

# L'entreprise criminelle commune, un miroir aux alouettes ?

Eric DAVID,  
Prof. ém. de droit international,  
Président du Centre de droit international  
de l'Université libre de Bruxelles

## Introduction

1. A propos de la répression des infractions graves aux CG de 1949, le commentaire des juristes dirigés par J. Pictet disait :

« L'obligation qui est faite aux Parties contractantes de rechercher les individus prévenus d'infractions graves leur impose une attitude active. Dès que l'une d'elles a connaissance du fait qu'il se trouve sur son territoire une personne ayant commis une telle infraction, son devoir est de veiller à ce que cette personne soit arrêtée et poursuivie rapidement. Ce n'est donc pas seulement sur la demande d'un Etat que l'on devra entreprendre les recherches policières nécessaires, mais encore spontanément. » (J. Pictet, commentaire art. commun 49/50/129/146)

Cette idée fondamentale de ne pas laisser impunis des crimes de guerre se traduisait dans les CG par une formule qui allait au-delà du classique *aut dedere aut judicare* car elle devenait *judicare vel dedere*. Le concept d'entreprise criminelle commune (ci-après « ECC ») que la présente note examine s'inscrit dans ce souci de lutte contre l'impunité de J. Pictet et son équipe. Le soussigné pense que cela aurait dû leur plaire.

\*

2. Le vocable d'entreprise criminelle commune (ECC ; en anglais, *joint common enterprise - JCE*) est apparu dans le discours du droit pénal international avec l'arrêt *Tadic* rendu par la Chambre d'appel du TPIY en 1999<sup>1</sup>. Destinée à assurer la responsabilité pénale de personnes impliquées dans les crimes les plus graves du droit international (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, appelés ci-après, pour la facilité de l'exposé, « crimes de DIH ») sans les avoir commis elles-mêmes, l'expression recouvrait un concept pourtant ancien, qui a été redéfini (I.), mais appliqué de manière restrictive bien qu'il fût et reste potentiellement extensible (II.)

### I. Un concept ancien redéfini

3. L'ECC est une forme de mise en œuvre de la responsabilité pénale de personnes<sup>2</sup> dont elles ne sont pas les exécutants directs de crimes mais auxquels elles ont participé, d'une manière ou d'une autre, notamment, au stade de leur planification, de leur organisation ou de leur poursuite. Ce concept trouve sa source dans le droit de Nuremberg (A.) ; redéfini et précisé par le TPIY, il reste une réalité spécifique au droit pénal international tout en gardant une certaine proximité avec des concepts classiques de droit pénal interne (B.).

#### A. Un concept remontant au droit de Nuremberg

4. Contrairement à ce qu'on trouve dans les statuts des juridictions pénales internationales contemporaines, les statuts des tribunaux militaires internationaux (TMI) de

<sup>1</sup> TPIY, aff. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, §§ 197 ss., 220..

<sup>2</sup> Trib; spéc. Liban., aff. STL-11-01/1, 16 févr. 2011, § 203.

Nuremberg et de Tokyo ne définissaient pas les critères de responsabilité pénale individuelle. Alors que les statuts du TPIY (art. 7, § 1) et du TPIR (art. 6, § 1) disposent que quiconque a planifié, commis, ordonné de commettre, ou aidé et encouragé à commettre un des crimes visés dans les statuts de ces tribunaux est passible de poursuites devant ces tribunaux, les statuts des TMI sont silencieux sur ce point.

**5.** La Statut du TMI de Nuremberg contenait toutefois une disposition originale prévoyant qu'en affirmant la culpabilité d'un accusé faisant partie d'une organisation ou d'un groupement quelconque, le TMI pouvait déclarer que ce groupement était une organisation criminelle et que tout membre du groupement pouvait donc être poursuivi du simple fait de son affiliation. Le Statut disposait :

Art. 9 : « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupement ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupement, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle.  
[...] »

Art. 10 : « Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupement 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 groupement ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupement ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté. »

Art. 11 : « Toute personne condamnée par le Tribunal pourra être inculpée devant un tribunal national, militaire ou d'occupation mentionnés à l'article 10 ci-dessus, d'un crime autre que son affiliation à une organisation ou à un groupement criminels, et le tribunal saisi pourra, après l'avoir reconnue coupable, lui infliger une peine supplémentaire indépendante de celle déjà imposée par le Tribunal pour sa participation aux activités criminelles de ce groupement ou de cette organisation. »

**6.** Ces dispositions (qui ne se trouvaient pas dans le statut du TMI de Tokyo) permettaient au TMI de Nuremberg d'affirmer la responsabilité pénale de membres de groupements nazis dans les crimes commis par ceux-ci. Le TMI n'a cependant pas appliqué aveuglément cette présomption de culpabilité criminelle : d'une part, le Statut l'autorisait à affirmer la criminalité d'une organisation ou d'un groupement mais il ne l'y obligeait pas, d'autre part, le TMI a jugé que pour pas frapper des innocents, il ne devait pas condamner les membres de ces groupements qui, soit en ignoraient les buts criminels, soit n'en faisaient partie qu'à la suite d'un ordre de mobilisation :

« Étant donné que la déclaration relative aux organisations et aux groupes déterminera la criminalité de leurs membres, cette définition devra exclure les personnes qui n'ont pas eu connaissance des buts ou des actes criminels de l'organisation. Elle devra exclure également ceux qui ont été mobilisés par l'État pour en faire partie, à moins qu'ils aient été personnellement impliqués, en qualité de membres de l'organisation, dans la perpétration d'actes déclarés criminels par l'article 6 du Statut. La seule appartenance formelle à l'organisation ne suffit pas à elle seule, pour rentrer dans le cadre de ces déclarations. »<sup>3</sup>

**7.** Sur la base des art. 9-10 de son statut, le TMI a affirmé la criminalité de 3 organisations nazies :

<sup>3</sup> TMI de Nur., jugement, 1<sup>er</sup> oct. 1946, Doc. off., p. 155 (pagination de la version PDF du jugement).

- le corps des chefs du parti nazi <sup>4</sup> ;
- la *Gestapo* (*‘Geheime Staatspolizei’*) et la *SD* (*‘Sicherheitsdienst des Reichsführers SS’*) <sup>5</sup> ;
- les *SS* (*‘Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei’*) <sup>6</sup>.

En revanche, il a rejeté les requêtes de l'accusation tendant à qualifier de criminels les groupements suivants :

- les *SA* (*‘Sturmabteilungen der National-sozialistischen Deutschen Arbeiterpartei’*) <sup>7</sup>
- le Cabinet du Reich <sup>8</sup> ;
- l'Etat-Major général et le Haut Commandement des forces armées allemandes <sup>9</sup>.

Ces refus de déclaration de criminalité étaient fondés sur le fait que ces groupements n'agissaient pas en tant que groupes institutionnels.

**8.** L'intérêt de ces déclarations de criminalité résidait dans le fait qu'elle renversaient la charge de la preuve et que tout membre du corps des chefs du parti nazi, de la *Gestapo*, de la *SD* et de la *SS* était présumé porter une part de culpabilité des faits criminels commis par ces groupement sauf s'il réussissait à prouver qu'il ignorait les buts criminels du mouvement où qu'il y avait été engagé à la suite d'un ordre de mobilisation (*supra* § 6).

**9.** Le concept a été repris dans la loi n° 10 adoptée par le Conseil de contrôle allié en Allemagne <sup>10</sup> (« l'organe directeur des zones d'occupation alliées » en Allemagne après la 2<sup>e</sup> Guerre mondiale <sup>11</sup>), le 20 décembre 1945. L'art. II, § 1, d, de la loi qualifie de « crime » outre les crimes contre la paix (a.), les crimes de guerre (b.) et les crimes contre l'humanité (c.), le simple fait d'être membre d'un groupement déclaré criminel par le TMI :

“Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal” <sup>12</sup>

Le § 2 du même article précise davantage les circonstances dans lesquelles est engagée la responsabilité pénale des membres des organisations déclarées criminelles par le TMI :

“Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 157-161

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 161-166.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 166-171.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 171-172.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 172-173.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 173-176.

<sup>10</sup> Texte sur <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

<sup>11</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil\\_de\\_contrôle\\_allié](https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_de_contrôle_allié)

<sup>12</sup> <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

financial, industrial or economic life of any such country.”<sup>13</sup>

Autrement dit, un membre d’une organisation qualifiée de criminelle par le TMI de Nuremberg engage sa responsabilité pénale dans les crimes commis par cette organisation – crimes contre la paix, crimes de guerre ou crimes contre l’humanité – parce qu’il

- a commis lui-même un de ces crimes (a), ou
- a ordonné le crime à titre de commandant (b), ou
- a concouru au crime à titre de complice (en le facilitant ou en l’encourageant) (c), ou
- a contribué au crime en y consentant (d), ou
- s’est affilié à cette organisation criminelle (e),
- détenait, dans le cas des crimes contre la paix, une haute position, politique, civile ou militaire en Allemagne ou dans un pays allié à celle-ci (f) ; ici, cette présomption de responsabilité pénale est limitée aux seuls crimes contre la paix.

Ce texte est beaucoup plus complet que le Statut du TMI de Nuremberg en termes de responsabilité pénale puisqu’il énumère les trois formes classiques de responsabilité pénale, à savoir celle

- de l’auteur direct,
- du supérieur, et celle
- du complice.

A ces formes connues de responsabilité pénale, la loi n° 10 en ajoute trois autres plus novatrices :

- la responsabilité pénale de l’associé consentant,
- la responsabilité fondée sur l’appartenance à une organisation criminelle, et
- la responsabilité découlant de la position élevée d’une personne au plan politique, économique ou militaire.

**10.** On reviendra sur ces formes nouvelles de responsabilité pénale mais, à ce stade, on remarquera que ni la loi n° 10 ni le Statut du TMI de Nuremberg ne parlent d’« entreprise criminelle commune » (ECC) ; c’est le TPIY qui, dans un célèbre arrêt rendu en l’aff. *Tadic* en 1999, utilisera cette formule pour désigner cette nouvelle forme de responsabilité pénale (ci-dessous).

## **B. Un concept redéfini par le TPIY**

**11.** Le concept d’ECC a été redéfini (1.) et précisé, quant à son étendue (2.), par la jurisprudence du TPIY.

### *1. Les types d’ECC*

**12.** C’est dans l’aff. *Tadic* précitée que la Chambre d’appel du TPIY a exhumé des oubliettes de l’histoire du droit pénal international ces formes de responsabilité pénale qu’elle baptisera d’ECC<sup>14</sup>. La Chambre commence par rappeler que le rapport du SGNU relatif à la création du TPIY précise que

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> TPIY, aff. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, §§ 197 ss., 220..

« toutes les personnes qui participent à la planification, à la préparation ou à l'exécution de violations graves du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie contribuent à commettre la violation et sont donc individuellement responsables. »<sup>15</sup>

Dans ces conditions, limiter la responsabilité du crime à son seul auteur matériel « revient à négliger le rôle de coauteur joué par tous ceux qui [...] ont permis à l'auteur principal d'exécuter physiquement cet acte criminel »<sup>16</sup> alors que le TPIY a été créé pour punir tous les responsables du crime<sup>17</sup>. Il s'agit d'une forme de « criminalité collective »<sup>18</sup> dont doivent répondre tous ceux qui y ont pris part. Se fondant sur la jurisprudence des tribunaux militaires alliés d'après guerre, sur certaines conventions internationales et sur le droit interne de nombreux Etats, la Chambre d'appel constate que cette responsabilité pénale collective qu'il qualifie d'« [ECC] »<sup>19</sup> fait partie du droit international coutumier<sup>20</sup> que le TPIY est fondé à appliquer<sup>21</sup>.

**13.** Elle distingue ensuite trois catégories de criminalité collective ou trois formes d'ECC qu'elle qualifie dans un arrêt ultérieur d'« élémentaire », de « systémique » ou d'« élargie » :

- la forme élémentaire qui est celle

« où tous les coauteurs, agissant dans un but commun, ont la même intention criminelle. Il en va ainsi dans le cas d'un projet de meurtre, conçu par les participants à l'entreprise criminelle commune, qui sont tous animés de l'intention de tuer, même si chacun peut jouer un rôle différent. »<sup>22</sup>

- la forme systémique qui

« se caractérise par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements. Entrent, par exemple, dans cette catégorie les camps d'extermination ou de concentration, dans lesquels les prisonniers sont tués ou maltraités en exécution d'une entreprise criminelle commune. »<sup>23</sup>

- la forme élargie qui vise

« les affaires impliquant un but commun, celui de commettre un crime, et dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, quoique débordant le cadre du but commun, est une conséquence naturelle et prévisible de sa réalisation. Il en va ainsi dans le cas d'un groupe dont le but ou projet commun est d'expulser par la force et sous la menace des armes les membres d'un groupe ethnique de leur ville, village ou région (afin de procéder à un « nettoyage ethnique »), et qui, ce faisant, abat une ou plusieurs personnes. Si le meurtre n'entraîne pas explicitement dans le cadre du but commun, il était toutefois prévisible que l'expulsion de civils sous la menace des armes pouvait entraîner la mort d'un ou de plusieurs d'entre eux. »<sup>24</sup>

Dans une affaire ultérieure, la Chambre d'appel dira que pour l'ECC de la 3<sup>e</sup> catégorie, les crimes doivent être prévisibles et non simplement probables<sup>25</sup>.

<sup>15</sup> Rapport du SG établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du CS, doc. ONU S/25704, § 54, cité *ibid.*, § 190.

<sup>16</sup> *Ibid.*, § 192.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 190.

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 195.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 220.

<sup>20</sup> *Ibid.*, §§ 194-226.

<sup>21</sup> Rapport du SG ..., *op. cit.*, §§ 33 ss.

<sup>22</sup> TPIY, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 97.

<sup>23</sup> *Ibid.*, § 98.

<sup>24</sup> *Ibid.*, § 99.

<sup>25</sup> *Id.*, aff. IT-05-87-A, 23 Jan. 2014, *Sainović et al.*, § 1525.

14. Cette division de l'ECC en trois catégories est neuve mais elle tend à s'inscrire dans la lignée des trois types de responsabilité pénale énoncés par la loi n° 10 précitée : celle de l'associé consentant, celle de l'appartenance à une organisation criminelle, et celle découlant d'une position élevée de l'accusé au plan politique, économique ou militaire.

15. Ces types de responsabilité sont proches (sans être analogues) de formes classiques de responsabilité pénale du droit interne : la coaction, l'association de malfaiteurs et l'organisation criminelle. Ces concepts seront examinés plus loin.

## 2. *Les caractères de l'ECC*

16. La participation à une ECC revêt, notamment, les caractéristiques suivantes :

- elle implique « une pluralité de personnes qui ne sont pas nécessairement organisées en une structure militaire, politique ou administrative »<sup>26</sup> ;
- ces personnes partagent un but commun qui est celui de commettre un crime de DIH<sup>27</sup> ;
- ces personnes contribuent à la réalisation de ce but<sup>28</sup>
- la participation à l'ECC doit être importante, sans être substantielle<sup>29</sup>.

## C. Un concept proche de la coaction, de l'association de malfaiteurs et de l'organisation criminelle

### 1. *La coaction*

17. En droit pénal interne, le coauteur désigne toute personne participant directement au crime ou au délit commis par une autre personne, dès lors que cette participation va au-delà d'un simple appui à l'infraction (complicité) et implique l'exécution de l'infraction elle-même<sup>30</sup>. En droit pénal international, le participant à l'ECC est assimilé à un coauteur. Dans l'aff. *Vasiljevic*, la Chambre d'appel du TPIY dit :

« La participation à une entreprise criminelle commune constitue une forme de 'commission' au sens de l'article 7 1) du Statut. Le participant à cette entreprise est donc responsable en tant que **coauteur** du crime ou des crimes. »<sup>31</sup> (grasses ajoutées)

18. Pour la Chambre d'appel du TPIY, la coaction n'a pas de « fondement dans le droit international coutumier ou la jurisprudence constante du Tribunal »<sup>32</sup>. Affirmation curieuse car le jugement de Nuremberg dit que le parti nazi était « l'instrument de liaison entre les accusés et les **coauteurs** de la conspiration » et que « Chacun des accusés devint un membre du parti nazi et **coauteur** du complot » (caractères gras ajoutés)<sup>33</sup>. Quoi qu'il en soit, la coaction se distingue de la complicité en ce qu'elle suppose l'adhésion du coauteur à l'objectif criminel des autres auteurs alors que le complice connaît cet objectif mais l'élément moral de son action se limite à vouloir faciliter la perpétration du crime sans avoir l'intention

<sup>26</sup> *Id.*, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 100.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Id.*, aff. IT-00-39-A, *Krajisnik*, 17 March 2009, §§ 675, 696.

<sup>30</sup> Voy. [http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/7-enmc/penal/complicite\\_co-action2015exemple.pdf](http://www.prepa-isp.fr/wp-content/annales/7-enmc/penal/complicite_co-action2015exemple.pdf)

<sup>31</sup> TPIY, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 101.

<sup>32</sup> *Id.*, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 62 ; aussi Trib. spéc. Liban, aff. STL-11-01/1, 16 févr. 2011, § 255.

<sup>33</sup> TMI de Nur., jugement, 1<sup>er</sup> oct. 1946, Doc. off., p. 39.

de le commettre. La distinction est artificielle car aider l'auteur d'un crime à le commettre revient à partager l'intention criminelle. mais elle est de droit. Pour la Chambre d'appel du TPIY,

« S'agissant de la complicité, l'élément moral requis est le fait de savoir que les actes commis par le complice contribuent à la perpétration d'un crime précis par l'auteur principal. En revanche, dans le cadre d'une participation à l'entreprise criminelle commune, c'est-à-dire d'une coaction, l'élément moral requis est l'intention de réaliser un but commun. »<sup>34</sup>

Dans une autre affaire, la Chambre d'appel du TPIY a dit :

« les agissements d'un participant à l'entreprise criminelle commune étaient plus graves que celui d'un complice de l'auteur principal dans la mesure où le premier doit partager l'intention de l'auteur principal alors que le second a seulement besoin d'en être informé. »<sup>35</sup>

Etre informé du crime et aider concrètement à le commettre ne peut qu'impliquer une intention commune ; en revanche, commettre matériellement le crime et le faciliter matériellement sont des comportements différents ; c'est donc moins l'élément moral que l'élément matériel du crime qui distingue l'auteur direct du complice. Dans le cas d'une ECC, la différence entre auteurs et complices devrait donc se situer aussi dans les éléments matériels de l'ECC : l'ECC implique des faits de planification, de préparation, des réunions des participants, l'adoption de décisions collectives, etc. C'est la participation concrète à ces faits collectifs ou l'absence de participation qui devraient distinguer l'ECC, comme forme de coaction, de la complicité comme forme d'assistance au fait criminel.

## 2. *L'association de malfaiteurs et l'organisation criminelle*

**19.** L'association de malfaiteurs est une infraction en soi : elle existe du simple fait qu'une personne s'associe à une ou plusieurs autres personnes en vue d'attenter aux personnes et aux biens (*cf.*, c.p. belge, art. 322) ou de commettre un crime ou un délit (c.p. français, art. 450-1), même si aucune atteinte aux personnes ou aux biens, aucun crime ou délit n'a été commis<sup>36</sup>.

**20.** L'organisation criminelle est également une infraction autonome qui se distingue de l'association de malfaiteurs par le fait qu'elle doit être structurée, qu'elle comprend au moins trois personnes et qu'elle est constituée aux fins de commettre des crimes et délits punissables d'un emprisonnement d'au moins trois ans (c.p. belge, art. 324*bis*). L'appartenance à une organisation criminelle est donc une infraction plus grave que l'association de malfaiteurs.

**21.** L'ECC n'est pas une infraction en soi : la jurisprudence internationale ne l'a jamais utilisée que comme mode d'imputation d'un crime de DIH qui avait déjà été commis par un tiers exécutant lié à l'accusé par un lien d'influence ou de communauté d'intérêts ou par un lien hiérarchique de nature politique, administrative ou militaire. Si l'ECC (critère de responsabilité pénale) se distingue donc de l'association de malfaiteurs et de l'organisation criminelle, ces qualifications pourraient toutefois s'appliquer à la réunion de plusieurs

<sup>34</sup> TPIY, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 101.

<sup>35</sup> *Id.*, aff. IT-95-25-A, *Krnjelac*, 17 sept. 2003, § 75.

<sup>36</sup> <http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-penal/droit-penal-special/l-association-de-malfaiteurs-et-l-organisation-criminelle/l-association-de-malfaiteurs>

personnes qui s'entendent pour commettre un crime de DIH. Dans cette hypothèse, il y aurait un concours matériel d'infractions (association de malfaiteurs ou organisation criminelle et crime de DIH) auquel on appliquerait pour le calcul de la peine, en droit belge, la règle de l'absorption de la peine la plus légère par la peine la plus forte<sup>37</sup>.

Si l'ECC est donc proche de l'association de malfaiteurs et de l'organisation criminelle par le fait que toute ECC se forme dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle, elle s'en distingue néanmoins en restant un mode d'imputation d'un fait criminel et en n'étant pas une infraction *per se*. En outre, l'association de malfaiteurs et l'organisation criminelle sont des infractions de droit interne qui ne trouvent d'équivalent en droit pénal international que pour certains crimes de droit international ; ainsi, la direction et l'appartenance à un « groupe terroriste » (décision-cadre UE du 13 juin 2002 modifiée par la décision-cadre 2008/919/JAI du 28 nov. 2008<sup>38</sup>) ou la formation d'un « groupe criminel organisé » et la participation à ce groupe dès lors que ce groupe entend commettre un des faits suivants : blanchiment de produits du crime, faits de corruption, entrave au bon fonctionnement de la justice, traite des personnes, trafic illicite de migrants et d'armes à feu (Convention de Palerme du 12 déc. 2000 sur la criminalité transnationale organisée, art. 2, 5, 6, 8, 23 ; Protocoles additionnels I, II et III<sup>39</sup>). Il en résulte que le droit pénal international limite l'infraction d'appartenance à un groupe à des infractions limitativement énumérés : blanchiment, corruption, traite d'êtres humains, trafic d'armes alors que l'association de malfaiteurs et l'organisation criminelle concernent des infractions définies génériquement par le taux de la peine applicable à ces infractions.

**22.** Le caractère générique des infractions (définies par le taux de la peine et non par la nature de l'infraction) sous-jacentes à l'association de malfaiteurs et à l'organisation criminelle rapproche cependant ces dernières de l'ECC car c'est la jurisprudence, non un texte légal, qui, pour l'instant, limite l'ECC à des crimes de DIH.

**23.** Ces formes de responsabilité semblent indiquer que des personnes qui ne sont pas directement impliquée dans la perpétration d'un crime mais qui y ont concouru à travers leur parrainage et pourraient donc devoir en répondre. Est-ce vraiment le cas ? (ci-dessous).

\*

## **II. Un concept méthodologique appliqué restrictivement mais potentiellement extensible**

**24.** La jurisprudence des juridictions pénales internationales n'a jamais appliqué l'ECC qu'à des personnes auxquelles on pouvait imputer une forme de participation directe dans les crimes en cause de sorte qu'on aurait aussi bien pu parler de coaction ou de corréité ; on ne l'a pas fait en alléguant un peu légèrement que ces concepts n'étaient pas connus du droit international coutumier (*supra* § 18) ; on lui aurait donc substitué le concept d'ECC en le confinant à une application très restreinte (A.) alors que le concept pourrait s'appliquer de

<sup>37</sup> <http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-penal/droit-penal-abreges-juridiques/le-concours-d-infractions/le-concours-d-infractions>

<sup>38</sup> *JOUE*, 9 déc. 2008, L 330/21.

<sup>39</sup> Textes *in doc.* ONU A/55/383, A/55/383/Add.1, A/55/383/Add.2 et A/55/383/Add.3 ; *MB*, 13 oct. 2004 ; *JOUE*, L 261/69, 6 août 2004 ; *id.*, L 262/24, 22 sept. 2006.

manière autonome et sans lien direct avec l'exécution du crime en cause (B.).

### A. Des applications restreintes du concept d'ECC

**25.** De Nuremberg aux TPI, l'ECC a toujours été appliquée à des accusés qui étaient impliqués de manière quasiment directe dans les crimes qui leur étaient imputés.

#### 1. Nuremberg

**26.** On a vu que le statut du TMI de Nuremberg autorisait ce dernier à déclarer criminels des groupements et organisations. Le TMI a usé de ce droit pour affirmer la criminalité du corps des chefs du parti nazi, de la *Gestapo* et de la *SS*, mais il n'a fait aucun usage de cette présomption de criminalité. Aucun accusé nazi n'a vu sa responsabilité engagée du fait de son appartenance à un de ces groupements. Les nazis condamnés l'ont été pour une participation directe à une des catégories de crimes visés à l'art. 6 du Statut du TMI. Ainsi, parmi les accusés à Nuremberg se trouvait le ministre des Affaires étrangères (MAE) du Reich, J. Von Ribbentrop. A première vue, on pourrait penser qu'un MAE n'a qu'un lien éloigné avec les crimes du régime nazi et qu'il aurait pu être poursuivi pour sa seule appartenance au gouvernement allemand mais il n'en fut rien : il a été condamné car le TMI a constaté que Von Ribbentrop avait personnellement couvert des crimes nazis ; par ex.,

« Dans l'administration des territoires dont l'Allemagne s'était injustement emparée, von Ribbentrop a participé à l'application de méthodes criminelles incluant en particulier celles qui ont abouti à l'extermination des Juifs. Au surplus, de nombreuses preuves démontrent que von Ribbentrop était en complet accord avec la doctrine du parti nazi et que c'est sans réserve qu'il a collaboré avec Hitler et d'autres accusés à la perpétration de crimes contre la Paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'Humanité. C'est en raison de son accord total avec la politique et les plans de Hitler, que von Ribbentrop l'a suivi si complaisamment jusqu'au bout. »<sup>40</sup>

Von Ribbentrop s'est donc vu attribuer une responsabilité pénale directe classique dans les crimes nazis et a été condamné sans qu'il fût nécessaire de lui reprocher une quelconque criminalité de groupe.

**26a.** Sur les vingt-deux accusés, furent condamnés

- six accusés (Göring, Von Ribbentrop, Keitel, Jodl, Von Neurath, Rosenberg) pour les quatre chefs de l'acte d'accusation (complot, crimes contre la paix, crimes de guerre, crimes contre l'humanité) ;
- quatre accusés (Frick, Funk, Raeder, Seyss-Inquart) pour trois chefs (crimes contre la paix, crimes de guerre, crimes contre l'humanité.),
- sept accusés (Hess, Frank, Kaltenbrunner, Dönitz, Sauckel, Speer, Bormann) pour deux chefs (complot et crimes contre la paix, ou crimes de guerre et crimes contre l'humanité, ou crimes contre la paix et crimes contre l'humanité) ;
- deux accusés (Streicher et Von Schirach) pour un seul chef (crimes contre l'humanité) ;
- trois accusés furent acquittés (Schacht, Von Papen, Fritzsche).

#### 2. Tokyo

**27.** Si le Statut du TMI de Tokyo ne contenait pas de disposition permettant au Tribunal

<sup>40</sup> TMI de Nur., jugement, 1<sup>er</sup> oct. 1946, Doc. off., p. 185.

de déclarer des organisations comme criminelles, en revanche, le jugement affirmait que le fait d'être membre d'un cabinet chargé du traitement des prisonniers engageait sa responsabilité si, ayant connaissance des mauvais traitements infligés aux prisonniers, il ne démissionnait pas :

"A member of a Cabinet which collectively, as one of the principal organs of the Government, is responsible of the care of the prisoners is not absolved from responsibility if, having knowledge of the commission of the crimes [...] and omitting or failing to secure the taking of measures to prevent the commission of such crimes in the future, he elects to continue as a member of the Cabinet. This is the position even though the Department of which he has the charge is not directly concerned with the care of prisoners. A Cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the Cabinet there by continuing to participate in its collective responsibility for protection of prisoners he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future."<sup>41</sup>

**28.** Avec un tel principe de responsabilité, quasiment tous les dirigeants japonais (y compris, d'ailleurs, l'empereur du Japon qui ne fut cependant pas inquiété malgré sa forte implication dans l'entrée en guerre du Japon et dans la conduite de la guerre<sup>42</sup>) auraient pu être condamnés pour crimes contre la paix et crimes de guerre tant il était impossible qu'ils ne fussent pas au courant de ces crimes mais ce fut loin d'être le cas et plusieurs accusés ne furent condamnés que pour crimes contre la paix, conspiration pour les commettre, et non pour crimes de guerre ; tel fut le cas de

- Araraki, ministre de la Guerre, puis ministre de l'Education<sup>43</sup> ;
- Hashimoto, propagandiste de la guerre d'agression<sup>44</sup> ;
- Hiranuma Premier ministre<sup>45</sup> ;
- Hirota, MAE<sup>46</sup> ;
- Hoshino, ministre dans le Gouvernement du Mandchoukouo puis ministre sans portefeuille dans le Gouvernement japonais<sup>47</sup> ;
- Kaya, ministre des finances<sup>48</sup> ;
- Kido, membre de la Maison de l'Empereur et conseiller direct de celui-ci<sup>49</sup> ;
- Minami, général puis ministre de la Guerre<sup>50</sup> ;
- Oka, contre-amiral et chef du bureau des aff. navales au ministère de la Marine<sup>51</sup> ;
- Oshima, ambassadeur du Japon en Allemagne<sup>52</sup> ;
- Sato, général major et chef du bureau des aff. milit.<sup>53</sup> ;
- Shimada, ministre de la Marine<sup>54</sup> ;
- Shiratori, ambassadeur et conseiller du MAE<sup>55</sup> ;
- Suzuki, lieutenant-colonel et membre du bur. des aff. milit.<sup>56</sup> ;
- Togo, MAE<sup>57</sup> ;

<sup>41</sup> TMI de Tokyo, jugement, 4 nov. 1948, texte in <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>, p. 39.

<sup>42</sup> <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hirohito>

<sup>43</sup> TMI de Tokyo, jugement, *loc. cit.*, pp. 559 s.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 561.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp 562 s.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp 563 s.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp 565.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p 568.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp 568 s.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p 573.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p 575.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp 576 s.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp 577 s.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 579.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp 580 s.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp 581.

- Tojo, chef d'état-major de l'armée de Kwantung, chef du ministère de la Guerre puis chef du Gouvernement <sup>58</sup> ;
- Umezu, commandant de l'armée en Chine, puis vice-ministre de la guerre, puis commandant de l'armée du Kwantung <sup>59</sup>.

Un seul accusé ne fut condamné que pour crimes de guerre et non pour crimes contre la paix bien qu'on eût pu considérer que son rang élevé l'exposait à une condamnation pour crimes contre la paix : le général Matsui <sup>60</sup>. Seuls sept accusés furent condamnés à la fois pour crimes contre la paix et crimes de guerre : le général Dohihara <sup>61</sup>, les ministres Hata <sup>62</sup>, Itagaki <sup>63</sup>, Kimura <sup>64</sup>, Koiso <sup>65</sup>, Shigemitsu <sup>66</sup>, le chef d'état-major Muto <sup>67</sup>.

Autrement dit, sur les 26 accusés, 17 furent condamnés uniquement pour crimes contre la paix, 1 pour crimes de guerre et seulement 8 furent condamnés pour crimes contre la paix et crimes de guerre, alors que, vu leur niveau hiérarchique au plan politique ou militaire, tous auraient pu être condamnés, à l'un ou l'autre degré, pour ces deux crimes.

Quant à l'empereur Hiro Hito, s'il a réussi à échapper aux poursuites – un vrai scandale car, en ayant connaissance des atrocités commises par les forces japonaises en Chine <sup>68</sup> et en ne s'y opposant pas, il les avait cautionnées et engagé sa responsabilité pénale pour omission à agir –, c'est probablement parce que les E.-U. ont vu en lui un gage de stabilité du Japon, un rempart contre la tentation communiste au Japon <sup>69</sup> et un allié qu'il ne fallait pas s'aliéner au moment de la guerre froide <sup>70</sup>.

### 3. TPIY

**29.** Le TPIY a appliqué le concept d'ECC à diverses reprises mais, dans chacune des affaires en cause, la personne condamnée portait une responsabilité qui était, sinon celle d'exécutant du crime, celle d'un coauteur par sa contribution directe en tant que participant à l'exécution du crime ou en tant que supérieur hiérarchique des auteurs du crime ou en tant qu'autorité politique par rapport aux auteurs matériels.

#### a. Participation directe au crime

**30.** Dusko Tadic, un des accusés devant le TPIY, était cafetier, responsable politique de la ville de Kozarac et président du Conseil local du SDS, mais, surtout, il avait fait partie d'un groupe d'hommes qui avaient tué 6 Bosniaques sans qu'on pût prouver que Tadic avait tué l'un d'entre eux ; toutefois, comme il avait participé au rassemblement des hommes du village et aux violences infligées à certains d'entre eux, il savait ce qui se passait et jouait un rôle hiérarchique important ; la Chambre d'appel dit notamment :

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp 581 s.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp 565 et 584.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp 585 s.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 572 s.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 559 s.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp. 561 s.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 566 ss.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp.570 s.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp; 571 s.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 577 ss.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 574.

<sup>68</sup> <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hirohito>.

<sup>69</sup> <http://www.onac-vg.fr/files/uploads/sd16-nuremberg-et-les-grands-proces-apres-la-seconde-guerre-mondiale.pdf>.

<sup>70</sup> [http://www.comoria.com/30824/Tribunal\\_militaire\\_international\\_pour\\_l'Extr%C3%A0me-Orient](http://www.comoria.com/30824/Tribunal_militaire_international_pour_l'Extr%C3%A0me-Orient).

« L'appelant [D. Tadic] faisait partie d'un groupe armé et était lui-même armé [...], participant au rassemblement des hommes du village et aux violences infligées à certains d'entre eux. [...] Ainsi, la seule conclusion qui peut être tirée est que l'appelant avait l'intention de participer à l'objectif criminel consistant à vider la région de Prijedor de sa population non serbe [...]. »<sup>71</sup>

Il était, de ce fait, coupable, dans le cadre d'une ECC, de meurtre en tant que crime de guerre et en tant que crime contre l'humanité <sup>72</sup>.

**31.** Mitar Vasiljevic, serveur dans un café ou un restaurant de la société Panos <sup>73</sup>, avait rejoint un groupe paramilitaire serbe qui avait participé au nettoyage ethnique de la région de Višegrad. Les faits qui lui étaient imputés comprenaient le fait d'avoir empêché la fuite de sept Musulmans qui avaient, ensuite, été exécutés. Il avait été condamné en 1<sup>e</sup> instance comme co-auteur de crime de guerre et de crime contre l'humanité <sup>74</sup> dans le cadre d'une ECC <sup>75</sup>; la Chambre d'appel avait réformé cette décision et considéré qu'il était seulement complice et non co-auteur de cette ECC car les faits ne permettaient pas de dire que Vasiljevic partageait l'intention criminelle commune <sup>76</sup>; dans son op. diss., le juge Shahabuddeen conteste cette partie de l'arrêt d'appel : la Chambre de 1<sup>e</sup> instance avait raison de conclure que, vu les faits, l'accusé partageait « l'intention homicide du groupe » <sup>77</sup> et était donc bien co-auteur « en exécution de l'entreprise criminelle commune » <sup>78</sup>.

b. Position de supérieur hiérarchique ou d'autorité politique

**32.** Milorad Krnojelac commandait la prison Foča Kazneno-Popravni Dom (le « KP Dom ») et connaissait les exactions qui y étaient commises. Pour la Chambre d'appel,

« Krnojelac est pénalement individuellement responsable de ces échanges [de détenus] qui s'inscrivaient dans le cadre de l'entreprise criminelle commune où il a personnellement joué un rôle dans le but ultime d'obtenir le déplacement forcé des détenus qui se trouvaient sous son contrôle au KP Dom. Même s'il n'avait pas le contrôle sur une étape précise de l'opération, il a accepté le résultat final de cette entreprise. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il a personnellement participé à l'établissement des listes. [...] Comme elle l'a constaté plus haut, la Chambre d'appel est convaincue que les détenus non serbes étaient emmenés du KP Dom avec une intention discriminatoire. [...] En outre, la Chambre de première instance a établi que Krnojelac, de par ses fonctions de directeur de la prison, savait que les prisonniers non serbes étaient détenus illégalement en raison de leur appartenance ethnique. En sa qualité de directeur, Krnojelac a autorisé le personnel du KP Dom à remettre des détenus non serbes. Il a favorisé ces départs en permettant qu'ils se poursuivent. Sans emprisonnement illégal, il n'aurait pas été possible de continuer à procéder aux échanges. La Chambre d'appel est convaincue que Krnojelac partageait l'intention des principaux auteurs de l'entreprise criminelle commune visant à emmener les détenus non serbes du KP Dom. »<sup>79</sup>

Il s'agit d'un crime contre l'humanité dont

« Krnojelac est responsable, en tant que coauteur, de persécutions ayant pris la forme de déplacements

<sup>71</sup> TPIY, aff. IT-94-1A, 15 juillet 1999, *Tadic*, § 232.

<sup>72</sup> *Ibid.*, §§ 230-237.

<sup>73</sup> *Id.*, aff. –IT- 98-32-T, 29 avril 2002, *Vasiljevic*, § 3.

<sup>74</sup> *Ibid.*, §§ 238-240.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 254.

<sup>76</sup> *Id.*, aff. IT-98-32-A, 25 févr. 2004, § 131.

<sup>77</sup> *Ibid.*, op. diss.. Shahabuddeen, §§ 26 s.

<sup>78</sup> *Ibid.*, §§ 34, 43 ss.

<sup>79</sup> *Id.*, aff. IT-97-25-A, 17 sept. 2003, *Krnojelac*, § 246.

forcés »<sup>80</sup>

**33.** Miroslav Kvočka était commandant en second du camp d'Omarska avec autorité sur les gardiens. La Chambre d'appel conclut que

« par les tâches qu'il accomplissait dans le camp, Miroslav Kvočka a contribué jour après jour au bon fonctionnement et à la pérennisation du camp, permettant ainsi au système de mauvais traitements qui y avait été mis en place de perdurer [...] et] contribuant ainsi à la réalisation du but criminel commun. »<sup>81</sup>

La Chambre ajoute :

« Les conditions déplorables de détention, les sévices à répétition infligés aux détenus non serbes et le système généralisé de mauvais traitements ne pouvaient échapper à quiconque travaillait dans le camp ne serait-ce que quelques heures, a fortiori à une personne investie d'une autorité, comme c'était le cas de Miroslav Kvočka. »<sup>82</sup>

Il avait été condamné pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis dans le cadre d'une ECC<sup>83</sup>, ce qui avait été confirmé en appel<sup>84</sup>.

**34.** Milomir Stakic était un ancien médecin, membre du parti démocratique serbe (SDS) Président de l'assemblée autoproclamée des Serbes de la municipalité de Prijedor, Président de la cellule de crise de mai 1992 à janvier 1993 ; il avait donc joué un rôle de responsable politique important à Prijedor au moment où des crimes contre l'humanité étaient commis contre la population non serbe de la région et sa responsabilité pénale avait été reconnue en 1<sup>e</sup> instance en tant que co-auteur de ces crimes<sup>85</sup>. La Chambre d'appel a réformé cette décision en affirmant que la coaction n'existait pas « en droit international coutumier »<sup>86</sup> et lui a substitué une « responsabilité découlant de la participation à une [ECC] »<sup>87</sup>. La Chambre d'appel constate notamment :

- il existait « une pluralité de personnes agissant de concert pour exécuter un but commun »<sup>88</sup> ;
- « ce groupe rassemblait notamment les dirigeants politiques et les chefs de la police et de l'armée, qui détenaient le pouvoir dans la municipalité de Prijedor »<sup>89</sup> ;
- l' « objectif commun était de mener une campagne discriminatoire afin de procéder au nettoyage ethnique de la municipalité de Prijedor »<sup>90</sup> ;
- durant cette campagne, des crimes contre l'humanité (persécution, expulsions) avaient été commis<sup>91</sup> ;
- l'accusé partageait l'intention de la cellule de crise puisqu'il en faisait partie, qu'elle avait créé les camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje<sup>92</sup> et qu'il était le « plus

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 247.

<sup>81</sup> *Id.*, aff. IT-98-30/1-A, 28 févr. 2005, *Kvočka*, §§ 195 s.

<sup>82</sup> *Ibid.*, § 203.

<sup>83</sup> *Id.*, aff. IT-98-30/1-T, 2 nov. 2001, §§ 712 et 752.

<sup>84</sup> *Id.*, aff. IT-98-30/1-A, 28 févr. 2005, § 245.

<sup>85</sup> *Id.*, aff. IT-97-24-A, 22 mai 2006, *Stakic*, § 58.

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 62.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 69.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 81.

haut dirigeant politique à Prijedor »<sup>93</sup>

Sur la base de ces éléments, « la Chambre d'appel conclut qu'il existait une [ECC] de première catégorie dans la municipalité de Prijedor à l'époque des faits » et que Stakic y a participé et « largement contribué à sa réalisation »<sup>94</sup>.

**35.** Radoslav Brdanin était ingénieur, député du SDS, 1<sup>er</sup> vice-président de la cellule de crise de la Région autonome de Krajina (la « RAK ») en 1991, puis Président de 1991 jusqu'à la disparition de la RAK le 15 septembre 1992<sup>95</sup>. Dans cette affaire, la Chambre d'appel note que la responsabilité pénale d'un accusé peut être engagée pour sa participation à une ECC à condition « qu'il ait pris part à la réalisation du but commun qui est au cœur de cette entreprise » et que ses agissements aient constitué « une contribution suffisante pour engager sa responsabilité »<sup>96</sup>, ce que n'est pas le simple fait « de fréquenter des criminels »<sup>97</sup>. La Chambre de 1<sup>e</sup> instance avait condamné Brdanin pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité à une peine de 32 ans de prison<sup>98</sup>. La Chambre d'appel a confirmé la responsabilité pénale de Brdanin dans le départ forcé de la population non serbe à la suite de deux décisions prises par la cellule de crise de la RAK les 28 et 29 mai 1992, décisions qui couplées aux « conditions de vie intolérables » imposées par les Serbes de Bosnie obligeaient, en fait, les Musulmans et les Croates à quitter la RAK<sup>99</sup>. En outre, Brdanin, « de par ses fonctions » ne pouvait ignorer les crimes commis à l'occasion de ces déplacements forcés de la population non serbe<sup>100</sup>, déplacement constitutifs de crimes contre l'humanité (Statut du TPIY, art. 5, d). En revanche, la Chambre d'appel estime, contrairement au jugement de 1<sup>e</sup> instance, qu'il n'a pas été prouvé que Brdanin avait aidé et encouragé les tortures pratiquées dans les centres de détention<sup>101</sup>. Elle ne se prononce pas, cependant sur la responsabilité de Brdanin comme membre d'une ECC car il n'a pas été démontré que « les auteurs matériels des crimes [en cause] appartenaient à la même [ECC] que Radoslav Brdanin »<sup>102</sup>. La Chambre d'appel souligne aussi que la contribution des participants à l'ECC doit être « importante » pour que le crime commis par un tiers dans le cadre d'une ECC puisse être imputé à ces participants<sup>103</sup>. La simple appartenance d'une personne à une ECC ne suffit pas à engager sa responsabilité pénale ; il faut encore que cette personne apporte une « contribution importante »<sup>104</sup>, sinon on crée une responsabilité par « rapprochement »<sup>105</sup>. La Chambre confirme toutefois la responsabilité pénale de Brdanin pour avoir incité les expulsions de non-Serbes<sup>106</sup>, mais ce n'est plus dans le cadre d'une ECC.

**36.** Dans son opinion partiellement dissidente à l'arrêt *Brdanin*, le juge Shahabuddeen semble considérer (sa position n'est pas très claire) que la responsabilité pénale du participant à une ECC n'est engagée par l'auteur matériel du crime que si celui-ci est aussi membre de

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 82.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 85.

<sup>95</sup> *Id.*, aff. IT-99-36-A, 3 avril 2007, *Brdanin*, § 2.

<sup>96</sup> *Ibid.*, § 427.

<sup>97</sup> *Ibid.*, § 431.

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 3.

<sup>99</sup> *Ibid.*, § 180.

<sup>100</sup> *Ibid.*, §§ 227 s.

<sup>101</sup> *Ibid.*, §§ 281-289.

<sup>102</sup> *Ibid.*, § 449.

<sup>103</sup> *Ibid.*, § 430.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*, déclar. Van den Van Den Wyngaert, § 4.

<sup>106</sup> *Ibid.*, §§ 318 s.

l'ECC, ce qui montrerait que le premier et le second partagent le même objectif criminel<sup>107</sup>. Le juge affirme son désaccord avec l'arrêt sur ce point mais on ne voit pas où est la divergence car la Chambre d'appel dit à peu près la même chose que le juge<sup>108</sup> ...

**37.** Momcilo Krajisnik : économiste, membre du PDS (Parti démocratique serbe) depuis 1990, député à l'Assemblée de B.-H. en sept. 90, président de cette assemblée en déc. 90, élu au Comité central du PDS en juillet 91, il était un membre actif de la présidence des Serbes de Bosnie en 92 ; dirigeait en fait la Republika Srpska ; il avait été condamné en 1<sup>e</sup> instance comme membre d'une ECC visant à recomposer ethniquement la Bosnie-Herzégovine au moyen d'expulsions, de déplacement forcés, de meurtres et persécutions de Musulmans et de Croates bosniaques, soit autant de crimes contre l'humanité<sup>109</sup> ; la participation matérielle de Krajisnik à ces crimes s'est traduite par sa position centrale au PSD d'où il dirigeait et encourageait les forces serbes de Bosnie à commettre des actes destinés réalisés les buts de l'ECC, ce qui constituait une contribution importante. La Chambre d'appel déclare notamment, en se référant aux conclusions de la Chambre de 1<sup>e</sup> instance :

“Krajisnik did not act as a neutral parliamentary speaker, stating that ‘[w]hen he was not generating or echoing extreme political views himself, his method was to lend support to aggressive elements in the Assembly by giving them a platform for their views’. [...] This could arguably constitute a significant contribution to the JCE. [...] Krajisnik’s overall contribution to the JCE was ‘to help establish and perpetuate the SDS [Serbian Democratic Party] party and state structures that were instrumental to the commission of the crimes.’ The use of the term ‘perpetuate’ shows that the Trial Chamber was convinced that Krajisnik’s contribution was not limited to the establishment of SDS structures but to the active implementation of the common purpose throughout the Indictment period.”<sup>110</sup>

**38.** Nikola Sainović a été Premier ministre de Serbie et Vice-premier Ministre de RFY (1994-2000). Nebojša Pavković a été membre du Corps d'armée de Pristina dans l'armée yougoslave, puis commandant de ce Corps (1998), avant de devenir, fin 1998, commandant le 3<sup>e</sup> armée yougoslave, puis chef d'état-major en 2000. Vladimir Lazarević a aussi commandé le Corps de Pristina (1998/9), la 3<sup>e</sup> armée (2000/2), puis membre de l'état-major de l'armée (2002/4). Sreten Lukić, a été vice-chef du Secrétariat de l'Intérieur de la ville de Belgrade (1991/8), chef de l'équipe du ministère de l'Intérieur (1998), et chef du département de la sécurité publique du ministère de l'Intérieur (2001). Les faits en cause concernaient le déplacement forcé de la population albanaise du Kosovo en mai-juin 1999, faits qualifiés de déportation et de transfert forcé de population, comme crime contre l'humanité et commis dans le cadre d'une ECC<sup>111</sup>. Les confiscations et destructions des cartes d'identité de Kosovars et les déplacements forcés de ces Kosovars traduisaient un dessein criminel commun<sup>112</sup>. La Chambre d'appel confirme que la participation des accusés au commandement de l'armée yougoslave et aux organes dirigeants du ministère serbe de l'Intérieur qui ont coordonné les faits en cause valait ECC<sup>113</sup>. Sainović était suffisamment proche de Milosević pour bénéficier d'un rôle de décision dans les activités militaires de l'armée yougoslave au Kosovo<sup>114</sup>. Il avait aussi une position de leader dans les réunions du

<sup>107</sup> *Ibid.*, op. part. diss. Shahabuddeen, §§ 16 ss.

<sup>108</sup> *Voy. ibid.*, arrêt, §§ 412-414.

<sup>109</sup> *Id.*, aff. IT-00-39-A, 17 March 2009, *Krajisnik*, §§ 3 s.

<sup>110</sup> *Ibid.*, §§ 217 s. (ref. omitted).

<sup>111</sup> *Id.*, aff. IT-05-87-A, 23 Jan. 2014, *Sainović et al.*, §§ 2-6.

<sup>112</sup> *Ibid.*, § 664.

<sup>113</sup> *Ibid.*, §§ 828-831.

<sup>114</sup> *Ibid.*, § 844.

commandement militaire conjoint<sup>115</sup>. Ainsi, la Chambre d'appel approuve la Chambre de 1<sup>e</sup> instance lorsqu'elle dit, par ex. :

“Sainović’s attendance at meetings involving the highest ranking officials in Belgrade and officials entrusted with dealing with the situation in Kosovo was indicative of his influence and supported the conclusion that he was a political coordinator of the VJ and the MUP at the relevant time.”<sup>116</sup>

Bien d'autres éléments confirment le leadership de Sainović dans l'armée et au ministère de l'Intérieur lors des événements du Kosovo<sup>117</sup>.

**39.** A propos des autres accusés, la Chambre d'appel constate avec la Chambre de 1<sup>e</sup> instance que les actions des forces armées yougoslaves et des forces du ministère de l'Intérieur,

“were imputable to the members of the JCE [joint criminal enterprise], including Lukić, recalling in particular that Sainović, who was the political coordinator of the VJ and MUP forces in Kosovo, and Pavković, who was in command and control of all VJ forces in Kosovo, were members of the same JCE. [ref. omitted] [...]. Sainović, Pavković, and Lukić were all involved in the coordination of VJ and MUP activities in Kosovo. Therefore, Lukić’s arguments that he had no authority over the VJ troops or access to their reports and that he received information that the police arrested the alleged perpetrators are not pertinent.”<sup>118</sup>

**40.** La responsabilité pénale des accusés est aussi engagée pour une ECC de la 3<sup>e</sup> catégorie ; ainsi en va-t-il de la responsabilité de Sainović à propos de dommages causés à des biens religieux car il s'agissait de persécutions et qu'elles étaient prévisibles<sup>119</sup> ; même conclusion pour la responsabilité de

- Pavković dans des meurtres, des violences sexuelles et des destructions de biens religieux, faits dont il était régulièrement informé<sup>120</sup> ;
- Lukić dans des meurtres et d'autres exactions dont il avait aussi été informé : avant le 4 mai 1999,

“when he learned specifically about murders, Lukić was aware of allegations of the use of excessive force, arson, destruction of property, killing of livestock, intimidation and displacement of Kosovo Albanian civilians in 1998 and of the forcible displacement of Kosovo Albanian civilians in 1999”<sup>121</sup>.

Donc,

“Lukić was aware of the climate of intimidation of the Kosovo Albanian civilian population and of the atmosphere of violence and insecurity which rendered the Kosovo Albanian population particularly vulnerable to a wide range of criminality.”<sup>122</sup>

**41.** Vlastimir Đorđević avait été chef du Département de la Sécurité publique (RJB) du

<sup>115</sup> *Ibid.*, § 881.

<sup>116</sup> *Ibid.*, § 884.

<sup>117</sup> *Ibid.*, §§ 886 ss.

<sup>118</sup> *Ibid.*, § 1521.

<sup>119</sup> *Ibid.*, § 1092.)

<sup>120</sup> *Ibid.*, § 1279.

<sup>121</sup> *Ibid.*, § 1538.

<sup>122</sup> *Ibid.*

ministère de l'Intérieur (MUP) et Colonel-Général de ce service (1997-2001), condamné pour participation à une ECC aux fins de "to modify the demographic balance of Kosovo by a campaign of terror and violence"<sup>123</sup>, et ce, en raison, d'un commandement conjoint du MUP et de l'armée yougoslave<sup>124</sup>. Les membres de cette ECC étaient :

"Slobodan Milo{ević, President of the FRY; Nikola Sainović, Deputy Prime Minister of the FRY responsible for Kosovo; Vljako Stojiljković, Minister of the Interior; Vlastimir Djordjević, Head of the RJB; Radomir Marković, Head of the RDB; Sreten Lukić, Head of the MUP Staff for Kosovo; Stevanović, Chief of the RJB Police Administration; Dragan Ilić, Chief of the RJB Crime Police Administration; Dragoljub Ojdanić, Chief of the VJ General Staff/Supreme Command Staff; Neboj{a Pavković, Commander of the VJ 3<sup>rd</sup> Army; and Vladimir Lazarević, Commander of the Pristina Corps."<sup>125</sup>

Dans cette ECC, Đorđević, comme chef du RJB et ministre assistant,

"had *de jure* powers and exercised effective control over the police in Kosovo who perpetrated the majority of the crimes against Kosovo Albanians"<sup>126</sup>.

La Chambre d'appel confirme plusieurs conclusions de la Chambre de 1<sup>e</sup> instance :

"there was a plan to change the ethnic balance of Kosovo and [...] this plan was implemented through a campaign of terror and violence against the Kosovo Albanian population, a typical feature of which included murders. Murder was therefore but one of the means identified by the Trial Chamber through which the common plan was to be implemented, and not its ultimate purpose. In the Trial Chamber's reasoning, the killings, including of women, children, and entire families, were carried out to cause the Albanian population to leave, by showing what would occur if they did not leave or simply by creating an atmosphere of terror to induce the population to leave."<sup>127</sup>

La Chambre d'appel constate que la responsabilité de l'accusé est aussi engagée au titre d'une ECC de 3<sup>e</sup> type dans les violences sexuelles commises par des membres des forces serbes contre des femmes kosovares, violences prévisibles car l'accusé savait comment les forces serbes se comportaient au Kosovo :

"Through his role and involvement in the operations in Kosovo, Đorđević was well informed not only of the conduct of operations and overall security situation on the ground in Kosovo, but also of the commission of serious crimes, such as looting, torching of houses, excessive use of force, and murder (including of women and children) by Serbian forces during the course of operations in both 1998 and 1999. Moreover, with the knowledge that some units had committed violent crimes against Kosovo Albanian civilians in 1998 and 1999, and that such crimes had gone unpunished, Đorđević authorised the redeployment of some of the same units in 1999 into the volatile situation. [...] Under these circumstances, [...] it was foreseeable to Đorđević that crimes of a sexual nature might be committed."<sup>128</sup>

\*

**42.** Les jugements analysés affirment la responsabilité pénale de personnes qui, dans le cadre d'une ECC, avaient directement participé aux crimes commis par d'autres individus, par leur présence ou leur position hiérarchique, au moment des faits :

<sup>123</sup> *Id.*, aff. IT-05-87/1-A, 27 Jan. 2014, *Djordjević*, § 139.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*, § 166.

<sup>126</sup> *Ibid.*, § 168.

<sup>127</sup> *Ibid.*, § 189.

<sup>128</sup> *Ibid.*, §§ 924 et 926.

- Tadić et Vasiljević faisaient partie d'un groupe armé qui avait, d'abord, rassemblé des Musulmans, puis les avait tués (la Chambre d'appel avait toutefois exclu la responsabilité de Vasiljevic comme co-auteur dans le cadre d'une ECC et elle n'avait retenu que sa responsabilité comme complice dans le cadre d'une ECC) ;
- Krnojelac et Kvočka étaient, respectivement, directeur d'une prison et commandant d'un camp où avaient été commis des faits qualifiés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ;
- Brdanin, Président de la Région autonome de Krajina en 1991-1992, avait vu sa responsabilité pénale engagée pour avoir incité les expulsions et les transferts forcés de populations non serbes, dans le cadre d'une ECC pour la Chambre de 1<sup>e</sup> instance, en dehors d'une ECC pour la Chambre d'appel ;
- Krajisnić, en raison de son rôle actif à la présidence des Serbes de Bosnie, avait joué un rôle concret dans les opérations de nettoyage ethnique accompagnées de nombreux crimes de DIH ;
- Stakić, comme Président de la cellule de crise de Prijedor (mai 1992-janvier 1993) avait joué un rôle de responsable politique important alors que des crimes contre l'humanité étaient commis contre la population non serbe de la région ;
- Saïnović comme Premier ministre de Serbie et Vice-premier Ministre de RFY, Pavković comme commandant de la 3<sup>e</sup> armée yougoslave, Lukić comme chef du département de la sécurité publique du ministère de l'Intérieur (2001) et Đorđević, en tant que chef du Département de la Sécurité publique (RJB) du ministère de l'Intérieur (MUP) avaient été des éléments moteurs dans les opérations de nettoyage ethnique du Kosovo.

#### 4. TPIR

**43.** Au moment du génocide au Rwanda (avril-juillet 1994), Aloys Simba était un ancien officier des forces armées rwandaises qui avait également mené une carrière politique : ministre de l'information dans les années 70, député de 1989 à 1993, président du MRND dans la préfecture de Gikongoro de 1991 à 1993, il conservait une haute position sociale au moment des crimes de génocide et contre l'humanité qui lui étaient imputés<sup>129</sup> :

« l'accusé était une personnalité nationale qui inspirait le respect au sein de la société rwandaise et qui était bien connue dans sa région natale. De ce fait, sa présence, aussi brève fit-elle, lors des attaques susmentionnées a dû être ressentie par les assaillants comme une approbation de leurs actes, d'autant plus qu'il a fait état de l'assentiment du Gouvernement. »<sup>130</sup>

Le statut de l'accusé « a dû avoir un effet comparable sur les autres autorités impliquées » (préfet, bourgmestre, capitaine de gendarmerie)<sup>131</sup> dans les massacres de Tutsis qui ont eu lieu au collège technique de Murambi et à la paroisse de Kabuha. En outre, il a fourni directement fusils et grenades aux assaillants tout « en les exhortant à 'se débarrasser de la saleté' »<sup>132</sup>. La Chambre conclut que la responsabilité pénale de Simba était engagée pour crime de génocide et crime contre l'humanité « en raison de sa participation à une [ECC] dont le but était de tuer les civils tutsis » à Murambi et Kaduha<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> TPIR, aff. ICTR-2001-76-T, 13 déc. 2005, *Simba*, §§ 55-60.

<sup>130</sup> *Ibid.*, § 403.

<sup>131</sup> *Ibid.*, § 404.

<sup>132</sup> *Ibid.*, §§ 406 et 418..

<sup>133</sup> *Ibid.*, §§ 419 et 426.

Ces conclusions n'ont pas été réformées en appel <sup>134</sup>.

44. Ildephonse Hategekimana était commandant du camp militaire de Ngoma dans la préfecture de Butare et avait été condamné pour génocide en raison de sa participation à une ECC <sup>135</sup>. La Chambre de 1<sup>e</sup> instance relate les différents faits comme suit :

- une maison où se trouvaient des Tutsis avait été attaquée, le 23 avril 1994, par des *Interahamwe* et des civils armés qui avaient, d'abord, été repoussés ; ensuite, Hategekimana était arrivé avec des militaires du camp de Ngoma et un conseiller ; les militaires avaient fait sortir « trois femmes, qui avaient des cartes d'identité portant la mention 'Tutsi' » et qui avaient « immédiatement été tuées sur la route par plusieurs assaillants » <sup>136</sup>. Pour la Chambre, « Hategekimana avait participé à [l'ECC] en amenant des militaires en renfort aux *Interahamwe* et aux civils qui furent les auteurs matériels des meurtres » <sup>137</sup> ;
- concernant le massacre d'environ 500 tutsis à la paroisse de Ngoma, le 30 avril 1994, la Chambre note que

« les assaillants, renforcés par des militaires du camp de Ngoma, sont revenus avec Hategekimana pour attaquer les réfugiés de la paroisse de Ngoma. En conduisant les militaires à la paroisse de Ngoma, Hategekimana a contribué substantiellement au succès de l'attaque [...] en raison de sa présence et des ordres qu'il a donnés, Hategekimana partageait avec les militaires du camp de Ngoûma qui étaient sous son commandement, les *Interahamwe* et les civils armés, le dessein criminel de tuer les Tutsis qui s'étaient réfugiés à la paroisse de Ngoma [...] Au vu de ce qui précède [...], la seule conclusion raisonnable qui s'impose est que les assaillants auteurs matériels du massacre étaient animés de l'intention génocide de détruire, en tout ou partie, une part substantielle du groupe tutsi. Hategekimana et toutes les autres parties à [l'ECC], en l'espèce les *Interahamwe* et les civils armés, partageaient cette intention génocide. » <sup>138</sup> ;

- concernant le massacre de Tutsis se trouvant dans un couvent, le 30 avril 1994, la Chambre note que

« Hategekimana a ordonné aux militaires d'emmener les réfugiés tutsis, dont la plupart était des enfants et de les tuer. [...] Les militaires et les autres assaillants ont fait monter les Tutsis dans un véhicule [...] Aucun des réfugiés n'a jamais été revu. [...] Hategekimana a participé à [l'ECC] en donnant des ordres en donnant des ordres lors de la séparations des Tutsis d'avec les autres et leur enlèvement du couvent. Il a aussi participé en amenant des militaires bien armés. [...] Le fait que Hategekimana était présent au couvent lorsque les Tutsis furent enlevés et qu'il a donné l'ordre de fournir et a fourni une assistance [...] montre qu'il était animé d'une intention génocide [...] partagée par toutes les parties à [l'ECC] » <sup>139</sup> ;

La Chambre d'appel a rejeté le moyens soumis par Hategekimana pour contester sa responsabilité dans le cadre d'une ECC ; elle dit, notamment :

“Significantly, paragraph 19 of the Indictment also alleges that Hategekimana led a group of armed soldiers, *Interahamwe*, and civilians to the parish and that he ordered the assaillants to attack and kill the Tutsi refugees there. The Trial Chamber made findings on these allegations, which underpin his conviction. [...] the Trial Chamber expressly found that 'Hategekimana shared the *common purpose* with Ngoma [Military] Camp soldiers, under his command, as well as *Interahamwe* and armed civilians

<sup>134</sup> *Id.*, aff. ICTR-2001-76-A, 27 Nov. 2007, *Simba*.

<sup>135</sup> *Id.*, aff. ICTR-00-55B-A, 8 May 2012, *Hategekimana*, §§ 1 ss.

<sup>136</sup> *Id.*, aff. ICTR-00-55B-T, 6 déc. 2010, § 673.

<sup>137</sup> *Ibid.*, § 676.

<sup>138</sup> *Ibid.*, §§ 683, 685, 687.

<sup>139</sup> *Ibid.*, §§ 690 s., 695 s.

of killing the [Tutsis] who had taken refuge at the Ngoma Parish. Following this statement, the Trial Chamber went on to discuss whether ‘Hategekimana and the other participants in the [JCC]’ acted with genocidal intent.

Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in assessing the elements of [JCC]. [ref. omitted]”<sup>140</sup>

\*

**45.** Les jugements Simba et Hategekimana concernent des personnes qui ont directement participé aux crimes commis par d’autres individus :

- Simba était une personnalité de la vie politique rwandaise, il a encouragé verbalement le meurtre de Tutsis et il a fourni fusils et grenades à ceux qui les ont tués ;
- Hategekimana était commandant d’un camp militaire, il a amené ses soldats sur les lieux des massacres et il leur ordonné de tuer les Tutsis présents sur les lieux.

5. *TSSL*

**46.** Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a appliqué l’ECC dans l’aff. *Sesay, Kallon, Gbao* où la Chambre de 1<sup>er</sup> instance avait considéré que les trois accusés, en tant que membres de l’*Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, avaient commis des crimes contre l’humanité et ce qu’on pourrait appeler des crimes de guerre (violations graves du DIH, de l’art. 3 commun et du 2<sup>e</sup> Prot. addit. de 1977)<sup>141</sup> :

- Issa Hassan Sesay, en tant que commandant militaire sénior des troupes du *Revolutionary United Front (RUF)*, avait ordonné la capture de civils, et avait contribué à leur esclavage pour travailler dans des mines de diamants où il les avait fait conduire et où il était présent<sup>142</sup> ;
- Morris Kallon, commandant du *RUF* et membre de l’*AFRC*, avait participé au recrutement et à l’utilisation d’enfants soldats pendant les hostilités ; ses gardes du corps avaient forcé des civils à travailler dans des mines de diamants et il était directement impliqué dans des attaques menées contre la MINUSIL<sup>143</sup> ;
- Augustine Gbao, homme de pouvoir et de prestige au sein du *RUF* et idéologue de celui-ci, avait été directement impliqué dans la réduction en esclavage de civils pour travailler dans des fermes du *RUF*<sup>144</sup>.

Pour le TSSL, il y avait clairement un lien de causalité entre le pouvoir que détenaient ces trois accusés et les crimes de DIH qui leur étaient imputés.

6. *CAEJS*

**46bis** la Chambre extraordinaire d’assises des Chambres africaines au sein des juridictions sénégalaises (CAEJS) a condamné H. Habré au titre de l’ECC pour torture et crimes contre l’humanité commis entre 1982 et 1990 sans qu’on comprenne très bien pourquoi la Chambre a retenu cette forme de responsabilité alors qu’elle avait constaté que H. Habré

« contrôlait la plupart des organes de sécurité impliqués dans la répression et la réalisation de l’objectif

<sup>140</sup> *Id.*, aff. ICTR-00-55B-A, 8 May 2012, §§ 209, 211 s.

<sup>141</sup> TSSL, aff. SCSL-04-15-A, *Sesay, Kallon, Gbao*, 26 Oct. 2009, §§ 19 ss.

<sup>142</sup> *Id.*, aff. SCSL-04-15-T, 8 Apr. 2008, §§ 209 ss.

<sup>143</sup> *Ibid.*, §§ 236 ss.

<sup>144</sup> *Ibid.*, §§ 266 ss.

commun : en particulier, il contrôlait la DDS et la BSIR, qu'il avait créées, dont il nommait et destituait les agents, y compris les personnes clés. Il était impliqué dans la gestion quotidienne de ces organes. Il contrôlait également la Garde Présidentielle, composée essentiellement de Goranes, l'ethnie à laquelle il appartient, et le Service d'Investigation Présidentiel. »<sup>145</sup>

En outre :

« Hissein Habré donnait des ordres d'arrestation, de libération et d'exécution des personnes détenues dans le réseau de prisons de la DDS ; Hissein Habré participait directement aux interrogatoires et aux séances de torture, parfois en infligeant lui-même des sévices ou en les ordonnant. Il donnait aussi des ordres par téléphone ou walkie-talkie. »<sup>146</sup>

Dans ces conditions, la responsabilité pénale de H. Habré pouvait être directement mise en cause sans qu'il fût nécessaire de recourir au concept d'ECC.

\* \*

47. Nuremberg, TPIY, TPIR, TSSL, CAEJS, l'ECC n'a jamais été appliquée de manière véritablement autonome. Lorsqu'elle a servi de fondement à une condamnation, c'était toujours pour des faits où il aurait été possible de dégager la responsabilité pénale de l'accusé sur la base de la coaction, de la corréité ou de la responsabilité pénale du supérieur eu égard à l'implication concrète de l'accusé aux crimes qui avaient été commis ou à son autorité hiérarchique sur les exécutants. Autrement dit, à défaut de cette participation matérielle (présence sur les lieux du crime, encouragements ou fourniture de matériel aux exécutants, rôle de planification) ou d'autorité hiérarchique (politique ou militaire), l'accusé aurait probablement été acquitté. D'ailleurs, dans le cas du TPIR, deux affaires trahissent les hésitations du Procureur à invoquer l'ECC comme base de responsabilité pénale de l'accusé, et une affaire à la CPI confirme la tendance de la jurisprudence à ne retenir l'ECC que si elle s'accompagne d'une participation claire de l'accusé aux crimes en cause.

- dans l'aff. *Rwamakuba*, l'accusé, André Rwamakuba, médecin de formation avait été nommé ministre de l'enseignement primaire et secondaire dans le gouvernement intérimaire rwandais en 1994 ; le Procureur du TPIR semblait d'abord vouloir le poursuivre pour complot (*conspiracy*) ou participation à une ECC en vue de commettre le génocide, mais par la suite, il substitua à ces bases de responsabilité un chef de « participation directe à des crimes » commis à Gikomero et à Butare<sup>147</sup>, une responsabilité qu'il ne réussit pas à prouver<sup>148</sup> et qui conduisit la Chambre de 1<sup>e</sup> instance du TPIR à acquitter l'accusé<sup>149</sup> et à l'indemniser, non pour sa détention suivie d'acquiescement car le Statut du TPIR ne le prévoyait pas<sup>150</sup>, mais parce que le greffe ne lui avait pas assuré les services d'un conseil pendant les 4 premiers mois et demi de sa détention<sup>151</sup>, ce qui violait ses droits humains<sup>152</sup> ;
- dans l'aff. *Ntagerura et al.*, l'accusé, André Ntagerura était membre du Gouvernement rwandais depuis 1981 ; il était ministre des Transports et des communications dans le

<sup>145</sup> CAEJS, CAE/31\_05\_2016/Habré/T60, Résumé de l'arrêt (ronéo), p. 18 ; pour le texte du jugement intégral, voy. §§ 1944-2109, sur [http://www.chambresaficaines.org/pdf/Jugement\\_complet.pdf](http://www.chambresaficaines.org/pdf/Jugement_complet.pdf)

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp. 18 s.

<sup>147</sup> TPIR, aff. ICTR-98-44C-T, *Rwamakuba*, 20 Sept. 2006, §§ 21, 208 s., 211.

<sup>148</sup> *Ibid.*, § 215.

<sup>149</sup> *Ibid.*, Chap. IV.

<sup>150</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>151</sup> *Ibid.*, § 73.

<sup>152</sup> *Ibid.*, §§ 16 s.

Gouvernement intérimaire ; l'autre accusé, Emmanuel Bagambiki, était préfet de Cyangugu ; tous deux étaient accusés d'entente en vue de commettre le génocide ; le Procureur du TPIR n'ayant pas invoqué d'emblée l'ECC comme mode de responsabilité de ces deux accusés, et n'y ayant fait allusion que dans sa déclaration liminaire le 1<sup>er</sup> jour du procès et dans son réquisitoire, aucune des deux chambres n'avait retenu ce mode d'établissement de la responsabilité pénale de Ntagerura et de Bagambiki car ils n'avait pas « été informés en temps utile de manière claire et cohérente, que leur responsabilité pénale individuelle serait invoquée en vertu de la théorie de [l'ECC] »<sup>153</sup> ; cette erreur de stratégie judiciaire du Procureur confirme les conclusions qui précèdent car elles reflètent les hésitations de l'accusation et son manque de foi dans l'ECC comme mode d'attribution de la responsabilité pénale si l'ECC ne s'accompagne pas d'une implication active et concrète de l'accusé dans les crimes qui lui sont imputés par une combinaison d'éléments de participation matérielle et d'autorité sur les exécutants ;

- dans l'aff. *Mbarushimana* (CPI), la Chambre préliminaire de la CPI a déduit de la jurisprudence des TPI que « la responsabilité pour participation à une entreprise criminelle commune exige seulement une contribution importante », non une contribution « substantielle »<sup>154</sup> ; selon la Chambre, les critères de la « contribution importante » sont, notamment, une participation continue de l'accusé au dessein criminel commun alors qu'il « s'est rendu compte de [s]a nature criminelle »<sup>155</sup>, « la position du suspect au sein du groupe ou vis-à-vis du groupe » et son rôle « par rapport à la gravité des crimes commis et de (*sic*) leur ampleur »<sup>156</sup>. Ces critères ne sont cependant pas cumulatifs ; un seul de ces critères pourrait donc suffire pour établir l'existence d'une ECC. *In casu*, l'accusé était le numéro trois dans la hiérarchie des FDLR, mais, selon la majorité de la Chambre, il n'avait pas d' « autorité sur les chefs militaires et les soldats des FDLR présents sur le terrain »<sup>157</sup> ; « la publication de communiqués de presse au nom de l'organisation était de loin la responsabilité la plus importante confiée au suspect »<sup>158</sup> et rien ne prouvait qu'il « avait connaissance des crimes commis »<sup>159</sup> ; les communiqués de presse n'avaient pas d' « incidence sur les activités militaires des FDLR »<sup>160</sup> ; il « ne vivait pas en RDC et [...] ne participait pas à la prise des décisions militaires »<sup>161</sup> ; pour ces diverses raisons, la Chambre a refusé de confirmer les charges portées par l'accusation contre l'intéressé<sup>162</sup> ; la juge Monageng, présidente de la Chambre, s'est dissociée de ses collègues en constatant que le suspect « était de toute évidence l'un des dirigeants les plus haut placés des FDLR, ce qui permet de présumer qu'il avait connaissance des activités des FDLR, qu'elles soient criminelles ou non »<sup>163</sup> ; son activité de porte-parole des FDLR le conduisait à nier les allégations de crimes « formulées à l'encontre des FDLR » et donc, à encourager la répétition de ces crimes<sup>164</sup> ;

<sup>153</sup> *Id.*, aff. ICTR-99-46-A, 7 juillet 2006, *Ntagerura, Bagambiki, Imanishimwe*, § 44.

<sup>154</sup> CPI, aff. ICC-01/04-01/10, 16 déc. 2011, *Mbarushimana*, §§ 280, 282 s..

<sup>155</sup> *Ibid.*, § 284

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*, § 297.

<sup>158</sup> *Ibid.*, § 299.

<sup>159</sup> *Ibid.*, § 314.

<sup>160</sup> *Ibid.*, § 333.

<sup>161</sup> *Ibid.*, § 334.

<sup>162</sup> *Ibid.*, § 340.

<sup>163</sup> *Ibid.*, op. diss. Monageng, § 122.

<sup>164</sup> *Ibid.*, § 134.

\*

48. *Rwamakuba, Ntagerura, Bagambiki, Mbarushimana*, les conclusions des tribunaux saisis de ces trois affaires (à l'exception de la juge Monageng dans *Mbarushimana*) montrent à nouveau que l'ECC est interprétée très étroitement par la jurisprudence alors que l'esprit qui découle de la lettre même du concept établissant ce mode de responsabilité pénale devrait toucher plus de monde que la pratique ne le montre. C'est ce qu'on va voir à présent.

\* \*

## B. Un concept potentiellement extensible

49. Les potentialités du concept d'ECC en tant que moteur de la lutte contre l'impunité<sup>165</sup> découlent de deux textes de droit international (1.) et de deux affaires (2.).

### 1. Les textes à la source d'une application étendue de l'ECC

50. Les textes qui peuvent servir de précédents à une application plus large de l'ECC remontent à des époques où l'expression « ECC » n'existait pas encore (on a vu qu'elle remonte *expressis verbis* à 1999, *supra* §§ 12 ss.) mais où l'idée d'ECC était sous-jacente aux formules utilisées : il s'agit, d'une part, de la déclaration commune de la France, la Grande-Bretagne et la Russie en 1915 lors du génocide arménien, d'autre part, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en 1945.

51. A la suite des massacres massifs d'Arméniens dans l'Empire ottoman en 1915, la France, la Grande-Bretagne et la Russie adoptent une déclaration le 24 mai 1915 qui est transmise au Gouvernement ottoman par l'ambassade américaine à Constantinople, le 29 mai 1915, sous la forme suivante :

“Telegram Sent  
Department of State, Washington  
May 29, 1915  
Amembassy [American Embassy],  
Constantinople.  
French Foreign Office requests following notice be given Turkish Government. Quote.

May 24<sup>th</sup>  
For about a month the Kurd and Turkish populations of Armenia has been massacring Armenians with the connivance and often assistance of Ottoman authorities. Such massacres took place in middle April (new style) at Erzerum, Dertchun, Eguine, Akn, Bitlis, Mush, Sassun, Zeitun, and throughout Cilicia. Inhabitants of about one hundred villages near Van were all murdered. In that city Armenian quarter is besieged by Kurds. At the same time in Constantinople Ottoman Government ill-treats inoffensive Armenian population. In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes **all members of the Ottoman government** and those of their agents who are implicated in such massacres.

Unquote.  
R.G. 59, 867.4016/67”

<sup>165</sup> Sur les sources de l'obligation de lutter contre l'impunité, DAVID, E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, §§ 13.2.17 ss., spéc., 13.2.19.

(caractères gras ajoutés) <sup>166</sup>

Le fait que les trois Puissances aient déclaré que « tous les membres du Gouvernement ottoman » seraient tenus pour « personnellement responsables » (en anglais dans la Déclaration) des massacres d'Arméniens (le mot « génocide » n'existait pas encore <sup>167</sup>) montre bien que les trois Puissances considéraient que **tous** les membres du Gouvernement ottoman partageaient une responsabilité collective dans ces massacres quel que fût leur degré de participation dans la décision de commettre ces massacres. Il est intéressant d'observer qu'aucun Etat n'a contesté la teneur de cette note ou n'a protesté contre sa transmission, ce qui tend à révéler une forme de consensus universel sur son contenu.

**52.** En ce qui concerne la loi n° 10 adoptée par le Conseil de contrôle allié en Allemagne le 20 décembre 1945, ainsi qu'on l'a dit plus haut (*supra* § 9), l'art. II, § 1, d, de cette loi qualifiait de « crime » le simple fait d'être membre d'un groupement déclaré criminel par le TMI :

“Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal” <sup>168</sup>.

En outre, le § 2, f, du même article retenait comme circonstance de nature à engager la responsabilité pénale d'un membre d'une organisation déclarée criminelle par le TMI, le fait que l'intéressé

“held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country” (*supra* § 9).

Autrement dit, la simple qualité de membre d'une organisation qui avait approuvé ou contribué à l'exécution de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, qualité conjuguée avec la position militaire, politique ou économique élevée de l'intéressé suffisait à établir sa responsabilité pénale dans les crimes commis par d'autres membres de l'organisation à condition de montrer qu'il était conscient de l'implication de cette organisation dans l'un de ces crimes. La pratique montre toutefois que le simple *membership* d'une organisation criminelle ne suffit pas à établir la responsabilité pénale de la personne concernée si l'on ne peut prouver sa participation concrète aux crimes commis par cette organisation <sup>169</sup> (*supra* § 6).

## 2. Les affaires à la source d'une application étendue de l'ECC

**53.** Deux affaires méritent d'être mentionnées comme source d'une possibilité d'extension de l'ECC : le jugement de Tokyo de 1948 et l'opinion dissidente de la juge Monageng dans la décision *Mbarushimana* précitée.

<sup>166</sup> [http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\\_category.7/affirmation\\_detail.html](http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html) ; pour une copie du texte original, voy. aussi <http://www.parliament.am/library/cexaspanutyun/48.pdf> ; merci à Vladimir D. Vardanyan, Directeur du service juridique de la Cour constitutionnelle d'Arménie, pour la communication de cette source au présent auteur.

<sup>167</sup> Il sera inventé par le juriste américain d'origine polonaise, Raphaël Lemkin, dans son ouvrage *Axis Rule in Occupied Europe* publié aux E.-U. en 1944.

<sup>168</sup> <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

<sup>169</sup> TMI de Nur., jugement, 1<sup>er</sup> oct. 1946, Doc. off., p. 155; aussi BASSIOUNI, Ch., *Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> Revised Edition, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 97 s.

Ainsi qu'on l'a vu (*supra* § 27), le TMI de Tokyo avait jugé que toute autorité compétente pour le traitement des prisonniers engageait sa responsabilité pour les mauvais traitements réservés aux prisonniers ; si cette autorité voulait éviter de porter la responsabilité de ces mauvais traitements, elle devait démissionner :

“A Cabinet member [responsible for the care of prisoners] may resign. If he has knowledge of ill treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill treatment, but elects to remain in the Cabinet thereby continuing to participate in its collective responsibility for protection of prisoners he willingly assumes responsibility for any ill treatment in the future.”<sup>170</sup>

Le texte était prometteur et aurait dû s'appliquer à **toute** autorité politique du plus haut niveau qui était au courant de pratiques illicites à l'égard des prisonniers et qui ne faisait rien pour les empêcher ou qui ne démissionnait pas de son poste.

**54.** C'est un peu ce que dit la juge Monageng dans l'aff. *Mbarushimana* :

« [...] le Suspect était de toute évidence l'un des dirigeants les plus haut placés des FDLR, ce qui permet de présumer qu'il avait connaissance des activités des FDLR, qu'elles soient criminelles ou non. »<sup>171</sup>

**55.** Autrement dit, ces textes montrent que l'ECC peut être bien plus qu'une autre facette de la corréité ou de la coaction, à condition de le vouloir, ce qui n'a pas été le cas jusqu'à présent car en la maintenant dans un rôle synonyme à celui de la coaction, la pratique conduit le soussigné à constater, et déplorer, que la renaissance de ce concept n'aurait rien apporté au droit pénal international classique : comme on l'a vu dans le jugement de Tokyo, un nombre substantiel d'accusés n'ont été condamnés que pour crimes contre la paix et non pour crimes de guerre alors qu'il était impossible qu'ils n'en eussent pas connaissance et que le TMI aurait pu leur appliquer le principe de responsabilité qu'il avait énoncé, en termes clairs, au début de son arrêt (*supra* § 27).

**56.** De même, dans l'aff. *Mbarushimana*, la majorité de la Chambre préliminaire a jugé qu'il « n'y avait aucun lien entre lui [le suspect] et les soldats et troupes des FDLR présents sur le terrain »<sup>172</sup>, qu'il « n'avait aucune influence sur les soldats présents sur le terrain »<sup>173</sup> que sa « responsabilité la plus importante » consistait à publier des communiqués de presse<sup>174</sup>, lesquels restaient « essentiellement neutres »<sup>175</sup>, qu'ils « s'adressaient à la communauté internationale plutôt qu'aux troupes présentes sur le terrain »<sup>176</sup>, que son pouvoir « au sein des FDLR était très limité »<sup>177</sup>, qu'il n'était pas prouvé qu'il « avait connaissances des crimes commis »<sup>178</sup>, qu'il « ne participait pas à la prise des décisions militaires »<sup>179</sup>.

<sup>170</sup> In <http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>, p. 39.

<sup>171</sup> CPI, aff. ICC-01/04-01/10, 16 déc. 2011, *Mbarushimana*, op. diss. Monageng, § 122.

<sup>172</sup> *Ibid.*, décision, § 297.

<sup>173</sup> *Ibid.*, § 327.

<sup>174</sup> *Ibid.*, § 299.

<sup>175</sup> *Ibid.*, § 312.

<sup>176</sup> *Ibid.*, § 328.

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*, § 314.

<sup>179</sup> *Ibid.*, § 334.

**57.** Cette prudence des juridictions considérées dans les condamnations des accusés qui comparaissent tend à contredire la lettre et l'esprit des textes qui fondent l'ECC.

On a, pourtant, quelque peine à imaginer que la volonté sous-jacente au concept d'ECC était de limiter sa portée à la responsabilité pénale des personnes ayant joué un rôle concret dans les crimes massifs commis par un gouvernement ou un groupe et de ne pas engager celle de personnes qui, en raison de leur position politique élevée, ne pouvaient apparaître autrement que comme des personnes soutenant moralement et politiquement les crimes assumés par le gouvernement ou le groupe. L'ECC n'a de sens que si son objectif réel est de toucher des individus qui n'ont pas collaboré substantiellement à des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité mais qui font partie d'une organisation qui les a approuvés et y a joué un rôle matériel dans leur exécution. Cela devrait suffire à établir la responsabilité pénale des membres d'une telle organisation. L'application prudente et frileuse du concept, à ce jour, trahit ce qui en faisait la nouveauté et l'originalité, sauf à considérer que l'ECC n'est qu'un succédané de la coaction (*supra* § 18). Or, la formulation du concept permet d'être plus ambitieux dans sa portée juridique.

**58.** Pour la Cour constitutionnelle belge, « la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable »<sup>180</sup> et il faut

« que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. »<sup>181</sup>

Mais la Cour ajoute

« Toutefois, le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment. La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. Ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible de déterminer, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de légalité en matière pénale. »<sup>182</sup>

*In casu*, ce n'est pas solliciter exagérément les textes que d'y trouver la source de leur applicabilité à des personnes qui, en raison de leurs fonctions dirigeantes, encourent nécessairement une responsabilité personnelle dans les crimes couverts par l'institution dont ils font partie.

**59.** Dans la présente analyse, le précédent des déclarations de criminalité de 1915 et de 1945, les termes de la loi n° 10 ainsi que les extraits précités du jugement du TMI de Tokyo de 1948 et de l'opinion dissidente de la juge Monageng montrent que le concept d'ECC

<sup>180</sup> Cour const., 17 sept. 2015, arrêt n° 110/2015, § B.3, in *Monit. belge*, 6 nov. 2015.

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.*

pourrait être interprété beaucoup plus largement qu'il ne l'a été à ce jour. Les exigences de la lutte contre l'impunité (*supra* § 49) autorisent une interprétation extensive de l'ECC. Si les négligences graves d'une administration publique dans la vie ordinaire d'un Etat peuvent entraîner la responsabilité politique du ministre de tutelle de cette administration, *a fortiori* doit-il en aller de même pour tous les membres d'un gouvernement ou d'un groupe dès lors que ce groupe ou ce gouvernement couvrent des crimes massifs de DIH.

Ce ne serait pas une responsabilité pénale « par rapprochement » (*supra* § 35) : dans le cas d'un gouvernement qui tolère des crimes de DIH pratiqués sur une grande échelle (comme le gouvernement intérimaire rwandais entre avril et juillet 1994), tous les membres de ce gouvernement portent, inévitablement, une responsabilité pénale par ECC car tous les caractères de l'ECC (*supra* § 16) se retrouvent dans l'inaction de ce gouvernement pour empêcher ces crimes :

- une pluralité de personnes : par définition, un gouvernement comporte plusieurs ministres ;
- un but criminel commun : les crimes massifs de DIH considérés ici sont connus et en ne s'en désolidarisant pas les membres du gouvernement sont présumés partager le dessein criminel commun ;
- la contribution à la réalisation du dessein criminel commun : en participant volontairement à la gestion d'un pays où ont lieu les crimes en cause sans rien faire pour arrêter ces crimes, les ministres contribuent inévitablement au dessein criminel commun ;
- une participation importante : la seule qualité de ministre illustre le niveau et l'importance de cette participation.

Ces critères s'appliquent sans préjudice, bien sûr, de l'exception tirée de la contrainte irrésistible : si le ministre qui se retire de ce gouvernement criminel risque d'être tué en raison de sa défection, aucune responsabilité pénale ne peut lui être imputée du fait qu'il reste dans ce gouvernement criminel : le droit pénal n'exige pas que ses destinataires soient héroïques au point de sacrifier leur propre vie.

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* à un groupe criminel non étatique.

**60.** Il ne s'agit rien d'autre que d'appliquer à tout détenteur de pouvoir ce que Sartre disait à propos de la responsabilité de l'écrivain :

« La fonction de l'écrivain est de faire en sorte que nul ne puisse ignorer le monde, et que nul ne s'en puisse dire innocent. »<sup>183</sup>

Une interprétation plus large de l'ECC vise non à punir pour punir, mais à affirmer la culpabilité pénale des membres d'une entité impliquée dans des crimes et qui, en connaissance de cause, ne s'en désolidarisent pas, même s'ils n'ont pas concrètement participé à ces crimes. Ici, la punition importe peu : il est évident que la responsabilité d'un ministre de l'éducation dans le génocide des Tutsis au Rwanda (aff. *Rwamakuba*, *supra* § 47) n'est pas la même, à première vue, que celle du Premier ministre (aff. *Kambanda*<sup>184</sup>), à

<sup>183</sup> *Situations II*, Paris 1948.

<sup>184</sup> TPIR, aff. ICTR-97-23-S, *Kambanda*, 4 sept. 1998, § 35.

l'époque considérée. Le juge évalue le taux de la peine en fonction du degré d'implication de l'accusé dans les faits en cause.

En revanche, ce qui est fondamental pour la justice, l'Histoire, et les victimes, c'est l'affirmation de cette responsabilité, notamment l'affirmation que même une attitude passive et tolérante d'une personne de pouvoir vaut culpabilité, une culpabilité suffisamment grave pour être qualifiée de pénale et constatée judiciairement. Ce n'est qu'à ce prix que l'ECC acquerra une spécificité la distinguant de la corréité ou de la coaction et ne sera plus un simple miroir aux alouettes de la lutte contre l'impunité.