalem: rapport sur la banalité du mal*. Traduit par Anne Guérin. Collection folio Histoire 32. Paris: Gallimard, 1991.
- . *Responsabilité et jugement*. Traduit par Jean-Luc Fidel. Petite Bibliothèque Payot 698. Paris: Payot & Rivages, 2009.
- Bassiouni, M. Cherif. *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*. [2nd rev. & Updated ed.]. Dordrecht Boston: M. Nijhoff, 1987.
- . *The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee, and Administrative and Financial Implications*. Nouvelles Études Pénales. Toulouse Chicago: Érès International Human Rights Institute, DePaul University, 1997.
- Becker, Howard. *Outsiders : Studies in the Sociology of Deviance*. Free Press of Glencoe, 1963.
- Bonafè, Beatrice. *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Brill Nijhoff, 2009. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173316.i-284>.

- Chappell, Louise. *The Politics of Gender Justice at the International Criminal Court: Legacies and Legitimacy*. Oxford Studies in Gender and International Relations. Oxford, New York: Oxford University Press, 2015.
- Drumbl, Mark A. *Atrocity, punishment, and international law*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2007.
- Durkheim, Émile. *De la division du travail social*. Quadrige. Paris: Presses universitaires de France, 2013.
- Fletcher, George P. *The Grammar of Criminal Law*. Vol. 2 : International Criminal Law. New York, NY: Oxford University Press, 2007.
- Fraser, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New Directions in Critical Theory. New York: Columbia university press, 2010.
- Garapon, Antoine. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner: pour une justice internationale*. Paris: Odile Jacob, 2002.
- Goffman, Erving. *Stigma*. Prentice-Hall Inc., 1963.
- Harding, Christopher. *Criminal Enterprise: Individuals, Organizations and Criminal Responsibility*. Routledge, 2013.
- Jackson, Miles. *Complicity in International Law*. Oxford University Press, 2015. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198736936.001.0001>.
- Jain, Neha. *Perpetrators and accessories in international criminal law: individual modes of responsibility for collective crimes*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- Jaspers, Karl. *La culpabilité allemande*. Collection Arguments. Paris: Éd. de Minuit, 1990.
- Lauterpacht, Hersch. *International Law and Human Rights*. Archon Books, 1968.
- Maljević, Almir. « *Participation in a Criminal Organisation* » and « *Conspiracy* »: *Different Legal Models Against Criminal Collectives*. Duncker & Humblot, 2011.
- May, Larry. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge studies in philosophy and law. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2005.
- Olásolo, Héctor. *Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Studies in International and Comparative Criminal Law 4. Oxford: Hart, 2010.
- Osiel, Mark. *Making sense of mass atrocity*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- Pella, Vespasien. *La criminalité collective des états et le droit pénal de l'avenir*. Bucarest: Imprimerie de l'État, 1925.
- Rousseau, François. *L'imputation de la responsabilité pénale*. Nouvelle Bibliothèque de Thèses. Dalloz, 2009. <https://www.lgdj.fr/l-imputation-de-la-responsabilite-penale-9782247082469.html>.
- Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. De Gruyter, 1984. <https://doi.org/10.1515/9783111700885>.

- Schabas, William. *An introduction to the International Criminal Court*. Sixth edition. Cambridge, United Kingdom ; New York, NY: Cambridge University Press, 2020.
- Sliedregt, Elies van. *Individual criminal responsibility in international law*. Oxford monographs in international law. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2012.
- . *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003.
- Sutherland, Edwin H. *White Collar Crime*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1949.
- Teitel, Ruti G. *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Tilly, Charles. *The Politics of Collective Violence*. Cambridge Studies in Contentious Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511819131>.

c. Ouvrages collectifs

- Aksenova, Marina, Elies van Sliedregt, et Stephen Parmentier. *Breaking the Cycle of Mass Atrocities : Criminological and Socio-Legal Approaches in International Criminal Law*. Londres: Hart Publishing, 2020.
- Ambos, Kai, éd. *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*. 4^{ème} éd. Baden-Baden/Munich/Oxford: Beck-Hart-Nomos, 2022.
- Ambos, Kai, Antony Duff, Julian V. Roberts, Thomas Weigend, et Alexander Heinze, éd. *Core concepts in criminal law and criminal justice*. Cambridge, United Kingdom ; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2020.
- Arendt, Hannah, et Karl Jaspers. *Correspondance: 1926-1969*. Traduit par Eliane Kaufholz-Messmer. Bibliothèque philosophique. Paris: Payot & Rivages, 1995.
- Bassiouni, M. Cherif, et William Schabas, éd. *The Legislative History of the International Criminal Court: Second Revised and Expanded Edition*. Vol. 2. 2 vol. Brill Nijhoff, 2016.
- Cassese, Antonio, éd. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Cassese, Antonio, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones, éd. *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*. Vol. 1. 2 vol. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002.
- Cryer, Robert, Darryl Robinson, et Сергей Васильев. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 4th ed. Cambridge: Cambridge university press, 2019.
- Fernandez, Julian, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda-Saillard, dir. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale: commentaire article par article*. 2^{ème} éd. Paris: Pedone, 2019.
- Frouville, Olivier de, éd. *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?* Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.

- Klamberg, Mark, éd. *Commentary on the law of the International Criminal Court*. FICHL publication series, no. 29 (2017). Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017.
- Lattanzi, Flavia, éd. *The international criminal court: comments on the draft statute*. Università degli studi di Teramo. Studi e documenti di diritto internazionale e comunitario 15. Napoli: Editoriale scientifica, 1998.
- McGoldrick, Dominic, P. J. Rowe, et Eric Donnelly, éd. *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Studies in international law, v. 5. Oxford ; Portland, Or: Hart Pub, 2004.
- Michalowski, Raymond J., et Ronald C. Kramer, éd. *State-corporate crime: wrongdoing at the intersection of business and government*. Critical issues in crime and society. New Brunswick, N.J: Rutgers University Press, 2006.
- Sadat Wexler, Leila, et M. Cherif Bassiouni, éd. *Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference*. Rome, 1998.
- Schabas, William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Deuxième édition. Vol. 1. Oxford University Press, 2016. <https://doi.org/10.1093/law/9780198739777.001.0001>.
- Schabas, William., Yvonne McDermott, et Niamh Hayes, éd. *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*. Ashgate Research Companion. Farnham, Surrey, England Burlington, VT: Ashgate, 2013.
- Sliedregt, Elies van, Jérôme de Hemptinne, et Robert Roth, éd. *Modes of Liability in International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108678957>.
- Smeulers, Alette, éd. *Collective violence and international criminal justice: an interdisciplinary approach*. Series Supranational criminal law. Antwerp ; Portland [Or.] : Portland, OR: Intersentia, 2010.
- Triffterer, Otto, et Kai Ambos, éd. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. 3. éd. München: Beck, 2016.
- Werle, Gerhard, et Florian Jeßberger. *Principles of International Criminal Law*. 4^e éd. Oxford University Press, 2020. <https://doi.org/10.1093/law/9780198826859.001.0001>.
- Wilt, Harmen van der, et André Nollkaemper, éd. *System Criminality in International Law*. 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Wood, Elizabeth Jean, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre, éd. *Understanding and Proving International Sex Crimes*. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.

d. Chapitres de livre

- Ambos, Kai. « Article 25 ». In *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, édité par Antonio Cassese, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones, Vol. 1. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002.
- . « Article 25 - Individual Criminal Responsibility ». In *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, édité par Otto Triffterer, 2. ed. München: Beck [u.a.], 2008.
- . « Individual criminal responsibility in International Criminal Law: a jurisprudential analysis - from Nuremberg to The Hague ». In *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts.*, édité par Gabrielle K. MacDonald et Olivia Swaak-Goldman, 1:1-31. The Hague: Nijhoff, 2000.
- . « Sexual Offences in International Criminal Law ». In *Understanding and Proving International Sex Crimes*, édité par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- . « The ICC and Common Purpose— What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? » In *The Law and Practice of the International Criminal Court*, édité par Carsen Stahn. Oxford University Press, 2015.
- Ascensio, Hervé. « Crime de masse et responsabilité individuelle ». In *Le tribunal pénal international de La Haye: le droit à l'épreuve de la « purification ethnique »*, édité par Juristes sans frontières. Collection Logiques juridiques. Paris: Harmattan, 2000.
- Bassiouni, M. Cherif, et William Schabas, éd. « Article 25 : Individual Criminal Responsibility ». In *The Legislative History of the International Criminal Court: Second Revised and Expanded Edition*, Vol. 2. Brill Nijhoff, 2016. <https://brill.com/view/title/33453>.
- Bois-Pedain, Antje du. « Participation in Crime ». In *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice: Volume I*, édité par Alexander Heinze, Antony Duff, Julian Roberts, Kai Ambos, et Thomas Weigend, 1:94-134. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. <https://doi.org/10.1017/9781108649742.004>.
- Bracq, Natacha. « Sexual and Gender-Based Violence: What Legacy for the New ICC Prosecutor? » In *Contemporary International Criminal Law Issues: Contributions in Pursuit of Accountability for Africa and the World*, édité par Takeh B. K. Sendze, Adesola Adeboyejo, Howard Morrison, Sophia Ugwu, et Althea Alexis-Windor. The Hague, the Netherlands: Asser Press, 2023.
- Burghardt, Boris. « Modes of Participation and Their Role in a General Concept of Crimes under International Law ». In *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court: Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in*

- Tübingen, Germany, Co-Organized by the AIDP YP Committee, Wolters Kluwer Law & Business, Carl Heymanns Verlag., édité par Christoph Burchard, Otto Triffterer, et Joachim Vogel. Kluwer Law International, 2010.
- Ceretti, Adolfo. « Collective violence and international crime ». In *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, édité par Antonio Cassese. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Chinkin, Christine. « Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice ». In *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, édité par Antonio Cassese, 75-81. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Chouliaras, Athanasios. « Discourses on international criminality ». In *Collective violence and international criminal justice: an interdisciplinary approach*, édité par Alette Smeulers. Series Supranational criminal law. Antwerp ; Portland [Or.] : Portland, OR: Intersentia, 2010.
- Cryer, Robert, et Adrian Hunt. « Principles of Criminal Liability for collective crimes in Common Law Countries ». In *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, par Olivier de Frouville. Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.
- Cupido, Marjolein. « Groups Acting With a Common Purpose ». In *Modes of Liability in International Criminal Law*, édité par Elies van Sliedregt, Jérôme de Hemptinne, et Robert Roth. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108678957>.
- Delpla, Isabelle. « Considérations anthropologiques et philosophiques sur l'entreprise criminelle commune ». In *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, édité par Olivier de Frouville. Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.
- Diarra, Fatoumata, et Pierre D'Huart. « Article 25 : Responsabilité pénale individuelle ». In *Statut de Rome de la Cour pénale internationale: commentaire article par article*, édité par Julian Fernandez et Xavier Pacreau, Vol. 1. Paris: Éditions Pedone, 2012.
- Duff, R. A. « Authority and responsibility in international criminal law ». In *Philosophy of International Law*, édité par John Tasioulas et Samantha Besson, 589-604. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Eboe-Osuji, Chile. « Rape And Superior Responsibility: International Criminal Law In Need Of Adjustment ». In *Protecting Humanity*, édité par Chile Eboe-Osuji, 141-64. Brill Nijhoff, 2010.
- . « Superior Responsibility for the Rape of Women during Armed Conflicts ». In *International law and sexual violence in armed conflicts*, par Chile Eboe-Osuji. International humanitarian law series 35. Leiden ; Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012.

- Eser, Albin. « Individual Criminal Responsibility ». In *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, édité par Antonio Cassese, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- . « Mental Elements - Mistake of Facts and Mistake of Law ». In *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, édité par Antonio Cassese, Paola Gaeta, et John R. W. D. Jones. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Frouville, Olivier de. « Joint criminal enterprise and co-action : a comparison ». In *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, édité par Olivier de Frouville. Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.
- . « Le droit de l'Homme à la vérité en droit international : à propos de quelques « considérations inactuelles » ». In *La vérité*, édité par Olivier Guerrier. Les colloques de l'Institut universitaire de France. Saint-Étienne: Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2013.
- Gattini, Andrea. « A Historical Perspective: From Collective to Individual Responsibility and Back ». In *System Criminality in International Law*, édité par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Gevers, Christopher. « Africa and International Criminal Law ». In *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, édité par Kevin Jon Heller, Frédéric Mégret, Sarah M. H. Nouwen, Jens David Ohlin, et Darryl Robinson. Oxford University Press, 2020. <https://doi.org/10.1093/law/9780198825203.003.0008>.
- Hamilton, Tomas. « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute ». In *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, édité par Nina H B Jørgensen, 1^{re} éd., 148-86. Cambridge University Press, 2020. <https://doi.org/10.1017/9781108692991.007>.
- Hayes, Niamh. « Sisyphus Wept: Prosecuting Sexual Violence at the International Criminal Court ». In *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, édité par William Schabas, Yvonne McDermott, et Niamh Hayes. Ashgate Research Companion. Farnham, Surrey, England Burlington, VT: Ashgate, 2013.
- Hemptinne, Jérôme de. « Conspiracy ». In *Modes of Liability in International Criminal Law*, édité par Lachezar Yaney, Manuel J. Ventura, et Marjolein Cupido, 367-87. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. <https://doi.org/10.1017/9781108678957.013>.
- Kafedžić, Selma. « Determining Modes of Liability in International Criminal Law: Why the Common Purpose Doctrine is the Strongest Legal Response to Mass Atrocity Crimes ». In *New Zealand Yearbook of International Law*, édité par Christian Riffel et Róisín Burke, 134-79. Brill | Nijhoff, 2018. https://doi.org/10.1163/9789004345911_006.

- Kelman, Herbert C. « The Policy Context of International Crimes ». In *System Criminality in International Law*, édité par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Kremnitzer, Mordechai. « An Argument for Retributivism in International Criminal Law ». In *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?: Purposes of Punishment in International Criminal Law*, édité par Florian Jeßberger et Julia Geneuss, 161-75. ASIL Studies in International Legal Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. <https://doi.org/10.1017/9781108566360.013>.
- Luban, David. « Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law ». In *The Philosophy of International Law*, édité par Samantha Besson et John Tasioulas. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- . « State Criminality and the Ambition of International Criminal Law ». In *Accountability for Collective Wrongdoing*, édité par Tracy Isaacs et Richard Vernon, 1^{re} éd., 61-91. Cambridge University Press, 2011. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976780.003>.
- . « The Enemy of All Humanity ». In *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, édité par Kevin Jon Heller, Frédéric Mégret, Sarah M. H. Nouwen, Jens David Ohlin, et Darryl Robinson. Oxford University Press, 2020. <https://doi.org/10.1093/law/9780198825203.003.0025>.
- Mallesons, Stephen Jaques. « Special Court for Sierra Leone: Joint Criminal Enterprise ». In *Humanitarian Law Perspectives*. Australian Red Cross, 2010.
- Manacorda, Stefano. « L'imputation collective en droit international pénal : aperçu critique de ses fondements historiques ». In *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, édité par Olivier de Frouville. Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.
- Moore, Michael S. « The Superfluity of Accomplice Liability ». In *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*. Oxford, UNITED KINGDOM: Oxford University Press, Incorporated, 2009. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/sciences-po/detail.action?docID=4702283>.
- Nollkaemper, André. « Introduction ». In *System Criminality in International Law*, édité par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Olásolo, Héctor. « Developments In The Distinction Between Principal And Accessorial Liability In Light Of The First Case Law Of The International Criminal Court ». In *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, édité par Carsten Stahn et Göran Sluiter, 339-59. Brill | Nijhoff, 2009. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166554.i-774.108>.

- Punch, Maurice. « Why Corporations Kill and Get Away with It: The Failure of Law to Cope with Crime in Organizations ». In *System Criminality in International Law*, édité par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Robinson, Darryl, et Donald K. Pigaroff. « Article 30 : Mental Element ». In *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, édité par Otto Triffterer et Kai Ambos, 3. ed. München: Beck [u.a.], 2016.
- Roth, Robert. « Responsabilité pénale individuelle pour délits collectifs : droit continental ». In *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou coaction ?*, par Olivier de Frouville. Droit et justice 99. Bruxelles Limal: Nemesis Anthemis, 2012.
- Saland, Per. « International Criminal Law Principles ». In *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations and Results*, édité par Thomas H. C. Lee. Brill Nijhoff, 1999.
- Sereni, Andrea. « International Criminal Responsibility ». In *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, édité par Flavia Lattanzi et William Schabas, Vol. 2. Il Sirente, 1999.
- Simpson, Gerry. « Men and Abstract Entities: Individual Responsibility and Collective Guilt in International Criminal Law ». In *System Criminality in International Law*, édité par Harmen van der Wilt et André Nollkaemper, 1. publ. Cambridge [England] New York: Cambridge University Press, 2009.
- Skjelsbæk, Inger. « Conceptualizing Sexual Violence Perpetrators in War ». In *Understanding and Proving International Sex Crimes*, édité par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- Smeulers, Alette. « Perpetrators of international crimes: Towards a typology ». In *Supranational criminology: towards a criminology of international crimes*, édité par Alette Smeulers et Roelof Haveman. Series Supranational criminal law 6. Antwerp ; Portland: Intersentia : Distribution for the USA and Canada, International Specialized Book Services, 2008.
- Smeulers, Alette, et Barbora Holà. « ICTY and the culpability of different types of perpetrators of international crimes ». In *Collective violence and international criminal justice: an interdisciplinary approach*, édité par Alette Smeulers. Series Supranational criminal law. Antwerp ; Portland [Or.] : Portland, OR: Intersentia, 2010.
- Smeulers, Alette, et Wouter Werner. « The Banality of Evil on Trial ». In *Future perspectives on international criminal justice*, édité par Carsten Stahn et L. J. van den Herik. The Hague, Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2010.

- Swart, Bert. « Modes of International Criminal Liability ». In *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, édité par Antonio Cassese. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Waller, James E. « The Ordinariness of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Genocide and Mass Killing ». In *Ordinary People as Mass Murderers: Perpetrators in Comparative Perspectives*, édité par Olaf Jensen et Claus-Christian W. Szejnmann, 145-64. The Holocaust and Its Contexts. London: Palgrave Macmillan UK, 2008. https://doi.org/10.1057/9780230583566_7.
- Werle, Gerhard. « General principles of international criminal law ». In *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, édité par Antonio Cassese. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- Werle, Gerhard, et Boris Burghardt. « Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute ». In *Pluralism in International Criminal Law*, édité par Elies van Sliedregt et Sergei Vasiliev. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Wildermuth, Patricia, et Petra Kneuer. « Addressing the Challenges to Prosecution of Sexual Violence Crimes before International Tribunals and Courts ». In *Understanding and Proving International Sex Crimes*, édité par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.
- Wood, Elizabeth Jean. « Rape during War is not Inevitable: Variations in Wartime Sexual Violence ». In *Understanding and Proving International Sex Crimes*, édité par Elizabeth Jean Wood, Morten Bergsmo, et Alf Butenschøn Skre. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012.

e. Travaux de recherche

i. Articles

- Aksenova, Marina. « Corporate Complicity in International Criminal Law: Potential Responsibility of European Arms Dealers for Crimes Committed in Yemen A Global Reckoning: Answering Calls for Change ». *Washington International Law Journal* 30, n° 2 (2021 2020): [iii]-283.
- . « The Modes of Liability at the ICC: The Labels That Don't Always Stick ». *International Criminal Law Review* 15, n° 4 (2015): 629-64.
- Altunjan, Tanja. « The International Criminal Court and Sexual Violence: Between Aspirations and Reality ». *German Law Journal* 22, n° 5 (août 2021): 878-93. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.45>.
- Alvarez, Jose. « Rush to Closure: Lessons of the Tadić Judgment ». *Michigan Law Review* 96, n° 7 (1 juin 1998): 2031-2112.

- Amann, Diane Marie. « Group Mentality, Expressivism, and Genocide ». *International Criminal Law Review* 2, n° 2 (2002): 93-143. <https://doi.org/10.1163/157181202400454709>.
- Ambos, Kai. « General principles of criminal law in the Rome Statute ». *Criminal Law Forum* 10, n° 1 (1999): 1-32. <https://doi.org/10.1023/A:1009495423352>.
- Arendt, Hannah. « Thinking and moral considerations: a lecture ». *Social Research* 38, n° 3 (1971): 417-46.
- Askin, Kelly. « Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur ». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal* 1, n° 1 (1 juillet 2006). <https://digitalcommons.usf.edu/gsp/vol1/iss1/6>.
- . « Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles ». *Berkeley Journal of International Law* 21, n° 2 (2003).
- Aukerman, Miriam J. « Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice ». *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002): 39-98.
- Badar, Mohamed Elewa. « The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective ». *Criminal Law Forum* 19, n° 3 (1 décembre 2008): 473-518. <https://doi.org/10.1007/s10609-008-9085-6>.
- Bassiouni, M. Cherif. « Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court Symposium: The International Criminal Court: Consenses and Debate on the International Adjudication of Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes, and Aggression ». *Cornell International Law Journal* 32, n° 3 (1999): 443-70.
- Brady, Helen. « The Power of Precedents: Using the Case Law of the Ad Hoc International Criminal Tribunals and Hybrid Courts in Adjudicating Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the ICC ». *Australian Journal of Human Rights* 18, n° 2 (octobre 2012): 75-108. <https://doi.org/10.1080/1323-238X.2012.11882108>.
- Bringedal Houge, Anette. « Narrative Expressivism: A Criminological Approach to the Expressive Function of International Criminal Justice ». *Criminology & Criminal Justice* 19, n° 3 (1 juillet 2019): 277-93. <https://doi.org/10.1177/1748895818787009>.
- Bunch, Charlotte. « Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights ». *Human Rights Quarterly* 12 (1 janvier 1990): 486-98.
- Burchard, Christoph. « Ancillary and Neutral Business Contributions to 'Corporate-Political Core Crime': Initial Enquiries Concerning the Rome Statute ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 919-46. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq033>.
- Buss, Doris. « Performing Legal Order: Some Feminist Thoughts on International Criminal Law Special Issue: Women and International Criminal Law: Dedicated to the Honourable

- Patricia M. Wald: *The Limits of International Criminal Law* ». *International Criminal Law Review* 11, n° 3 (2011): 409-24.
- . « The Curious Visibility of Wartime Rape: Gender and Ethnicity in International Criminal Law ». *Windsor Yearbook of Access to Justice* 25, n° 1 (2007): 3-22.
- Cassese, Antonio. « The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise ». *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 1 (1 mars 2007): 109-33. <https://doi.org/10.1093/jicj/mql091>.
- Ceccaroni, Federica. « Sexual Crimes as Weapons of War: New Trajectories towards a More Effective Gender Justice at the International Criminal Court. » *Giurisprudenza Penale* 2 (2020).
- Clark, Roger S. « The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the Elements of Offences ». *Criminal Law Forum* 12, n° 3 (1 septembre 2001): 291-334. <https://doi.org/10.1023/A:1014929127650>.
- Conway, Melissa. « Ordering Individual Criminal Responsibility: Proposing a Hierarchy of the Modes of Liability ». *Cambridge International Law Journal* 7, n° 1 (2018): 51-76.
- Cupido, Marjolein. « Causation in International Crimes Cases: (Re)Conceptualizing the Causal Linkage ». *Criminal Law Forum* 32, n° 1 (2021): 1-50.
- . « Common Purpose Liability Versus Joint Perpetration: A Practical View on the ICC's Hierarchy of Liability Theories ». *Leiden Journal of International Law* 29, n° 3 (septembre 2016): 897-915. <https://doi.org/10.1017/S0922156516000364>.
- Damaška, Mirjan. « What Is the Point of International Criminal Justice? » *Chicago-Kent Law Review* 83, n° 1 (s. d.).
- Danner, Allison Marston. « Joint Criminal Enterprise and Contemporary International Criminal Law ». *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 98 (2004): 186-89.
- Danner, Allison Marston, et Jenny S. Martinez. « Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law ». *California Law Review* 93, n° 1 (2005): 75-169.
- Davies, Sara E, et Jacqui True. « Reframing Conflict-Related Sexual and Gender-Based Violence: Bringing Gender Analysis Back In ». *Security Dialogue* 46, n° 6 (1 décembre 2015): 495-512. <https://doi.org/10.1177/0967010615601389>.
- DeFalco, Randle C. « Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute: Thresholds of Contribution ». *Journal of International Criminal Justice* 11, n° 4 (1 septembre 2013): 715-35. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqt045>.
- Delmas-Marty, Mireille. « Violence and Massacres — Towards a Criminal Law of Inhumanity? » *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 1 (1 mars 2009): 5-16. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqp004>.

- Deutch, Sarah T. « Putting the Spotlight on the Terminator: How the ICC Prosecution of Bosco Ntaganda Could Reduce Sexual Violence during Conflict Notes ». *William & Mary Journal of Women and the Law* 22, n° 3 (2016 2015): 655-88.
- Donnedieu de Vabres, Henri. « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines ». *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1947.
- Drumbl, Mark A. « Accountability for System Criminality ». *Santa Clara Journal of International Law* 8, n° 1 (2010): 373-82.
- . « Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity ». *Northwestern University Law Review*, n° 539 (2005).
- Farr, Kathryn. « Extreme War Rape in Today's Civil-War-Torn States: A Contextual and Comparative Analysis ». *Gender Issues* 26, n° 1 (1 mars 2009): 1-41. <https://doi.org/10.1007/s12147-009-9068-x>.
- Farrell, Norman. « Attributing Criminal Liability to Corporate Actors: Some Lessons from the International Tribunals ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 873-94. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq030>.
- Fauchald, Ole Kristian, et Jo Stigen. « Corporate Responsibility before International Institutions Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century ». *George Washington International Law Review* 40, n° 4 (2009 2008): 1025-1100.
- Fernandez, Julian. « L'expérience mitigée des tribunaux pénaux internationaux. Les limites de la justice pénale internationale. » In *Annuaire Français de Relations Internationales*, 223-41. La documentation française. Bruylant, 2008.
- Fichtelberg, Aaron. « Crimes beyond Justice - Retributivism and War Crimes ». *Criminal Justice Ethics* 24, n° 1 (2005): 31-46.
- Fletcher, George P. « Collective Guilt and Collective Punishment ». *Theoretical Inquiries in Law* 5, n° 1 (11 février 2004): 163-78. <https://doi.org/10.2202/1565-3404.1089>.
- . « Hamdan Confronts the Military Commissions Act of 2006 ». *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 45 (2007).
- . « The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt ». *Yale Law Journal* 111, n° 7 (2002 2001): 1499-1574.
- Fletcher, George P., et Jens David Ohlin. « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case ». *Journal of International Criminal Justice* 3, n° 3 (1 juillet 2005): 539-61. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqi049>.
- Fletcher, Laurel E., et Harvey M. Weinstein. « Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation ». *Human Rights Quarterly* 24, n° 3 (2002): 573-639. <https://doi.org/10.1353/hrq.2002.0033>.

- Goy, Barbara. « Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the Ad Hoc Tribunals ». *International Criminal Law Review* 12, n° 1 (1 janvier 2012): 1-70. <https://doi.org/10.1163/157181212X616522>.
- Greenawalt, Alexander K. A. « Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation ». *Columbia Law Review* 99, n° 8 (1999): 2259-94. <https://doi.org/10.2307/1123611>.
- Guilford, Katharine. « Prosecuting Sexual Violence in Conflict and the Future of the Common Criminal Purpose at International Criminal Law ». *New Zealand Women's Law Journal* 2 (2018): 168-206.
- . « Sexual Violence and the Common Purpose at the International Court and Ad Hoc Tribunals », 2016. <http://researcharchive.vuw.ac.nz/handle/10063/5081>.
- Guilfoyle, Douglas. « Responsibility for Collective Atrocities: Fair Labelling and Approaches to Commission in International Criminal Law ». *Current Legal Problems* 64, n° 1 (1 janvier 2011): 255-86. <https://doi.org/10.1093/clp/cur006>.
- Gustafson, Katrina. « ECCC Tackles JCE: An Appraisal of Recent Decisions ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 5 (1 novembre 2010): 1323-32. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq067>.
- Haffajee, Rebecca L. « Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: The Application of Joint Criminal Enterprise Theory Notes ». *Harvard Journal of Law & Gender* 29, n° 1 (2006): 201-22.
- Hamilton, Tomas, et Gabriele Caon. « Corporate Accountability for Atrocity Crimes in Myanmar: Business Complicity in the Investigations of the UN Fact-Finding Mission ». *Amsterdam Law School Research Paper*, n° 2022-10 (1 mai 2023). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4078921>.
- Heller, Kevin Jon. « What Is an International Crime: (A Revisionist History) ». *Harvard International Law Journal* 58, n° 2 (2017): 353-420.
- Huisman, Wim, et Elies van Sliedregt. « Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 803-28. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq040>.
- Jackson, Miles. « The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law » 29, n° 3 (2016): 879-95. <https://doi.org/10.1017/S0922156516000352>.
- Jacobson, Kyle Rex. « Doing Business with the Devil: The Challenges of Prosecuting Corporate Officials Whose Business Transactions Facilitate War Crimes and Crimes against Humanity ». *Air Force Law Review* 56 (2005): 167-232.
- Jeschek, Hans-Heinrich. « The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute ». *Journal of International Criminal Justice* 2, n° 1 (1 mars 2004): 38-55. <https://doi.org/10.1093/jicj/2.1.38>.

- Jeßberger, Florian. « On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 783-802. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq038>.
- Joutsen, Matti. « International Cooperation against Transnational Organized Crime: Criminalising Participation in an Organised Criminal Group ». *119th International Training Course Visiting Experts' Papers*, Resource Material, n° 59 (2002): 417-28.
- Kadish, Sanford H. « Reckless Complicity ». *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-) 87, n° 2 (1997): 369-94. <https://doi.org/10.2307/1143950>.
- Kearney, Michael G. « Any Other Contribution? Ascribing Liability for Cover-Ups of International Crimes ». *Criminal Law Forum* 24, n° 3 (2013): 331-70. <https://doi.org/10.1007/s10609-013-9206-8>.
- Kelly, Michael J. « Atrocities by Corporate Actors: A Historical Perspective Corporations on Trial: International Criminal and Civil Liability for Corporations for Human Rights Violations ». *Case Western Reserve Journal of International Law* 50 (2018): 49-90.
- Kirsch, Philippe, et John T. Holmes. « The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process ». *The American Journal of International Law* 93, n° 1 (1999): 2-12. <https://doi.org/10.2307/2997952>.
- Kiss, Alejandro. « La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional ». *InDret*, n° 2 (2013).
- Kortfalt, Linnea. « Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court ». *Nordic Journal of International Law* 84, n° 4 (2015): 533-79.
- Koskenniemi, Martti. « Between Impunity and Show Trials ». *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6, n° 1 (2002).
- Kramer, Ronald C., Raymond J. Michalowski, et David Kauzlarich. « The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corporate Crime ». *Crime & Delinquency* 48, n° 2 (avril 2002): 263-82. <https://doi.org/10.1177/0011128702048002005>.
- Krever, Tor. « International Criminal Law: An Ideology Critique ». *Leiden Journal of International Law* 26, n° 3 (septembre 2013): 701-23. <https://doi.org/10.1017/S0922156513000307>.
- Leeuw, Lydia de. « Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute ». *State Crime Journal* 5, n° 2 (2016): 242-67. <https://doi.org/10.13169/statecrime.5.2.0242>.
- Luban, David. « Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law ». *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1 janvier 2011. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/619>.

- Luban, David, Alan Strudler, et David Wasserman. « Moral Responsibility in the Age of Bureaucracy ». *Michigan Law Review* 90, n° 8 (1992): 2348-92. <https://doi.org/10.2307/1289575>.
- MacKinnon, Catharine A. « The ICTR's Legacy on Sexual Violence ». *New England Journal of International and Comparative Law* 14, n° 2 (2008 2007): 211-20.
- Mann, Itamar. « Eichmann's Mistake: The Problem of Thoughtlessness in International Criminal Law ». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 33, n° 1 (2020): 145-82.
- Mégret, Frederic. « In Defense of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice ». *Cornell International Law Journal* 38, n° 3 (1 janvier 2005): 725-51.
- Meijers, Tim, et Marlies Glasius. « Trials as Messages of Justice: What Should Be Expected of International Criminal Courts? » *Ethics & International Affairs* 30, n° 4 (janvier 2016): 429-47. <https://doi.org/10.1017/S089267941600040X>.
- Merton, Robert King. « Social Structure and Anomie ». *American Sociological Review* 3 (1938): 672-83.
- Militello, Vincenzo. « The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute ». *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 4 (1 septembre 2007): 941-52. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm039>.
- Minkova, Liana Georgieva. « A Battle of Ideas: Modes of Liability and Mass Atrocities ». *Law & Social Inquiry*, 24 janvier 2023, 1-28. <https://doi.org/10.1017/lsi.2022.87>.
- . « (In)Compatible Visions of Justice? Personal Culpability and Gender Justice at the ICC ». *Politics & Gender* 18, n° 1 (mars 2022): 62-94. <https://doi.org/10.1017/S1743923X20000215>.
- Mohamed, Saira. « Deviance, Aspiration, and the Stories We Tell: Reconciling Mass Atrocity and the Criminal Law ». *The Yale Law Journal* 124, n° 5 (2015): 1628-89.
- Nimaga, Salif. « An International Conscience Collective? A Durkheimian Analysis of International Criminal Law ». *International Criminal Law Review* 7, n° 4 (1 janvier 2007): 561-619. <https://doi.org/10.1163/156753607X241238>.
- Ohlin, Jens David. « Joint Criminal Confusion ». *New Criminal Law Review* 12, n° 3 (2009): 406-19.
- . « Joint Intentions to Commit International Crimes ». *Cornell Law Faculty Publications*, 1 janvier 2011. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169>.
- . « Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability ». *Leiden Journal of International Law* 25, n° 3 (septembre 2012): 771-97. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000386>.

- . « Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise ». *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 1 (24 novembre 2005): 69-90. <https://doi.org/10.1093/jicj/mql044>.
- Ohlin, Jens David, Elies van Sliedregt, et Thomas Weigend. « Assessing the Control-Theory ». *Leiden Journal of International Law* 26, n° 3 (2013): 725-46.
- Oosterveld, Valerie. « Sexual Violence Directed against Men and Boys in Armed Conflict or Mass Atrocity: Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals ». *Journal of International Law and International Relations* 10 (2014): 107-28.
- O'Regan, Fiona. « Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo: The Cumulative Charging Principle, Gender-Based Violence, and Expressivism ». *Georgetown Journal of International Law* 43, n° 4 (2012 2011): 1323-60.
- Osiel, Mark J. « Modes of Participation in Mass Atrocity ». *Cornell International Law Journal* 38, n° 3 (2005): 793-822.
- . « Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity ». *Human Rights Quarterly* 22, n° 1 (2000): 118-47.
- Plomp, Caspar. « Aiding and Abetting: The Responsibility of Business Leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court » 30, n° 79 (19 août 2014): 4.
- Prosansky, Brandon. « Mining Gold in a Conflict Zone: The Context, Ramifications, Lessons of AngeloGold Ashanti's Activities in the Democratic Republic of the Congo ». *Northwestern Journal of International Human Rights* 5, n° 2 (2007).
- Reggio, Andrea. « Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen for Trading with the Enemy of Mankind ». *International Criminal Law Review* 5, n° 4 (2005): 623-96.
- SáCouto, Susana, et Katherine Cleary. « The Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court ». *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 17, n° 2 (2009): 337-60.
- SáCouto, Susana, Leila Nadya Sadat, et Patricia Viseur Sellers. « Collective Criminality and Sexual Violence: Fixing a Failed Approach ». *Leiden Journal of International Law* 33, n° 1 (mars 2020): 207-41. <https://doi.org/10.1017/S092215651900061X>.
- SáCouto, Susana, et Patricia Viseur Sellers. « The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes? » *William & Mary Bill of Rights Journal* 27, n° 3 (2019). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3391421>.
- Sadat, Leila Nadya, et Jarrod M. Jolly. « Seven Canons of ICC Treaty Interpretation: Making Sense of Article 25's Rorschach Blot ». *Leiden Journal of International Law* 27, n° 3 (septembre 2014): 755-88. <https://doi.org/10.1017/S0922156514000296>.

- Sander, Barrie. « The Expressive Turn of International Criminal Justice: A Field in Search of Meaning ». *Leiden Journal of International Law* 32, n° 4 (décembre 2019): 851-72. <https://doi.org/10.1017/S0922156519000335>.
- 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* 83, n° 1-2 (2012): 221-32. <https://doi.org/10.3917/ridp.831.0221>.
- Schabas, William. « General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III) ». *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 6, n° 4 (1998): 84-112. <https://doi.org/10.1163/15718179820518638>.
- . « Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices ». *International Review of the Red Cross* 83, n° 842 (juin 2001): 439-60. <https://doi.org/10.1017/S1560775500105759>.
- Schulman, Adam. « No Liability Without Feasibility: International Law and the Problem of Punishing the Innocent ». *Georgetown Journal of Law and Public Policy* 8 (24 avril 2010). <https://papers.ssrn.com/abstract=1740805>.
- Schwartz, Sarah. « Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law ». *University of New South Wales Law Journal* 40, n° 1 (2017): 57-88.
- Sellers, Patricia V., et Louise Chappell. « Gender, conflict-related violence and justice: Patricia V. Sellers in conversation with Louise Chappell ». *Australian Journal of Human Rights* 25, n° 3 (2 septembre 2019): 357-69. <https://doi.org/10.1080/1323238X.2019.1695386>.
- Sliedregt, Elies van. « Criminal Responsibility in International Law: Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage ». *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14, n° 1 (2006): 81-114.
- . « International Crimes before Dutch Courts: Recent Developments ». *Leiden Journal of International Law* 20, n° 4 (décembre 2007): 895-908. <https://doi.org/10.1017/S0922156507004517>.
- . « The Curious Case of International Criminal Liability ». *Journal of International Criminal Justice* 10, n° 5 (1 décembre 2012): 1171-88. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs078>.
- Smart, Carol. « Law’s Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse ». *Journal of Law and Society* 17, n° 2 (1990): 194-210. <https://doi.org/10.2307/1410085>.
- Smeulers, Alette. « Punishing the Enemies of All Mankind ». *Leiden Journal of International Law* 21, n° 4 (décembre 2008): 971-93. <https://doi.org/10.1017/S0922156508005487>.
- . « Why Serious International Crimes Might Not Seem ‘Manifestly Unlawful’ to Low-level Perpetrators: A Social–Psychological Approach to Superior Orders ». *Journal of International Criminal Justice* 17, n° 1 (1 mars 2019): 105-23. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqz001>.

- Stahn, Carsten. « Justice Delivered or Justice Denied? » *Journal of International Criminal Justice* 12, n° 4 (septembre 2014): 809-34. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu054>.
- . « Liberals vs Romantics: Challenges of an Emerging Corporate International Criminal Law Corporations on Trial: International Criminal and Civil Liability for Corporations for Human Rights Violations ». *Case Western Reserve Journal of International Law* 50 (2018): 91-126.
- Stephens, Pamela J. « Collective Criminality and Individual Responsibility: The Constraints of Interpretation ». *Fordham International Law Journal* 37, n° 2 (2014): 501-48.
- Stewart, James G. « Atrocity, Commerce and Accountability: The International Criminal Liability of Corporate Actors ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 1 (1 mars 2010): 313-26. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq005>.
- . « The End of ‘Modes of Liability’ for International Crimes ». *Leiden Journal of International Law* 25, n° 1 (mars 2012): 165-219. <https://doi.org/10.1017/S0922156511000653>.
- Straus, Scott. « How many perpetrators were there in the Rwandan genocide? An estimate ». *Journal of Genocide Research* 6, n° 1 (1 mars 2004): 85-98. <https://doi.org/10.1080/1462352042000194728>.
- Tallgren, Immi. « The Sensibility and Sense of International Criminal Law ». *European Journal of International Law* 13, n° 3 (1 avril 2002): 561-95. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.3.561>.
- Touquet, Heleen, et Ellen Gorris. « Out of the Shadows? The Inclusion of Men and Boys in Conceptualisations of Wartime Sexual Violence ». *Reproductive Health Matters* 24, n° 47 (1 mai 2016): 36-46. <https://doi.org/10.1016/j.rhm.2016.04.007>.
- Turan, Gozde. « The identity of ‘the other’ for sexual violence victims: is there anything new in sexual violence prosecutions before the International Criminal Court? » *Journal of Gender Studies* 26, n° 6 (décembre 2017): 662-74. <https://doi.org/10.1080/09589236.2016.1155977>.
- Vest, Hans. « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law ». *Journal of International Criminal Justice* 8, n° 3 (1 juillet 2010): 851-72. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq032>.
- . « Problems of Participation — Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else? » *Journal of International Criminal Justice* 12, n° 2 (1 mai 2014): 295-309. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu021>.
- Weigend, Thomas. « Intent, Mistake of Law, and Co-Perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges ». *Journal of International Criminal Justice* 6, n° 3 (1 juillet 2008): 471-87. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn034>.

- Werle, Gerhard. « Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute ». *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 4 (1 septembre 2007): 953-75. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm059>.
- Wilt, H. van der. « Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations ». *Journal of International Criminal Justice* 5, n° 1 (24 novembre 2005): 91-108. <https://doi.org/10.1093/jicj/mql043>.
- . « The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility ». *Journal of International Criminal Justice* 7, n° 2 (1 mai 2009): 307-14. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqp033>.
- . « Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities ». *Chinese Journal of International Law* 12, n° 1 (2013): 43-78.
- Winters, Veronica Jane. « State-Corporate Crime in the Democratic Republic of Congo », s. d.
- Yanev, Lachezar, et Tijs Kooijmans. « Divided Minds in the Lubanga Trial Judgment: A Case against the Joint Control Theory ». *International Criminal Law Review* 13, n° 4 (2013): 789-828.

ii. Thèses

- Beaulieu Lussier, Mélissa. « The new crimes of rape and sexual slavery against child soldiers at the ICC: a feminist perspective on the expressivist potential ». Thèse de doctorat en droit, McGill University, 2018.
- Giorgou, Irena. « Participation in International Criminal Law Through the Spectrum of the Joint Criminal Enterprise Doctrine ». Thèse de doctorat en droit, Université d'Athènes, 2010.
- Maquet, Vanessa. « La priorité de la « participation principale » dans les mécanismes d'imputation de l'infraction devant la Cour pénale internationale ». Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, s. d.
- Okoth, Juliet R. Amenge. « The Crime of Conspiracy in International Criminal Law ». Thèse de doctorat en droit, University of the Western Cape, 2012. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-017-6_5.
- Sammie, Sylvester. « Linking High-Level Accused to Sexual and Gender-Based Crimes in International Criminal Law: Theory and Practice of the ICTY, ICTR, and ICC ». University of Groningen, 2021. <https://doi.org/10.33612/diss.181177805>.

iii. Présentations et colloques

- « Conflict, Accountability, and Justice (New Voices) ». In *Proceedings of the Annual Meeting*, 110:151-54. American Society of International Law, 2016. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/asilp110&i=164>.

Inder, Brigid. « A critique of the Katanga Judgment ». Expert Panel: Prosecuting Sexual Violence in Conflict - Challenges and Lessons Learned présenté à Global Summit to End Sexual Violence in Conflict, Londres, 11 juin 2014. <http://www.iccwomen.org/documents/Global-Summit-Speech.pdf>.

2. Sources normatives

a. Textes légaux

i. Droits internes

Code criminel de la République d'Autriche (Strafgesetzbuch).

Code criminel de la République fédérale d'Allemagne (Strafgesetzbuch).

Code pénal de la République italienne (Codice penale).

Code pénal de la République française.

« An Act to ensure that goods made with forced labor in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of the People's Republic of China do not enter the United States market, and for other purposes ('Uyghur Forced Labor Prevention Act') », Pub. L. No. Public Law No: 117-78 (2021).

ii. Droit européen

Acte du Conseil adopté sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant la convention relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne (27 septembre 1996).

iii. Droit international

Administration Transitoire des Nations Unies au Timor Oriental, « Regulation No. 2000/15 on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences » (6 juin 2000).

Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du tribunal international militaire, dit « Accord de Londres portant Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg ». (Londres : 8 août 1945).

Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosifs, A/RES/52/1 (New York : adoptée le 15 décembre 1997 ; entrée en vigueur le 23 mai 2001).

Loi n°10 du Conseil de contrôle Allié, « Châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix ou contre l'humanité ». (20 décembre 1945).

Protocole de la Conférence de Potsdam (Berlin : 1er août 1945).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale. (Rome : signé le 17 juillet 1998 ; entré en vigueur le 1er juillet 2002).

Statut du Tribunal spécial irakien.

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, CSNU Rés. 823 (25 mai 1993).

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, CSNU Rés. 955 (8 novembre 1994).

Traité de paix entre les Alliés et les Puissances associées et l'Allemagne dit « Traité de Versailles » (Versailles : 28 juin 1919).

b. Jurisprudence

i. Nationale

1. France

Cour de Cassation, Chambre criminelle, n° 19-87.367 (Publié au bulletin) (7 septembre 2021).

2. Pays-Bas

Cour d'Appel de Bois-le-Duc (Pays-Bas), Section criminelle, *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Judgment, 20-001906-10 (21 avril 2017).

Cour de district de La Haye (Pays-Bas), *Public prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat*, Sentence, 09/751003-04 (23 décembre 2005).

ii. Internationale

1. Chambres africaines extraordinaires

Chambre Africaine Extraordinaire d'Assises, *Ministère Public c. Hissein Habré*, Jugement (30 mai 2016).

2. Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de Première Instance, *Kaing Guek Eav, alias Duch*, Judgment, Case File No: 001/18-07-2007-ECCC/TC (26 juillet 2010).

Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre préliminaire, Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), Case File No:002/19-09-2007-ECCC-OCIJ (20 mai 2010).

3. Cour internationale de justice

CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (26 février 2007).

4. CPI

Situation au Darfour (Soudan)

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun ('Ahmad Harun') et Ali Muhammad Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Mandat d'arrêt contre Ahmad Harun et Ali Kushayb, ICC-02/05-01/07 (27 avril 2007).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07 (27 avril 2007).

CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')*, Decision on the confirmation of charges against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb'), ICC-02/05-01/20 (9 juillet 2021).

Situation en République centrafricaine

CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, 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", ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9 (8 mars 2018).

CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine, 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, ICC-01/05-01/08 (15 juin 2009).

Situation en République centrafricaine II

CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine II, Le Procureur c. Alfred Yékatom et Patrice-Édouard Ngaïssona*, Décision relative à la confirmation des

charges contre Alfred Yékatom et Patrice-Édouard Ngaïssona, ICC-01/14-01/18 (20 décembre 2019).

CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République centrafricaine II, Le Procureur c. Mahamat Said Abdel Kani*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/14-01/21-218-Red (9 décembre 2021).

Situation en République de Côte d'Ivoire

CPI, Chambre préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01-11 (12 juin 2014).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, Décision relative à la confirmation des charges contre Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11 (11 décembre 2014).

Opinion partiellement dissidente de la Juge Christine Van den Wyngaert sous CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Charles Blé Goudé*, Décision relative à la confirmation des charges contre Charles Blé Goudé, ICC-02/11-02/11 (11 décembre 2014).

Situation en République démocratique du Congo

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07 (30 septembre 2008).

CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la mise en oeuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, ICC-01/04-01/07 (21 novembre 2012).

Opinion dissidente de la Juge Christine Van den Wyngaert sous CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la mise en oeuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, ICC-01/04-01/07 (21 novembre 2012)

CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07 (7 mars 2014).

Opinion minoritaire de la Juge Christine Van Den Wyngaert sous CPI, Chambre de Première Instance II, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07 (7 mars 2014).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06 (29 janvier 2007).

CPI, Chambre de Première Instance I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06 (14 mars 2012).

Opinion individuelle du Juge Adrian Fulford sous CPI, Chambre de Première Instance I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/06 (14 mars 2012).

CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5 (1 décembre 2014).

CPI, Chambre Préliminaire, I, *Situation en République Démocratique du Congo, 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 (28 septembre 2010).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10 (16 décembre 2011).

Opinion dissidente de la Juge Sanji Mmasenono Monageng sous CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10 (16 décembre 2011).

CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, 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 (30 mai 2012).

Opinion individuelle de la Juge Silvia Fernández de Gurmendi sous CPI, Chambre d'Appel, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, 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 (30 mai 2012).

CPI, Chambre de Première Instance IV, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Jugement, ICC-01/04-02/06 (8 juillet 2019).

Situation en République du Kenya

CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, Décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, ICC-01/09-02/11 (23 janvier 2012).

CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/01-01/11 (23 janvier 2012).

Situation en République du Mali

CPI, Chambre de Première Instance VIII, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Jugement, ICC-01/12-01/15 (27 septembre 2016).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, 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 (13 novembre 2019).

CPI, Chambre Préliminaire I, *Situation en République du Mali, Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Version publique expurgée du Rectificatif de la Décision portant modification des charges confirmées le 30 septembre 2019 à l'encontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 23 avril 2020, ICC-01/12-01/18-767-Conf, ICC-01/12-01/18 (8 mai 2020).

5. Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Hambourg (Allemagne)

Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Hambourg (Allemagne), *Bruno Tesch and two others (The Zyklon B case)*, Case No. 9 (8 mars 1946).

Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Hambourg (Allemagne), *Feurtsein and Others (Ponzano Case)*, (24 août 1948)

6. Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Essen (Allemagne)

Tribunal militaire britannique pour la sanction des criminels de guerre siégeant à Essen (Allemagne), *Erich Heyer and six others (The Essen lynching case)*, Cas No. 8, (22 décembre 1945).

7. Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne)

Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States v. Josef Altstoetter et al.*, Judgment (4 décembre 1947)

Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Friedrich Flick, et al.*, Judgment (22 décembre 1947).

Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Carl Krauch et al. (The IG Farben Trial)*, Judgment (30 juillet 1948).

Tribunal militaire états-unien siégeant à Nuremberg (Allemagne), *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker, et al. (The Ministries trial)*, Judgment (11 avril 1949).

8. TMIN

Actes du Tribunal militaire international de Nuremberg, Allemagne, Vol. 22. H.M. Attorney General by HMSO. (Londres: 1950).

TMIN, Jugement (1er octobre 1946).

9. TMIEO

TMIEO, *Iwane Matsui*, Jugement (4 novembre 1948).

10. TPIR

TPIR, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, ICTR-96-4-T (2 septembre 1998).

TPIR, Chambre de première Instance II, *Le Procureur c. Juvénal Kajelijeli*, Jugement et sentence, ICTR-98-44A-T (1 décembre 2003)

TPIR, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Jugement et sentence, ICTR-99-54A-T (22 janvier 2004)

Opinion séparée du Juge Wolfgang Schomburg sous TPIR, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Sylvestre Gacumbitsi*, Arrêt, ICTR-2001-64-A (7 juillet 2006).

TPIR, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Emmanuel Ndindabahizi*, Arrêt, ICTR-01-71 (16 janvier 2007).

11. TPIY

TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Jugement, IT-94-1-T (7 mai 1997).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt, IT-94-1-A (15 juillet 1999).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, Arrêt, IT-96-22-A (7 octobre 1997).

TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Zdravko Mucić et al. (« Affaire Čelebići »)*, Jugement, IT-96-21 (16 novembre 1998).

TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, Jugement (10 décembre 1998).

TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Radislav Krstić*, Jugement, IT-98-33 (2 août 2001).

TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Kvočka et al.*, Jugement, IT-98-30/1 (2 novembre 2001).

TPIY, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, Jugement, IT-97-25-T (15 mars 2002).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Enver Hadžihanović et Amir Kubura*, Décision relative à l'exception d'incompétence (Responsabilité du supérieur hiérarchique), IT-01-47-AR72 (16 juillet 2003).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Mitar Vasiljević*, Arrêt, IT-98-32-A (25 février 2004).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Tihomir Blaskić*, Arrêt, IT-95-14 A (29 juillet 2004).

TPIY, Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Enver Hadžihanović et Amir Kubura*, Jugement, IT-01-47 (15 mars 2006).

TPIY, Chambre de Première Instance I, *Le Procureur c. Momčilo Krajišnik*, Jugement, IT-00-39-T (27 septembre 2006).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Blagoje Simić*, Arrêt, IT-95-9-A (28 novembre 2006).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Radoslav Brđanin*, Arrêt, IT-99-36-A (3 avril 2007).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Vidoje Blagjević et Dragan Jokić*, Arrêt, IT-02-60-A (9 mai 2007).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Radovan Karadžić*, Décision relative aux exceptions préjudicielles d'incompétence soulevées par Radovan Karadzic, IT-95-18-AR72.1 19/ 55 BIS (25 juin 2009).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Momčilo Perišić*, Arrêt, IT-04-81-A (28 février 2013)

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Nikola Šainović*, Arrêt, IT-05-87-A (23 janvier 2014).

TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Vlastimir Dordević*, Jugement, IT-05-87/1-A (27 janvier 2014).

12. Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao (the RUF accused)*, Appeal Judgment, Cas No. SCSCCL-04-15-A (26 octobre 2009).

c. Documents officiels

i. CPI

BdP. « Communications received by the office of the Prosecutor of the ICC », Communiqué de presse, n°PIDS.0099.2003 (16 juillet 2003).

BdP. « Document de politique générale relatif au crime de persécution liée au genre » (Décembre 2022).

BdP. « Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste », (Juin 2014).

Deuxième Assemblée Générale des États parties au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. « Rapport du Procureur de la CPI, Monsieur Luis Moreno-Ocampo », (8 septembre 2003).

Éléments des crimes.

Règlement de procédure et de preuve.

ii. ONU

Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale. « Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held From 11 to 21 February 1997 ». Assemblée générale, A/AC.249/ 1997/L.5 (12 mars 1997).

———. « Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (Travaux du Comité préparatoire en mars-avril et août 1996) », Vol. I. Assemblée générale,

- cinquante et unième session, supplément No 22 (A/51/22). <https://www.legal-tools.org/doc/03b284/pdf/>.
- . « Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (Compilation des propositions) », Vol. II. Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément No 22A (A/51/22). https://digitallibrary.un.org/record/222882/files/A_51_22%5BVol.II%5D-FR.pdf
- . « Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands », A/AC.249/1998/L.13 (1998).
- CDI. Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal, établis à la demande de l'Assemblée Générale des Nations Unies, Rés. 177 (II) (1950).
- . Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, Annuaire CDI. 1954, vol. II (1954): 149-152.
- . Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, Annuaire CDI 1991, vol. II (2) (1991): 28-112.
- . Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, Annuaire CDI 1996, vol. II (2) (1996): 17-60.
- Joinet, Louis. « Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Rapport final révisé en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (2 octobre 1997).
- « Report of the international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 ». Assemblée Générale, quarante-neuvième session, A/49/342 (29 août 1994).
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome, 15 June - 17 July 1998). « Final documents », *Official records*, Vol. I. A/CONF.183/13. New York: United Nations, 2002. https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v1_e.pdf.
- . « Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole », *Official records*, Vol. II. A/CONF.183/13. New York: United Nations, 2002. https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf.
- . « Reports and other documents », *Official records*, Vol. III. A/CONF.183/13. New York: United Nations, 2002. https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v3_e.pdf.
- . « Working paper on article 23, paragraphs 5 and 6 ». A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2 (3 juillet 1998).

3. Sources factuelles

a. Rapports

Baaz, Maria Eriksson, et Maria Stern. « The Complexity of Violence: A Critical Analysis of Sexual Violence in the Democratic Republic of Congo (DRC) ». Sida Working Paper on Gender Based Violence. Stockholm: Swedish International Development Cooperation Agency (Sida), 2010.

ECCHR. « Made in Europe, bombed in Yemen: How the ICC could tackle the responsibility of arms exporters and government officials ». Case report, 2020. https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/CaseReport_ECCHR_Mwatana_Amnesty_CAAT_Delas_Rete.pdf.

Human Rights Watch. « The Curse of Gold : Democratic Republic of Congo », 2005. <https://www.hrw.org/report/2005/06/01/curse-gold>.

Koning, Ruben de, et l'équipe d'Enough. « Striking Gold: How M23 and its Allies are Infiltrating Congo's Gold Trade ». Enough, octobre 2013.

Mécanisme d'enquête indépendant pour le Myanmar. « The economic interests of the Myanmar military ». Conseil des droits de l'homme (quarante-deuxième session), 5 août 2019. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFM-Myanmar/EconomicInterestsMyanmarMilitary/A_HRC_42_CRP_3.pdf.

TRIAL International, en collaboration avec Civitas Maxima, Center for Justice and Accountability (CJA), ECCHR, FIDH et REDRESS, « Universal Jurisdiction Annual Review 2023 », 17 avril 2023. https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2023/04/TRIAL_UJAR_2023_DIGITAL_21_04_Version2.pdf.

United Nations Population Fund. « Iraq - Reproductive Health Assessment », 4 novembre 2023.

b. Déclarations

« Déclaration Introductive Du Juge Robert H. Jackson Devant Le TMIN (21 Novembre 1945) ». Robert H Jackson Center. Consulté le 24 mai 2023. <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>.

ONU. *Press briefing* de Claude Jorda, Président du TPIY (3 février 2000). <https://press.un.org/en/2000/20000203.ictybrf.doc.html>.

c. Blogs

- Askin, Kelly. « Katanga Judgment Underlines Need for Stronger ICC Focus on Sexual Violence ». *International Justice Monitor* (blog), 10 mars 2014. <https://www.ijmonitor.org/2014/03/katanga-judgment-underlines-need-for-stronger-icc-focus-on-sexual-violence/>.
- Heller, Kevin Jon. « Lubanga Decision Roundtable: More on Co-Perpetration ». *Opinio Juris* (blog), 16 mars 2012. <http://opiniojuris.org/2012/03/16/lubanga-decision-roundtable-more-on-co-perpetration/>.
- Ohlin, Jens David. « LJIL Symposium: Names, Labels, and Roses ». *Opinio Juris* (blog), 23 mars 2012. <https://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses/>.
- Robinson, Darryl. « LJIL Symposium: Darryl Robinson Comments on James Stewart’s “End of Modes of Liability” ». *Opinio Juris* (blog), 21 mars 2012. <http://opiniojuris.org/2012/03/21/ljil-robinson-comments-on-stewart/>.
- Weigend, Thomas. « LJIL Symposium: Thomas Weigend Comments on James Stewart’s “The End of ‘Modes of Liability’ for International Crimes” ». *Opinio Juris* (blog), 22 mars 2012. <http://opiniojuris.org/2012/03/22/ljil-weigend-comments/>.

Table des matières

SOMMAIRE.....	1
ABRÉVIATIONS.....	2
INTRODUCTION.....	3
SECTION 1. CONTEXTE - LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE INTERNATIONALE : L'INDIVIDU FACE À LA CRIMINALITÉ DE MASSE.....	5
SECTION 2. INTÉRÊT DU SUJET - LES MODES DE RESPONSABILITÉ DANS LE STATUT DE ROME, RENOUVEAU ET FRAGMENTATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE INTERNATIONALE	8
SECTION 3. OBJET D'ÉTUDE – LA DIFFICILE INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 25(3)(D) DU STATUT DE ROME.....	10
PARTIE I. DÉCHIFFRER L'ARTICLE 25(3)(D) : L'ÉPINEUSE QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR CONTRIBUTION À UN CRIME COLLECTIF.....	13
CHAPITRE 1. L'ANALYSE FONCTIONNELLE D'UN MODE DE RESPONSABILITÉ NÉGLIGÉ	15
SECTION 1. L'ARTICLE 25(3)(D) ET LES THÉORIES DE L'IMPUTATION COLLECTIVE : HÉRÉDITÉ OU INNOVATION ?.....	15
§1. Une étude généalogique de l'article 25(3)(d).....	16
§2. Responsabilité pour contribution à un crime collectif, coaction et entreprise criminelle commune : différencier les modes d'imputation collective	21
SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ RÉSIDUELLE DU CONTRIBUTEUR À UN CRIME COLLECTIF : VERS UNE APPROCHE FLEXIBLE DES MODES DE RESPONSABILITÉ DU STATUT DE ROME	29
§1. Le complice en droit international pénal : attribution unitaire ou différentielle de la responsabilité individuelle.....	30
§2. Réévaluer la place de l'article 25(3)(d) dans les modes de responsabilité du Statut de Rome	35
CHAPITRE 2. LA NÉCESSAIRE ÉLABORATION D'UN CADRE NORMATIF UNIFIÉ.....	43
SECTION 1. DÉTERMINER LA NATURE DE LA CONTRIBUTION : DEGRÉ, CAUSALITÉ, NEUTRALITÉ	44
§1. La notion de contribution au sens du Statut de Rome.....	45
§2. La juste mesure de l'effet de la contribution sur le crime.....	52
SECTION 2. IDENTIFIER LE GROUPE DE PERSONNES AGISSANT DE CONCERT : LA NOTION DE DESSEIN COMMUN.....	60
§1. La caractérisation de l'existence d'un groupe de personnes.....	61

§2. Le reflet du crime collectif : l'action concertée et le dessein commun.....	64
PARTIE II. METTRE EN ŒUVRE L'ARTICLE 25-3-D : UNE RÉPONSE STRATÉGIQUE À LA CRIMINALITÉ DE MASSE	73
CHAPITRE 1. PUNIR LE CONTRIBUTEUR : DISTINGUER L'IMPLICATION INDIVIDUELLE DU PHÉNOMÈNE COLLECTIF.....	75
SECTION 1. MIEUX SAISIR LA CRIMINALITÉ COLLECTIVE : UNE LECTURE SYSTÉMIQUE DE L'ARTICLE 25(3)(D).....	76
§1. La répression individuelle du crime systémique.....	76
§2. L'approche contextuelle/organisationnelle de la criminalité : retour à l'imputation collective	84
SECTION 2. L'ARTICLE 25(3)(D), VECTEUR DE RÉCONCILIATION ENTRE RÉALITÉ CRIMINELLE ET RÉPRESSION JUDICIAIRE.....	90
§1. Au-delà de la déviance : criminaliser la contribution banale	90
§2. L'apport des théories expressivistes à l'utilisation de l'article 25(3)(d).....	97
CHAPITRE 2. L'ARTICLE 25(3)(D), UN OUTIL PROMETTEUR DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ : DEUX MODÈLES D'APPLICATION PRATIQUE.....	103
SECTION 1. L'ARTICLE 25(3)(D) AU DÉFI DE LA RÉPRESSION DES CRIMES SEXUELS ET À CARACTÈRE SEXISTE.....	104
§1. Les défis de l'attribution d'une responsabilité pénale aux participants à un crime sexuel ou à caractère sexiste.....	106
§2. L'article 25(3)(d) dans la répression des crimes sexuels et à caractère sexiste : un lecture sociale du dessein commun	113
SECTION 2. L'ARTICLE 25(3)(D), UNE VOIE VERS LA SANCTION DES ACTEURS ÉCONOMIQUES POUR CONTRIBUTION À DES CRIMES DE MASSE.....	121
§1. La complicité des acteurs économiques et commerciaux en droit international pénal....	122
§2. L'application fructueuse de l'article 25(3)(d) à la criminalité politico-économique.....	129
CONCLUSION	137
BIBLIOGRAPHIE.....	142
TABLE DES MATIÈRES.....	174