



**ANNEXE A : CONCLUSIONS DE  
IENG SARY CONCERNANT LE DROIT  
APPLICABLE LORS DU PREMIER PROCÈS  
DANS LE CADRE DU DOSSIER N° 002**

**CONCLUSIONS DE IENG SARY CONCERNANT LE DROIT APPLICABLE LORS  
DU PREMIER PROCÈS DANS LE CADRE DU DOSSIER N<sup>o</sup> 002**

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>I. CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ : LOI RELATIVE AUX CETC – ARTICLE 5.....</b>	<b>1</b>
A. CONDITIONS GÉNÉRALES D'APPLICATION .....	1
1. <i>Les faits sous-jacents s'inscrivent « dans le cadre » d'une attaque (lien) .....</i>	<i>1</i>
2. <i>« Généralisée ou systématique ».....</i>	<i>2</i>
3. <i>« Une attaque ».....</i>	<i>2</i>
4. <i>« Contre toute population civile ».....</i>	<i>2</i>
5. <i>« Pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux ».....</i>	<i>3</i>
6. <i>Selon le droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, l'attaque doit être menée en application de la politique d'un État ou d'une organisation.....</i>	<i>3</i>
7. <i>Conformément au droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, l'attaque doit avoir un lien avec un conflit armé.....</i>	<i>6</i>
8. <i>Connaissance de certains éléments.....</i>	<i>9</i>
B. INFRACTIONS SOUS-JACENTES .....	9
1. <i>Meurtre.....</i>	<i>9</i>
2. <i>Extermination.....</i>	<i>9</i>
3. <i>Persécution (pour des motifs politiques et raciaux).....</i>	<i>10</i>
4. <i>Transfert forcé.....</i>	<i>11</i>
5. <i>Disparition forcée.....</i>	<i>12</i>
6. <i>Autres actes inhumains.....</i>	<i>13</i>
<b>II. MODES DE PARTICIPATION : LOI RELATIVE AUX CETC – ARTICLE 29.....</b>	<b>15</b>
A. PLANIFICATION .....	15
B. INCITATION.....	15
C. FAIT D'ORDONNER .....	15
D. AIDE ET ASSISTANCE .....	15
E. COMMISSION .....	15
F. ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE.....	16
1. <i>Existence de l'entreprise criminelle commune au regard du droit international coutumier de 1975 à 1979.....</i>	<i>16</i>
2. <i>Éléments constitutifs des catégories I et II d'entreprise criminelle commune.....</i>	<i>18</i>
G. RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE.....	19
1. <i>Existence de la responsabilité du supérieur hiérarchique au regard du droit international coutumier entre 1975 et 1979.....</i>	<i>19</i>
2. <i>Éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique.....</i>	<i>22</i>

## DROIT APPLICABLE

### I. CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ : LOI RELATIVE AUX CETC –

#### ARTICLE 5

1. Pour qu'un fait puisse être qualifié de crime contre l'humanité, il doit d'abord répondre à certaines exigences de contexte (appelées « conditions générales d'application »)<sup>1</sup>. L'article 5 de la Loi relative aux CETC énonce les conditions générales suivantes : 1) le fait reproché doit s'inscrire « dans le cadre » 2) d'une attaque 3) généralisée *ou* systématique 4) lancée contre une population civile 5) pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux<sup>2</sup>. Durant la période allant de 1975 à 1979, le droit international coutumier exigeait également que l'attaque résulte de la politique d'un État ou d'une organisation<sup>3</sup> et qu'elle ait un lien avec un conflit armé<sup>4</sup>.

#### A. Conditions générales d'application

##### 1. Les faits sous-jacents s'inscrivent « dans le cadre » d'une attaque (lien)

2. Les faits reprochés à l'accusé doivent, par leur nature ou par leurs conséquences, faire objectivement partie d'une attaque<sup>5</sup>. Un acte commis avant ou après l'attaque, ou à distance de celle-ci, peut être considéré comme en faisant partie s'il y est suffisamment lié<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> À cet égard, la Chambre de la Cour suprême a noté ceci : « [n]on seulement cette définition précise les actes sous-jacents qui constituent des crimes contre l'humanité, mais elle énonce également les conditions générales d'application qui doivent être réunies pour distinguer les crimes contre l'humanité des crimes relevant du droit interne, ou des autres crimes relevant du droit international. » *Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007/ECCC/SC, Arrêt, 3 février 2012 (« Arrêt *Duch* »), par. 106. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY ») a décrit les conditions générales d'application comme étant « les conditions d'applicabilité des crimes contre l'humanité », c'est-à-dire que pour prouver que l'accusé a commis les crimes présumés, il est nécessaire d'établir et les conditions d'applicabilité des crimes contre l'humanité et les éléments constitutifs spécifiques de chaque crime. *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, Jugement, 7 mai 1997, par. 625. Les conditions générales d'application « doivent être réunies avant qu'une infraction sous-jacente puisse être considérée comme un crime revêtant une portée internationale » [traduction non officielle]. Gideon Boas *et al.*, *International Criminal Law Practitioner Library – Volume I – Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2007 (« Boas »), p. 10.

<sup>2</sup> Loi relative aux CETC, art. 5 ; Arrêt *Duch*, par. 106.

<sup>3</sup> Voir par. 7 à 10 ci-dessous.

<sup>4</sup> Voir par. 11 et 12 ci-dessous.

<sup>5</sup> Jugement *Duch*, par. 318.

<sup>6</sup> *Ibid.*, par. 318. Le crime visé ne saurait être un acte isolé, en ce sens qu'il ne saurait, compte tenu du contexte et des circonstances dans lesquels il a été commis, être à ce point éloigné de l'attaque que nul ne pourrait raisonnablement soutenir qu'il en faisait partie. *Id.*

## 2. « Généralisée ou systématique »

3. L'attaque doit être généralisée *ou* systématique<sup>7</sup>. Le terme « généralisée » renvoie au fait que l'attaque a été menée sur une grande échelle et au nombre des victimes qu'elle a faites<sup>8</sup>. Le terme « systématique » dénote le caractère organisé des actes de violence et l'improbabilité de leur caractère fortuit<sup>9</sup>.

## 3. « Une attaque »

4. Une « attaque » est un type de comportement impliquant la commission d'une série d'actes de violence dirigée contre une population civile<sup>10</sup>. Elle peut précéder un conflit armé, se poursuivre après lui ou lui être concomitante<sup>11</sup>.

## 4. « Contre toute population civile »

5. La population visée doit être « constituée majoritairement de civils » et « la cible principale de l'attaque »<sup>12</sup>. L'attaque n'est pas « dirigée contre » une population civile si celle-ci n'en est qu'une cible incidente<sup>13</sup>. Les membres des forces armées, les autres combattants<sup>14</sup>, les soldats hors de combat<sup>15</sup> et les collaborateurs prenant directement part aux hostilités<sup>16</sup> ne sont pas considérés comme des civils.

<sup>7</sup> Ibid., par. 300 et 301. Pour se prononcer sur le caractère généralisé ou systématique de l'attaque, la Chambre de première instance doit 1) déterminer la population qui en a fait l'objet et 2) examiner les moyens, méthodes, ressources mis en œuvre pour la mener ainsi que ses résultats pour la population visée. Elle doit prendre en compte les conséquences de l'attaque sur celle-ci, le nombre de victimes, la nature des actes, la participation éventuelle de responsables ou d'autorités, ou tout scénario criminel identifiable, pour déterminer si elle revêtait bien un caractère généralisé, systématique ou généralisé et systématique. Ibid., par. 300 et 301. Voir aussi *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, affaire n<sup>os</sup> IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002 (« Arrêt *Kunarac* »), par. 95.

<sup>8</sup> Jugement *Duch*, par. 300.

<sup>9</sup> Ibid., par. 300.

<sup>10</sup> Ibid., par. 298.

<sup>11</sup> Ibid., par. 299.

<sup>12</sup> Ibid., par. 302, 305 et 308.

<sup>13</sup> Arrêt *Kunarac*, par. 92. Voir Jugement *Duch*, par. 305 et 309, concernant les facteurs pertinents pour déterminer si une attaque était « dirigée contre » une population civile.

<sup>14</sup> Jugement *Duch*, par. 304. Voir aussi Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977 (« Protocole additionnel I »), art. 50 ; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 4A ; *Le Procureur c. Blaškić*, affaire n<sup>o</sup> IT-95-14-A, « Arrêt », 29 juillet 2004 (« Arrêt *Blaškić* »), par. 112 et 13 ; *Prosecutor v. Sesay et al.*, affaire n<sup>o</sup> SCSL-04-15-T, *Judgement*, 2 mars 2009 (« Jugement *Sesay* »), par. 82 ; *Le Procureur c. Bemba Gombo*, affaire n<sup>o</sup> ICC-01/05-01/08-424, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, par. 78.

<sup>15</sup> Jugement *Duch*, par. 304.

<sup>16</sup> Jugement *Sesay*, par. 86. Voir *Prosecutor v. Fofana et al.*, affaire n<sup>o</sup> SCSL-04-14-A, *Judgement*, 28 mai 2008, par. 260.

**5. « Pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux »**

6. L'attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile doit avoir été commise pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux<sup>17</sup>.

**6. Selon le droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, l'attaque doit être menée en application de la politique d'un État ou d'une organisation**

7. Quoique cela ne figure pas expressément à l'article 5 de la Loi relative au CETC, au regard du droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, les crimes contre l'humanité devaient être commis en exécution de la politique d'un État ou d'une organisation<sup>18</sup>. La Chambre de première instance s'est trompée quand elle a considéré implicitement que l'existence d'une politique ou un plan n'étaient pas un élément constitutif des crimes contre l'humanité<sup>19</sup>.

8. Le Statut<sup>20</sup> et le Jugement<sup>21</sup> du Tribunal militaire international de Nuremberg (respectivement le « Statut de Nuremberg », le « Jugement de Nuremberg » et le « Tribunal de Nuremberg ») exigeaient que l'attaque relève de la politique d'un État ou d'une organisation<sup>22</sup>. Selon l'article 6 du Statut de Nuremberg, le Tribunal de Nuremberg « sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, *agissant pour le compte des pays européens de l'Axe*, auront commis, individuellement ou à titre de membres

<sup>17</sup> Voir Loi relative aux CETC, art. 5 ; Jugement *Duch*, par. 313.

<sup>18</sup> Voir Requête subsidiaire relative à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité, par. 10 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 190.

<sup>19</sup> Jugement *Duch*, par. 301 : « [s]i, pour établir le caractère généralisé ou systématique de l'attaque, l'existence d'une politique ou d'un plan peut être pertinente dans le cadre de l'administration de la preuve, elle ne saurait être considérée comme étant, en tant que telle, un élément constitutif du crime contre l'humanité. »

<sup>20</sup> Statut du Tribunal militaire international, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 82, p. 279, 8 août 1945, art. 6 c).

<sup>21</sup> Tribunal militaire international de Nuremberg, Jugement, 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 1946, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international – Nuremberg – 14 novembre 1945-1<sup>er</sup> octobre 1946 – Texte officiel en langue française, t. I, Documents officiels, 1947, p. 181 (« Jugement de Nuremberg »).

<sup>22</sup> Voir *ibid.*, [p. 267], où il est question de la « terreur [...] organisée et systématique » et de la « politique de vexations, de répression, de meurtres à l'égard des civils ». Voir aussi *Public Prosecutor v. Menten, The Netherlands, District Court of Amsterdam, Extraordinary Penal Chamber*, reproduit dans *International Law Reports*, vol. 75, 1981, p. 362 et 363 : « Le concept de "crimes contre l'humanité exige aussi [...] que les crimes en question forment partie d'un régime fondé sur la terreur ou constituent un lien dans une politique délibérée contre des groupes particuliers de personnes. » [traduction extraite du Jugement *Tadić*] ; Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer 1999, (« Bassiouni – crimes contre l'humanité en droit pénal international ») : « "L'action ou la politique de l'État" est une caractéristique essentielle des "crimes contre l'humanité" » [traduction non officielle] ; Cherif Bassiouni et Peter Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, 1996, p. 548 : « [L]'inclusion de la persécution en tant que crime contre l'humanité distinct dans le Statut du TPIY entraîne la levée de l'exigence de l'article 6 c) du Statut de Nuremberg selon laquelle de telles persécutions doivent former une politique de persécution. » [Traduction non officielle].

d'organisations »<sup>23</sup> l'un quelconque des actes énumérés. Toujours selon le Statut de Nuremberg, les crimes contre l'humanité devaient être commis « en liaison avec » « tout crime entrant dans la compétence du Tribunal »<sup>24</sup> ; ils se trouvaient ainsi liés « aux crimes relevant du plan ou de la politique d'un État que sont les crimes de guerre et les crimes contre la paix » [traduction non officielle]<sup>25</sup>.

9. En 2002, la Chambre d'appel du TPIY a commis l'erreur de supprimer de la définition des crimes contre l'humanité la condition selon laquelle ceux-ci devaient résulter de la politique d'un État ou d'une organisation<sup>26</sup>. L'Arrêt *Kunarac* a été rendu *après* la période relevant de la compétence temporelle des CETC et dans leur majorité les sources qui y sont citées sont de plus de 15 ans postérieures à cette période<sup>27</sup>. Bien que l'Arrêt n'atteste pas l'état du droit international coutumier de 1975 à 1979, la Défense se propose de l'examiner dès lors que des jugements et arrêts ultérieurs y ont fait référence<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Statut de Nuremberg, art. 6, préambule (non souligné dans l'original).

<sup>24</sup> Ibid., art. 6 c).

<sup>25</sup> Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2011, p. 3 (« Bassiouni – évolution historique des crimes contre l'humanité »).

<sup>26</sup> Arrêt *Kunarac*, par. 98. À cet égard, Cherif Bassiouni écrit ceci : « [La décision] est regrettable pour de nombreuses raisons. Le Statut du TPIY a été adopté pour représenter le droit international coutumier tel qu'il existait [...] [L]a politique d'un État était une condition nécessaire pour la constitution [des crimes contre l'humanité] depuis qu'elle avait été retenue devant le Tribunal de Nuremberg. Aucune évolution ultérieure au Statut de Nuremberg n'était venue la supprimer, tandis que des précédents et dispositions légales nationales étaient venues l'affirmer [...] Qui plus est, la Chambre d'appel n'a tenu aucun compte de l'article 7 du Statut de Rome et de ses commentaires, où cette condition était également confirmée. Elle a simplement ignoré ces sources, préférant arrêter sa conception du droit international coutumier au fin fond d'une note, en sélectionnant des affaires qui, à plus ample examen, ne justifiaient même pas la position adoptée. » [traduction non officielle], Bassiouni – évolution historique des crimes contre l'humanité, p. 25 et 26 ainsi que 28. William Schabas partage cet avis en ces termes : « [L]'examen très sommaire que le TPIY a fait de la condition du plan ou de la politique d'un État [en matière de crimes contre l'humanité] a quelque chose de superficiel. Son résultat – selon lequel le plan ou la politique d'un État ne sont pas des éléments nécessaires – semble tenir de la décision politique en vue d'obtenir certains résultats plutôt que d'une analyse approfondie de l'histoire [des crimes contre l'humanité] ou [de ses] bases théoriques. Le TPIY semble également avoir ignoré l'historique des textes pertinents [...] ainsi que les évolutions subséquentes, comme les travaux de la Commission du droit international. » [traduction non officielle] William Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, 2008, p. 953 (« Schabas – politique de l'État »), aux p. 959 et 960.

<sup>27</sup> Dix des 16 sources citées par la Chambre d'appel datent de 1991.

<sup>28</sup> Voir, par exemple : *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-A, Arrêt, 17 décembre 2004 (« Arrêt *Kordić et Čerkez* »), par. 98 ; Arrêt *Blaškić*, par. 120 ; *Le Procureur c. Kajelijeli*, affaire n° ICTR-98-44-A-T, Jugement et sentence, 1<sup>er</sup> décembre 2003, par. 872 ; Jugement *Sesay*, par. 78 et 79.

10. La Chambre d'appel saisie de l'affaire *Kunarac* affirme que sa conclusion « ressort très nettement » des 16 sources qu'elle a citées<sup>29</sup>, alors qu'aucune de celles-ci ne vient nettement l'étayer : dix d'entre elles ne confirment pas explicitement le retrait de l'exigence d'une politique<sup>30</sup> ; cinq vont explicitement dans le sens de l'exigence d'une politique<sup>31</sup> et une

<sup>29</sup> Arrêt *Kunarac*, par. 98, note 114.

<sup>30</sup> 1. La Loi n° 10 du Conseil de contrôle, qui ne requiert pas l'existence de la politique d'un État ou d'une organisation, n'a pas été appliquée par des juridictions de droit international, mais par des tribunaux alliés et allemands, « des tribunaux locaux appliquant principalement le droit local (interne), lequel, bien entendu, contenait des dispositions émanant des autorités d'occupation » [traduction non officielle]. Egon Schwelb, *Crimes Against Humanity*, British Yearbook of International Law, vol. 23, 1946, p. 178 (« Schwelb »), à la p. 218 ; *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*, 14 août 199[1], Commonwealth Law Reports, vol. 172, p. 501, *Opinion of Justice Toohey*, par. 58. 2. La question posée dans *Polyukhovich c. Australie* était de savoir si l'Australie était compétente pour poursuivre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde Guerre mondiale. *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another*, 14 août 199[1], Commonwealth Law Reports, vol. 172, p. 501. La Cour a adopté la définition des crimes contre l'humanité figurant dans le Statut de Nuremberg, selon laquelle le comportement poursuivi doit constituer un crime de guerre ou être commis en liaison avec un tel crime (ce qui implique nécessairement un lien avec la politique d'un État). Voir *ibid.*, *Opinion of Justice Toohey*, par. 69 à 71. Cette affaire se conçoit généralement comme confirmant la condition selon laquelle le crime contre l'humanité doit résulter de la politique d'un État ou d'une organisation. Shane Darcy et Joseph Powderly, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, 2010 (« Darcy & Powderly »), p. 91 ; Robert Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University, 2010 (« Cryer »), p. 238. 3. L'affaire *Le Procureur général d'Israël c. Eichmann* était entièrement fondée sur le plan ou la politique nazis, les juges ayant conclu qu'Eichmann avait eu connaissance du « secret du plan d'extermination » dès la mi-1941 [traduction non officielle]. *A.G. Israel v. Eichmann*, Tribunal de district de Jérusalem, 1968, International Law Reports, vol. 36, p. 5, cité dans Schabas – politique de l'État, p. 962. Le Tribunal de district de Jérusalem a considéré que la persécution des Juifs était devenue une politique officielle, citant l'affaire *Alstötter*, selon laquelle « la participation du gouvernement [était] un élément essentiel des crimes contre l'humanité », cité dans Darcy & Powderly, p. 92. 4 à 6. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (C.A.) et *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* (C.A.) sont des affaires administratives qui portent sur la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. L'affaire *Sivakumar* était la seule où il était directement question de politique de l'État. Quoique paraissant conclure qu'une telle politique n'était pas nécessaire dans le cas des crimes contre l'humanité, la Cour d'appel n'a pas dit si c'était parce que la politique d'un État n'était pas requise pour qu'un crime contre l'humanité soit constitué ou parce que des individus sans liens avec l'État pouvaient commettre des crimes contre l'humanité. Voir Darcy & Powderly, p. 92 et 93. 7. Dans l'affaire *In re Trajković*, il était question d'une condamnation pour crimes contre l'humanité en raison d'actes commis « dans le cadre d'un plan concerté visant des atrocités systématiques » [traduction non officielle]. *In re Trajković*, Tribunal de district de Giljan, P Nr 68/2000, 6 mars 2001. Cette formulation suppose la prise en compte de la condition d'un plan de l'État. 8. Le Rapport de 1993 du Secrétaire général de l'ONU ne dit pas explicitement que la commission d'un crime contre l'humanité ne nécessite pas la politique d'un État ou d'une organisation. Voir Rapport du Secrétaire Général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, doc. ONU S/2570[4], 3 mai 1993, par. 47 et 48. 9. Le Rapport de la Commission du droit international (la « CDI ») sur les travaux de sa quarante-troisième session n'exclut pas explicitement la politique d'un État ou d'une organisation de sa définition des crimes contre l'humanité ; la condition a été incluse dans cette définition après la quarantième-quatrième session de la CDI (voir note 31 ci-dessous). Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, 29 avril-19 juillet 1991, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, supplément n° 10, doc. ONU A/46/10, p. [289 et 290]. 10. Le Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-septième session fait ressortir une absence de consensus sur la condition de la politique de l'État. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session, 2 mai-21 juillet 1995, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 10, doc ONU A/50/10, p. 26, par. 89.

<sup>31</sup> 1. L'article 6 c) du Statut de Nuremberg conférait compétence au Tribunal de Nuremberg pour poursuivre les personnes ayant agi pour le compte des pays européens de l'Axe. Voir par. 8 ci-dessus. 2. Le Jugement de Nuremberg incluait la condition d'une politique de l'État dans ses déclarations de culpabilité du chef de crimes

ne traite pas du tout de la question<sup>32</sup>. La Chambre d'appel a également négligé de mentionner des sources pertinentes qui soutiennent l'inclusion de la condition d'une politique<sup>33</sup>. L'Arrêt *Kunarac* a été rendu *après* la période relevant de la compétence temporelle des CETC et, comme la Défense vient de le démontrer, ne saurait étayer devant celles-ci la thèse selon laquelle la définition des crimes contre l'humanité ne requérait pas à l'époque l'existence d'une politique menée par un État ou une organisation.

### 7. Conformément au droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, l'attaque doit avoir un lien avec un conflit armé

11. Quoique cela ne figure pas expressément à l'article 5 de la Loi relative aux CETC, au regard du droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979, l'attaque devait avoir

---

contre l'humanité. Voir par. 8, note 22, ci-dessus. Voir aussi Tribunaux militaires de Nuremberg, *United States v. von Weizsaecker, "The Ministries Case", Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, t. XIV, 1949, p. 611 (soulignement de l'original omis ; soulignement ajouté) : « *Ce qui fut fait le fut en exécution d'une politique gouvernementale* ; les vols faisaient partie d'un programme d'extermination dont ils étaient l'un des objectifs. [...] Il ne fait pas de doute que tous ces actes constituent des crimes contre l'humanité et que quiconque y prend part ou quiconque joue un rôle consentant dans leur commission se rend coupable de crime contre l'humanité. » [traduction non officielle]

3. Dans *In re Ahlbrecht*, la Cour suprême des Pays-Bas a considéré que les crimes contre l'humanité se caractérisaient « par leur gravité et leur barbarisme, par leur ampleur ou par le fait qu'ils font partie d'un système basé sur la terreur ou constituent un lien dans une politique délibérément menée à l'encontre de certains groupes de personnes » [traduction non officielle], cité dans Darcy & Powderly, p. 91. 4. L'Annuaire de la CDI de 1954 inclut explicitement l'exigence d'une politique menée par un État ou une organisation dans le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, où les crimes contre l'humanité sont définis comme « [d]es actes inhumains [...] commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement ». Voir Annuaire de la Commission du droit international, 1954, vol. II, p. 150, art. 2 11) [en anglais]. Voir aussi Kai Ambos et Steffen Wirth, *The Current Law of Crimes Against Humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, Criminal Law Forum, vol. 13, 2002, p. 1 (« Ambos & Wirth »), à la p. 26 ; Schabas – politique de l'État, p. 964. 5. Le Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session incluait dans sa définition des crimes contre l'humanité l'exigence selon laquelle les actes constitutifs de ces crimes devaient être commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe », de sorte « à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative [...] en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation ». Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10, doc. ONU A/51/10, p. 94, par. 5.

<sup>32</sup> Le Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-sixième session ne traite pas de la définition des crimes contre l'humanité. Le Rapporteur spécial y a annoncé que « la seconde partie du projet de code, relative aux crimes eux-mêmes, ferait l'objet du prochain rapport à la quarante-septième session de la Commission ». Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-[sixième] session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n° 10*, doc. ONU A/49/10, p. 79, par. 94.

<sup>33</sup> L'article 7 2) a) du Statut de Rome dispose explicitement que les crimes contre l'humanité doivent être commis « dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Voir : *Situation en République du Kenya*, affaire n° ICC-01/09, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, 31 mars 2010, par. 83 à 93 ; Schabas – politique de l'État, p. 962 et 963 ; Ambos & Wirth, p. 26. La Chambre d'appel a omis de mentionner *R. c. Finta*, la principale affaire canadienne relative aux crimes contre l'humanité, dans laquelle la majorité de la Cour suprême a considéré que « "l'action ou la politique de l'État" était un élément juridique préalable des crimes contre l'humanité », cité [en anglais] dans Schabas – politique de l'État, p. 963. Voir aussi Darcy & Powderly, p. 93, et Cryer, p. 238, note 43.

un lien avec un conflit armé<sup>34</sup>. La Chambre de première instance a fait erreur lorsqu'elle a jugé que le droit international coutumier à l'époque avait exclu le lien avec un conflit armé de la définition des crimes contre l'humanité<sup>35</sup>.

12. L'article 6 c) du Statut du Tribunal de Nuremberg<sup>36</sup> disposait que les crimes contre l'humanité ne pouvaient exister qu'en liaison avec des crimes de guerre ou des crimes contre la paix<sup>37</sup>. Le Jugement de Nuremberg<sup>38</sup> et les Principes de Nuremberg de 1950<sup>39</sup> attestent cette conception. Les discussions qui eurent lieu au sein de la CDI à la fin des années 1940 et au début des années 1950 concernant le développement progressif du droit international attestent que l'existence d'un lien entre les actes sous-jacents et un conflit armé international était considérée comme une condition d'application de la qualification de crime contre

<sup>34</sup> Voir : Requête subsidiaire relative à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité, par. 8 et 9 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 188 et 89 ; Réplique à la réponse des co-procureurs aux appels contre l'Ordonnance de clôture, par. 86 à 93 ; Réponse à la demande des co-procureurs relative au lien à un conflit armé, par. 20 à 34 ; Appel contre la décision de la Chambre de première instance relative au lien avec un conflit armé, par. 26 à 61. Comme la condition du lien connaissait un statut pour le moins ambigu à l'époque des faits, son application s'impose devant les CETC. Voir Décision de la Chambre préliminaire relative à l'appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 307 à 311, dans laquelle la Chambre préliminaire, ayant analysé la pertinence de la condition du lien avec un conflit armé au regard du droit international coutumier tel qu'il se présentait en 1975-1979, et ayant appliqué le principe *in dubio pro reo* en raison de l'ambiguïté frappant cette pertinence à l'époque, a conclu que « la définition des crimes contre l'humanité retenue dans le Statut et les Principes de Nuremberg était encore celle qui s'appliquait pendant la période allant de 1975 à 1979, et que le lien avec des crimes contre la paix ou des crimes de guerre continuait d'en être un élément nécessaire » (par. 311). Voir aussi Appel contre la décision de la Chambre de première instance relative au lien avec un conflit armé, par. 60 et 61.

<sup>35</sup> Décision relative à la demande des co-procureurs tendant à ce que la Chambre supprime le critère du lien avec un conflit armé dans la définition des crimes contre l'humanité, 26 octobre 2011, doc. n° E95/8. La Chambre de la Cour suprême doit encore se prononcer sur cette question. Elle a déclaré irrecevable l'appel interjeté contre la décision de la Chambre de première instance, mais n'en a pas tranché le fond. *Decision on IENG Sary's Appeal Against the Trial Chamber's Decision on Co-Prosecutors' Request to Exclude Armed Conflict Nexus Requirement from the Definition of Crimes Against Humanity*, 19 mars 2012, doc. n° E95/8/[1/4].

<sup>36</sup> Tel que modifié par le Protocole du 6 octobre 1945. Tribunal militaire international de Nuremberg, « Protocole rectifiant le texte du Statut », 6 octobre 1945, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international – Nuremberg – 14 novembre 1945-1<sup>er</sup> octobre 1946 – Texte officiel en langue française, t. I, Documents officiels, 1947, p. 20, consultable en ligne [en anglais] à l'adresse : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtprot.asp>.

<sup>37</sup> Stuart Ford, *Crimes Against Humanity at The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Is a Connection with Armed Conflict Required?*, UCLA Pacific Basin Law Journal, vol. 24, 2006-2007, p. 125, note 70 (« Ford »), citant Leslie C. Green, *International Regulations of Armed Conflicts*, dans Cherif Bassiouni, dir., *International Criminal Law – Crimes*, 2<sup>e</sup> éd., 1999, vol. 1, p. 355, à la p. 369.

<sup>38</sup> Jugement de Nuremberg, p. 267. Bien que la condition du lien avec un conflit armé n'ait pas été reprise à l'article II de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, **a.** l'intégration du Statut de Nuremberg à l'article I de cette loi a rendu sans effet cette suppression, les juges des tribunaux concernés ayant constamment requis un lien entre la guerre et les actes des accusés, et **b.** les tribunaux alliés et allemands appliquant cette loi étaient « des tribunaux appliquant principalement le droit local (interne), lequel, bien entendu, contenait des dispositions émanant des autorités d'occupation » [traduction non officielle], Schwelb, p. 218 et 219.

<sup>39</sup> Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, doc. ONU A/1316 (1950), Principe VI c). Voir aussi Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg, résolution 95 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 11 décembre 1946, Documents officiels de l'Assemblée générale, première session, cinquante-cinquième séance plénière, doc. ONU A/RES/95(I), p. 188 [dans doc. ONU A/64/add. 1], attestant que le lien requis par le Statut de Nuremberg n'était pas considéré seulement comme une condition spécifique à ce texte.

l'humanité à l'époque<sup>40</sup>. Rares sont les éléments qui, entre les années 1950 et 1979, permettraient de conclure à une pratique générale des États et à une *opinio juris* levant la nécessité de ce lien<sup>41</sup>, alors que les objections à la suppression de celui-ci se sont maintenues jusqu'aux négociations de 1998 relatives au Statut de Rome<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Voir Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité – Rapport de M. J. Spiropoulos, 26 avril 1950, doc. ONU A/CN.4/25 [reproduit en anglais dans l'Annuaire de la CDI de 1950 – Yearbook of the International Law Commission, vol. II, 1950, p. 253] (« Rapport Spiropoulos »), p. 5, dans lequel le Rapporteur spécial déclare ne pas s'employer à la codification du droit international existant, mais à une tâche « dans une grande mesure [...] d'ordre spéculatif ». Voir aussi *ibid.*, p. 11, notant que la CDI avait examiné la nature de sa tâche et conclu que l'élaboration du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité était une question de « développement progressif du droit international ». Il est fait valoir que le fait que la Convention contre le génocide n'exige pas un tel lien est indifférent. Voir Guénaël Mettraux, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, Harvard International Law Journal, vol. 43, 2002, p. 237, aux p. 302 à 306. Selon le Rapport Spiropoulos, le fait que le lien en question n'était pas exigé dans la Convention sur le génocide devait être considéré comme un trait distinctif entre ce crime et les crimes contre l'humanité. Voir Rapport Spiropoulos, p. 30. Voir aussi : Ford, p. 152 et 153 ; Diane F. Orentlicher, *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, Yale Law Journal, vol. 100, 1991, p. 2537, à la p. 2586, note 216 : « La définition [du génocide] retenue dans la Convention sur le génocide ne connaissait pas les mêmes contours que les crimes contre l'humanité punissables à Nuremberg. » Voir compte rendu analytique de la quarante-huitième séance de la Commission du droit international [en anglais], 16 juin 1950, consultable en ligne à l'adresse : [[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_sr48.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr48.pdf)].

<sup>41</sup> Les conventions internationales qui ont été rédigées ou promulguées entre 1968 et 1979 ne sont pas indicatives de la pratique des États et de l'*opinio juris* existant de 1975 à 1979. Voir Ford, p. 159 à 167, notant que la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968 **a.** était essentiellement un document politique qui avait recueilli le soutien de moins de la moitié des États Membres de l'ONU (Ford, p. 161 et 162), **b.** donnait l'« impression générale » [traduction non officielle] que le rattachement à un conflit armé était requis sauf dans le cas de crimes particuliers, comme l'apartheid et le génocide, qui s'étaient formés indépendamment de la notion de conflit armé (Ford, p. 160) et **c.** faisait ressortir le fait qu'il n'existait pas de pratique générale parmi les États à l'époque (Ford, p. 167 et 183). Voir aussi Robert H. Miller, *The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity*, American Journal of International Law, vol. 65, 1971, p. 477, à la p. 500, relevant que des États avaient voté contre la Convention de 1968, lui trouvant des défauts « si nombreux et fondamentaux qu'ils ne pouvaient y souscrire » [traduction non officielle], en particulier parce qu'elle violait le principe de non-rétroactivité. La Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre de 1974 et la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (entrée en vigueur le 18 juillet 1976) n'apportent aucun argument de poids à la thèse selon laquelle le lien n'était plus requis entre 1975 et 1979. Voir : Ford, p. 167 à 169 ; Yoram Dinstein, *International Criminal Law*, Israel Law Review, vol. 20, 1985, p. 206, à la p. 217, notant que la Convention sur l'apartheid de 1973 était un document politique visant les « pratiques de ségrégation et de discrimination raciales telles qu'elles exist[ai]ent en Afrique du Sud » [traduction non officielle]. Voir Nations Unies, Collection des traités, Base de données des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État des traités, chap. IV-7 : au 6 janvier 1979, la Convention sur l'apartheid n'avait recueilli la signature, la ratification ou l'adhésion que de 48 États Membres sur un total de 148. C'est donc la définition des crimes contre l'humanité contenue dans le Jugement de Nuremberg qui s'impose en l'espèce.

<sup>42</sup> Voir Bassiouni – crimes contre l'humanité en droit pénal international, p. 199, citant le Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, 14 avril 1998, doc. ONU A/CONF.183/2/Add.1, 1<sup>ère</sup> partie, art. 5, p. 26 ; Compte rendu analytique de la 3<sup>e</sup> séance, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, 20 novembre 1998, doc. ONU A/CONF.183/C.1/SR.3. Les rédacteurs du Statut du TPIY ont considéré qu'il ne faisait aucun doute que la définition des crimes contre l'humanité au regard du droit international coutumier prévoyait le lien avec un conflit armé. Voir William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010 (« Schabas – Statut de Rome »), p. 145. Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) s'est écarté du droit international coutumier et, vu l'historique de sa rédaction, n'est pas déclaratoire du droit international coutumier en 1994. Voir : Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de

## 8. Connaissance de certains éléments

13. L'article 5 de la Loi relative aux CETC permet de déduire une exigence tenant à l'élément moral des crimes contre l'humanité, à savoir que l'accusé devait savoir que **a.** une attaque était dirigée contre une population civile *et* **b.** ses actes s'inscrivaient dans le cadre de cette attaque<sup>43</sup>.

### B. Infractions sous-jacentes

14. Pour que les infractions alléguées constituent des crimes contre l'humanité, il faut établir, pour chacune d'entre elles, que **a.** les conditions générales d'application des crimes contre l'humanité soient remplies (voir ci-dessus) et **b.** les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis (voir ci-dessus)<sup>44</sup>.

#### 1. Meurtre

15. Le meurtre s'entend **a.** du décès d'une personne **b.** en conséquence d'une action ou d'une omission illicites de l'auteur, **c.** cette action ou cette omission devant être une cause majeure du décès de la victime et **d.** l'auteur devant être animé de l'intention de donner la mort ou de porter à l'intégrité physique de la victime des atteintes graves dont il pouvait raisonnablement prévoir qu'elles étaient susceptibles d'entraîner la mort<sup>45</sup>.

#### 2. Extermination

16. L'extermination est **a.** une action, une omission ou la conjonction d'un action et d'une omission **b.** qui entraînent la mort d'un très grand nombre de personnes et **c.** dont l'auteur est animé de l'intention de tuer un grand nombre personne, ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou de créer des conditions de vie conduisant à la mort, alors qu'il peut raisonnablement prévoir que son comportement est susceptible d'entraîner la mort d'un grand nombre de personnes<sup>46</sup>. La Défense présente les conclusions supplémentaires suivantes. Premièrement, conformément au principe *in dubio pro reo*<sup>47</sup>, la commission d'un seul meurtre ou d'un nombre restreint de meurtres ne saurait être constitutive d'extermination. Bien que des Chambres d'appel aient jugé que le nombre de victimes ne devait pas répondre à un seuil minimal<sup>48</sup>, la nécessité de cet élément ne fait pourtant aucun doute. La CPI exige

---

sécurité, 13 février 1995, doc. ONU S/1995/134, par. 12 ; Nations Unies, Conseil de sécurité, 3453<sup>ème</sup> séance, 8 novembre 1994, doc. ONU S/PV.3453, p. 9 ; Schabas – Statut de Rome, p. 145.

<sup>43</sup> Jugement *Duch*, par. 319.

<sup>44</sup> Voir *ibid.*, par. 297.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 331 à 333.

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 334 à 338.

<sup>47</sup> Constitution, art. 38. Voir Introduction à l'annexe A, par. 3.

<sup>48</sup> *Le Procureur c. Stakić*, affaire n° IT-97-24-A, Arrêt, 22 mars 2006 (« Arrêt *Stakić* »), par. 260, citant *Le Procureur c. Ntakirutimana et Ntakirutimana*, affaires n° ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Arrêt, 13 décembre 2004 (« Arrêt *Ntakirutimana* »), par. 516.

notamment que l'auteur tue une ou plusieurs personnes et que son comportement constitue un massacre de membres d'une population civile ou fasse partie d'un tel massacre<sup>49</sup>. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Vasiljević* a cependant déclaré qu'un meurtre ou un nombre restreint de meurtres n'étaient pas constitutifs d'extermination<sup>50</sup>. Il faut en outre que les victimes aient été soumises à des conditions d'existence *devant inévitablement entraîner la mort*<sup>51</sup>.

### 3. Persécution (pour des motifs politiques et raciaux)

17. La persécution est **a.** une action ou une omission **b.** qui introduisent une discrimination de fait, **c.** dénie ou bafouent un droit fondamental et **d.** sont le fait d'une intention discriminatoire spécifique fondée sur des motifs politiques, raciaux ou religieux<sup>52</sup>. *Il n'y a pas* discrimination de fait lorsque l'auteur se méprend objectivement sur l'appartenance de la victime au groupe visé<sup>53</sup>. Les termes de l'article 5 de la Loi relative aux CETC ne limitent pas les actes de persécution aux comportements qui ont un lien avec d'autres crimes relevant de la compétence des CETC. Selon l'article 9 de l'Accord relatif aux CETC, toutefois, la définition de la persécution doit s'aligner sur celle qui est d'application devant la CPI. Le Statut de Rome limite les actes de persécution à ceux qui sont en corrélation avec d'autres crimes relevant de la compétence de la CPI<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> CPI, *Éléments des crimes*, art. 7 1) [c]), par. 1 et 2.

<sup>50</sup> *Le Procureur c. Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-T, Jugement, 29 novembre 2002, par. 227, considérant que la responsabilité pénale pour extermination n'est imputable qu'aux personnes responsables d'un grand nombre de décès. La Chambre de première instance a fait observer que la définition de l'extermination applicable devant la CPI ne contenait pas cette exigence jugée trop restrictive pour le parquet et donc non souhaitable (ibid., note 586). La Chambre de première instance a également déclaré ceci : « De telles considérations ne doivent pas, s'agissant du TPIY, entrer en ligne de compte, en particulier si, comme c'est le cas en l'espèce, l'adoption d'une définition moins rigoureuse peut porter préjudice à l'accusé. Le Tribunal international doit appliquer le droit tel qu'il existe, et non tel qu'il souhaiterait qu'il existe. De plus, la définition ayant été finalement adoptée dans le texte énonçant les éléments des crimes retenus par la CPI s'inspire directement de la définition du terme "extermination" formulée dans le Jugement *Kayishema et Ruzindana*, lequel indique qu'une personne qui commet plusieurs meurtres, voire un seul, peut être déclarée coupable d'extermination si ses actes s'inscrivent dans le cadre d'un massacre [...] La Chambre fait observer que, dans ledit jugement, la Chambre de première instance n'a fourni aucune indication relative à la pratique des États pour étayer sa décision, ce qui amoindrit fortement la valeur de précédent de cette celle-ci. En l'espèce, la Chambre n'a pas pu dégager de la pratique des États des éléments qui viendraient étayer la conclusion à laquelle la Chambre de première instance est parvenue dans le Jugement *Kayishema et Ruzindana*. » Ibid., note 586. Voir aussi Jugement *Duch*, par. 336.

<sup>51</sup> Arrêt *Stakić*, par. 259 ; *Le Procureur c. Gacumbitsi*, affaire n° ICTR-2001-64-A, Arrêt, 7 juillet 2006 (« Arrêt *Gacumbitsi* »), par. 86, citant l'Arrêt *Ntakirutimana*, par. 522.

<sup>52</sup> Jugement *Duch*, par. 374 à 380.

<sup>53</sup> Arrêt *Duch*, par. 275 à 277.

<sup>54</sup> Statut de Rome, art. 7 1) h).

#### 4. Transfert forcé

18. La Chambre de première instance n'est pas compétente pour connaître d'accusations de transfert forcé<sup>55</sup>, cette infraction ne figurant pas expressément à l'article 5 de la Loi relative aux CETC. La compétence des CETC, juridiction cambodgienne fondée sur un système juridique de tradition romano-germanique, s'étend aux seuls crimes expressément visés par la loi<sup>56</sup>. Le transfert forcé ne fait pas non plus partie des infractions énumérées dans les textes suivants : a) le Statut de Nuremberg, b) le Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient de 1946 (le « Statut de Tokyo »), c) les Principes de Nuremberg et d) le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le fait que le transfert forcé constitutif de crime contre l'humanité est absent de ces instruments atteste qu'il ne faisait pas partie des infractions punissables au titre des crimes contre l'humanité sous l'empire du droit international coutumier en vigueur de 1975 à 1979.

19. Aucune Chambre des CETC ne s'est penchée sur les éléments constitutifs du transfert forcé en tant que crime contre l'humanité. Si la Chambre de première instance s'estimait compétente pour connaître de cette infraction, elle devrait en retenir les éléments constitutifs suivants : il s'agit **a.** du déplacement forcé de personnes **b.** de la région où elles se trouvent légalement, **c.** sans motif autorisé par le droit international<sup>57</sup>, **d.** l'auteur étant animé de l'intention de déplacer les victimes, ce qui implique l'intention que ces dernières ne puissent ou ne veuillent plus revenir<sup>58</sup>. Le transfert forcé n'est pas une sous-catégorie de l'« expulsion » qui s'en distingue par le fait que les victimes sont déplacées de force au-delà des frontières officielles d'un État ou, dans certains cas, de frontières de fait<sup>59</sup>.

20. L'évacuation est autorisée pour des raisons humanitaires survenant dans des situations de conflit armé. Les épidémies, les désastres naturels ou l'existence de conditions de vie intolérables présentant un danger de mort peuvent être des motifs légitimes de déplacer de

<sup>55</sup> Voir : Requête subsidiaire relative à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité, par. 23 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 226 à 229.

<sup>56</sup> Code pénal de 1956, art. 6.

<sup>57</sup> *Le Procureur c. Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-A, Arrêt, 17 septembre 2003 (« Arrêt *Krnojelac* »), par. 222 ; *Le Procureur c. Perišić*, affaire n° IT-04-81-T, Jugement, 6 septembre 2011, par. 113 ; *Le Procureur c. Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-T, Jugement, 27 septembre 2006 (« Jugement *Krajišnik* »), par. 723.

<sup>58</sup> Voir : Arrêt *Krnojelac*, *Separate Opinion of Judge Schomburg*, par. 16 ; *Le Procureur c. Blagojević et Jokić*, affaire n° IT-02-60-T, Jugement, 17 janvier 2005 (« Jugement *Blagojević & Jokić* »), par. 601 ; *Le Procureur c. Naletilić et Martinović*, affaire n° IT-98-34-T, Jugement, 31 mars 2003, par. 521.

<sup>59</sup> Voir Arrêt *Stakić*, par. 278 et 289 ; *Le Procureur c. Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004 (« Jugement *Brđanin* »), par. 542. Voir aussi Jugement *Blagojević & Jokić*, par. 597 à 601 et 629, où sont examinées les exceptions actuelles à la prohibition des déplacements imposés sans motifs admis par le droit international.

force la population civile pendant un conflit<sup>60</sup>. La Quatrième Convention de Genève et le Protocole additionnel II autorisent l'évacuation partielle ou totale d'une population « si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent »<sup>61</sup>, par exemple, lorsque les opérations militaires mettent une zone en danger, lorsqu'une zone risque d'être soumise à des bombardements intensifs ou lorsque la présence de personnes dans une zone entrave les opérations militaires<sup>62</sup>.

## 5. Disparition forcée

21. La Chambre de première instance n'est pas compétente pour connaître d'accusations de disparition forcée<sup>63</sup>, cette infraction ne figurant pas expressément à l'article 5 de la Loi relative aux CETC. La compétence des CETC, juridiction cambodgienne fondée sur un système juridique de tradition romano-germanique, s'étend aux seuls crimes expressément visés par la loi<sup>64</sup>. La disparition forcée n'était pas un crime contre l'humanité au regard du droit international coutumier ou de la loi cambodgienne de 1975 à 1979. Tous les instruments internationaux relatifs à la disparition forcée sont postérieurs à la période allant de 1975 à 1979<sup>65</sup>. Aucun de ces instruments ne satisfait aux critères de la pratique des États ou de l'*opinio juris*<sup>66</sup>. Aucun ne justifie dès lors l'imputation de la responsabilité pénale individuelle à raison de disparitions forcées qui seraient survenues de 1975 de 1979<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977 (« Protocole additionnel II »), Commentaires, p. 1494 et 1495 ; Jugement *Blagojević & Jokić*, par. 600. Voir aussi : Arrêt *Stakić*, par. 287 ; *Le Procureur c. Popović et consorts*, affaire n° IT-05-88-T, *Judgement* (Chambre de première instance), 10 juin 2010 (« Jugement *Popović* »), par. 903.

<sup>61</sup> Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 49 ; Protocole additionnel II, art. 17. Voir aussi : *Le Procureur c. Krstić*, affaire n° IT-98-33-T, Jugement, 2 août 2001, par. 524 ; Jugement *Krajišnik*, par. 725 ; Jugement *Blagojević & Jokić*, par. 598.

<sup>62</sup> Jugement *Popović*, par. 901.

<sup>63</sup> Voir : Réponse à la demande des parties civiles concernant les disparitions forcées, par. 21 à 28 ; Requête subsidiaire relative à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité, par. 22 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 230 et 231.

<sup>64</sup> Voir Code pénal de 1956, art. 6.

<sup>65</sup> Voir résolution 47/133 de l'Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 18 décembre 1992, doc. ONU A/47/49 ; Statut de Rome I, 1998 (entré en vigueur en 2002) ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006, doc. ONU A/61/488 ; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, 1994, consultable en ligne à l'adresse : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/k.disparition.htm>.

<sup>66</sup> Voir Introduction à l'annexe A, par. 4, où sont définies la pratique des États et l'*opinio juris*. Alors que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées en 1992, très peu d'États ont pris des mesures spécifiques pour en respecter les dispositions. La Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes a été ratifiée par 14 des 34 membres de l'Organisation des États américains, une proportion qui est loin d'attester la pratique constante des États requise pour établir une norme de droit international coutumier. La liste des États ratifiants est consultable en ligne à l'adresse : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/l.disparition.rat.htm>.

<sup>67</sup> M. Cassese considère de même que les disparitions forcées ne constituaient pas des crimes contre l'humanité en 1975-79. Voir Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd, Oxford University Press, 2008.

22. Aucune Chambre des CETC ne s'est penchée sur les éléments de la disparition forcée en tant que crime contre l'humanité. Si la Chambre de première instance s'estimait compétente pour connaître de cette infraction, elle devrait en retenir les éléments constitutifs suivants : **a.** la victime a été privée de sa liberté du fait d'une arrestation, d'une détention, d'un enlèvement ou de tout autre acte, **b.** sa disparition lui a fait perdre le bénéfice de la protection de loi, en ce sens qu'elle a été privée des voies de recours légales et des garanties procédurales applicables et **c.** l'auteur a refusé de fournir des informations sur le sort de la victime ou sur le lieu où elle se trouvait, ou de reconnaître la privation de liberté<sup>68</sup>.

### 6. Autres actes inhumains

23. La Chambre de première instance n'est pas compétente pour connaître des « autres actes inhumains »<sup>69</sup>. Elle a commis une erreur en se reconnaissant cette compétence<sup>70</sup>.

24. Bien que la catégorie des « autres actes inhumains » figure à l'article 5 de la Loi relative aux CETC, le texte ne précise pas de quels actes il s'agit. La compétence des CETC, juridiction cambodgienne fondée sur un système juridique de tradition romano-germanique, s'étend aux seuls crimes expressément visés par la loi<sup>71</sup>. Le manque de précision de la qualification d'« autres actes inhumains » peut emporter violation du principe de légalité<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> *Le Procureur c. Gotovina*, affaire n° IT-06-90-T, *Jugement*, 15 avril 2011 (« Jugement *Gotovina* »), par. 1831 et 1832 ainsi que 1837.

<sup>69</sup> Requête subsidiaire relative à l'applicabilité de la qualification de crime contre l'humanité, par. 13 à 15 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 220.

<sup>70</sup> Voir Jugement *Duch*, par. 367 à 371.

<sup>71</sup> Voir Code pénal de 1956, art. 6. La Chambre d'appel du TPIY a déclaré « que si la diversité, potentiellement grande, de tels actes peut éveiller des inquiétudes quant à une possible violation du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), il n'est question en l'espèce, en fait d'actes inhumains, que d'atteintes à l'intégrité physique ou mentale ». Arrêt *Kordić & Čerkez*, par. 117. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Stakić* a souligné que « [l]e crime qualifié d'« autres actes inhumains » englob[ait] en puissance un large éventail de comportements criminels au point qu'il risqu[ait] de paraître insuffisamment clair, précis et certain », c'est-à-dire de violer le principe de sécurité juridique. Voir *Le Procureur c. Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, Décision relative à la demande d'acquiescement déposée en application de l'article 98 *bis* du Règlement, 31 octobre 2002, par. 131. Voir Arrêt *Stakić*, par. 315, infirmant la décision de la Chambre de première instance et considérant que les « autres actes inhumains » faisaient partie du droit international coutumier. Dans un système de droit romano-germanique comme celui des CETC, l'interprétation correcte est celle de la Chambre d'appel dans *Kordić & Čerkez* et de la Chambre de première instance dans *Stakić*.

<sup>72</sup> Le manque de précision inhérent à la catégorie des « autres actes inhumains » ressort des interprétations divergentes qui en ont été retenues devant le TPIY, où elle a été considérée comme contraire au principe de sécurité juridique, mais aussi comme faisant partie du droit international coutumier. Dans *Kupreškić*, il a été jugé que des paramètres prévisibles pour l'interprétation des « autres actes inhumains » pouvaient être fournis par les normes internationales relatives aux droits de l'homme comme celles qui se trouvent dans « la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 ». *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, *Jugement*, 14 janvier 2000 (« Jugement *Kupreškić* »), par. 566. Cette approche a été critiquée par la Chambre de première instance dans *Stakić*. Ayant rappelé que « l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige[ait] que le Tribunal international applique des règles du droit international coutumier qui f[aisaient] partie sans aucun doute possible du droit coutumier », elle a dit son hésitation « à utiliser systématiquement des textes relatifs aux droits de l'homme comme fondement d'une norme de droit pénal, du genre de celle énoncée à l'article 5 i) du Statut », estimant qu'« [u]ne norme de droit pénal d[é]val[ait] fournir à une Chambre de première instance des critères

Dans le cas précis du transfert forcé, les auteurs de la Loi relative aux CETC ont choisi de ne pas faire figurer cette infraction – qui ne devait pas leur être étrangère (vu son inclusion en tant qu’acte de génocide à l’article 4) – au nombre des actes énumérés à l’article 5 (contrairement à l’expulsion, qui s’y trouve)<sup>73</sup>. Le transfert forcé ne saurait donc être considéré comme un « autre acte inhumain ».

25. Si la Chambre de première instance s’estimait compétente pour connaître des « autres actes inhumains », elle devrait en retenir les éléments constitutifs suivants : **a.** l’action ou l’omission doivent présenter le même degré de gravité que les autres infractions sous-jacentes des crimes contre l’humanité<sup>74</sup>, **b.** la victime doit avoir subi de grandes souffrances physiques ou morales<sup>75</sup> ou des atteintes graves à sa dignité<sup>76</sup> **c.** par suite de l’action ou de l’omission de l’auteur<sup>77</sup>, **d.** lequel était animé de l’intention d’infliger de grandes souffrances physiques ou morales ou de porter gravement atteinte à la dignité, ou savait que son comportement était susceptible de causer de telles souffrances ou de porter de telles atteintes<sup>78</sup>. Pour établir le transfert forcé ou la disparition forcée en tant qu’« autres actes inhumains », la Chambre de première instance doit considérer les faits au regard **a.** des conditions générales d’application des crimes contre l’humanité, **b.** des éléments constitutifs des « autres actes inhumains » et **c.** des éléments constitutifs des infractions sous-jacentes<sup>79</sup>.

---

*permettant de juger du comportement criminel allégué aux fins d’application de l’article 5 i) du Statut, et ce afin que chacun sache quel comportement est punissable et quel autre ne l’est pas.* » *Le Procureur c. Stakić*, affaire n° IT-97-24-T, Jugement, 31 juillet 2003 (« Jugement *Stakić* »), par. 721 (non souligné dans l’original). Voir aussi Jugement *Blagojević & Jokić*, par. 625.

<sup>73</sup> Comme indiqué par William Schabas, « [I]a Chambre de première instance [dans *Stakić*] a souligné que le concept de transfert forcé n’était pas inconnu des auteurs du Statut du TPIY, puisqu’ils l’avaient inclus à l’article 4 parmi les actes punissables du chef de génocide (transfert forcé d’enfants du groupe à un autre groupe). Par conséquent, “[I]e fait que le « transfert forcé » ne soit pas mentionné expressément à l’article 5 (crimes contre l’humanité) constitue un argument supplémentaire pour ne pas l’inclure dans les « autres actes inhumains » à l’inverse de l’« expulsion »”. La conclusion de la Chambre de première instance dans *Stakić* n’est qu’une des manifestations du malaise des juges des tribunaux face à la nature imprécise de la catégorie des autres actes inhumains » [traduction non officielle sauf pour la citation du TPIY]. William Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, p. 224.

<sup>74</sup> Jugement *Duch*, par. 367.

<sup>75</sup> *Ibid.*, par. 368.

<sup>76</sup> *Le Procureur c. Vasiljević*, affaire n° IT-98-32-A, Arrêt, 25 février 2004 (« Arrêt *Vasiljević* »), par. 165 ; *Le Procureur c. Bagosora*, affaire n° ICTR-98-41-T, Jugement portant condamnation, 18 décembre 2008, par. 2218.

<sup>77</sup> Jugement *Duch*, par. 368.

<sup>78</sup> *Ibid.*, par. 371.

<sup>79</sup> Voir Jugement *Blagojević & Jokić*, par. 623 à 630 (le transfert forcé en tant qu’« autre acte inhumain ») ; Jugement *Kupreškić*, par. 566 (la disparition forcée en tant qu’« autre acte inhumain ») ; Jugement *Gotovina*, par. 1838 (la disparition forcée en tant qu’« autre acte inhumain »). Voir aussi Jugement *Duch*, par. 370.

## II. MODES DE PARTICIPATION : LOI RELATIVE AUX CETC – ARTICLE 29

### A. Planification

26. La planification suppose que **a.** une ou plusieurs personnes planifient une activité criminelle constitutive d'un ou plusieurs crimes, **b.** ces crimes soient ensuite commis, **c.** la planification soit un élément déterminant du comportement criminel et **d.** l'accusé agisse avec l'intention que le crime soit commis en exécution du plan, ou avec la conscience de la réelle probabilité qu'il le sera<sup>80</sup>.

### B. Incitation

27. L'incitation suppose que **a.** une personne, par une action ou une omission, provoque autrui à commettre un crime, **b.** un crime soit commis, **c.** l'action ou l'omission soient un élément déterminant de la commission du crime et **d.** l'accusé agisse avec l'intention que le crime soit commis en conséquence de son incitation, ou avec la conscience de la réelle probabilité qu'il le sera<sup>81</sup>.

### C. Fait d'ordonner

28. Le fait d'ordonner suppose que **a.** une personne en position d'autorité **b.** donne à une autre personne l'ordre de commettre un crime, **c.** un crime soit commis, **d.** le fait d'ordonner soit un élément déterminant de la commission du crime et **e.** l'accusé agisse avec l'intention que le crime soit commis en exécution de l'ordre ou avec la conscience de la réelle probabilité qu'il le sera<sup>82</sup>.

### D. Aide et assistance

29. L'aide et l'assistance supposent que **a.** l'accusé fournisse une aide, une assistance pratique ou un soutien moral à l'auteur, **b.** un crime soit commis, **c.** l'aide, l'assistance pratique ou le soutien moral fournis par l'accusé aient un effet important sur la commission du crime et **d.** l'accusé ait conscience qu'un crime sera vraisemblablement commis et qu'il s'est comporté d'une façon qui en facilitera la commission<sup>83</sup>. Une omission *peut* être qualifiée d'aide et d'assistance *à condition* qu'elle ait un effet décisif sur la commission du crime ou que l'accusé ait omis d'agir alors qu'il en avait explicitement l'obligation au regard du droit<sup>84</sup>.

### E. Commission

30. La commission suppose que l'accusé **a.** commette personnellement un crime ou omette d'agir alors qu'il en a l'obligation légale et **b.** agisse avec l'intention que le crime soit

<sup>80</sup> Jugement *Duch*, par. 518 et 519.

<sup>81</sup> Ibid., par. 522 à 224.

<sup>82</sup> Ibid., par. 527 et 528.

<sup>83</sup> Ibid., par. 532 à 535.

<sup>84</sup> Arrêt *Blaškić*, par. 47 ; *Le Procureur c. Mrkšić*, affaire n° IT-95-13/1-A, *Judgement*, 5 mai 2009, par. 81 et 82 ; *Le Procureur c. Brđanin*, affaire n° IT-99-36-A, Arrêt, 3 avril 2007 (« Arrêt *Brđanin* »), par. 274.

commis en conséquence de son comportement ou avec la conscience qu'il en résultera très vraisemblablement<sup>85</sup>.

## F. Entreprise criminelle commune

31. L'entreprise criminelle commune n'était pas un mode de participation reconnu en droit international coutumier de 1975 à 1979<sup>86</sup>. La Chambre préliminaire et la Chambre de première instance ont conclu à tort à l'applicabilité de ses formes élémentaire (l'« entreprise criminelle commune I ») et systémique (l'« entreprise criminelle commune II »)<sup>87</sup>, et ont eu raison de rejeter l'application de sa forme élargie (l'« entreprise criminelle commune III »), en ce qu'elle ne faisait pas partie du droit international coutumier de 1975 à 1979<sup>88</sup>.

### 1. Existence de l'entreprise criminelle commune au regard du droit international coutumier de 1975 à 1979

32. L'entreprise criminelle commune n'a jamais été un mode de participation communément et constamment reconnue dans la pratique des États. Dans l'affaire *Tadić*, les juges se sont fondés sur des précédents trop rares pour conclure à l'existence d'une telle pratique des États<sup>89</sup> : six affaires pour l'entreprise criminelle commune I<sup>90</sup> ainsi qu'un *Royal*

<sup>85</sup> Jugement *Duch*, par. 479 à 481.

<sup>86</sup> Voir : Requête contre l'application de l'entreprise criminelle commune, par. 17 à 29 ; Requête urgente d'autorisation de présenter des conclusions en complément de l'appel interjeté par les co-procureurs contre l'Ordonnance de clôture rendue dans le dossier de Kaing Guek Eav *alias* Duch relativement à l'application de l'entreprise criminelle commune, soumise par Ieng Sary, 15 septembre 2008, doc. n° D99/3/6 ; Observations supplémentaires sur l'entreprise criminelle commune, par. 30 à 54 ; Appel contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, par. 36 à 58 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 249 à 263 ; Réplique à la réponse d'ASF aux appels contre l'Ordonnance de clôture, par. 18 et 19 ; Réponse à la demande des co-procureurs relative à la troisième forme d'entreprise criminelle commune.

<sup>87</sup> Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, 20 mai 2010 (« Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune », doc. n° D[97/14/15] ; Décision relative à l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC, 12 septembre 2011, doc. n° E100/6 (« Décision relative à l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune »). Voir aussi Jugement *Duch*, par. 511.

<sup>88</sup> Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87 et 88 ; Décision relative à l'applicabilité de l'entreprise criminelle commune, par. 38.

<sup>89</sup> Selon Machteld Boot : « La Chambre d'appel [dans *Tadić*] [...] a estimé que "la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier". Cette conclusion semble plutôt hardie. Peut-on vraiment associer un principe de droit pénal aussi général à une norme de droit international coutumier sur la base de précédents aussi peu nombreux ? » [traduction non officielle sauf pour la citation du TPIY]. Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*, Intersentia, 2002, par. 274. Voir *ibid.*, par. 282 : « Ces observations amèneraient à conclure que la Chambre d'appel a violé le principe de légalité dans cette affaire. » [traduction non officielle] Les deux affaires supplémentaires invoquées par la Chambre préliminaire à l'appui d'une pratique des États ne suffisent pas à combler les lacunes de l'affaire *Tadić*. Voir Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 65.

<sup>90</sup> Selon Gideon Boas, c'est « peut-être la caractéristique la plus inquiétante de l'analyse *Tadić* ». Boas, p. 21. Voir aussi : *Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP 02), Kai Ambos, *Amicus Curiae* concernant le dossier pénal n° 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02), 27 octobre 2008, doc. n° D99/3/27, p. 23 : « [L]a jurisprudence issue de la Deuxième Guerre mondiale [à laquelle] il est fait référence dans l'affaire *Tadić* constitue, du moins en partie, un "précédent d'une valeur douteuse" » ; Attila

*Warrant* anglais et une affaire américaine pour l'entreprise criminelle commune II<sup>91</sup>. Le nombre d'affaires et de juridictions examinées – outre l'absence de tout précédent en droit romano-germanique – est bien trop faible pour attester une pratique des États ou une *opinio juris*<sup>92</sup>. Qui plus est, de nombreux États, dont le Cambodge, ont recours à la qualification de coaction et non à celle de participation à une entreprise criminelle commune<sup>93</sup>.

33. L'article 25 du Statut de Rome<sup>94</sup>, qui définit les modes de participation aux crimes engageant la responsabilité individuelle pénale, ne reprend pas la doctrine développée dans *Tadić*. Les Chambres préliminaires de la CPI ont rejeté l'application de la théorie de l'entreprise criminelle commune et ont préféré qualifier les faits de coaction<sup>95</sup>. Dès lors que **a.** la plupart des systèmes juridiques n'appliquent pas l'entreprise criminelle commune, **b.** le Statut de Rome ne la prévoit pas et **c.** les Chambres de la CPI en ont rejeté l'application, il s'ensuit incontestablement qu'elle ne saurait faire partie du droit international coutumier *actuel*, ni à plus forte raison du droit international coutumier tel qu'il se présentait de 1975 à 1979. Les deux premières catégories d'entreprise criminelle commune ne sauraient donc être d'application devant les CETC. Si la Chambre estimait que l'une et / ou l'autre l'étaient, la Défense fait valoir ce qui suit en ce qui concerne les éléments qui devraient les constituer.

---

Bogdan, « *Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia* », *International Criminal Law Review*, vol. 6, p. 63 (« Bogdan »), aux p. 109 à 112.

<sup>91</sup> Voir *Le Procureur c. Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt 15 juillet 1999 (« Arrêt *Tadić* »), par. 202. Voir aussi *Kaing Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007-CETC-BCJI (CP 02), Mémoire d'*amicus curiae* présenté par le Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique – Université de McGill – Montréal (Québec) Canada, 27 octobre 2008, doc. n° D99/3/25, par. 22, concernant les précédents supplémentaires cités.

<sup>92</sup> Voir Bogdan, p. 110 : « [L]e jugement omet également d'examiner l'*opinio juris*, à savoir "les politiques et déclarations des États en tant qu'expressions de leur engagement national". » [Traduction non officielle].

<sup>93</sup> Voir Code pénal de 1956, art. 82. Selon l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international, le droit pénal de la plupart des États prévoit la coaction et non l'entreprise criminelle commune. Voir *Participation in Crime: Criminal Liability of Leaders of Criminal Groups and Networks*, rapport d'expert établi, à la demande du Bureau du procureur du TPIY, sous la direction de Ulrich Sieber, Hans Georg Koch, Jan Michael Simon, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Fribourg, Allemagne, partie 1 : *Comparative Analysis of Legal Systems*, p. 16. La coaction permet de faire la distinction entre la responsabilité de l'auteur principal et celle du complice, distinction importante dans les systèmes de tradition romano-germanique, dont certains prévoient « une peine maximale moins sévère pour celui qui ne fait qu'aider et encourager l'auteur principal » [traduction non officielle]. Ciara Damgaard, *The Joint Criminal Enterprise Doctrine: A "Monster Theory of Liability" or a Legitimate and Satisfactory Tool in the Prosecution of the Perpetrators of Core International Crimes?* dans *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer, 2008, p. 129, p. 194.

<sup>94</sup> Le Statut de Rome a été rédigé dans le cadre de trois années de négociations réunissant 160 pays. John Washburn, *The Negotiation of the Rome Statute for the International Criminal Court and International Lawmaking in the 21<sup>st</sup> Century*, *Pace International Law Review*, vol. 11, 1999, p. 361. Voir Arrêt *Tadić*, par. 223.

<sup>95</sup> *Le Procureur c. Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, par. 327 à 330 et 333 ; *Le Procureur c. Katanga et Ngudjolo*, affaire n° ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, par. 484 et 485. Voir aussi *Le Procureur c. Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Jugement rendu en l'application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, retenant la coaction plutôt que l'entreprise criminelle commune.

## 2. Éléments constitutifs des catégories I et II d'entreprise criminelle commune

34. Les deux premières catégories d'entreprise criminelle commune supposent que **a.** il y ait une pluralité de personnes **b.** ayant un projet criminel commun et **c.** l'accusé apporte une assistance ou une contribution importantes à la réalisation du projet commun<sup>96</sup>. Dans le cas de l'entreprise criminelle commune I, l'accusé doit partager avec tous les participants de l'entreprise l'intention de commettre le crime<sup>97</sup>. Dans le cas de l'entreprise criminelle commune II, qui vise spécifiquement « un système concerté de mauvais traitements »<sup>98</sup>, l'accusé doit avoir « personnellement connaissance du système » et l'intention de contribuer à son fonctionnement<sup>99</sup>. L'accusé doit avoir *personnellement* connaissance du système de mauvais traitements<sup>100</sup>. La Chambre de première instance ne peut constater que l'accusé était animé de l'intention requise que si c'est la seule déduction qui puisse raisonnablement être tirée des éléments de preuve<sup>101</sup>.

35. Celui qui prend part à une entreprise criminelle commune ne peut être tenu responsable du crime commis par une personne étrangère à celle-ci que si ce crime est imputable à l'un des membres de l'entreprise<sup>102</sup>. Lorsqu'il utilise un non-participant pour commettre l'élément matériel du crime, le membre de l'entreprise criminelle commune doit agir conformément au projet commun<sup>103</sup>. Pour déterminer la responsabilité encourue par un participant à l'entreprise criminelle commune à raison des actes commis par une personne qui n'est pas membre, ce sont les actes et l'état d'esprit du membre qui sont déterminants et non l'intention du tiers<sup>104</sup>.

<sup>96</sup> Jugement *Duch*, par. 508.

<sup>97</sup> Ibid., par. 509. L'accusé doit également partager l'intention de prendre part au projet commun visant à commettre le crime. *Le Procureur c. Kvočka*, affaire n° IT-98-30/1-A, Arrêt, 28 février 2005 (« Arrêt *Kvočka* »), par. 82 ; Arrêt *Vasiljević*, par. 102 ; Arrêt *Brđanin*, par. 365. S'il est question d'un crime d'intention spécifique, comme la persécution, l'accusé doit également partager cette intention spécifique. Arrêt *Krnjelac*, par. 111 ; Arrêt *Kvočka*, par. 110 et 240 ; Jugement *Popović*, par. 1022 ; *Le Procureur c. Simba*, affaire n° ICTR-01-76-T, Jugement portant condamnation, 13 décembre 2005, par. 387.

<sup>98</sup> Jugement *Duch*, par. 509.

<sup>99</sup> Id.

<sup>100</sup> Arrêt *Vasiljević*, par. 101. Voir : Arrêt *Kvočka*, par. 118 ; Arrêt *Krnjelac*, par. 97.

<sup>101</sup> Arrêt *Brđanin*, par. 429.

<sup>102</sup> Ibid., par. 413 ; *Le Procureur c. Karemera et consorts*, affaire n° ICTR-98-44-T, *Judgement and sentence*, 2 février 2012, par. 1440.

<sup>103</sup> Arrêt *Brđanin*, par. 413 ; *Le Procureur c. Krajišnik*, affaire n° IT-00-39-A, *Judgement*, 17 mars 2009, par. 226.

<sup>104</sup> Voir *Prosecutor v. Sesay et al.*, affaire n° SCSL-04-15-A, *Judgment*, 26 octobre 2009, par. 653. Voir aussi *ibid.*, par. 400.

## G. Responsabilité du supérieur hiérarchique

36. La responsabilité du supérieur hiérarchique, y compris du supérieur hiérarchique civil, ne trouve pas à s'appliquer devant les CETC<sup>105</sup> étant donné que **a.** l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans certaines affaires de l'après-Seconde Guerre mondiale ne suffit pas à l'ériger en norme coutumière<sup>106</sup>, **b.** la pratique des États de 1975 à 1979 n'était pas suffisamment généralisée ou uniforme pour avoir créé une norme de droit international coutumier relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>107</sup> et **c.** le Protocole additionnel I ne codifiait pas le droit international coutumier sur ce point<sup>108</sup>. La Chambre préliminaire a commis l'erreur de considérer que la responsabilité du supérieur hiérarchique s'appliquait devant les CETC<sup>109</sup> et la Chambre de première instance celle de l'appliquer en tant que mode de participation<sup>110</sup>.

### 1. Existence de la responsabilité du supérieur hiérarchique au regard du droit international coutumier entre 1975 et 1979

37. Bien que des aspects de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique aient été appliqués dans certains procès de l'après-Seconde Guerre mondiale, ni la Charte de Nuremberg, ni la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, ni le Statut de Tokyo ne contenaient de dispositions prévoyant ce mode de participation aux crimes<sup>111</sup>. En outre, « la jurisprudence née des procès de l'immédiat après-guerre *n'était pas uniforme* en ce qui concerne la nature de la responsabilité du supérieur hiérarchique »<sup>112</sup>. De 1975 à 1979, les codes pénaux de la

<sup>105</sup> Voir : Requête contre l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique, para. 5 à 20 ; Requête subsidiaire relative à l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique, para. 5 à 21 ; Appel contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur la responsabilité du supérieur hiérarchique, para. 29 à 56 ; Réplique à l'appui des conclusions orales, par. 21 à 32 ; Réponse au Réquisitoire définitif, par. 127 à 143 ; Appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 283 à 322 ; Réplique à la réponse des co-procureurs aux appels contre l'Ordonnance de clôture, par. 114 à 133 ; Réplique à la réponse d'ASF aux appels contre l'Ordonnance de clôture, par. 20 à 24 ; Résumé des exceptions préjudicielles, par. 26.

<sup>106</sup> Voir Introduction à l'Annexe A, par. 4, où est défini le droit international coutumier.

<sup>107</sup> Voir : Plateau continental de la mer du Nord, par. 74 ; Activités paramilitaires, par. 207.

<sup>108</sup> Le Protocole additionnel I n'est utile que dans la mesure où il *peut* être l'expression du droit international coutumier pertinent ; il n'a été ratifié par le Cambodge que le 14 janvier 1998.

<sup>109</sup> Décision de la Chambre préliminaire relative à l'appel contre l'Ordonnance de clôture, par. 458 à 460.

<sup>110</sup> Voir *Jugement Duch*, par. 538-547.

<sup>111</sup> Voir Mirjan Damaska, *The Shadow Side of Command Responsibility*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, p. 455 (« Damaska »), à la p. 485.

<sup>112</sup> *Le Procureur c. Halilović*, affaire n° IT-01-48-T, Jugement, 16 novembre 2005 (« Jugement Halilović »), par. 48 (non souligné dans l'original). Ce manque de clarté a conduit la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre à déclarer en 1949 que « les principes régissant [la responsabilité du supérieur hiérarchique] ne sont pas encore établis » [traduction non officielle]. Voir Kai Ambos, *Superior Responsibility*, dans *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 823, à la p. 831. Comme l'a écrit Jenny Martinez, « la principale défaillance [des procès qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale] réside dans le fait qu'ils expriment une variété d'opinions divergentes sur l'état mental requis pour engager la responsabilité pénale – parfois, malheureusement, dans la même décision [...] annonçant dans une large mesure la confusion qui allait entourer cette doctrine devant le TPIY et le TPIR » [traduction non officielle]. Jenny Martinez, *Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaškić*

plupart des États, y compris celui du Cambodge, étaient dépourvus de dispositions visant spécifiquement la responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>113</sup>. Lorsque de telles dispositions se retrouvaient dans les codes pénaux, elles ne présentaient pas l'uniformité exigée par le droit international coutumier pour constituer une pratique généralisée et constante des États<sup>114</sup>. On ne dispose guère d'éléments tendant à prouver que la plupart des États avaient doté leurs législations nationales de dispositions relatives à la responsabilité du supérieur hiérarchique et qu'elles les appliquaient de 1975 à 1979, ou encore que des éléments de cette forme de responsabilité étaient appliqués de façon constante, ou même de n'importe quelle façon, au sein des États et entre eux-ci<sup>115</sup>.

38. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est codifiée ni dans les Conventions de Genève de 1949, ni dans le Protocole additionnel I. Ce dernier est entré en vigueur le 8 juin 1977. Ses articles 86 et 87, qui portent sur la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le cadre des conflits armés internationaux<sup>116</sup>, sont les premières dispositions de droit international qui prévoient des sanctions pénales pour le supérieur hiérarchique qui faillit à son obligation d'agir. L'élément qui exige que l'auteur devait disposer de certaines informations, tel qu'il est visé à l'article 86, a été réécrit cinq fois avant d'être encore

---

*and Beyond*, Journal of International Criminal Justice, vol. 53, 2007, p. 638 (« Martinez »), aux p. 647 et 648. Voir aussi : Requête subsidiaire relative à l'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique, annexe, où est considérée la façon dont l'élément moral a été appliqué devant les tribunaux *ad hoc* ; Curt Hessler, *Command Responsibility for War Crimes*, Yale Law Journal, vol. 82, 1972-1973, p. 1274, p. 1281.

<sup>113</sup> Selon M. Damaska, la disposition du Statut du TPIY relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique « *pousse les limites de la responsabilité en droit pénal international bien au-delà de celles que connaissent les systèmes juridiques internes* [...] Les bases de la responsabilité instaurées par ce paragraphe ne correspondent pas à la participation au sens des catégories conventionnelles du droit interne ; le supérieur hiérarchique peut être tenu responsable des actes criminels de ses subordonnés s'il manque à deux obligations plus astreignantes et inhabituelles : celle d'empêcher le crime et celle de le punir. *Toutes deux ont des ramifications difficiles à concilier avec les principes qui s'imposent en droit interne* » [traduction non officielle]. Damaska, p. 461 (non souligné dans l'original). Voir aussi la base de données de la CPI répertoriant les législations nationales d'application, dont il ressort que peu de pays se sont dotés à ce jour d'une législation d'application de la responsabilité du supérieur hiérarchique – *National Implementing Legislation Database*, consultable [en anglais] sur le site Web de la CPI, à l'adresse : <http://iccdb.webfactional.com/data/keyword/569/>.

<sup>114</sup> Comme le note Ward Ferdinandusse : « [L]es définitions nationales des crimes internationaux sont souvent sous-inclusives, sur-inclusives ou les deux [...] De telles divergences se trouvent également dans les définitions nationales de [...] questions auxiliaires comme la responsabilité du supérieur hiérarchique. » [Traduction non-officielle]? Ward Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 118 et 119.

<sup>115</sup> Selon Ilias Bantekas, après la Seconde guerre mondiale, « le recours à la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique a connu un déclin de plus de trente ans. Pendant cette période, conscients des implications politiques de telles accusations, les systèmes judiciaires nationaux ont hésité à condamner tout officier pour les crimes de ses subordonnés [...] De plus, *aucun accord concernant l'élément moral approprié n'a pu être dégagé par la communauté internationale* » [traduction non officielle]. Ilias Bantekas, *The Contemporary Law of Superior Responsibility*, American Journal of International Law, vol. 93, 1999, p. 573 (« Bantekas – responsabilité du supérieur hiérarchique »), aux p. 574 et 575 (non souligné dans l'original).

<sup>116</sup> Protocole additionnel I, art.86 2), 87 1) et 87 3).

modifié<sup>117</sup>, preuve que la version définitive résultait d'un compromis entre les États et ne reflétait pas nécessairement l'état du droit international coutumier.

39. Vu la pratique discordante des États, ou leur absence de pratique, et les divergences doctrinales illustrées par la jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale, le Protocole additionnel I ne codifiait pas le droit international coutumier en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique. À la fin de 1978, des 54 États qui l'avaient signé (le Cambodge n'en étant pas)<sup>118</sup>, trois seulement l'avaient ratifié<sup>119</sup>. Il avait pour finalité d'imposer des obligations aux États, et non aux individus<sup>120</sup>. Il ne s'agit pas d'une norme de droit international ayant évolué en règle pénale en application de laquelle des individus peuvent être punis s'ils sont reconnus coupables<sup>121</sup>. Le Protocole additionnel I n'atteste pas la pratique généralisée et constante des États nécessaire pour établir l'existence de la responsabilité du supérieur hiérarchique au regard du droit international coutumier de 1975 à 1979.

40. De 1975 à 1979, la responsabilité du supérieur hiérarchique n'était pas clairement établie en tant que mode de participation engageant la responsabilité pénale au regard du droit international coutumier. De plus, elle ne s'appliquait ni dans les cas concernant des conflits armés internes<sup>122</sup> ni dans ceux impliquant des supérieurs hiérarchiques civils<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> Voir Bantekas – responsabilité du supérieur hiérarchique, p. 591. Selon Jenny Martinez, « le Protocole additionnel I a embrouillé plutôt que clarifié l'élément moral » [traduction non officielle] de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international. Martinez, p. 653. Le Commentaire du Protocole additionnel I relève une incohérence, en ce qui concerne l'élément moral, entre les versions finales en anglais et en français de l'article 86 : « [I]l y a une divergence sensible entre la version française “des informations leur permettant de conclure” et la version anglaise “information which should have enabled them to conclude” qui équivaut à “des informations qui auraient dû leur permettre de conclure”. Comme la règle veut que, dans un tel cas, on adopte le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux les textes divergents, priorité doit être donnée à la version française, parce qu'elle couvre les deux hypothèses. » Protocole additionnel I, Commentaire, par. 3545.

<sup>118</sup> Voir la liste des États parties établie par le CICR et consultable en ligne [en anglais] à l'adresse : <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>.

<sup>119</sup> Ces États sont El Salvador, le Ghana, et la Libye. En 2001, en revanche, la Chambre d'appel saisie de l'affaire *Čelebići* a considéré que l'article 87 du Protocole additionnel I représentait le droit international coutumier parce qu'il avait été ratifié par 119 États à la fin de 1992. *Le Procureur c. Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-A, Arrêt, 20 février 2001 (« Arrêt *Čelebići* »), note 251.

<sup>120</sup> Voir, par exemple : articles 1, 86, 87 et 91 ; Commentaire, p. 26. Comme l'a écrit Kai Ambos, « [b]ien que destinées à l'origine aux seuls États parties, ces règles sont aujourd'hui considérées comme la base des règles de responsabilité pénale opposables aux individus qui omettent d'agir, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique et la majeure partie des infractions établies par le droit de Genève (dont le Protocole additionnel I) ayant été “individualisées” par le Statut de la CPI et les lois d'application nationales ». Kai Ambos, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n° 1, 2007, p. 1, à la p. 9.

<sup>121</sup> Voir *Prosecutor v. Fofana et al.*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Dissenting Opinion of Justice Robertson*, 31 mai 2004, par. 12.

<sup>122</sup> La jurisprudence de l'après-Seconde guerre mondiale et le Protocole additionnel I concernent seulement les conflits armés internationaux. Le Protocole additionnel II, applicable aux conflits armés internes, ne contient aucune disposition relative à la responsabilité du supérieur hiérarchique. C'est sur la base d'un raisonnement défectueux que la Chambre d'appel du TPIY a appliqué cette forme de responsabilité à des crimes de guerre commis dans le cadre de conflits armés internes (*Le Procureur c. Hadžihasanović et consorts*, affaire n° IT-01-

Par conséquent, la responsabilité du supérieur hiérarchique, y compris du supérieur hiérarchique civil, ne saurait trouver à s'appliquer devant les CETC.

## 2. Éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique

41. Si la Chambre de première instance concluait à l'applicabilité de la responsabilité du supérieur hiérarchique en tant que mode de participation devant les CETC, elle devrait en retenir les éléments constitutifs suivants<sup>124</sup> : **a.** le supérieur de droit ou de fait<sup>125</sup> exerce un contrôle effectif sur un subordonné<sup>126</sup> **b.** et tout en sachant<sup>127</sup> ou en ayant des raisons de savoir<sup>128</sup> que celui-ci va commettre ou a commis un crime **c.** ne prend pas les mesures nécessaires et raisonnables pour l'en empêcher ou l'en punir<sup>129</sup>. Un supérieur hiérarchique ne voit sa responsabilité pénale engagée que s'il omet de prendre les mesures qui sont en son

---

47-AR72, Décision relative à l'exception d'incompétence (*responsabilité du supérieur hiérarchique*), 16 juillet 2003 (« Décision *Hadžihasanović* relative à la compétence »), par. 29 et 31). Comme l'a indiqué Beth van Schaack, la Chambre d'appel n'a pas pris en compte les raisons qui auraient amené les auteurs du Protocole additionnel II à ne pas prévoir la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le cas des conflits armés internes, comme, par exemple, son inapplicabilité « à des conflits où les forces armées peuvent être désorganisées et spontanées, et les chaînes de commandement autoproclamées, *de facto* et décentralisées » [traduction non officielle]. Beth van Schaack, *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, Georgetown Law Journal, vol. 97, 2008, p. 119, à la p. 145. La Chambre d'appel n'a en outre cité que de rares cas de pratique étatique, admettant que la plupart des États « n'[avaie]nt pas adopté de disposition prévoyant une responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques faisant pendant au commandement responsable exercé dans le cadre d'un conflit interne ». Décision *Hadžihasanović* relative à la compétence, par. 17. Voir Christopher Greenwood, *Notes and Comments: Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision*, Journal of International Criminal Justice, vol. 2, n° 2, 2004, p. 598 à 601.

<sup>123</sup> Voir : Martinez, p. 638 ; Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, p. 318, à la p. 320. Les Protocoles additionnels I et II ne font pas référence à la responsabilité du supérieur hiérarchique civil. Le rapport final de la Commission d'experts sur la responsabilité du supérieur hiérarchique se lit comme suit : « La plupart des affaires dans lesquelles la doctrine de la responsabilité du commandement a été envisagée ont impliqué des accusés militaires ou paramilitaires. » Rapport final de la commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, 27 mai 1994, doc. ONU S/1994/6[74], par. 57.

<sup>124</sup> Voir : Loi relative aux CETC, art. 29 ; Jugement *Duch*, par. 538 et 540 à 547.

<sup>125</sup> Pour des indications sur la définition du supérieur hiérarchique « *de jure* » et « *de facto* », voir : Arrêt *Čelebići*, par. 192 et 193 ; *Le Procureur c. Nahimana et consorts*, affaire n° ICTR-99-52-A, Arrêt, 28 novembre 2007, par. 484 et 787.

<sup>126</sup> Pour des indications sur la définition du « contrôle effectif », voir : Arrêt *Čelebići*, par. 266 ; Arrêt *Blaškić*, par. 69 ; Arrêt *Gacumbitsi*, par. 143 ; *Prosecutor v. Brima et al.*, affaire n° SCSL-2004-16-A, *Judgment*, 22 février 2008, par. 257.

<sup>127</sup> Pour des indications sur la définition de « savoir », voir : Arrêt *Gacumbitsi*, par. 143 ; *Le Procureur c. Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T, Jugement, 3 mars 2000, par. 307 et 308 ; *Le Procureur c. Brima et consorts*, affaire n° SCSL-04-16-T, *Judgment*, 20 juin 2007 (« Jugement *Brima* »), par. 792 et 793.

<sup>128</sup> Pour des indications sur la définition d'« avoir des raisons de savoir », voir : Arrêt *Čelebići*, par. 238 et 239 ainsi que 241 ; Arrêt *Blaškić*, par. 62 et 63 ; *Le Procureur c. Hadžihasanović*, affaire n° IT-01-47-A, Arrêt, 22 avril 2008 (« Arrêt *Hadžihasanović* »), par. 261 ; *Le Procureur c. Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-A, Motifs de l'Arrêt, 3 juillet 2002, par. 42.

<sup>129</sup> Pour des indications sur les définitions des mesures « nécessaires » et « raisonnables », voir : Arrêt *Blaškić*, par. 72 ; *Le Procureur c. Orić*, affaire n° IT-03-68-A, Arrêt, 3 juillet 2008, par. 177 ; Arrêt *Hadžihasanović*, par. 260 ; *Le Procureur c. Bagosora et consorts*, affaire n° ICTR-98-41-A, *Judgment*, 14 décembre 2011 (« Arrêt *Bagosora* »), par. 672 ; Jugement *Brima*, par. 798.

pouvoir, compte tenu du contrôle effectif qu'il exerce sur ses subordonnés<sup>130</sup> et de sa « capacité effective » d'agir<sup>131</sup>. Un supérieur ne voit sa responsabilité pénale engagée que si les crimes sont commis *en conséquence* de son omission<sup>132</sup>. Les supérieurs hiérarchiques civils ne voient leur responsabilité pénale engagée que s'ils avaient *d'abord* le devoir d'empêcher ou de punir<sup>133</sup>. La responsabilité du supérieur hiérarchique ne s'applique pas aux crimes d'intention spécifique<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Arrêt *Blaškić*, par. 72 et 417. Voir aussi : *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-A, « Motifs de l'Arrêt », 1<sup>er</sup> juin 2001 (« Arrêt *Kayishema & Ruzindana* »), par. 302 ; Arrêt *Bagosora*, par. 683 ; *Le Procureur c. Delalić et consorts*, affaire n° IT- 96-21-T, « Jugement », 16 novembre 1998 (« Jugement *Čelebići* »), par. 395 ; Jugement *Brima*, par. 798.

<sup>131</sup> Arrêt *Kayishema & Ruzindana*, par. 302.

<sup>132</sup> Voir : Tribunaux militaires de Nuremberg, *United States v Wilhelm List et al.*, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, t. XI, 1950 (« Procès *List* »), p. 76 ; Tribunaux militaires de Nuremberg, *Trial of Franz Schonfeld et al.*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, t. XI, 1948 (« Procès *Schonfeld* »), p. 71. La jurisprudence du lendemain de la Seconde Guerre mondiale imposait un rapport de cause à effet. Voir, par exemple, Procès *List*, p. 1261, où est requise « la preuve d'un acte ou d'une omission qui constitue un facteur de causalité et dont peut être déduite une intention coupable » [traduction officielle]. Voir aussi : Tribunal de Tokyo, juge Bernard (France), selon lequel « la responsabilité à raison du résultat de l'omission n'est imputable à l'auteur de celle-ci que si la commission en est le résultat certain » [traduction non officielle] ; Procès *Schonfeld*, « [les crimes doivent être] le résultat naturel de la négligence de l'accusé ; c'est-à-dire qu'une instruction de [l'accusé] donnée au bon moment aurait empêché toute mort injustifiée », cité dans Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009, p. 84. Le lien de causalité est également requis devant la CPI. Statut de Rome, art. 28 b) ii). Dans l'affaire *Čelebići*, sans analyser la jurisprudence ni le droit conventionnel, la Chambre de première instance a déclaré que le droit international coutumier n'exigeait pas la preuve d'un lien de causalité entre le comportement de l'accusé et les crimes de ses subordonnés. Jugement *Čelebići*, par. 398. Voir Darryl Robinson, *How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution*, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, p. 1, à la p. 25. Les jugements rendus subséquemment par le TPIY ont adopté la solution *Čelebići* sans analyse indépendante. Voir, par exemple, Arrêt *Kordić et Čerkez*, par. 832 ; Jugement *Halilović*, par. 78 ; *Le Procureur c. Orić*, affaire n° IT-03-68-T, Jugement, 30 juin 2006, par. 338 ; Jugement *Brđanin*, par. 280.

<sup>133</sup> Voir Alexander Zahar, *Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, p. 591, à la p. 603. Ce qui rejoint le principe selon lequel « il ne peut y avoir responsabilité pénale pour omission que s'il est possible d'établir une obligation d'agir » [traduction non officielle]<sup>133 [sic]</sup>, tel que le reconnaissent l'article 28 b) ii) du Statut de Rome et la jurisprudence du TPIY. Voir Jugement *Čelebići*, par. 334.

<sup>134</sup> Les crimes d'intention spécifique doivent avoir été commis avec l'intention requise. Jugement *Duch*, par. 379. Or le supérieur hiérarchique peut se voir imputer la responsabilité d'un crime commis par un subordonné alors qu'il n'en partageait pas l'intention ou n'en avait pris connaissance qu'après les faits. Voir David L. Nersessian, *Whoops, I Committed Genocide! The Anomaly of Constructive Liability for Serious International Crimes*, *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 30, 2006, p. 81, aux p. 92 et 93.